

Pleidooi voor boek 9

*C.J.J.C. van Nispen**

1. Bij zijn opzet voor het NBW heeft Meijers ook een plaats ingeruimd voor de intellectuele eigendom. Een apart boek (aanvankelijk boek 8, maar na verschuiving van het erfrecht), boek 9, zou worden gewijd aan 'de rechten van de scheppende mens'.

Deze titel is na terminologische bezwaren van Gerbrandy Sr.¹ vervangen door 'de rechten op voortbrengselen van de geest'. Naar mijn mening zou de beste benaming zijn: 'de rechten van intellectuele eigendom'; dit sluit aan bij het internationaal aanvaarde begrip 'intellectual property (rights)'. Weliswaar is het begrip eigendom in onze nieuwe nationale terminologie beperkt tot zaken terwijl het in de intellectuele eigendom gaat om vermogensrechten, maar door te spreken van (voluit) 'de rechten van intellectuele eigendom' wordt dit laatste wel voldoende tot uitdrukking gebracht.

2. Op 19 mei 1953 zei de regering in het mondeling overleg over de Nota over het nieuwe burgerlijk wetboek, dat naar haar overtuiging 'opneming van de regelen omtrent de rechten van de scheppende mens in het Burgerlijk Wetboek noodzakelijk [is], althans voor zover deze regelen van burgerrechtelijke aard zijn, omdat anders het burgerlijk recht te onoverzichtelijk zou worden en algemene beginselen zouden dreigen verloren te gaan'.²

* Mr C.J.J.C. van Nispen is als advocaat verbonden aan het kantoor De Brauw Blackstone Westbroek te 's-Gravenhage.

1. Hand. II 1952/53, blz. 2915 (10 september 1953), ook te vinden in BIE 1953, blz. 131-132.
2. Parl. Gesch. Alg. deel, blz. 31. Men zie in verband met boek 9 ook de vraagpunten 26-29; de conclusie naar aanleiding van vraagpunt 26 hield in: 'Er bestaat behoefte om aan de wet toe te voegen een bijzondere bescherming van siermodellen en gebruiksmodellen...', Parl. Gesch. Alg. deel, blz. 112.

Dit is destijds alleen weersproken door Gerbrandy Sr. Hij vond die opneming 'niet bijzonder wenselijk' en wees daarbij op enerzijds het specialistisch karakter van de materie en anderzijds haar internationale geaardheid.³

Hij heeft Meijers niet kunnen overtuigen. In zijn algemene inleiding tot de Toelichting op boeken 1-4 schreef deze: 'De rechten op voortbrengselen van de geest zijn, hoewel hun privaatrechtelijk karakter niet betwist wordt, ook te lang buiten het Burgerlijk Wetboek geplaatst. Natuurlijk zal met een voortgaand specialisme in de rechtswetenschap de studie van deze rechten het bijzondere terrein van enkele juristen, die zich de daarvoor noodzakelijke kennis hebben eigen gemaakt, blijven. Maar ook de regeling van deze rechten zou er slechts bij gewonnen hebben, wanneer men deze meer in verband met de algemene voorschriften van burgerlijk recht had gebracht — men denke hier bijvoorbeeld aan de overdracht en de bezwaring van deze rechten — terwijl ook de redactie der artikelen allicht een weinig eenvoudiger zou zijn geworden'.⁴

Meijers heeft nog een concept voor boek 9 gemaakt⁵ dat na zijn dood is opgeborgen in het archief van het ministerie van Justitie.⁶

3. Nadien lijken de argumenten van Gerbrandy bij Meijers' Nachwuchs toch het pleit te hebben gewonnen. Aan boek 9 is niets meer gedaan, en er is ook jarenlang niets meer over gehoord.

Pas nadat Cohen Jehoram in 1983 ervoor had gepleit het werk aan boek 9 ter hand te nemen,⁷ werden de bij het NBW direct betrokkenen genoopt stelling te nemen.

L. de Vries, voormalig hoofd afdeling wetgeving privaatrecht, betoogde 'dat het ter hand nemen van Boek 9 niet een zinvolle wetgevingsactiviteit kan zijn (...). Boek 9 kan het beste blijven, wat het al geruime tijd is: een denkbeeld in ruste'. Voor De Vries was vooral het ongelijksoortig karakter van de intellectuele-eigendomsregelingen een argument; twee eenvormige Beneluxwetten, een Rijkswet en

3. Zie noot 1.

4. Parl. Gesch. Alg. deel, blz. 127.

5. Op 19 mei 1953 meldde de regering dat ontwerpen omtrent de rechten van de scheppende mens 'vrijwel gereed liggen zodat geen vertraging bij de redactie van deze gedeelten behoeft te worden gevreesd', Parl. Gesch. Alg. deel, blz. 31.

6. NJB 1992, blz. 12 r.k.

7. NJB 1983, blz. 1212 e.v.

twee nationale wetten, zijns inziens 'regelingen zonder onderling verband en met slechts weinig verband met het algemene privaatrecht'.⁸

Kort daarop verklaarde Regeringscommissaris W. Snijders dat boek 9 'bij de huidige situatie irreëel [is] geworden. Het gaat over een materie, waarover heel veel verdragen tot stand zijn gekomen. Dat houdt in dat deze materie zich niet meer leent voor codificatie in een wetboek. Wij moeten er dus van uitgaan dat dit Boek 9 er zeker voorlopig niet komt'.⁹

4. De gedachte dat materie waarover verdragen tot stand zijn gekomen zich niet meer leent voor codificatie in een wetboek (omdat de handen van de nationale wetgever gebonden zijn), lijkt weliswaar voor velen plausibel,¹⁰ maar is uiteraard onjuist: de regeling van de produktenaansprakelijkheid implementeert een EG-richtlijn maar is opgenomen in boek 6 NBW (artt. 185 e.v.); de dwangsomregeling, een uniforme Beneluxwet, staat gewoon in Rv. (artt. 611a e.v.), enz.

Terecht dus begon Hartkamp onlangs sporen van twijfel te vertonen. Het argument van de internationale geaardheid van de materie overtuigt hem niet langer: 'men heeft het altijd over verdragen, maar Boek 8 staat vol met verdragen. Dus daar kan het kennelijk wel. En het ipr zou ook niet gecodificeerd kunnen worden door al die verdragen, maar in Oostenrijk, Duitsland en Zwitserland, overal hebben ze ipr-wetten. Dus het kan natuurlijk best (...). Uit overwegingen van systematiek zou ik het mooi vinden als er nog een Boek 9 kwam'.¹¹

5. Volgens Cohen Jehoram (nourri dans le sérail) is het doodzwijgen van boek 9 re vera het gevolg van een ordinaire Haagse competentiekwestie. Het auteursrecht behoort tot de competentie van Justitie, de industriële eigendom tot de competentie van Economische Zaken.¹²

Wellicht ook was het tijdstip waarop Cohen Jehoram de discussie over boek 9 heropende niet gelukkig gekozen. Een reële reden waarom Justitie in 1983/84 niet voor het denkbeeld voelde, is dunkt me

8. NJB 1984, blz. 15.

9. UCV 82 dd. 4 april 1984, Hand. II 1983/84; 18.113 blz. 82-12 r.k.

10. Zo bijvoorbeeld voor D. Visser in KB 90.004700 (een uitgave van het landelijk overleg juridische faculteitsbladen), blz. 22.

11. AA 1991, blz. 1114-1115 (interview); zie ook AMI 1991, blz. 212 l.k.

12. NJB 1983, blz. 1216 l.k. en 1992, blz. 12 r.k.

te vinden aan het slot van De Vries' artikel: 'dat de moeilijkheden van de totstandbrenging en invoering van het Nieuw BW onder meer gelegen zijn in de grote omvang van de stof. Er is meer behoefte aan beperking van de stof dan aan nog verdere uitbreiding'.

Daarnaast zal ongetwijfeld het door Gerbrandy al gememoreerde specialistische karakter van het recht van de intellectuele eigendom een rol hebben gespeeld. De bij het werk aan het NBW direct betrokkenen waren met dit recht niet vertrouwd.

6. Het gevolg is geweest dat op de rechten van intellectuele eigendom thans boek 3 (het vermogensrecht in het algemeen) van toepassing is, zonder dat eerst is nagegaan in welke opzichten daarvoor bijzondere regels nodig zijn.

Bovendien hebben de ontwerpers van boek 3 naar het lijkt ook niet bij alle onderwerpen gedacht aan de toepasbaarheid van de opgestelde bepalingen op de rechten van intellectuele eigendom. Zo is bijvoorbeeld onbesproken gebleven hoe de bepalingen uit de bezittitel bij die rechten toepassing vinden,¹³ met name of bezitsverkrijging van zo'n recht naar NBW alleen derivatief of ook origineel kan zijn.¹⁴ Dit is onder meer van belang voor de toepassing van de verjaringsregeling.

7. De rechten van de intellectuele eigendom zijn dus de stiefkinderen van het vermogensrecht gebleven.¹⁵ Daarvan moesten wel ongelukken komen. Ik noem er twee.

De fiducia cum amico was een vertrouwd instrument bij de collectieve handhaving van auteursrechten. Art. 3:84 lid 3 doet echter de fiduciaire overdrachten in de ban.¹⁶ Voor de fiducia cum credi-

13. Eerder wees ik hierop in mijn diss., blz. 222 noot 74.

14. Ik ben geneigd voor enkel derivatieve verkrijging te opteren. Anders: E.P.M. Thole, Software, een 'novum' in het vermogensrecht, diss. Utrecht 1991, blz. 292 ('Door enkel te stellen dat men de auteursrechthebbende is, is men reeds bezitter van het recht').

15. Onafhankelijk van elkaar kwamen Spoor (wat het auteursrecht betreft) en ik tot deze metafoer tijdens onze lezingen op het Verkadesymposium te Nijmegen dd. 2 november 1990; zie BIE 1990, blz. 357 l.k. en blz. 360 r.k.

16. Volgens Grosheide en Hartkamp, AMI 1991, blz. 213 r.k. zou het nog 'voorwerp van heftig debat' zijn of art. 3:84 lid 3 zich ook uitstrekt tot de zogenaamde fiducia cum amico. Zie in dit verband het preadvies 1990 van Uniken Venema en Eisma van de Vereniging 'Handelsrecht', Eigendom ten titel van beheer naar komend recht.

tore is het bezitloos pandrecht in de plaats gekomen maar de beoogde vervangende rechtsfiguur voor de fiducia cum amico, het bewind, is er (nog) niet.¹⁷

Een in de praktijk veel voorkomende figuur is de overdracht (of licentiëring) van know-how, al dan niet in samenhang met de overdracht van octrooien (of de verlening van licenties daaronder). Know-how valt ongetwijfeld onder de ruime definitie van vermogensrechten in art. 3:6.¹⁸ Ingevolge het stelsel van art. 3:83 is zo'n vermogensrecht slechts overdraagbaar wanneer de wet dit bepaalt. De wet bepaalt bij mijn weten nergens dat know-how overdraagbaar is. Ergo is sinds 1 januari jl. geen overdracht van know-how meer mogelijk, althans niet naar ons nationaal recht.¹⁹

8. Het ter hand nemen van het werk aan boek 9 zou niet alleen betekenen dat de bepalingen van boek 3 moeten worden doordacht voor wat hun toepasselijkheid op de rechten van intellectuele eigendom betreft, maar zou ook de gelegenheid openen om thans bestaande, in technisch opzicht lacuneuze regelingen te verbeteren en nog niet bestaande, maar wel dringend gewenste, regelingen te ontwerpen. Ik geef weer twee voorbeelden: de inschrijving in de registers en haar betekenis, alsmede de licentie.

9. Meijers merkte op 10 september 1953 in de Kamer op: 'Uit de regeling van het octrooirecht blijkt bij voorbeeld, dat men de kracht der inschrijving in registers daar ineens heel anders is gaan regelen

17. Zie ook R.L. du Bois, *De fiducia cum amico en het Nieuw Burgerlijk Wetboek*, AMI 1992, blz. 28-31. Volgens Du Bois zou het bij de huidige formulering van de bij Buma en Stemra in gebruik zijnde exploitatiecontracten gaan om echte overdrachten waardoor Buma en Stemra ook economisch eigenaar zijn van de overgedragen rechten; deze rechten zouden kunnen worden uitgewonnen voor eventuele schulden van die bureaus (!?). Buma en Stemra ijveren thans voor introductie van 'een vorm van lastgeving die ten opzichte van de lastgever privaat is'; zo is men gedoemd voort te modderen zolang het dogmatisch fundament verwaarloosd blijft.

18. Vgl. TM ad art. 3.1.1.5, Parl. Gesch. Boek 3, blz. 89: 'al wat verhandelbaar is, heeft vermogenswaarde en vormt deel van het vermogen van de rechthebbende'.

19. Hetzelfde geldt voor onder meer de zogenaamde goodwill en voor onderscheidingsmiddelen die niet als merk in de zin van de BMW kunnen worden aangemerkt. Zie nader Th.C.J.A. van Engelen, NJB 1991, blz. 431-435, Vermogensrechten op onstoffelijke goederen.

dan die der overige registers. Men heeft daar gevolgd een ontwerp van 1899, niet voor octrooien maar voor registers in het algemeen.²⁰ Het pandrecht heeft ook weer een afzonderlijke regeling. Ik vraag nu: is dit gewenst? Waarom niet algemene gedachten in algemeen verband geregeld?’²¹

Meijers was voornemens octrooi- en ook modelrechten als registergoederen aan te merken.²² Daar is het niet van gekomen,²³ wellicht op verdedigbare gronden. Maar de regelingen die thans gelden, zijn lacuneus. Voor wat het octrooiregister betreft volsta ik hier gemakshalve met een verwijzing naar Helbach c.s., Nederlands handels- en faillissementsrecht II, nr. 429.

Wat de Beneluxmerken- en -modellenregisters betreft past een kleine uitweiding. Bij L. de Vries leefde de gedachte — en wellicht waart deze nog rond op Justitie — dat de BMW ‘een volledige regeling van het merkenrecht’ inhoudt en de BTMW een volledige regeling van het tekeningen- en modellenrecht.²⁴ Die gedachte is onjuist. De BMW geeft nauwelijks enige regeling voor het merk als deel van het vermogen. Art. 11 BMW geeft enkele regels omtrent overgang en licentie, onder meer omtrent de mogelijkheid van inschrijving van deze rechtsfeiten,²⁵ maar laat de rest over aan het

20. De akte constitueert de overdracht; de inschrijving doet haar tegen (bonafide) derden werken. Volgens HR 28 april 1939, NJ 1939, 866 (EMM), BIE 1939, blz. 85 (BMT) gold hier het zogenaamde abstracte stelsel ten aanzien van eigendomsoverdracht; de toevoeging per 1 januari jl. van lid 4 aan art. 38 ROW — verwijzend naar art. 3:88 — heeft aan die gelding (in elk geval) een eind gemaakt.
21. Hand. II 1952/53, blz. 2918, BIE 1953, blz. 135 r.k.
22. Zie TM ad art. 3.1.1.10, Parl. Gesch. Boek 3, blz. 96: ‘Behalve onroerende zaken en beperkte rechten op onroerende zaken, zijn ook schepen en octrooien en rechten op modellen, alsmede daarop te vestigen beperkte rechten, registergoederen’. (N.B. Merken zal hij niet hebben genoemd nu blijkens de conclusie op vraagpunt 27 het stelsel van rechtsverkrijging door eerste gebruik niet zou worden losgelaten; dit is nadien in de BMW wèl geschied).
23. Zie MvT (Bijl. 1984/85; 19144/R 1297), blz. 6: ‘dat in de toelichting van Meijers op artikel 3.1.1.10 (...) het octrooi ten onrechte als voorbeeld van een registergoed wordt vermeld. Dit vindt zijn verklaring in het destijds (1954) nog bestaande voornemen om in een aan het nieuwe B.W. toe te voegen negende boek de overdracht van het octrooi anders te regelen, nl. aldus dat de inschrijving een vereiste voor de overdracht zelf zou worden’.
24. NJB 1984, blz. 15 m.k.
25. De betekenis van deze inschrijving in vermogensrechtelijk opzicht is overigens niet duidelijk; zie nader BIE 1990, blz. 355, noot 2.

toepasselijke nationale recht.²⁶ Mede-eigendom (gemeenschap), pand, vruchtgebruik, beslag: dat alles zal zijn regeling moeten vinden in de nationale wet, en die regeling ontbreekt ten onzent. (*Mutatis mutandis* geldt hetzelfde voor de BTMW.)

Op het Verkadesymposium heb ik erop aangedrongen bij de aanpassing van de BMW aan de Eerste Richtlijn van de Raad betreffende de aanpassing van het merkenrecht der Lid-Staten (Pb. nr. L. 40 van 11 februari 1989, blz. 1 e.v.) een kleine wijziging van art. 11C mee te nemen welke inschrijving in het register van andere rechtsfeiten dan overdracht en licentie mogelijk zou maken.²⁷ Blijkens een thans circulerend voorontwerp voor een Protocol houdende wijziging van de Eenvormige Beneluxwet op de merken is deze suggestie opgepakt. Aan art. 11C, dat voorziet in de inschrijving van de overdracht of andere overgang en de licentie, zal worden toegevoegd: 'Het in de vorige volzin bepaalde is van overeenkomstige toepassing op pandrechten en beslagen' (mijns inziens zou ook vruchtgebruik voor inschrijving vatbaar moeten zijn). Vervolgens zou de regeling van het merk als deel van het vermogen op nationaal niveau adequaat kunnen worden geregeld.

10. Behoeftte bestaat bepaald aan een regeling van de licentie-overeenkomst.

Meijers meende dat octrooilicenties, evenals vertaal- en reproductierechten bij auteursrechten, beperkte rechten in de zin van art. 3:8 opleveren.²⁸ Dit is in het algemeen onjuist. Een licentie moet in beginsel als een contractuele exploitatiebevoegdheid worden geïdentificeerd; vervolgens rijst de vraag of een licentie door registratie ervan in octrooi-, merken- c.q. modellenregister kan worden 'verzakelijkt' tot een beperkt recht.²⁹

26. De BMW regelt zelfs niet hoe de subjectieve merkenrechten aan de Nederlandse, Belgische of Luxemburgse rechtssfeer moeten worden toegescheiden; vgl. BIE 1990, blz. 355-356.

27. BIE 1990, blz. 358.

28. TM ad art. 3.1.1.7, Parl. Gesch. Boek 3, blz. 93. Vgl. MvT (Bijl II, 1984/85; 19144/R 1297), blz. 7.

29. Zie in dit verband J.L.R.A. Huydecoper, AMI 1992, blz. 66-67, A.A. Quaadvlieg, *Onderneming en Nieuw Burgerlijk Recht*, 1991, blz. 485 e.v. en voorts W.A. Hoyng, *De octrooilicentie in een faillissement*, in: *Recht vooruit* — 150 jaar BW, blz. 75 e.v. en Gielen-Wichers Hoeth, *Merkenrecht*, nrs. 779 e.v. in verband met merklicenties.

Licenties bij auteursrechten kunnen, al bij gebreke van een register, niet worden ingeschreven. Wat is rechtens ingeval de licentiegever faillieert?³⁰ Dit probleem is recent gezezen bij déconfitures van 'software'huizen.

11. Bij het aanvatten van het werk aan boek 9 moet absoluut voorop staan dat het gaat om een technische operatie die in geen enkel opzicht de inhoud van de rechten van intellectuele eigendom zelf betreft.

De inhoud, omvang en specifieke beperkingen van die rechten, de inbreukcriteria en nietigheidsgronden, zijn voorwerp van een nimmer eindigend treffen van allerlei belangengroepen. Als bij de betreffende lobby's de gedachte zou postvatten dat bij de codificatie van boek 9 garen valt te spinnen, is de kans op een snel en goed resultaat waarschijnlijk verkeken.

12. Wat de opzet van het boek betreft moet eerst worden besloten of de institutionele voorzieningen in de ROW betreffende de Octrooi-raad en die in de Zaaizaad- en Plantgoedwet betreffende de Raad voor het Kwekersrecht erbuiten zullen blijven, juist zoals bij de opnemng van de pachtovereenkomst in boek 7 de Pachtwet, voor zover zij grond- en pachtkamers institutioneel regelt, intact is gelaten.

Al terwille van de harmonie behoort die vraag bevestigend te worden beantwoord. De institutionele bepalingen betreffende het Benelux-Merkenbureau en het Beneluxbureau voor Tekeningen of Modellen zijn niet te vinden in de eenvormige wetten maar in Beneluxverdragen en blijven aldus vanzelf buiten boek 9. Het handelsregister heeft ook zijn specifieke regeling in de Handelsregisterwet.

13. Boek 9 zou als volgt kunnen worden ingedeeld:³¹

Titel 1: auteursrecht

2: naburige rechten

3: rechten betreffende topografieën van halfgeleiders ('chips').

30. Zie hieromtrent vooral het in noot 14 genoemde boek van Thole.

31. Ter vergelijking de indeling van Meijers: I-Auteursrecht; II-Octrooien; III-Recht op tekeningen en modellen van nijverheid; IV-Recht op merken; V-Het recht op de handelsnaam. Zie Parl. Gesch. Alg. deel, blz. 35.

- 4: octrooirecht
- 5: kwekersrecht
- 6: tekeningen- en modellenrecht
- 7: merkenrecht
- 8: handelsnaamrecht

Desgewenst kunnen de 'chips' ook in aansluiting op octrooi- en kwekersrecht worden geregeld. De betreffende wet — Wet van 28 oktober 1987, Stb. 484 — 'vertoont in ongeveer gelijke mate aan het octrooirecht en aan het auteursrecht herinnerende elementen'.³²

14. Nog enkele afsluitende opmerkingen over octrooi- en handelsnaamrecht.

Er is een totale herziening ophanden van ons nationale octrooi-systeem waarbij wordt overgeschakeld van een vooronderzoek- naar een registratiestelsel. Op een CIER-symposium in Utrecht dd. 18 februari jl. bleek hierover in de geïnteresseerde kringen consensus te bestaan. Het (nog in te dienen) wetsontwerp zou in boek 9 kunnen worden ingepast na afscheiding van de institutionele bepalingen, welke in een aparte wet kunnen worden vervat. De regeling van het materiële octrooirecht in boek 9 zou overigens niet alleen nationale octrooien regarderen maar ook de zogenaamde Euro-NL-octrooien en de toekomstige gemeenschapsoctrooien voor zover deze door ons nationale recht zullen worden beheerst. De wat lapidaire voorzieningen in de ROW betreffende de octrooi-aanvraag dienen te worden uitgebreid.

Het recht op de handelsnaam is een vermogensrecht in de zin van art. 3:6.³³ Aan de controverser omtrent de vraag of de handelsnaam object is van een subjectief recht³⁴ is dunkt me daarmee een eind gekomen. Bezien moet worden of de handelsnaam als vermogensrecht nadere regeling behoeft (bijvoorbeeld de mogelijkheid van licentiëring in verband met franchise-relaties).

15. Ons burgerlijk recht heeft een groot nieuw huis betrokken, waarin vele kinderen een gerieflijke kamer hebben gevonden.

Enkelen zijn echter voor onbepaalde tijd verbannen naar een

32. Helbach c.s., nr. 635.

33. TM ad art. 3.1.1.5, Parl. Gesch. Boek 3, blz. 90.

34. Zie onder meer Helbach c.s., nr. 1143 en S. Boekman, De handelsnaam (1977), blz. 59-68.

krakende, tochtige bouwval die tegen een zijmuur leunt. Hun vergrijp? Zij zijn internationaal georiënteerde specialisten.