



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Te intellectuele eigendom

Visser, D.J.G.

Citation

Visser, D. J. G. (2010). *Te intellectuele eigendom*. Amsterdam: deLex.
Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/15955>

Version: Not Applicable (or Unknown)
License: [Leiden University Non-exclusive license](#)
Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/15955>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Te Intellectuele Eigendom

Te Intellectuele Eigendom

DE MORELE BASESEMOTIES VAN DE IE

Dirk Visser & Gerrit de Jager

FEATURING

John Doorzon

ALS

“de gemiddeld geïnformeerde, omzichtige
en oplettende gewone consument”

Uitgave verschenen ter gelegenheid van het vijfjarig bestaan van Boek9.nl en het derde IE-diner.

www.delex.nl / www.boek9.nl

© 2010 Dirk Visser (tekst), Gerrit de Jager/Doorzon B.V. (tekeningen), Amsterdam.

Vormgeving: ZEDline

ISBN: 978-90-8692-026-6

Waarschuwing: Deze publicatie is minder geschikt voor (beginnende) studenten die zich voorbereiden op een tentamen intellectuele eigendom: op tentamen worden verwijzingen naar ‘morele basis-emoties’ en andere simplificaties die in deze bijdrage worden gedebiteerd (ook in Leiden) niet goed gerekend. Bij tentamens dienen steeds de actuele, per IE-rechtsgebied verschillende formules te worden gereproduceerd, onder verwijzing naar de meest recente rechtspraak. Hetzelfde geldt overigens voor beginnende advocaten bij het opstellen van processtukken en bij pleidooien.

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden veeleenvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische veeleenvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan Stichting Reprorecht (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet) kan men zich wenden tot Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro).

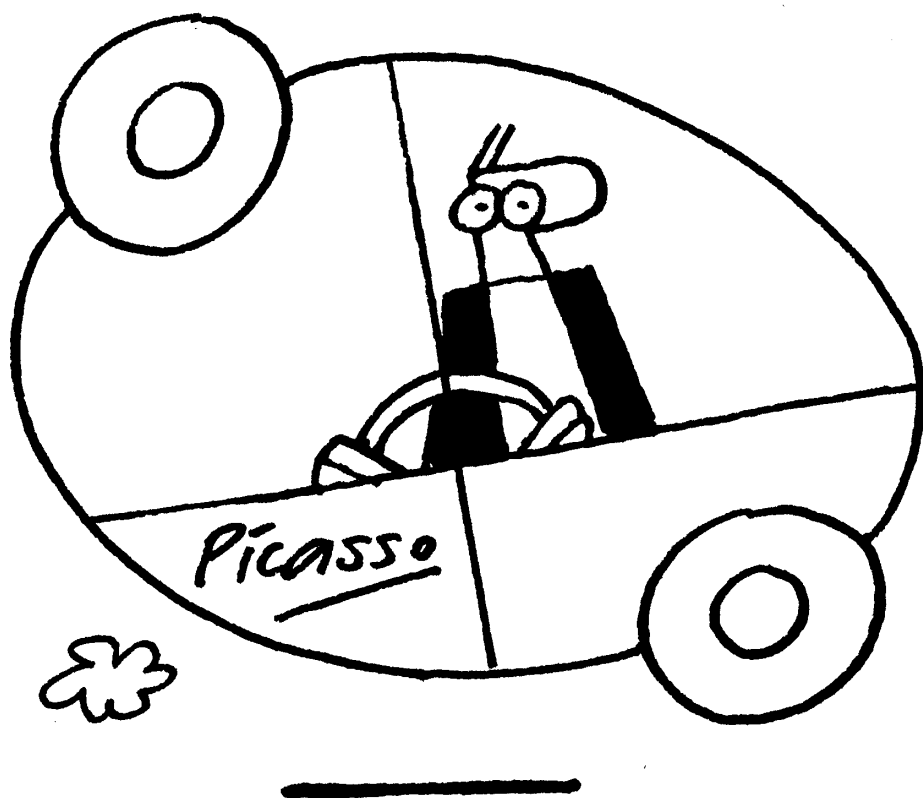
Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg besteed is, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever geen enkele aansprakelijkheid voor eventuele (druk) fouten en onvolledigheden, noch voor gevolgen hiervan.

All rights reserved. No part of this publication may be reproduced in any form, by print, photo print, microfilm or any other means, without the publisher's prior written permission.

“ Emotions occupy a central role; it is well known that, rather than being the antithesis of rationality, emotions aid human reasoning. People can reason and deliberate as much as they want, but, as neuroscientists have found, if there are no emotions attached to the various options in front of them, they will never reach a decision or conviction (Damasio 1994). This is critical for moral choice, because if anything morality involves strong convictions. These convictions don’t – or rather can’t – come about through cool rationality: they require caring about others and powerful “gut feelings” about right and wrong”.

FRANS DE WAAL, *Primates and Philosophers, how morality evolved*,
Princeton University Press 2006 (p. 18).

(DAMASIO 1994: A. Damasio, *Descartes'Error: Emotion, Reason and the Human Brain*, New York, Putnam 1994).



Mandarijnenwetenschap

De intellectuele eigendom (IE) staat wel bekend als een rechtsgebied waarvan de beoefenaren erg ingewikkeld doen over steeds dezelfde vraag: lijken twee dingen te veel op elkaar? De IE bestaat uit een groot aantal verschillende, vaak overlappende beschermingsvormen die elk hun eigen, door rechtspraak steeds verder verfijnde of aangepaste, terminologie kennen. Alleen de insiders kennen alle subtiele verschillen en alle actuele criteria, nemen die zeer serieus en debatteren veel over de in hun ogen meestal zeer principiële verschillen. Kortom, de IE heeft terecht een beetje de reputatie van een mandarijnenwetenschap.¹

Hier wordt een poging gedaan de IE een beetje te ontdoen van alle ingewikkelde terminologie en subtiele verschillen. Het is ook een poging om de ‘basisemoties van de IE’ bloot te leggen én te verklaren, deels vanuit het evolutionaire perspectief.²

Basisemoties

Waarom spreken van ‘basisemoties’? De keuze voor de aanduiding ‘basisemoties’ is een gevaarlijke. Zij zit namelijk dicht aan tegen het in juristenkringen en daarbuiten meestal verguisde ‘onderbuikgevoel’. ‘Rechtsgevoel’ is een positievere aanduiding, maar heeft ook een subjectieve klank.³ In het recht is het gebruikelijk om alles zo veel mogelijk rationeel te duiden. Wat zijn de rationele grondslagen van het recht? Hoe komt het recht tot stand? Welke rationele verklaring of rechtvaardiging ligt aan een bepaalde rechtsregel ten grondslag?

Het rechtsgevoel of de emotie van het recht blijven in de regel buiten beschouwing. Daar zijn goede redenen voor. Rechtsgevoel en emotie zijn subjectief, oftewel persoonsafhankelijk. Ratio en intellect zijn objectief. Het recht moet objectief zijn. Maar tegelijk wemelt het (IE-) recht van de subjectieve kwalificaties.

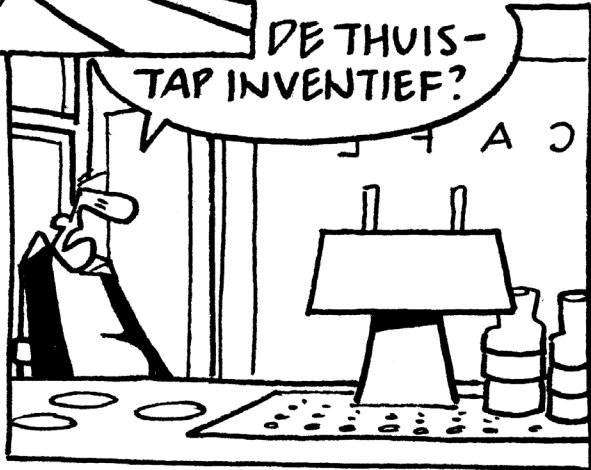
¹ Tijdens het afscheid van mr. N. van Ling en van het Gerechtshof te Amsterdam op 15 mei 2009 noemde vice-president mr. P. Ingelse de IE bijvoorbeeld een mandarijnenwetenschap. Nu wordt dat van meer rechtsgebieden gezegd. Googlen op “mandarijnenwetenschap” levert verwijzingen naar een groot aantal verschillende rechtsgebieden op. Het gaat wel steeds om rechtsgebieden. Kennelijk is de kwalificatie ‘mandarijnenwetenschap’ vooral populair als het gaat om bezigheden van juristen.

² Zie ook: H. Gommer, ‘Normen als uitkomst van natuurlijke selectie’, *NJB* 29 mei 2009, nr. 21, p. 1327-1331.

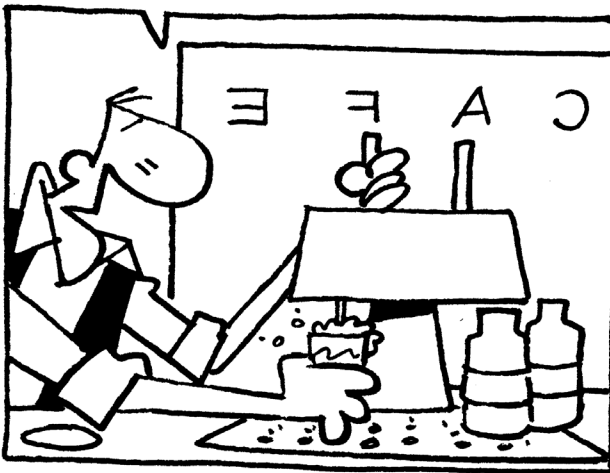
³ Vgl. F.W. Grosheide, ‘Wie is van hout? Het persoonlijke gevoel van de rechter’, *NTBR* 2005, 71, p. 423-424.



THE AVERAGE
PERSON
SKILLED IN
THE ART



IK DOE IN MIJN KROEG
AL JAREN OF IK THUIS BEN!



Subjectieve kwalificaties

- Het gaat om “een vorm die het resultaat is van *scheppende menselijke arbeid* en dus van *creatieve keuzes*” (maar niet om “*bewuste keuzes*”)⁴ en om “*totaalindrukken die de beide werken maken*” die “*te weinig verschillen*”.⁵
- Het gaat om (niet) “*op een voor de hand liggende wijze*” voortvloeien uit “de stand van de techniek”⁶ en om het vinden van het “midden tussen een *redelijke* bescherming van de octrooihouder en een *redelijke* rechtszekerheid”.⁷
- Het gaat om “*significant* afwijken”⁸, om inburgering bij een “*aanzienlijk* deel”⁹ en bekendheid “bij een *aanmerkelijk* deel”¹⁰ van het publiek, over het leggen van “*een verband*”,¹¹ en om “zonder *geldige* reden” *ongerechtvaardigd* voordeel trekken uit of afbreuk doen aan het merk.¹²
- Het gaat om “*eerlijk* gebruik in nijverheid en handel”¹³ en om “het algemeen belang”.¹⁴
- Het gaat om een “*substantiële* investering”¹⁵ in, en een “*substantieel* deel”¹⁶ van een databank.
- Het gaat om “de *algemene indruk*” bij “de *geïnformeerde* gebruiker”¹⁷ en om “de *gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone* consument”.¹⁸

Al die subjectieve kwalificaties, toverformules of vage termen behoeven steeds invulling en daarvoor bestaat weinig houvast, behalve steeds weer een andere omschrijving van deze vage termen met andere vage termen. Maar waarmee worden ze dan in de praktijk toch ingevuld? Door kennis, ervaring en rechtsgevoel.¹⁹

4 HR 30 mei 2008, NJ 2008, 556 (Endstra / Nieuw Amsterdam; De Endstra tapes).

5 HR 29 november 2002, NJ 2003, 17 (Accordo/TROS; Una voce particolare)

6 Art. 6 ROW 1995.

7 Protocol bij art. 69 EOv en HR 13 januari 1995 NJ 1995, 391 (Ciba Geigy / Oté Optics)

8 HvJ EG 12 februari 2004, zaak C-218/01, (Henkel/DPMA; Wolwasmiddelfles).

9 HvJ EG 7 september 2006, zaak C-108/05 (Bovemij/BMB; Europolis).

10 HvJ EG 14 september 1999, zaak C-375/97 (General Motors/Yplon; Chevy) en HvJ EG 6 oktober 2009, zaak C-301/07 (Pago/Tirolmilch).

11 HvJ EG 23 oktober 2003, zaak C-408/01, (Adidas/Fitnessworld; drie versus twee strepen).

12 Art. 2.20 lid 1 sub c en d BVIE.

13 Art. 2.23 lid 1 BVIE

14 HvJ EG 6 mei 2003, zaak C-104/01 (Libertel/BMB; kleur oranje).

15 Art. 1 sub a Dw.

16 Art. 2 sub a Dw.

17 Art. 3.3 lid 2 BVIE.

18 HvJ EG 16 juli 1998, zaak C-210/96 (Gut Springenheide/Steinfurt; ‘6-Korn -10 frische Eier’).

19 Vgl. H. Gommer ‘onbewuste denkprocessen maken motivering tot noodzaak’, Trema april 2007, p. 127-134 en D.J.G. Visser, ‘De rechterlijke beslissing (in IE-zaken)’ B9 8189.

POST SALE CONFUSION

GETVER, ALWEER
WOKKELS MET
BOLOGNESE
SAUS



Onderbuikgevoel

De hier te bespreken ‘basisemoties’ van de IE zouden, meer intellectueel verantwoord, omschreven kunnen worden als ‘(grond)beginselen’, ‘uitgangspunten’ of ‘gezichtspunten’. Nog geleerder is het om te spreken van ‘gemeenplaatsen’ of ‘topoi’.²⁰ Daar is ook niets op tegen. In deze bijdrage ligt echter bewust de nadruk op het ‘rechtsgevoelige’ karakter van bepaalde mechanismen. Het gaat, kortom, om de morele basisemoties. Niet het rationele of intellectuele maar, vooruit dan maar, het (m.i. structureel onderbelichte) onderbuikgevoel van de intellectuele eigendom.²¹

Vernieuwen is goed, nabootsen is slecht

In een eerdere publicatie onderscheidde ik twee basisemoties van de IE: ‘vernieuwen is goed, nabootsen is slecht’.²² Ik onderzocht die niet, noch onderbouwde ik het bestaan ervan, ik nam ze slechts als uitgangspunt ter verklaring van enkele andere verschijnselen op het gebied van de IE.

“Iets geheel nieuws verzinnen of op eigen kracht op de markt zetten roept een positieve emotie op. Het is ‘goed’. Zeker als het omschreven kan worden als creatief, inventief of onderscheidend. Dit verschijnsel moet worden beloond, aangemoedigd en zeker niet verboden. Iets van een ander afkijken, kopiëren of nadoen roept een negatieve emotie op. Het is ‘slecht’. Zeker als het omschreven kan worden als slaafs, klakkeloos of verwarringwekkend. Dit verschijnsel moet ontmoedigd, zo niet verboden worden en zeker niet beloond. Dit zijn de twee emoties die spelen bij de intellectuele eigendom: ‘vernieuwen is goed, nabootsen is slecht’.”²³

In deze bijdrage wordt gezocht naar de achtergrond van de basisemoties. Waarom is iets nieuws verzinnen of op de markt brengen ‘goed’ en waarom is kopiëren of nadoen ‘slecht’ (of in ieder: geval minder ‘goed’)?

²⁰ Zie J.H. Nieuwenhuis, ‘Hoi Topoi’ in: *Confrontatie en compromis*, Kluwer 1997, p. 109-121.

²¹ Zie voor de rationele rechtsgronden bijvoorbeeld: Spoor/Verkade/Visser, *Auteursrecht*, Kluwer 2005, p. 10-12 of: Gosseries/Marciano/Strowel (red.), *Intellectual property and theories of justice*, Palgrave Macmillan 2008.

²² D.J.G. Visser, *Het ABC van iedere IE-inbreuk*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2004.

²³ T.a.p., p. 2.

BEWUST CREATIEVE KEUZES



Waarom is vernieuwen ‘goed’?

Iets nieuws verzinnen of op de markt brengen draagt bij aan de ontwikkeling, de samenleving, de vooruitgang en de welvaart. Een bijdrage leveren aan de samenleving is een vorm van altruïsme, een vorm van ‘geven’. Men geeft iets aan de samenleving waar anderen van (kunnen) profiteren. De groep of de samenleving wordt daar beter van, iedereen wordt daar beter van en dus is het ‘goed’. Het verdient lof, bewondering en beloning. Zoals ook lof, bewondering en beloning ten deel vallen aan mensen die hard werken, uitzonderlijke (sport)prestaties leveren, iets doen voor anderen en daarmee een bijdrage leveren aan de samenleving en de vooruitgang.

Waarom is nabootsen ‘slecht’?

Iets kopiëren of nadoen draagt niet bij aan de ontwikkeling of de vooruitgang. Kopiëren of nadoen is een vorm van egoïsme, het is een vorm van ‘nemen’. Men neemt iets over van anderen, men profiteert van of parasiteert op de prestaties van anderen. De samenleving wordt er niet beter van, men wordt er alleen zelf beter van. Het staat niet in hoog aanzien. Het oordeel er over is op zijn best vergelijkbaar met de afkeuring en ontmoediging die mensen ten deel valt die niet (hoeven te) werken omdat ze geld hebben geërfd of een uitkering hebben, zich nooit inspannen en nooit iets doen voor anderen, die altijd ‘nemen’ en nooit ‘geven’ en daarmee geen bijdrage leveren aan de samenleving en de vooruitgang.

Het is daarom niet verwonderlijk dat deze basisemoties “in onze cultuur zitten ingebakken”: “Iets uitvinden staat in hoog aanzien, plagiaat is daarentegen een schandaal”.²⁴

²⁴ Pieter Hilhorst en Michiel Zonneveld, ‘Goed idee, doe het na’, in: de *Volkskrant* 18 oktober 2008, katern Het Betoog, p. 5. Zie ook vk.nl/goedidee. Zij schrijven over het feit dat het in de publieke sector in Nederland barst van de aansprekende initiatieven, “maar waarom wil iedereen toch steeds weer het wiel uitvinden?”: “Er bestaat een *not invented here*-syndroom. Instellingen hebben het idee dat wat elders is bedacht niet kan deugen. Voor een deel zit dat ingebakken onze cultuur. Iets uitvinden staat in hoog aanzien, plagiaat is daarentegen een schandaal”.

HET RELEVANTE PUBLIEK

WIL JIJ NOG ZO'N
LEKKERE G-STAR-
COLA-BLUE-BULL
MET TWEE STREPEN
VAN ME?



Nabootsen is vaak noodzakelijk

Tegenover deze basisemoties staat de (rationele) vaststelling dat nabootsing onvermijdelijk en (wél/ook) goed is voor de samenleving en de vooruitgang. We zijn allemaal ‘dweren op de schouders van reuzen’²⁵ (of van een heleboel andere dwergen). Als iedereen steeds het wiel opnieuw moet uitvinden, komen we zeker niet verder. De vernieuwing die de één brengt, moet juist worden nagedaan, anders profiteert de samenleving namelijk helemaal niet van die vernieuwing.

Nabootsing, kopieergedrag is essentieel voor het overleven van de menselijke soort, zoals dat overigens ook geldt voor iedere diersoort.²⁶

Evolutie

Dat vernieuwen ‘goed’ is kan misschien nog verder worden onderbouwd aan de hand van de evolutietheorie. Mutatie, selectie en reproductie zijn de drie bouwstenen van de evolutie, zonder welke er niet eens leven, laat staan menselijk leven op aarde zou zijn.²⁷ Mutatie is de afwijking, de vernieuwing, die uitzonderlijk is en die (alleen) overleeft als die beter is dan wat er al is, door het proces van (natuurlijke) selectie. Na die selectie volgt de reproductie, het kopiëren, de navolging.

Die reproductie is net zo essentieel als de mutatie, maar de reproductie is vanzelfsprekend en veel minder zeldzaam dan de succesvolle mutatie die de selectie overleeft. Daarom staat reproductie mogelijk niet erg hoog in aanzien en succesvolle mutatie wél.

Het proces van selectie verloopt bij de mens ook voor een belangrijk deel via de voorkeur voor een bepaalde mutatie die succesvol is of de indruk wekt succesvol te zullen zijn. Op het meest basale niveau heeft de éne partner een (seksuele) voorkeur voor een partner die succesvol is of de indruk wekt succesvol te zullen zijn.²⁸ Vervolgens bestaat ook in groepen mensen die samen leven een voorkeur voor mensen die een bijdrage leveren, die de groep verder helpen, bijvoorbeeld in

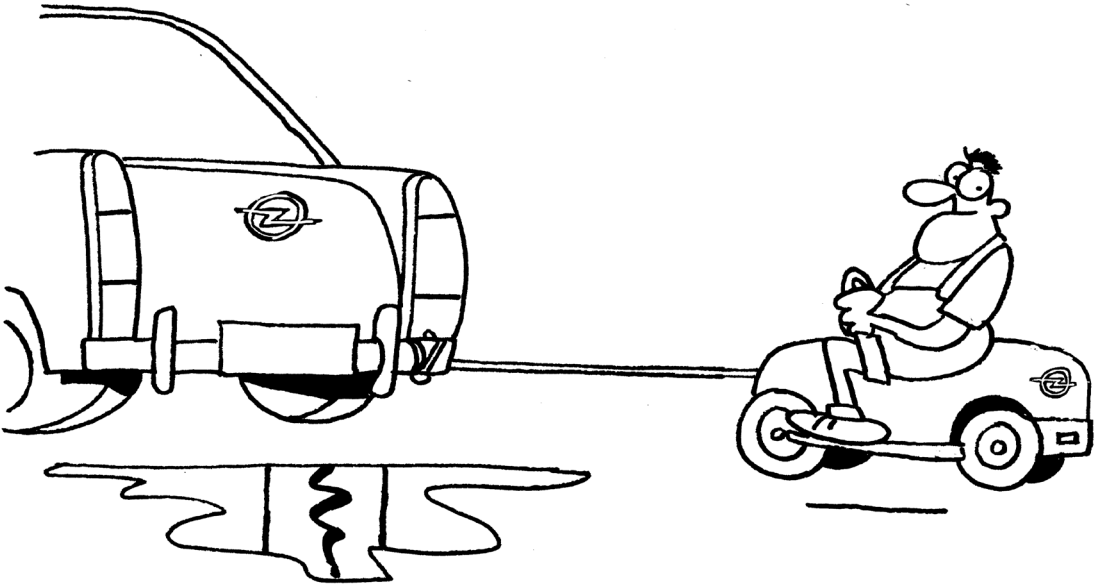
²⁵ Bernard van Chartres, (1080?-1167).

²⁶ Advocaat-Generaal Eggens spreekt van “het algemeen belang, dat vereist dat het goede en nuttige wordt nagevolgd en nagedaan” in zijn conclusie bij HR 26 juni 1953, NJ 1954, 90 (Hyster Karry Krane).

²⁷ Zie bijvoorbeeld: C. Buskes, *Evolutionair denken*, Amsterdam: Uitgeverij Nieuwezijds 2006, en daargenoemde literatuur.

²⁸ Zie bijvoorbeeld: C. Buskes, o.c., hoofdstuk 2, seksuele selectie.

KIELZOG VAREN



de strijd met andere groepen.²⁹ De bijdrage die bestaat uit het herhalen van wat men altijd al deed is van belang, maar wordt vermoedelijk meestal vanzelfsprekend geacht. De bijdrage die vernieuwing brengt en de groep verder brengt, is zeldzamer en staat daarom vermoedelijk in hoger aanzien.

Dat vernieuwen ‘goed’ is, is mogelijk dus zeer fundamenteel verklaarbaar. Dat nabootsen in minder aanzien staat ook. Maar waarom nabootsen met dit gegeven ‘slecht’ zou zijn, is hiermee m.i. nog niet afdoende verklaard. Dit hangt vooral samen met de mate van parasitair karakter en de mate van misleiding die vaak met het nabootsen samenhangt.

Gij zult niet nabootsen

“Gij zult niet nabootsen”, ook wel aangeduid als ‘het elfde gebod’, is een voorschrift waarvan in de juridisch-academische wereld meestal wordt aangenomen dat het niet bestaat. Ook in de (hogere) rechtspraak wordt duidelijk dat nabootsen juist wél mag, tenzij er een IE-recht van toepassing is of er sprake is van andere bijkomende omstandigheden,³⁰ met name indien er sprake is van ‘nodeloos verwarring wekken’.³¹ Ook lagere rechters lieten desgevraagd in meerderheid weten dit elfde gebod niet te onderschrijven.³²

“*Vrijheid van kopie*, heet het centrale uitgangspunt van ons geschreven en ongeschreven ongeoorloofde mededingingsrecht te zijn. Tegen dat uitgangspunt blijkt echter in theorie en praktijk nogal te worden gezondigd”, aldus Grosheide.³³

²⁹ Zie M. Ridley, *The origins of virtue. Human Instincts and the Evolution of Cooperation*. London Penguin 1996.

³⁰ Groene Serie Onrechtmatige daad, Onderwerpsgewijs commentaar, IV. Ongeoorloofde mededinging IV.6. Aanhaken, Aantekening 272 e.v. (Van Nispen).

³¹ De Hoge Raad overwoog “dat dus nabootsing van het product van een concurrent alleen dan ongeoorloofd is, indien men zonder aan de deugdelijkheid en bruikbaarheid afbreuk te doen op bepaalde punten evengoed een anderen weg had kunnen inslaan en men door dit na te laten verwarring sticht” (HR 26 juni 1953, NJ 1954, 90 (Hyster Karry Krane)).

³² Zie: *NJB* 12 september 2008, p. 1924-1926: Aan de rechters is ook de vraag voorgelegd of er een elfde gebod bestaat, dat zou luiden “Gij zult niet nabootsen.” De meeste rechters menen van niet: “nabootsen is niet slecht”, “je komt niet verder zonder kopiëren.” “Mensen hebben altijd nagebootst, het is een deel van de menselijke ontwikkeling, dat juist goed is.” “IE recht is een uitzondering [op de vrije mededinging], dus die moet je beperkt uitleggen.” “De meeste ondernemingen leven van het imiteren van elkaar.” “Profiteren van een trend in de markt, daar is niets mis mee.” “Modebeeld volgen moet kunnen. Iets toonaangevends wordt nagemaakt.” “Mode betekent eigenlijk dat iedereen een beetje hetzelfde gaat doen.”

³³ F.W. Grosheide, ‘Hoe slaafs mag men nabootsen?’, *IER* 2005 (nr. 64), p. 270.

GEEN ANDERE ALGEMENE INDRIJK



En in een fraaie persiflage op een conclusie van een AG bij de Hoge Raad schrijft Spoor onder het kopje ‘Nader tot de norm’:³⁴

“*Nieuw* is het sleutelwoord van deze tijd, dat door de rechtsontwikkeling wordt geboekstaafd en bekrachtigd. Producten moeten *nieuw* zijn; nabootsing is uit den boze, en absolute rechten zijn een voorwaarde om haar te kunnen bestrijden. Er bestaat een breed gedragen maatschappelijk besef dat mensen niet *behoren* te kopiëren”. [...] “[G]ij zult niet kopiëren, noch zult gij nabootsen. Niet in de literatuur, niet in de kunst en niet in de wetenschap, de techniek daaronder begrepen. Die norm kan op brede steun rekenen”.

Persiflage of niet: die norm kan inderdaad op brede steun rekenen.

Desgevraagd, verklaarden alle kort geding rechters die mee deden aan een veldonderzoek in 2008³⁵ dat “Gij zult niet nodeloos nabootsen” aardig in de richting komt van een grondnorm van het intellectuele eigendomsrecht. Enkele rechters zeiden ook, recht toe recht aan: “Nabootsen is onsympathiek”, “aanhaken bij het succes van een ander is onfatsoenlijk”. Anderen zeiden: “Nabootsen mag, tenzij onfatsoenlijk.” Vaak wordt, afkeurend, door IE-specialisten vastgesteld dat een rechter die een geval van nabootsing heeft veroordeeld, maar de toverformules van het relevante beschermingsregime niet volgens de regelen der kunst heeft toegepast, (te veel) op zijn ‘onderbuikgevoel’ is afgegaan. Een positievere omschrijving is, zoals eerder aangegeven, dat hij zijn *rechtsgevoel* heeft laten spreken ten aanzien van wat fatsoenlijk, eerlijk en geoorloofd is op het gebied van de mededinging: “Gij zult niet op slinkse wijze profiteren van het bedrijfsdebet van uw concurrent”, aldus een IE-kort geding rechter.³⁶

Of de norm nu luidt “Gij zult niet nabootsen” of “Gij zult niet *nodeloos* nabootsen”, of de norm nu openlijk erkend, onderschreven of afgewezen wordt of belachelijk wordt gemaakt, de norm en de achtergrond ervan verdienen in ieder geval nadere bestudering. Het negatieve imago van nabootsen is hierboven ten dele al verklaard, maar kan verder worden verduidelijkt. Nabootsen wordt ten eerste vaak gezien

³⁴ J.H. Spoor, ‘Polytimbre’, *BIE* april/mei 2008 (Album Amicorum Feer Verkade), p. 220 (225).

³⁵ *NJB* 2008, p. 1925.

³⁶ *NJB* 2008, p. 1925.

MERK & HANDELSNAAM

EINSTEIN!?
DAT IS TOCH DAT
BEKENDE CAFÉ
IN DE PIJP VAN
TANTE PIETJE,
DE MOEDER VAN
DRIES ROELVINK?



als een vorm van parasiteren: zonder eigen inspanning de vruchten plukken van andermans inspanning: “Gij zult niet oogsten waar gij niet hebt gezaaid”.³⁷ Dit is een zeer fundamentele norm, waar de meeste mensen het intuïtief mee eens zijn.³⁸

Nabootsen wordt dus meestal geassocieerd met misleiden of met parasiteren, of met allebei tegelijk.

Grosheide constateert: “In feite is [...] het uitgangspunt van de kopieervrijheid vervangen door het tot een zorgvuldigheidsnorm verheven uitgangspunt *Gij zult niet verwarren door overeenstemmende producten te verhandelen en daardoor profijt te trekken van andermans inspanningen*”.³⁹

Grosheide is het, evenals Spoor, met deze ontwikkeling niet eens, vanwege het ‘uitgangspunt’ van de kopieervrijheid, de rechtszekerheid en de andere opvattingen in sommige andere Europese landen. Maar hun feitelijke constatering dat dit inderdaad de norm is (geworden of misschien wel altijd is geweest), is daarmee niet minder belangwekkend.

‘Gij zult niet nabootsen’ is gebaseerd op en heeft dezelfde gevoelswaarde als: ‘Gij zult niet misleiden of parasiteren’. (Of: Gij zult niet opzettelijk verwarring stichten of zonder eigen investering profiteren.)

37 De norm klinkt Bijbels, maar is dat niet echt. In “de gelijkenis van de koning en de drachmen” (Lucas 19:11-28) zegt de derde dienaar die het aan hem toevertrouwde geld niet heeft vermeerderd (dit in tegenstelling tot de twee andere dienaren die hun geld vertienvoudigd respectievelijk vervijfvoudigd hebben) tegen zijn koning: “Ik was bang voor u, omdat u een streng man bent die terugvordert wat hij niet heeft gestort en oogst wat hij niet heeft gezaaid.” (Lucas 19:21). Deze dienaar wordt gestraft omdat hij niet heeft geprobeerd het geld te vermeerderen door handel te drijven. Er wordt niet gesuggereerd dat de koning onjuist handelt door meer te willen oogsten dan hij heeft gezaaid. Mogelijk wordt zelfs gesuggereerd dat de koning juist (wel zelf) heeft gezaaid door de dienaren geld te geven met de opdracht “Ga daarmee handeldrijven terwijl ik weg ben” (Lucas 19:13). Deze gelijkenis eindigt met de merkwaardig kapitalistische mededeling: “Ik zeg jullie: wie heeft zal nog meer krijgen; maar wie niets heeft, hem zal zelfs wat hij heeft worden ontnomen” (Lucas 19:26). Deze gelijkenis schijnt zo te moeten worden opgevat dat Jezus ons opdraagt te ‘woekeren met onze talenten’. Met de onwenselijkheid van parasitair gedrag heeft zij dus vermoedelijk weinig te maken. Het is wel opmerkelijk dat de oogst/zaaiuitdrukking wel ook wordt gebruikt in de context van handeldrijven.

38 “[E]ndeavoring to reap where it has not sown”, wordt in deze context mogelijk voor het eerst genoemd in de zaak INS/AP van het US Supreme Court, 248 US 215 (1918) en wordt vaak genoemd als één van de grondgedachten ‘unfair competition’, zie bijvoorbeeld: A. Kamperman Sanders, *Unfair Competition Law*, Clarendon Press Oxford 1997, p. 22.

39 F.W. Grosheide, ‘Hoe slaafs mag men nabootsen?’, *IER* 2005 (nr. 64), p. 272.

MR. J. DOORZON
PARALLEL-IMPORT NOTARIS



Misleiden en verwarren

Dat misleiden slecht is behoeft nauwelijks toelichting. Misleiden is een species van het genus bedriegen en ondermijnt het onderlinge vertrouwen en maakt samenwerking, ruilhandel en andere menselijke interactie die meer welvaart en vooruitgang brengen onmogelijk. Opzettelijk een verkeerde voorstelling opwekken, meestal met als doel iemand anders iets te laten doen of laten, verdient zonder meer morele afkeuring en eventueel bestraffing. Opzettelijk een verkeerde voorstelling opwekken of verwarring⁴⁰ stichten, met als doel iemand een product of dienst te laten afnemen, is de vorm van misleiden of zelfs bedriegen die één van de pijlers vormt van het merkenrecht en de ongeoorloofde mededinging⁴¹ (en van het reclamerecht⁴² en de recent Europees geharmoniseerde bescherming tegen oneerlijke handelspraktijken⁴³), maar ook van het auteursrechtelijke persoonlijkheidsrecht ten aanzien van naamsvermelding en van de norm tegen plagiaat.⁴⁴

Parasiteren en meeliften

Naast misleiden staat parasiteren. Parasiteren is het zonder eigen inspanning (mee)profiteren van andermans geld, goed of inspanning.⁴⁵ Een andere aanduiding is ‘free riding’.

Gommer heeft recent de evolutionaire achtergrond van de verschillende normen tegen ‘free riding’ mooi beschreven:⁴⁶ Iemand vermoorden om zich meester te maken van zijn eigendom is de ergste vorm van parasitair gedrag of ‘free riding’ die

⁴⁰ Zie over verwarring en het verschil met misleiding: D.W.F. Verkade, ‘Verwarrende verwarring’, in: *Gratia Commercii, opstellen aangeboden aan A. van Oven*, p. 395.

⁴¹ Zie bijv. art. 10bis Unieverdrag van Parijs.

⁴² Zie bijv. art. 6:194 BW e.v.

⁴³ Zie bijv. art. 6:193c BW e.v.

⁴⁴ Zie bijv. art. 326b WvS.

⁴⁵ Vgl. de Franse concurrence parasitaire: “Considérant que le parasitisme est caractérisé par la circonstance selon laquelle une personne, à titre lucratif et de façon injustifiée, s’inspire ou copie une valeur économique d’autrui, individualisée et procurant un avantage concurrentiel, fruit d’un savoir faire, d’un travail intellectuel et d’investissements”, Court d’Appel Parijs 14 juni 2006, (Cartier / Raymond Weil) en het Zwitserse Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Art. 5 Verwertung fremder Leistung: “Unlauter handelt insbesondere, wer: [...] c. das marktreife Arbeitsergebnis eines andern ohne angemessenen eigenen Aufwand durch technische Reproduktionsverfahren als solches übernimmt und verwertet”.

⁴⁶ H. Gommer, ‘Normen als uitkomst van natuurlijke selectie’, *NJB* 2009, p. 1328.

DE MACHT VAN DE VERZEKERAAR

WIJ MOGEN U HELAAS
ALLEEN NOG DUBBEL-
MUNTIGE KAUWGOM
VAN ONS HUISMERK
VERKOPEN



door iedere samenleving verworpen wordt. Fysiek stelen is eveneens een vorm van ‘free riding’ die algemeen wordt afgekeurd. Ook het niet nakomen van overeenkomsten is een vorm van ‘free riding’.

Parasiteren door producten die door anderen zijn uitgevonden of ontworpen na te bootsen, valt uiteraard in een veel minder ‘zware’ categorie en ook vanuit het groepsbelang is er het nodige vóór te zeggen, maar de basisemotie is toch dezelfde: vruchten plukken zonder zelf een inspanning te leveren. Oogsten waar je niet hebt gezaaid. Gevoelsmatig en historisch vertoont deze norm sterke overeenstemming met ‘ongerechtvaardigde verrijking’.⁴⁷ De morele basisemotie tegen parasitaire concurrentie komt fraai tot uitdrukking in het merkenrechtelijke arrest in de zaak L’Oréal/Bellure van het Hof van Justitie der EG van 18 juni 2009:⁴⁸

“Het voordeel dat voortvloeit uit het gebruik door een derde van een teken dat overeenstemt met een bekend merk, wordt door die derde ongerechtvaardigd uit dat onderscheidend vermogen of die reputatie getrokken wanneer hij door dit gebruik in *het kielzog* van het bekende merk probeert te varen om te *profiteren* van de aantrekkingskracht, de reputatie en het prestige van dat merk, en om *zonder* financiële vergoeding *profijt* te *halen* uit de commerciële *inspanning* die de houder van het merk heeft geleverd om het imago van dit merk te creëren en te onderhouden” (*curs. toegevoegd*).

In deze zaak oordeelde het HvJ EG ook dat bij het invoeren van bescherming tegen nabootsing van bekende merken geen gevaar voor verwarring (misleiding) behoeft te worden aangetoond, noch behoeft te worden aangetoond dat sprake is van schade.⁴⁹ Daarmee is de bewuste norm volledig gericht op het parasitaire karakter ervan.⁵⁰ Het HvJ EG benadrukt dit ook door in ov. 49 van zijn arrest te overwegen

47 Zie bijvoorbeeld: A. de Savorin Lohman, ‘Over de regten van den uitvinder’, *Themis* 1862, p. 235, Th.C.J.A. van Engelen, *Prestatiebescherming*, Zwolle 1994, p. 171-174, R. Callmann ‘He who reaps where he has not sown: unjust enrichment in unfair competition’, *Harvard Law Review*, Vol. 55, 1942, p. 595-614 en: A. Kamperman Sanders, *Unfair Competition Law*, Clarendon Press Oxford 1997, p. 121 e.v.

48 HvJ EG 18 juni 2009, C-487/07, B9 7974, (L’Oréal/Bellure), zie ook (www.boek9.nl): B9 7986, B9 7988, B9 8023 en B9 8061.

49 Al gaat het HvJ EG er wel van uit dat in de praktijk ook wel schade wordt geleden door het bekende merk tengevolge van de nabootsing, zie ov. 33 van het bewuste arrest.

50 Dat deze ‘aanhaak-norm’ van art. 2.20 lid 1 sub C BVIE bredere gelding verdient wordt onder andere verdedigd door Huydecoper: ‘Wat Beweegt Feer?’, *BIE* april/mei 2008, p. 169-174 en: ‘Het gaat toch om goodwill?’ in: *Commercieel Portretrecht* (2009), p. 253-258.

EEN NIEUW INBURGERINGSPROGRAMMA UIT LUXEMBURG

HEI ELEI KUCK ELEI
WERD MEDE MOGELIJK
GEMAAKT DOOR EURO-
POLIS EN KPN GROEN

?!



dat het gaat om profiteren “zonder daarvoor passende inspanningen te moeten leveren” (niet zelf hebben gezaaid). Uit de formulering “in het kielzog *proberen* te varen” blijkt dat er in de regel wel opzet in het spel is. Opzet blijkt een belangrijke rol te spelen bij de morele basisemoties van de IE.

Opzet

Zowel bij misleiden als bij meeliften, en daarmee in de gehele IE, lijkt opzet een belangrijke rol te spelen. Per ongeluk verwarring stichten is onder de meeste geldende IE rechten ook verboden. Maar opzettelijk nabootsen van een merk, model of werk wordt sneller verboden en in het octrooirecht was vroeger ‘desbewustheid’ vereist. In het auteursrecht en voor inbreuk op een ongeregistreerd gemeenschapsmodel is ‘ontlening’ een vereiste. Weliswaar bestaat ook de figuur van de ‘onbewuste ontlening’, die dus niet opzettelijk is, maar er bestaat tegenwoordig een bewijslastomkering die erop neerkomt dat gedaagde bij grote gelijkenis moet bewijzen dat hij niet heeft ontleend. Volgens art. 2.21 lid 4 BVIE speelt de opzettelijkheid of kwade trouw van de merkinbreuk een rol bij de vraag of winstafdracht toewijsbaar is.

Per *ongeluk* ‘meeliften’ of ‘ongerechtvaardigd voordeel trekken’ ten opzichte van een specifiek object komt in de praktijk intussen weinig voor.⁵¹ In het woord ‘parasiteren’ zit de opzet eigenlijk al ingebakken. Zodra er geen sprake is van opzet of niet van opzet gericht op één bepaald object, is de morele verontwaardiging bij de rechtzoekende en bij rechter in de regel zeer veel minder, zo niet afwezig. Al snel spreekt de rechter dan van aanhaken bij een mode, stijl of trend. Als opzet daarentegen wel bewezen kan worden, dan lijkt de zaak vaak al half beslist.⁵²

⁵¹ Vergelijk de uitspraak van een ervaren IE-rechter: “Als het lijkt is het meestal geen toeval” (*NJB* 2008, p. 1925, rechter kolom).

⁵² Dat dit ook in andere landen speelt blijkt bij voorbeeld uit: B. Beebe, ‘An Empirical Study of the Multifactor Tests for Trademark Infringement’, 94 *California Law Review* 1581, 1626–31 (2006). Beebe stelt dat in de Verenigde Staten “a finding of bad faith intent exerts excessive influence on the outcome of the multifactor test,” ondanks herhaalde rechterlijke uitspraken dat kwade trouw slechts één factor te midden van veel meer factoren. Daarnaast werd mij begin 2009 door een zeer ervaren IP-barrister, Michael Silverleaf QC mondeling medegedeeld: als ‘intent’ bewezen kon worden was ook volgens hem ook in Engeland de zaak daarmee in de praktijk vaak grotendeels beklonken.

WELJA, DOE MIJ
D'R NOG MAAR
EENTJE

BEURP



Conclusie

Het is nuttig om de (soms iets te) intellectuele eigendom eens wat minder intellectueel of rationeel te benaderen en ook te kijken naar de morele basisemoties die er aan ten grondslag liggen en bij de toepassing ervan de doorslag geven.⁵³

Natuurlijk zijn er ook andere gezichtspunten en rationele overwegingen die grenzen stellen aan en een tegenkracht vormen tegen de morele basisemoties van de IE (zoals informatievrijheid, vrijheid van handel en bedrijf, rechtszekerheid, rechtsverwerking, misbruik van recht en de noodzaak voort te kunnen bouwen op het reeds bestaande). Maar dat neemt niet weg dat de besproken basisemoties de grondslag vormen van de IE én vaak doorslaggevend zijn bij de concrete invulling door rechters van de ingewikkelde toverformules; de beschermings- en inbreukcriteria van onder andere het octrooirecht, het merkenrecht, het handelsnaamrecht, het auteursrecht, de naburige rechten, het databankenrecht, het modellenrecht, het kwekersrecht en de bescherming tegen ongeoorloofde mededinging.

Eén belangrijke moreelemotionele grondslag van de IE en van het recht betreffende ongeoorloofde mededinging is: Gij zult niet misleiden of verwarring stichten. Deze regel geldt uiteraard op veel meer (rechts)gebieden. De belangrijkste en de meest kenmerkende morele basisemotie van het recht van de intellectuele eigendom is echter: Gij zult niet zonder eigen investering opzettelijk aanhaken bij en profiteren van de prestatie, de investering of de goodwill van een ander.

Naarmate de (creatieve, onderscheidende of inventieve) prestatie, de investering of de goodwill van de rechthebbende groter is en naar mate de opzet, het aanhaken, het profiteren en het zelf niet investeren van de navolger flagranter of evidentier zijn, zal de gevoelsmatige morele verontwaardiging groter zijn, en is de kans groter dat de rechthebbende wint en de navolger verliest. En omgekeerd uiteraard.

53 In het veldonderzoek uit 2008 noemde één ervaren rechter ‘de drie P’s’ die voor hem belangrijk zijn bij de beoordeling van IE-inbreukzaken (NJB 2008, p. 1925, rechter kolom):

- *Pretentie*: beschermingwaardig. De eiser pretendeert een prestatie te hebben geleverd die voor bescherming in aanmerking komt. Is die pretentie terecht?
- *Publiek*: bescherming tegen verwarring. Wat is de positie van het publiek / wordt het misleid of in verwarring gebracht?
- *Parasiet*: te zeer profiteren van een ander. Is er sprake van parasiteren, van ‘te zeer’ profiteren van de prestaties van een ander?

Deze drie P’s vormen een aardige samenvatting van de hier besproken morele basisemoties.

Over de auteurs

Dirk Visser is hoogleraar intellectuele eigendomsrecht in Leiden en advocaat in Amsterdam (www.law.leidenuniv.nl & www.kmvs.nl).

Gerrits de Jager is striptekenaar, onder andere bekend van *John* (dagelijks in het AD), *Broodje Beurs* (dagelijk in het FD), *De Familie Doorzon* en *Zusje*. (www.doorzon.nl).

Visser en De Jager zijn burens.

