Universiteit Leiden
The Netherlands

Intellectuele eigendom in het conflictenrecht : de verborgen conflictregel in het beginsel van nationale behandeling

Schaafsma, S.J.

Citation
Schaafsma, S. J. (2009, June 23). *Intellectuele eigendom in het conflictenrecht : de verborgen conflictregel in het beginsel van nationale behandeling*. *Meijers-reeks*. Kluwer, Deventer. Retrieved from https://hdl.handle.net/1887/13863

Version:	Not Applicable (or Unknown)
License:	Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden
Downloaded from:	https://hdl.handle.net/1887/13863

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

INTELLECTUELE EIGENDOM IN HET CONFLICTENRECHT

De verborgen conflictregel in het beginsel van nationale behandeling

INTELLECTUAL PROPERTY IN THE CONFLICT OF LAWS

The hidden conflict-of-law rule in the principle of national treatment

with a summary in English

PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE ET CONFLITS DE LOIS

La règle de conflit cachée dans le principe du traitement national

avec résumé en français

Voor Eskje

INTELLECTUELE EIGENDOM IN HET CONFLICTENRECHT

De verborgen conflictregel in het beginsel van nationale behandeling

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van
de graad van Doctor aan de Universiteit Leiden,
op gezag van Rector Magnificus prof. mr. P.F. van der Heijden,
volgens besluit van het College voor Promoties
te verdedigen op dinsdag 23 juni 2009
klokke 16.15 uur

door
Sierd Jurriaan Schaafsma
geboren te Groningen in 1969

Promotiecommissie:

Promotores:	prof. mr. M.V. Polak
	prof. mr. C.J.J.C. van Nispen (Vrije Universiteit, Amsterdam)
Overige leden:	mr. L. Strikwerda (Hoge Raad der Nederlanden)
	prof. mr. N.J. Schrijver
	prof. mr. D.J.G. Visser

© 2009, S.J. Schaafsma

Van dit proefschrift is ook een handelseditie verschenen bij uitgeverij Kluwer te Deventer in de serie Recht en Praktijk, Intellectuele Eigendom, nummer 1 (ISBN 978 90 13 06591 6).

De publicatie van dit boek werd financieel mede mogelijk gemaakt door de Stichting ter bevordering van internationaal privaatrechtelijk onderzoek.

Inhoudsoverzicht

INHOUDSOPGAVE VII

LIJST VAN AFKORTINGEN XV

INLEIDING 1

DEEL I GENESIS VAN HET BEGINSEL VAN NATIONALE BEHANDELING

Hoofdstuk 1. De geboorte van het beginsel van nationale behandeling in het auteursrecht 19
Hoofdstuk 2. Het Berner beginsel van nationale behandeling: de genesis van het huidige art. 5 lid 1 47
Hoofdstuk 3. De vervolmaking van het Berner beginsel van nationale behandeling: de genesis van het huidige art. 5 lid 2 en 3 89
Hoofdstuk 4. De genesis van het beginsel van nationale behandeling in het Verdrag van Parijs 127

DEEL II HET BEGINSEL VAN NATIONALE BEHANDELING IN HET HEDEN

Hoofdstuk 5. De conflictregel in het beginsel van nationale behandeling 161
Hoofdstuk 6. De vreemdelingenrechtelijke regel in het beginsel van nationale behandeling 285
Hoofdstuk 7. De reikwijdte van het beginsel van nationale behandeling 341
Hoofdstuk 8. Herformulering en hervorming 395

SAMENVATTING 471
SUMMARY 477
RÉSUMÉ 481
GRONDBEGRIPPEN 487
BIJLAGE I 489
REGISTERS 495

Inhoudsopgave

INHOUDSOVERZICHT V

INHOUDSOPGAVE VII

LIJST VAN AFKORTINGEN XV

INLEIDING 1

Introductie: intellectuele eigendom in het conflictenrecht 1
Afbakeningen 3
De Berner Conventie en het Verdrag van Parijs 4
Probleemstelling 8
Plan van behandeling 9
La préface d'un livre 12

DEEL I.
GENESIS VAN HET BEGINSEL VAN NATIONALE BEHANDELING 15

HOOFDSTUK 1.
DE GEBOORTE VAN HET BEGINSEL VAN NATIONALE BEHANDELING IN HET AUTEURSRECHT 19

1.1. Het probleem: de toestand van rechteloosheid van vreemde werken of auteurs 19
1.1.1. De toestand van rechteloosheid in het internationale auteursrecht 19
1.1.2. Analyse van de toestand van rechteloosheid; het rechtsvacuüm 23
a. De beperking tot nationale werken of nationale auteurs als afbakening van het toepassingsbereik van de nationale wet 24
b. De beperking tot nationale auteurs als rechtsbevoegdheids-kwestie 27
c. Synthese: de toestand van rechteloosheid als discriminatoir rechtsvacuüm 29
1.1.3. Resumé 31
1.2. De oplossing: het beginsel van nationale behandeling 31
1.2.1. De geboorte van het beginsel van nationale behandeling in het internationale auteursrecht 31
1.2.2. Analyse van het beginsel van nationale behandeling 37
1.2.3. Resumé 45

HOOFDSTUK 2.
HET BERNER BEGINSEL VAN NATIONALE BEHANDELING: DE GENESIS VAN HET HUIDIGE ART. 5 LID 1 47

2.1. Problemen in het stelsel van de bilaterale verdragen 47
2.1.1. Complicerende uitzonderingen op het beginsel van nationale behandeling 47
2.1.2. Analyse van de uitzonderingen op het beginsel van nationale behandeling 50
a. De lex originis-uitzondering op de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling 50
b. De lex originis-uitzondering op de vreemdelingenrechtelijke regel in het beginsel van nationale behandeling 52
c. De meestbegunstigingsclausule 57
d. Twee soorten 'toepassing' 59
2.1.3. Resumé 61
2.2. De oplossing: de Berner Conventie 63
2.2.1. De Berner Conventie en de keuze voor het beginsel van nationale behandeling 63
2.2.2. Analyse van de keuze voor het Berner beginsel van nationale behandeling 70
a. Een anachronistische keuze? 70
b. Andere bevestigingen van de conflictregel in het Berner beginsel van nationale behandeling 72
(i) Travaux préparatoires 72
(ii) Een gedachte-experiment aan de hand van de doelstelling van de conventie 74
(iii) Literatuur en rechtspraak 76
2.2.3. Uitzonderingen en aanvullingen op het Berner beginsel van nationale behandeling 78
a. Uitzondering 1: formaliteiten 79
b. Uitzondering 2: beschermingsduur 80
c. Definitie land van oorsprong 82
d. Aanvulling: traitement unioniste 83
2.2.4. Resumé 84

HOOFDSTUK 3.
DE VERVOLMAKING VAN HET BERNER BEGINSEL VAN NATIONALE BEHANDELING: DE GENESIS VAN HET HUIDIGE ART. 5 LID 2 EN 3 89

3.1. Problemen met de lex originis-uitzonderingen 89
3.1.1. Twee clusters van complicaties 89
3.1.2. Analyse van de derde lex originis-uitzondering 92
3.1.3. Resumé 96

3.2. De oplossing van het onafhankelijkheidsbeginsel: genesis van het huidige art. 5 lid 2 96
3.2.1. De keuze voor het onafhankelijkheidsbeginsel 96
3.2.2. Analyse van het Berlijnse art. 4 99
a. Art. 4 lid 1: het beginsel van nationale behandeling 99
b. Art. 4 lid 2: het onafhankelijkheidsbeginsel 101
(i) Eerste volzin: de eliminatie van de lex originis-uitzonderingen 101
(ii) Tweede volzin: exclusieve toepassing van de wet van het land van import 105
3.2.3. Resumé 112
3.3. Het beginsel van nationale behandeling in het land van oorsprong: genesis van het huidige art. 5 lid 3 112
3.4. Conclusies en misverstanden rond het Berner beginsel van nationale behandeling 115
3.4.1. Conclusies en misverstanden rond lid 1: het beginsel van nationale behandeling en het ius conventionis 116
3.4.2. Conclusies en misverstanden rond lid 2: het onafhankelijkheidsbeginsel 118
3.4.3. Conclusies en misverstanden rond lid 3: het land van oorsprong 121
3.4.4. Slotbeschouwing: krachtenveld en ontwikkelingsstadia 122

HOOFDSTUK 4.
DE GENESIS VAN HET BEGINSEL VAN NATIONALE BEHANDELING IN HET VERDRAG VAN PARIJS 127

4.1. De ontwikkeling van het beginsel van nationale behandeling in het industriële-eigendomsrecht vóór het Verdrag van Parijs 127
4.1.1. Octrooirecht 128
4.1.2. Merkenrecht 131
4.2. Het beginsel van nationale behandeling in het Verdrag van Parijs 134
4.2.1. Het Parijse beginsel van nationale behandeling 134
a. Inleiding 134
b. De keuze voor het beginsel van nationale behandeling 136
c. De in het verdrag neergelegde uitzondering: de telle quelle-regeling 140
4.2.2. Naar het onafhankelijkheidsbeginsel 142
a. Octrooirecht 144
b. Merkenrecht 147
(i) Het Verdrag van Parijs 147
(ii) De Schikking van Madrid 151
(iii) Conclusie 153
4.3. Conclusies en misverstanden rond het beginsel van nationale behandeling in het Verdrag van Parijs 154

DEEL II.
HET BEGINSEL VAN NATIONALE BEHANDELING IN HET HEDEN 157

HOOFDSTUK 5.
DE CONFLICTREGEL IN HET BEGINSEL VAN NATIONALE BEHANDELING 161

5.1. De begripsverduistering ten aanzien van de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling 162
5.1.1. De begripsverduistering: meningenoverzicht 163
a. De opvatting dat het beginsel van nationale behandeling mede een conflictregel bevat 163
b. De opvatting dat het beginsel van nationale behandeling geen conflictregel bevat 166
(i) Berner Conventie: de opvatting dat art. 5 lid 2 een conflictregel bevat 168
(ii) Berner Conventie: de opvatting dat de Berner Conventie in het geheel geen conflictregel bevat 171
(iii) Berner Conventie: andere opvattingen 173
(iv) Verdrag van Parijs 173
c. Regelgeving 174
(i) Nationale regelgeving 174
(ii) Europese regelgeving: de Rome II-Verordening 178
d. Conclusie 182
5.1.2. Waarom de begripsverduistering zich voltrok 184
a. De statutistisch-conflictenrechtelijke oplossing in beginsel van nationale behandeling 185
b. Het Savigniaanse conflictenrecht 187
c. Begripsverduistering door het Savigniaans-conflicten-rechtelijke denken 189
(i) De onbestaanbaarheid van het rechtsvacuüm 190
(ii) De kwalificatie van de beperking tot nationale werken of auteurs 193
(iii) De vervreemding van het formele-territorialiteits-beginsel 198
d. Conclusie 201
5.1.3. Hoe de begripsverduistering zich voltrok 202
a. Reconstructie van het begripsverduisteringsproces 202
b. Formele territorialiteit in de common law-wereld 219
5.2. Intermezzo: een tussentijdse evaluatie 223
5.2.1. Terugblik: de probleemstelling en de gevonden verklaring 223
5.2.2. Synthese: plaats en ontwikkeling van het vreemdelingenrecht 226
5.2.3. Excursie: naar een nieuwe blik op de ontwikkelingsgeschiedenis van het conflictenrecht? 228
a. Oertoestand: rechteloosheid 228
b. Oudheid: eerste schreden 229
c. Vroege middeleeuwen: tweezijdig personaliteitsbeginsel 231

d. Late middeleeuwen tot in de negentiende eeuw: statutenleer en territorialiteit 232
e. Tweede helft negentiende eeuw tot heden: Von Savigny 235
5.3. De modernisering van de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling 237
5.3.1. Het formele-territorialiteitsbeginsel in onze tijd 238
a. Formele territorialiteit als anachronisme 238
b. De mogelijkheden om formele territorialiteit buiten toepassing te laten 240
(i) Inleiding: interpretatieregels uit het Weens Verdragenverdrag 240
(ii) Tekst: de toenmalige gewone betekenis 241
(iii) Travaux préparatoires 243
(iv) Toenmalige rechtspraak en literatuur 244
(v) Latere verdragsbepalingen 244
(vi) Doel van de verdragen 246
(vii) Later gebruik 247
(viii) Tussenconclusie 250
(ix) Mogelijke bezwaren 250
(x) Conclusie 254
5.3.2. Naar het materiële-territorialiteitsbeginsel 254
a. Voorwaarden waaronder formele territorialiteit buiten toepassing kan worden gelaten 255
(i) Privaatrecht 255
(ii) Exclusieve bevoegdheid 255
(iii) Openbare orde-exceptie 257
(iv) Toepassing vreemd vreemdelingenrecht 258
(v) Conclusie 260
b. De materieel-territoriale conflictregel 260
(i) Generalisatie van de eenzijdige materieel-territoriale conflictregel 260
(ii) Bevestigingen “land waar de bescherming wordt ingeroepen” 261
(iii) Sachnormverweisung 262
(iv) Reikwijdte van de conflictregel 263
(v) Geen uitzonderingen op de conflictregel 264
5.3.3. Naar de lex loci protectionis-verwijzing 266
a. Conversie naar de lex loci protectionis-verwijzing 266
b. Resterende aspecten van deze lex loci protectionis-verwijzing 268
(i) Onderscheid ten opzichte van de lex loci delicti-verwijzing 268
(ii) De ‘locus protectionis’ 270
(iii) Extra-territoriale bescherming 274
(iv) Grensoverschrijdende handelingen 275
(v) In-, uit- en doorvoer 281
5.4. Resumé 283

HOOFDSTUK 6.
DE VREEMDELINGENRECHTELIJKE REGEL IN HET BEGINSEL VAN NATIONALE BEHANDELING 285

6.1. Het non-discriminatiebeginsel 285
6.2. Uitzonderingen op het non-discriminatiebeginsel: algemene beschouwingen 289
6.2.1. Inleiding: discriminatie door reciprociteitstoetsen 290
6.2.2. Reciprociteit en de reciprociteitstoets 292
a. Reciprociteit 292
b. De reciprociteitstoets in het algemeen 294
(i) De behandeling: de aan reciprociteit onderworpen rechtsregel 294
(ii) Het vreemde element en het referentieland 295
(iii) Het referentiepunt 295
(iv) Toetsing en techniek: de soort reciprociteit 295
c. Reciprociteit en het beginsel van nationale behandeling 297
(i) Het beginsel van nationale behandeling sec 298
(ii) Het beginsel van nationale behandeling onder reciprociteitsvoorwaarde 298
(iii) Het beginsel van nationale behandeling in verdrag 299
6.3. De materiële-reciprociteitstoetsen in de Berner Conventie nader beschouwd 301
6.3.1. Algemene aspecten van de Berner materiële-reciprociteitsuitzonderingen 301
a. Vormgeving van de Berner materiële-reciprociteitsuitzonderingen 301
b. De Berner materiële-reciprociteitsuitzonderingen en het Europese non-discriminatiebeginsel 304
6.3.2. Beschermingsduur (art. 7 lid 8) 309
a. Wordingsgeschiedenis 309
b. Analyse 310
c. Interactie met ius conventionis 312
d. Facultatieve toepassing en Europese regulering 313
6.3.3. Werken van toegepaste kunst (art. 2 lid 7) 314
a. Wordingsgeschiedenis 314
b. Analyse 316
(i) Uitgangspunt: tweeledige wetgevingsvrijheid (art. 2 lid 7, eerste volzin) 316
(ii) De materiële-reciprociteitsuitzondering (art. 2 lid 7, tweede volzin) 317
(iii) Probleemgeval: geen modelbeschermingswet (art. 2 lid 7, tweede volzin, slot) 318
(iv) Samenvatting analyse: schema 322
c. Interactie met ius conventionis 323
d. Facultatieve toepassing en Europese regulering 324

6.3.4. Volgrecht (art. 14ter lid 2) 325
a. Wordingsgeschiedenis 325
b. Analyse 326
(i) Uitgangspunt en uitzonderingen 326
(ii) De materiële-reciprociteitsuitzondering 327
(iii) Samenvatting analyse 330
c. Facultatieve toepassing en Europese regulering 331
6.3.5. Voorbehoud tienjaarsregel bij vertalingen (art. 30 lid 2 onder b, tweede volzin) 332
6.3.6. Retorsie niet-Unielanden (art. 6 lid 1) 333
6.4. De materiële-reciprociteitstoetsen in het Verdrag van Parijs en de Schikking van Madrid nader beschouwd 335

HOOFDSTUK 7.
DE REIKWIJDTE VAN HET BEGINSEL VAN NATIONALE BEHANDELING 341

7.1. Inleiding 341
7.2. Bescherming van de rechten der auteurs terzake van hun werken van letterkunde en kunst 344
7.2.1. Het object van de bescherming: het werk van letterkunde of kunst 344
7.2.2. Het subject van de bescherming: de auteur 349
a. Het subject in het algemeen 349
(i) Inleiding 349
(ii) Ius conventionis in de vorm van een verdragsautonoom auteursbegrip? 351
(iii) Het beginsel van nationale behandeling en de subject-vraag 358
b. Het subject van de morele rechten (art. 6bis) 363
c. Het subject van het filmauteursrecht (art. 14bis) 368
(i) Achtergrond 368
(ii) De regeling van art. 14bis lid 2 369
(iii) Enkele misvattingen over art. 14bis 371
d. Conclusie 374
7.2.3. De inhoud van de bescherming: de rechten 375
7.2.4. De handhaving van de bescherming: ‘rechtsmiddelen’ en sancties 378
7.3. Bescherming van de industriële eigendom 379
7.4. Exploitatie, vererving en procesrecht 382
7.4.1. Exploitatie 382
7.4.2. Vererving en posthume handhaving 385
7.4.3. Procesrecht 391

HOOFDSTUK 8.
HERFORMULERING EN HERVORMING 395

8.1. Herformulering van de Berner Conventie en het Verdrag van Parijs 395
8.1.1. Herformulering van de Berner Conventie 396
a. Herformulering van art. 5 lid 1 Berner Conventie 396
b. Herformulering van art. 5 lid 2 en 3 Berner Conventie 401
c. Overige bepalingen en opzet van het ontwerp 403
d. Proeve van een herformuleringsontwerp 405
8.1.2. Herformulering van het Verdrag van Parijs 409
8.2. Wenselijk recht 413
8.2.1. Conflictenrecht 414
a. Eerste invalshoek: het conflictenrecht zelf 415
(i) Het Savigniaans-conflictenrechtelijke model 415
(ii) Privaatrecht? 418
b. Tweede invalshoek: een rechtspolitieke keuze 419
(i) Keuze voor lokale autonomie 420
(ii) Keuze voor één van de betrokkenen 422
(iii) Conclusie 426
c. Derde invalshoek: mondialisering en internet 428
(i) De lex loci protectionis-verwijzing in het licht van mondialisering en internet 429
(ii) Centrale aanknoping in het licht van mondialisering en internet 433
(iii) Conclusie 438
d. Vierde invalshoek: werkbaarheid in de praktijk 438
e. Vijfde invalshoek: dépeçage (‘Zersplitterung’)? 443
f. Conclusie 446
8.2.2. Vreemdelingenrecht 448
8.3. Hervorming van de Berner Conventie en het Verdrag van Parijs 451
8.3.1. Wenselijke hervormingen van de Berner Conventie en het Verdrag van Parijs 451
8.3.2. Voorstel tot hervorming van de Berner Conventie 458
8.3.3. Wenselijke hervormingen van Europees en nationaal recht 465

SAMENVATTING 471
SUMMARY 477
RÉSUMÉ 481
GRONDBEGRIPPEN 487
BIJLAGE I NATIONALE CONFLICTREGELS BETREFFENDE INTELLECTUELE EIGENDOM 489
AANGEHAALDE LITERATUUR 495
AANGEHAALDE RECHTSPRAAK 533
TREFWOORDEN 539

Lijst van afkortingen

AA	Ars Aequi
AC	Law Reports: Appeal Cases
A-G	advocaat-generaal
AIPPI	Association Internationale pour la Protection de la Propriété Intellectuelle
ALAI	Association Littéraire et Artistique Internationale
ALI	American Law Institute
AMI	Tijdschrift voor auteurs-, media- en informatierecht
BC	Berner Conventie
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BIE	Bijblad bij de Industriële Eigendom
BIRPI	Bureaux Internationaux Réunis pour la Protection de la Propriété Intellectuelle
BMW	Eenvormige Beneluxwet op de merken
BT-Drucksache	Drucksache des Deutschen Bundestages
BTMW	Eenvormige Beneluxwet inzake tekeningen of modellen
Bull.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (Frankrijk)
BVIE	Benelux-verdrag inzake de intellectuele eigendom
BW	Burgerlijk Wetboek
Cass. civ.	Cour de cassation, chambres civiles (Frankrijk)
Cass. crim.	Cour de cassation, chambre criminelle (Frankrijk)
CB	Copyright Bulletin UNESCO
Ch.	Law Reports: Chancery Division
CLR	Commonwealth Law Reports
COM	Commissiedocument (Europese Commissie)
D.	Recueil Dalloz
DdA	Le Droit d'Auteur (later: Copyright)
diss.	dissertatie
EER	Europese Economische Ruimte
EER-Verdrag	Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte, Oporto 2 mei 1992
EEX-Verdrag	Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, Brussel 27 september 1968

EEX-Verordening	Verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000, betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken
EG	1. Europese Gemeenschappen; 2. Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap, Rome 25 maart 1957 (tekst zoals van kracht vanaf 1 mei 1999; zonder de wijzigingen door het Verdrag van Lissabon van 13 december 2007)
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche
EU	Europese Unie
EVEX	Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, Lugano 16 september 1988
F.3d	Federal Reporter (Third Series)
FCAFC	Federal Court of Australia Full Court judgments
FSR	Fleet Street Reports of Industrial Property Cases from the Commonwealth and Europe
GRUR (Int.)	Gewerblicher Rechtsschutzund Urheberrecht (Internationaler Teil)
Gw	Grondwet
Habil.-Schr.	Habilitationsschrift
HCA	High Court of Australia
HL	House of Lords
HR	Hoge Raad der Nederlanden
HvJ EG	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen
ICC	International Chamber of Commerce
IER	Intellectuele Eigendom en Reclamerecht
IGH	Internationaal Gerechtshof
IIC	International Review of Industrial Property and Copyright Law
IPR	internationaal privaatrecht
IPRax	Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrecht
JCP E	Jurisclasseur périodique, Semaine Juridique édition entreprise
JCP G	Jurisclasseur périodique, Semaine Juridique édition générale
JDI	Journal du Droit International (Clunet). Voor 1915: Journal du Droit International Privé et de la Jurisprudence Comparée (Clunet).
Jur.	Jurisprudentie Hof van Justitie EG
JW	Juristische Wochenschrift
l.k.	linkerkolom
m.k.	middelste kolom
m.nt.	met noot
NIPR	Nederlands Internationaal Privaatrecht (repertorium)

NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NJV	Nederlandse Juristen-Vereniging
NJW	Neue Jurististische Wochenschrift
NS	Nouvelle Série
NVIR	Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht
OGH	Oberster Gerichtshof (Oostenrijk)
PbEG	Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen
PbEU	Publicatieblad van de Europese Unie
PI	La Propriété Industrielle
Prel. Doc.	Preliminary Document
r.k.	rechterkolom
r.o.	rechtsoverweging
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
Rb.	rechtbank
RCADI	Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye
Rev. crit. DIP	Revue critique de Droit International Privé
RG	Reichsgericht
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RIAA	Reports of International Arbitral Awards
RIDA	Revue Internationale du Droit d'Auteur
RM Themis	Rechtsgeleerd Magazijn Themis
Rome II-Verordening	Verordening (EG) nr. 864/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 11 juli 2007, betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen
RPC	Reports of Patent Cases
Rv	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
Satellietrichtlijn	Richtlijn 93/83/EEG van de Raad van 27 september 1993 tot coördinatie van bepaalde voorschriften betreffende het auteursrecht en naburige rechten op het gebied van de satellietomroep en de doorgifte via de kabel
SCR	Supreme Court Reports (Canada)
SDN	Recueil des traités de la Société des Nations
SLT	Scots Law Times
Stb.	Staatsblad
Sv	Wetboek van Strafvordering
Trb.	Tractatenblad
TRIPs-Overeenkomst	Overeenkomst inzake de handelsaspecten van intellectuele eigendom (bijlage 1C bij het WTO-Verdrag)
U.S.	United States Reports
UFITA	Archiv für Urheber-, Film- und Theaterrecht
UN	United Nations

VP	Verdrag van Parijs
WCT	Verdrag van de Wereldorganisatie voor de intellectuele eigendom inzake het auteursrecht (WIPO Copyright Treaty), Genève 20 december 1996
WIPO	World Intellectual Property Organization
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
WTO	World Trade Organization
WTO-Verdrag	Verdrag tot oprichting van de Wereldhandelsorganisatie, Marrakesh 15 april 1994
WvK	Wetboek van Koophandel
YBILC	Yearbook of the International Law Commission

Inleiding

Introductie: intellectuele eigendom in het conflictenrecht

1. ***Intellectuele eigendom en conflictenrecht.*** Intellectuele eigendom in het conflictenrecht – ziedaar het snijvlak van twee rechtsgebieden. Enerzijds het intellectuele-eigendomsrecht: dit rechtsgebied betreft de bescherming van voortbrengselen van de menselijke geest, zoals uitvindingen, merken, en werken van letterkunde of kunst. Anderzijds het conflictenrecht: dat rechtsgebied betreft de vraag welk nationaal recht toepasselijk is in internationale gevallen. Het snijvlak van die twee rechtsgebieden betreft dus de vraag welk nationaal recht toepasselijk is op de bescherming van intellectuele eigendom in internationale gevallen. Dit is het onderwerp van deze studie.

2. Dat onderwerp wordt om verschillende redenen gezien als een heikel onderwerp. Zo schijnen de beide zijden elkaar te vermijden: de kenners van deze rechtsgebieden, zo wordt geregeld geconstateerd, hebben over en weer moeite om elkaar te begrijpen; zij spreken verschillende talen.[1] Kennelijk loopt er een breuklijn tussen de kenners van het ene en het andere rechtsgebied. Maar, belangrijker nog, het onderwerp wordt unaniem bezongen als vreselijk ingewikkeld, als "een erg moeilijk domein"[2], als "très difficile et très controversée".[3]

3. Is het inderdaad zo moeilijk? Hier stuiten wij op iets merkwaardigs. Voor de negentiende-eeuwers, die zich als eersten met dit onderwerp geconfronteerd wisten, was dit onderwerp namelijk helemaal niet moeilijk. Zij ontwierpen voor het internationale intellectuele-eigendomsrecht het zogeheten 'beginsel van nationale behandeling', dat kort gezegd voorschrijft dat vreemdelingen (buitenlandse auteurs, uitvinders, enz.) dezelfde rechten genieten die de nationale wet aan de eigen onderdanen toekent, en zij legden dat beginsel vast in verdragen die tot op de dag van vandaag gelden. Door dit beginsel van nationale behandeling werd volgens hen, onder meer, op eenvoudige wijze geregeld welk recht toepasselijk is op de bescherming van intellectuele-eigendomsrechten. Dit conflictenrechtelijke aspect van het beginsel van nationale behandeling vonden zij zo evident, onomstreden en logisch dat ze er nauwelijks aandacht aan besteedden. "Cela est évident et aucune

1 Troller 1952, p. V-VI; De Boer 1993, p. 3; Torremans 2004, p. 104.
2 Torremans 2004, p. 104.
3 Bouche 2002 (*Contrefaçon*), p. 2999.

dérogation n'a été apportée à cette déduction logique", noteerde Darras in 1887.[4] Het beginsel van nationale behandeling "résout ce conflit de lois en appliquant la législation du pays d'importation (…)", zo verwoordde Bastide in 1890 de negentiende-eeuwse vanzelfsprekendheid dat het beginsel van nationale behandeling onder meer een conflictregel bevat.[5]

4. Welnu, het kan verkeren: op deze conflictregel zijn in de loop van de twintigste eeuw vele tanden stukgebeten. Anno 1932 werd verzucht dat het een merkwaardige conflictregel is, zeer afwijkend van de gebruikelijke conflictregels, verwarrend en tegenstrijdig.[6] En tegenwoordig geldt als "heftig umstritten" of het beginsel van nationale behandeling überhaupt een conflictregel bevat.[7] Thans wordt niet meer begrepen of en waarom het beginsel van nationale behandeling een conflictregel bevat. Hoe is dat mogelijk?

5. Ziedaar – toch tamelijk zeldzaam in het recht – een raadsel, het raadsel van het internationale intellectuele-eigendomsrecht: bevat het beginsel van nationale behandeling in de nog steeds geldende negentiende-eeuwse verdragen een conflictregel? En als dat zo is, waarom begrijpen wij deze conflictregel niet meer? Kennelijk is ons onderwerp moeilijk *geworden.* Kennelijk loopt hier nóg een breuklijn, een breuklijn tussen heden en verleden.

6. Ziedaar de uitdaging, en het doel van deze studie: het ontrafelen en begrijpen, kortom: het verklaren van het geldende recht op het snijvlak van het conflictenrecht en het intellectuele-eigendomsrecht.[8]

7. ***Belang van het onderzoek.*** Met dit onderwerp is nog iets merkwaardigs aan de hand: het conflictenrecht inzake de intellectuele eigendom lijkt met name "heftig umstritten" in de literatuur, maar nauwelijks omstreden in de rechtspraktijk. In de alledaagse rechtspraktijk wordt het probleem doorgaans onbesproken gelaten, en wordt instinctief het recht toegepast van het land waarvoor de bescherming wordt ingeroepen, de 'lex loci protectionis'. Kennelijk loopt hier dus een derde breuklijn, een breuklijn tussen theorie en praktijk. Daarmee rijst de vraag of een studie als de onderhavige alleen van belang is voor de theorievorming. Het antwoord op die vraag is ontkennend. De relatieve rust in de rechtspraktijk is namelijk voorbij. De rechtspraktijk kan de vraag naar het toepasselijke recht niet langer ontwijken omdat de hegemonie van de lex loci protectionis steeds meer op losse schroeven komt te staan. Het zijn met name de toenemende mondialisering en de daarmee samenhangende opkomst van het internet, die de gedachte voeden dat nieuwe con-

4 Darras 1887, p. 606 ("une des conséquences forcées de l'assimilation est de rendre applicables à tout délit les lois du pays de la contrefaçon; cela est évident et aucune dérogation n'a été apportée à cette déduction logique").
5 Bastide 1890, p. 98.
6 Boucher 1932, p. 29 ("étrange, très eloignée des règles habituelles, déconcertante pour les jurisconsultes qui n'y découvrent que contradictions").
7 Von Hoffmann 2001, p. 586, nr. 375.
8 De probleemstelling is geformuleerd in alinea 21 hierna.

flictregels moeten worden ontworpen voor het intellectuele-eigendomsrecht. Er wordt steeds meer gemorreld aan de hegemonie van de lex loci protectionis – gemorrel dat zijn weerklank ook al heeft gevonden in rechterlijke beslissingen –, en daarmee is óók voor de rechtspraktijk de vraag wat nu eigenlijk het geldende recht is, onvermijdelijk geworden. "(…) it may be expected that the debate on the applicable law will rapidly gain the attention it deserves", noteerde Pertegás Sender in 2006.[9]

Afbakeningen

8. Het onderwerp van deze studie – intellectuele eigendom in het conflictenrecht – is in een viertal opzichten afgebakend.

9. ***Afbakening 1: geldend recht.*** Een eerste afbakening kwam zojuist al even ter sprake: deze studie richt zich vrijwel geheel op het geldende recht. Over wenselijk recht – hoe zou het recht op dit punt moeten luiden? – gaat deze studie vrijwel niet. De vraag naar het wenselijke recht wordt slechts kort, aan het slot, behandeld.[10] De reden daarvoor is dat het debat over dit onderwerp naar mijn idee thans het beste wordt gediend met een studie die tracht het geldende recht te verklaren. Over wenselijkheden is op dit terrein immers al veel geschreven, maar een bevredigende verklaring van het geldende recht ontbreekt tot op heden. Bovendien ontbeert een debat over wenselijk recht vaste grond onder de voeten zolang het geldende recht niet is opgehelderd. Zoals Torremans heeft opgemerkt, is het zoeken naar wenselijke alternatieven voor de gangbare lex loci protectionis-conflictregel moeilijk en riskant "aangezien zelfs het uitgangspunt waarvoor men alternatieven zoekt nog steeds niet zeer precies gedefinieerd is."[11] Op dat uitgangspunt – het geldende recht – is deze studie daarom gericht, indachtig de woorden van Cornish: "one way of reflecting on the best course for the future is to understand the motivating forces of the past."[12]

10. ***Afbakening 2: intellectuele-eigendomsrechten*.** Een tweede afbakening betreft het intellectuele-eigendomsrecht. Dit rechtsgebied omvat twee hoofdonderdelen: het intellectuele-eigendomsrecht in enge zin (auteursrecht, naburige rechten en databankenrecht) en het industriële-eigendomsrecht (octrooirecht, merkenrecht, tekeningen- en modellenrecht, handelsnaamrecht, herkomstaanduidingen- en oorsprongsbenamingenrecht, kwekersrecht en topografierecht).[13] Het zou te ver voe-

9 Pertegás Sender 2006, p. 247.
10 Par. 8.2.
11 Torremans 2004, p. 104.
12 Cornish 1996, p. 285.
13 De term 'intellectuele eigendom' wordt in deze studie ruim gedefinieerd: zij omvat zowel intellectuele eigendom in enge zin, als industriële eigendom. Oneerlijke mededinging (ook 'ongeoorloofde mededinging' genoemd, zie Van Nispen 2007 (*Onrechtmatige daad* IV), aant. 1) valt niet onder de in deze studie gebezigde term 'intellectuele eigendom', en valt (dus) ook buiten het bestek van deze studie. Zie daarover nader Van Nispen 2007 (*Onrechtmatige daad* IV), aant. 76-86.

ren al deze rechten in deze studie te betrekken. Het onderzoek is daarom toegespitst op de drie klassieke intellectuele-eigendomsrechten: auteursrecht, octrooirecht en merkenrecht. Dit zijn de oudste en de belangrijkste intellectuele-eigendomsrechten. Zij zijn bepalend geweest in de ontwikkeling van de onderhavige materie.

11. ***Afbakening 3: conflictenrecht.*** Een derde afbakening betreft het conflictenrecht. Dit rechtsgebied is de verzameling rechtsregels ('conflictregels') die aangeven welk nationaal (privaat)recht toepasselijk is in internationale gevallen. Het conflictenrecht, dat ook wel 'materieel internationaal privaatrecht' wordt genoemd, is één van de drie hoofdonderdelen van het internationaal privaatrecht in ruime zin ('IPR'). De andere twee hoofdonderdelen zijn het internationale bevoegdheidsrecht, en het recht inzake de erkenning en tenuitvoerlegging van vreemde vonnissen (tezamen ook wel 'formeel internationaal privaatrecht' genoemd). Dit formele internationaal privaatrecht blijft in beginsel buiten beschouwing – het bevoegdheidsrecht komt zijdelings aan de orde.[14]

12. In de afbakening tot het conflictenrecht ligt nog een andere afbakening besloten, namelijk een beperking tot de *privaatrechtelijke* bescherming van intellectuele eigendom. De publiekrechtelijke bescherming, in het bijzonder de strafrechtelijke bescherming van intellectuele eigendom behoort niet tot het voorwerp van onderzoek, maar komt zo nu en dan ter sprake omdat vroeger geen duidelijk onderscheid werd gemaakt tussen de privaatrechtelijke en de publiekrechtelijke bescherming.

13. ***Afbakening 4: bescherming.*** Een vierde afbakening betreft het te behandelen aspect van het intellectuele-eigendomsrecht. Deze studie betreft alleen de conflictenrechtelijke behandeling van de *bescherming* van intellectuele eigendom.[15] De conflictenrechtelijke behandeling van andere aspecten, zoals de exploitatie (overdracht, licentie, enz.) en de vererving van intellectuele-eigendomsrechten, blijft buiten beschouwing.

De Berner Conventie en het Verdrag van Parijs

14. ***Grondverdragen.*** Het aldus afgebakende terrein wordt wereldwijd gedomineerd door twee verdragen. Voor het auteursrecht is dat de Berner Conventie voor de bescherming van werken van letterkunde en kunst van 9 september 1886, zoals

14 Het gaat dan om (de wortels van) een specifiek intellectuele-eigendomsrechtelijke bevoegdheidsgrond, namelijk de exclusieve-bevoegdheidsgrond van de rechter van het land waar een industriële-eigendomsrecht is verleend; dit komt met name aan de orde in hoofdstuk 5 en par. 8.1.2.

15 Wat precies onder 'bescherming' moet worden gerekend, wordt onderzocht in hoofdstuk 7.

laatstelijk herzien op 24 juli 1971.[16] En voor het industriële-eigendomsrecht is dat het Verdrag van Parijs tot bescherming van de industriële eigendom van 20 maart 1883, zoals laatstelijk herzien op 14 juli 1967.[17] De landen die bij deze verdragen zijn aangesloten, vormen een unie voor de bescherming van de desbetreffende intellectuele-eigendomsrechten: de 'Berner Unie' respectievelijk de 'Parijse Unie'.[18] Deze verdragen hebben vrijwel mondiale dekking: er zijn onderhand zoveel landen bij deze verdragen aangesloten dat zij gelden in "virtually all the inhabited territories of the globe".[19] Zij zijn de grondverdragen van het intellectuele-eigendomsrecht, bestrijken vrijwel het gehele rechtsgebied[20], en prevaleren binnen hun toepassingsgebied boven alle andere verdragen over intellectuele eigendom.[21] Hun heerschappij is aan het eind van de twintigste eeuw nog eens bevestigd door de Overeenkomst inzake de handelsaspecten van intellectuele eigendom van 15 april 1994 ('de TRIPs-Overeenkomst'), die totstandgekomen is in het kader van de Wereldhandelsorganisatie ('WTO').[22] Deze TRIPs-Overeenkomst verplicht de

16 De volledige titel luidt: Berner Conventie voor de bescherming van werken van letterkunde en kunst van 9 september 1886, aangevuld te Parijs op 4 mei 1896, herzien te Berlijn op 13 november 1908, aangevuld te Bern op 20 maart 1914, herzien te Rome op 2 juni 1928, te Brussel op 26 juni 1948, te Stockholm op 14 juli 1967 en te Parijs op 24 juli 1971, en gewijzigd op 28 september 1979 (met Aanhangsel), *Trb.* 1972, 157 (zie laatstelijk *Trb.* 2006, 158). Eerdere versies van de conventie zijn gepubliceerd in *Stb.* 1911, 197 en *Stb.* 1912, 323 (versie Berlijn 1908); *Stb.* 1915, 186 (Protocol Bern 1914); *Stb.* 1931, 265 en 361 (versie Rome 1928); en *Trb.* 1955, 45 (versie Brussel 1948).

17 De volledige titel luidt: Verdrag van Parijs tot bescherming van de industriële eigendom van 20 maart 1883, herzien te Brussel op 14 december 1900, te Washington op 2 juni 1911, te 's-Gravenhage op 6 november 1925, te Londen op 2 juni 1934, te Lissabon op 31 oktober 1958 en te Stockholm op 14 juli 1967, en zoals gewijzigd te Stockholm op 28 september 1979, *Trb.* 1969, 144 (Nederlandse vertaling in *Trb.* 1970, 187); zie laatstelijk *Trb.* 2006, 157. Eerdere versies van het verdrag zijn gepubliceerd in *Stb.* 1884, 53 en 189 (versie Parijs 1883); *Stb.* 1902, 177 (versie Brussel 1900); *Stb.* 1913, 142 (versie Washington 1911); *Stb.* 1928, 196 (versie Den Haag 1925); *Stb.* I 83 en 539 (versie Londen 1934); *Trb.* 1960, 13 en *Trb.* 1962, 70 (versie Lissabon 1958). Het Verdrag van Parijs is overigens niet op alle industriële-eigendomsrechten van toepassing, bijvoorbeeld niet op het kwekersrecht (zie noot 20 van deze Inleiding).

18 Deze Unies worden thans beheerd door de Wereldorganisatie voor de Intellectuele Eigendom ('WIPO'), die is opgericht door het Verdrag tot oprichting van de Wereldorganisatie voor de Intellectuele Eigendom (OMPI/WIPO), Stockholm 14 juli 1967, *Trb.* 1969, 145 (Nederlandse vertaling in *Trb.* 1970, 188), gewijzigd op 1 oktober 2003 (zie *Trb.* 2006, 156); deze wijziging is evenwel nog niet in werking getreden, zie ook *Kamerstukken I en II* 2007/08, 31 424 (R 1854), A en nr. 1. De WIPO is de opvolgster van de vroegere Bureaux internationaux réunis pour la protection de la propriété intellectuelle ('BIRPI'), het Bureau van de Berner en de Parijse Unie.

19 Ricketson 2004, p. 219. Overzichten van de aangesloten landen zijn te vinden op de website van de WIPO, <www.wipo.int>.

20 De Berner Conventie heeft betrekking op het auteursrecht (art. 1), het Verdrag van Parijs op octrooien, gebruiksmodellen, tekeningen en modellen van nijverheid, merken, handelsnamen, herkomstaanduidingen en oorsprongsbenamingen, alsmede op oneerlijke mededinging (art. 1 lid 2). Buiten de materiële-toepassingsgebieden van deze verdragen vallen derhalve de naburige rechten, het databankenrecht, kwekersrechten en topografierecht.

21 Zie art. 20 Berner Conventie en art. 19 Verdrag van Parijs. Zie bijvoorbeeld ook art. XVII van de Universele Auteursrechtconventie van 6 september 1952 (*Trb.* 1955, 46), herzien te Parijs op 24 juli 1971, *Trb.* 1972, 114 (Nederlandse vertaling in *Trb.* 1976, 37); zie laatstelijk *Trb.* 1996, 311. Dit verdrag speelt in de praktijk geen rol van betekenis meer.

22 De TRIPs-Overeenkomst is een bijlage (Bijlage 1C) bij het Verdrag tot oprichting van de Wereldhandelsorganisatie, Marrakesh 15 april 1994, *Trb.* 1994, 235 ('WTO-Verdrag'; Nederlandse vertaling in *Trb.* 1995, 130); zie laatstelijk *Trb.* 2007, 102. De TRIPs-Overeenkomst vormt een integrerend onderdeel van het WTO-Verdrag (art. II lid 2 WTO-Verdrag). Nader over de TRIPs-Overeenkomst, zie Gervais 2003; Alexander 1993 (met name p. 18 e.v.). De EG heeft het WTO-Verdrag, waarvan de TRIPs-Overeenkomst dus een integrerend onderdeel uitmaakt, ondertekend en vervolgens bij Besluit 94/800/EG van de Raad van 22 december 1994 goedgekeurd (*PbEG* 1994, L 336/1). Daarmee vormen de bepalingen van de TRIPs-Overeenkomst thans een bestanddeel van de communautaire rechtsorde (vaste rechtspraak; zie, specifiek in verband met de TRIPs-Overeenkomst: HvJ EG 11 september 2007, nr. C-431/05, *Jur.* 2007, p. I-7001; *IER* 2008, 5 (Merck), r.o. 31).

WTO-landen namelijk tot naleving van (de materiële bepalingen van) de Berner Conventie en het Verdrag van Parijs.[23]

15. Zo weten wij ons dus in eerste instantie geconfronteerd met de vraag of de Berner Conventie en het Verdrag van Parijs een conflictregel bevatten: als deze verdragen een conflictregel bevatten, dan vormt die conflictregel het geldende recht op het snijvlak van het intellectuele-eigendomsrecht en het conflictenrecht voor vrijwel de hele wereld. Wij concentreren ons daarom op deze twee verdragen.

16. ***Conflictenrecht en vreemdelingenrecht.*** Met de vraag of deze verdragen een conflictregel bevatten belanden wij – voor wat betreft de Berner Conventie – midden in een heftig debat over de kernbepaling van die conventie, artikel 5. Dat debat gaat over conflictenrecht en vreemdelingenrecht. Wat onder conflictenrecht wordt verstaan kwam zojuist al aan de orde: dit is de verzameling rechtsregels ('conflictregels') die aangeven welk nationaal (privaat)recht toepasselijk is in internationale gevallen. Wat moet onder vreemdelingenrecht worden verstaan? Tegenwoordig zijn wij geneigd vreemdelingenrecht te associëren met publiekrecht: wij denken bijvoorbeeld aan de toelating van vreemdelingen op het grondgebied van een staat. Vreemdelingenrecht kan echter ook een rol spelen in het privaatrecht. Dit privaatrechtelijke vreemdelingenrecht, dat in deze studie kortheidshalve 'vreemdelingenrecht' wordt genoemd, is de verzameling rechtsregels die de privaatrechtelijke rechtspositie van vreemdelingen ten opzichte van de eigen onderdanen reguleren door vreemdelingen hetzij achter te stellen (discriminatie), hetzij gelijk te stellen, hetzij – tamelijk zeldzaam – te bevoordelen.[24] Deze regels kunnen betrekking hebben op zeer uiteenlopende kwesties. Om een paar voorbeelden te noemen: vreemdelingen konden vroeger bijvoorbeeld niet, of niet zonder meer, onroerende zaken in eigendom verkrijgen; vreemdelingen konden niet als kapitein in dienst worden gesteld op een Nederlandse schip[25]; en zij moesten desverzocht zekerheid stellen wanneer zij als eiser procedeerden bij de Nederlandse rechter (de 'cautio iudicatum solvi').[26] Tegenwoordig is non-discriminatie van vreemdelingen vanzelfsprekend in het privaatrecht – daarom associëren wij vreemdelingenrecht doorgaans niet onmiddellijk met privaatrecht –, maar vroeger lag dat anders: ooit was discriminatie van vreemdelingen (ook) in het privaatrecht vanzelfsprekend.[27] Uit het voorgaande volgt, zo zal duidelijk zijn, dat vreemdelingenrecht en conflictenrecht op verschillende vragen betrekking hebben. Het conflictenrecht be-

23 Zie art. 9 resp. art. 2 TRIPs-Overeenkomst. Art. 2 lid 2 TRIPs-Overeenkomst bepaalt voorts dat geen enkele bepaling in de Delen I tot en met IV van de TRIPs-Overeenkomst afbreuk doet aan de bestaande verplichtingen ingevolge (onder meer) het Verdrag van Parijs en de Berner Conventie.

24 Vgl. ook Kosters/Dubbink 1962, p. 9; Neuhaus 1976 (*Grundbegriffe*), p. 1; Ulmer 1975, p. 6; Kegel & Schurig 2000, p. 62; Von Bar 2003, p. 212-218. Het privaatrechtelijke vreemdelingenrecht wordt naar huidige Nederlandse opvattingen niet tot het internationaal privaatrecht gerekend, maar dat is geen internationaal gevestigde leer. Zo wordt het in Frankrijk bijvoorbeeld wél beschouwd als een onderdeel van het internationaal privaatrecht.

25 Art. 341a WvK (oud).

26 Art. 152 en 153 (oud) Rv. De cautio iudicatum solvi bestaat in het Nederlandse recht nog steeds; zie art. 224 Rv, dat zich evenwel niet richt tot vreemdelingen, maar tot allen zonder woon- of verblijfplaats in Nederland.

27 Het onderscheid tussen privaat- en publiekrecht werd in vroeger tijden bovendien niet scherp werd gemaakt.

treft het toepasselijke recht, het vreemdelingenrecht de (non-) discriminatie van vreemdelingen.

17. ***Art. 5 Berner Conventie*.** Keren wij terug naar artikel 5 van de Berner Conventie, en het debat over conflictenrecht en vreemdelingenrecht in deze bepaling. Artikel 5 lid 1 tot en met 3 luidt als volgt:

> "(1) De auteurs genieten voor de werken waarvoor zij krachtens deze Conventie zijn beschermd, in de landen van de Unie die niet het land van oorsprong van het werk zijn, de rechten, welke de onderscheidene wetten thans of in de toekomst aan de eigen onderdanen verlenen of zullen verlenen, alsmede de rechten door deze Conventie in het bijzonder verleend.
>
> (2) Het genot en de uitoefening van die rechten zijn aan geen enkele formaliteit onderworpen; dat genot en die uitoefening zijn onafhankelijk van het bestaan der bescherming in het land van oorsprong van het werk. Bijgevolg worden, buiten de bepalingen van deze Conventie, de omvang van de bescherming, zowel als de rechtsmiddelen, die de auteur worden gewaarborgd ter handhaving van zijn rechten, uitsluitend bepaald door de wetgeving van het land, waar de bescherming wordt ingeroepen.
>
> (3) De bescherming in het land van oorsprong wordt geregeld door de nationale wetgeving. Wanneer de auteur evenwel geen onderdaan is van het land van oorsprong van het werk waarvoor hij door deze Conventie wordt beschermd, heeft hij in dat land dezelfde rechten als de auteurs, die onderdaan van dat land zijn." [28]

18. Deze bepalingen laten zich niet gemakkelijk begrijpen. Bevindt zich hierin een conflictregel? Of is sprake van vreemdelingenrecht? Meer specifiek: bevat lid 1 – het beginsel van nationale behandeling – een conflictregel? Maar wat voor conflictregel is dat dan? Of is dit alleen een vreemdelingenrechtelijk non-discriminatiebeginsel, waar dus niets is gezegd over het toepasselijke recht? Of bevat lid 2 een conflictregel? De tweede volzin van lid 2 verwijst tenslotte naar "de wetgeving van het land, waar de bescherming wordt ingeroepen." Is dat dan een verwijzing naar het recht van de geadieerde rechter (de 'lex fori') of is het een verwijzing naar de lex loci protectionis? En heeft zij alleen betrekking op beschermingsomvang en rechtsmiddelen? Of bevat lid 3 een conflictregel? Zijn eerste volzin verwijst naar de nationale wetgeving van het land van oorsprong: is dat een eenzijdige conflictregel? Of bevat géén van deze bepalingen een conflictregel, en hebben zij alle louter betrekking op vreemdelingenrecht? De meningen zijn tegenwoordig sterk verdeeld.[29]

19. ***Art. 2 Verdrag van Parijs*.** Een soortgelijk, maar minder uitgebreid en heftig debat speelt rond de kernbepaling van het Verdrag van Parijs, artikel 2 lid 1, waar-

---

28 Voor de Franse tekst, zie par. 3.4. Lid 4 is hier voor de overzichtelijkheid niet weergegeven; het bevat de definitie van het land van oorsprong.

29 Een uitgebreid overzicht van de huidige opvattingen hierover is opgenomen in par. 5.1.1.

in het beginsel van nationale behandeling is neergelegd. Is dat een vreemdelingenrechtelijk non-discriminatiebeginsel, of ligt daar (ook) een conflictregel in besloten?[30] Deze bepaling luidt als volgt:

> "(1) De onderdanen van elk van de landen der Unie zullen in alle andere landen der Unie, wat betreft de bescherming van de industriële eigendom, de voordelen genieten, welke de onderscheidene wetten op dit ogenblik aan de nationalen toekennen, dit alles onverminderd de rechten, welke door dit Verdrag in het bijzonder worden toegekend. Dientengevolge zullen zij dezelfde bescherming hebben als dezen en hetzelfde wettelijk verhaal tegen elke inbreuk op hun rechten, mits zij de voorwaarden en formaliteiten nakomen, aan de nationalen opgelegd."[31]

20. ***Huidig debat.*** Het debat over het conflictenrechtelijke gehalte van deze fundamentele bepalingen in het Verdrag van Parijs en de Berner Conventie – een internationaal debat – is moeizaam en verwarrend. Meningen worden vaak slechts geponeerd zonder onderbouwing, inconsistenties worden gebagatelliseerd, en soms lijkt men zich te laten leiden door een wenselijk geacht eindresultaat. Een sluitende uitleg, die deze bepalingen in al hun onderdelen consistent kan verklaren, ontbreekt. Dat is kort gezegd de huidige stand van zaken. Dat mag een merkwaardige toestand worden genoemd wanneer men zich bedenkt dat het voor de negentiende-eeuwse opstellers van deze verdragen kennelijk vanzelfsprekend was dat in hun beginsel van nationale behandeling een conflictregel ligt besloten – daar stuiten wij weer op het eerdergenoemde raadsel van het internationale intellectuele-eigendomsrecht.

Probleemstelling

21. ***Probleemstelling.*** De probleemstelling (de centrale onderzoeksvraag) van deze studie, die zich als gezegd ten doel stelt het geldende recht op het snijvlak van het conflictenrecht en het intellectuele-eigendomsrecht te verklaren, kan dus nu als volgt worden geformuleerd: bevatten de Berner Conventie en het Verdrag van Parijs, in het bijzonder het beginsel van nationale behandeling in die verdragen, een conflictregel?

22. ***Uitkomst van het onderzoek.*** Uit het onderzoek zal blijken dat het beginsel van nationale behandeling in deze verdragen inderdaad een conflictregel bevat. Het gaat, zo zal blijken, om een unieke conflictenrechtelijke constructie: het beginsel van nationale behandeling bevat twee met elkaar vervlochten regels, te weten een conflictregel en een non-discriminatiebeginsel. Hiervoor wordt in deze studie een verklaring gevonden die, voor zover mij bekend, nieuw is.

---

30 Een uitgebreid overzicht van de huidige opvattingen hierover is opgenomen in par. 5.1.1.
31 Voor de Franse tekst, zie par. 4.3. Lid 2 en 3 zijn hier voor de overzichtelijkheid niet weergegeven (zie par. 4.3).

23. ***Belang van de geschiedenis.*** Om deze dubbele betekenis van het beginsel van nationale behandeling te kunnen begrijpen zullen wij zijn wordingsgeschiedenis moeten begrijpen. En om die geschiedenis te kunnen begrijpen, is een blikwisseling vereist: wij zullen ons moeten verplaatsen in een andere conflictenrechtelijke denkwereld dan de onze, namelijk in de wereld van het negentiende-eeuwse, statutistische conflictenrecht. Vanuit die gedachtewereld, zo zal blijken, kan de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling worden verklaard, en blijkt een sluitende uitleg van de hiervoor geciteerde fundamentele verdragsbepalingen in al hun onderdelen te kunnen worden gegeven. Begrip van de geschiedenis is dus essentieel: los van zijn wordingsgeschiedenis en de statutistische gedachtewereld zal men het beginsel van nationale behandeling niet kunnen doorgronden.[32] Aldus ligt in de geschiedenis besloten waarom het internationale intellectuele-eigendomsrecht "kein Gegenstück im übrigen IPR" heeft.[33] In dat licht is het opmerkelijk dat deze zo essentiële geschiedenis tot op heden zo weinig aandacht heeft gekregen. Wellicht is haar complexiteit daar debet aan.

Plan van behandeling

24. ***Deel I: genesis.*** Wij zullen ons dus eerst verdiepen in de geschiedenis. Deze geschiedenis is lang en, als gezegd, complex. De geboorte van het beginsel van nationale behandeling in het intellectuele-eigendomsrecht vond plaats in het begin van de negentiende eeuw. En de Berner Conventie en het Verdrag van Parijs, in welke verdragen het beginsel van nationale behandeling van meet af aan was neergelegd, zijn ook oud: het Verdrag van Parijs is thans 125 jaar, de Berner Conventie 122 jaar. Aan beide verdragen is in de loop der tijd bovendien vaak gesleuteld. Zij zijn tijdens diverse diplomatieke conferenties aangevuld of herzien.[34] Deze conferenties komen in deze studie vaak aan de orde, en daarom worden zij hier voor de overzichtelijkheid op een rijtje gezet.

– De conferenties over het Verdrag van Parijs vonden, na de totstandkomingsconferenties in Parijs in 1880 en 1883, plaats in 1886 (Rome), in 1890 (Madrid), in 1897 en 1900 (Brussel), in 1911 (Washington), in 1925 (Den Haag), in 1934 (Londen), in 1958 (Lissabon) en in 1967 (Stockholm).[35]

---

32 Deze studie is dus, zo moge duidelijk zijn, gericht op het beginsel van nationale behandeling zoals dat in de context van het intellectuele-eigendomsrecht is ontwikkeld.

33 Siehr 2002, p. 222.

34 Zie ook noot 16 en 17 van deze Inleiding. Zie Sinclair 1984, p. 95 over ketens van verdragen.

35 De aanvullingen door de conferenties van 1886 (Rome) en 1890 (Madrid) zijn nooit in werking getreden. Na 1967 is het Verdrag van Parijs nog gewijzigd op 28 september 1979. De desbetreffende wijzigingen, zo wordt hier voor de volledigheid vermeld, zijn doorgevoerd op de voet van art. 17 van het Verdrag van Parijs en betroffen enkele administratieve bepalingen (art. 13 lid 2 onder a (vi), art. 13 lid 7 onder a, art. 14 lid 6 onder a). Inwerkingtreding op 3 juni 1984 (zie *Trb.* 1980, 31 (rubriek J) en Paris Notification No. 111 op <www.wipo.int>). Eveneens op de grondslag van art. 17 is voorts op 1 oktober 2003 een wijziging van art. 13 en 16 aangenomen (zie *Trb.* 2006, 157); deze wijziging is evenwel nog niet in werking getreden, zie ook *Kamerstukken I en II* 2007/08, 31 424 (R 1854), A en nr. 1.

– De conferenties over de Berner Conventie vonden, na de totstandkomingsconferenties in Bern in 1884, 1885 en 1886, plaats in 1896 (Parijs), in 1908 (Berlijn), in 1914 (Bern), in 1928 (Rome), in 1948 (Brussel), in 1967 (Stockholm) en in 1971 (Parijs).[36]

25. Het onderzoek naar de wordingsgeschiedenis van het beginsel van nationale behandeling in de Berner Conventie en het Verdrag van Parijs vormt Deel I van deze studie. Dat onderzoek is er dus op gericht om zo objectief mogelijk de 'zenderbetekenis' van het beginsel van nationale behandeling in de Berner Conventie en het Verdrag van Parijs te achterhalen: wat hebben de verdragsopstellers bedoeld? Uit dat onderzoek blijkt, als gezegd, dat het beginsel van nationale behandeling beginsel een dubbele betekenis heeft: een conflictregel en een non-discriminatiebeginsel.

26. ***Deel II: heden.*** Dit gegeven vormt het startpunt voor Deel II, waarin vervolgvragen worden behandeld. Vervolgvragen dringen zich immers onvermijdelijk op. Bijvoorbeeld: waarom begrijpen wij de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling tegenwoordig niet meer, terwijl zij eertijds kennelijk vanzelfsprekend was? En wat is de reikwijdte van die conflictregel? Pas als wij dergelijke vragen hebben opgelost, is het raadsel van de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling volledig ontrafeld.

27. En er zijn verdergaande vervolgvragen. Past de gevonden conflictregel nog in de huidige tijd, en zo niet, mag zij dan binnen de marges van het geldende recht worden aangepast? Immers, volgens de interpretatieregels van het Weens Verdragenverdrag 1969 is de in Deel I gevonden 'zenderbetekenis' weliswaar de sleutelfactor bij de uitleg van verdragen, maar mag er ook rekening worden gehouden met enkele andere factoren.[37] En, buiten de marges van het geldende recht: wat zou een wenselijke conflictregel voor het intellectuele-eigendomsrecht zijn? Kortom: na het onderzoek in Deel I naar de wordingsgeschiedenis van het beginsel van nationale behandeling is een analyse vereist van de hedendaagse situatie rond dit beginsel, waarin al deze nadere vragen worden onderzocht. Deze analyse, die uitmondt in een herformulering en een hervorming van de kernbepalingen van deze verdragen, vormt Deel II van deze studie.

---

36 Voorts is zij nog gewijzigd op 28 september 1979. De desbetreffende wijzigingen, zo wordt hier voor de volledigheid vermeld, zijn doorgevoerd op de voet van art. 26 van de Berner Conventie en betroffen enkele administratieve bepalingen (art. 22 lid 2 onder a (vi), art. 22 lid 4 onder a, en art. 23 lid 6 onder a). Inwerkingtreding op 19 november 1984 (zie *Trb.* 1980, 39 (rubriek J) en Berne Notification No. 112 op <www.wipo.int>). Eveneens op de grondslag van art. 26 is voorts op 1 oktober 2003 een wijziging van art. 22 en 25 aangenomen (zie *Trb.* 2006, 158); deze wijziging is evenwel nog niet in werking getreden, zie ook *Kamerstukken I en II* 2007/08, 31 424 (R 1854), A en nr. 1.

37 Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht, Wenen 23 mei 1969, *Trb.* 1972, 51 (herziene Nederlandse vertaling in *Trb.* 1985, 79); zie laatstelijk *Trb.* 1996, 89. Dit verdrag, zijn interpretatieregels, en zijn temporele toepasselijkheid ten aanzien van de Berner Conventie en het Verdrag van Parijs, komen aan de orde in par. 5.3.

28. ***Grondplan.*** Daarmee is het volgende grondplan van deze studie gegeven:

Deel I. Genesis van het beginsel van nationale behandeling
- Hoofdstuk 1. De geboorte van het beginsel van nationale behandeling in het auteursrecht.
- Hoofdstuk 2. Het Berner beginsel van nationale behandeling: de genesis van artikel 5 lid 1.
- Hoofdstuk 3. De vervolmaking van het Berner beginsel van nationale behandeling: de genesis van artikel 5 lid 2 en 3.
- Hoofdstuk 4. De genesis van het beginsel van nationale behandeling in het Verdrag van Parijs.

Deel II. Het beginsel van nationale behandeling in het heden
- Hoofdstuk 5. De conflictregel in het beginsel van nationale behandeling.
- Hoofdstuk 6. De vreemdelingenrechtelijke regel in het beginsel van nationale behandeling.
- Hoofdstuk 7. De reikwijdte van het beginsel van nationale behandeling.
- Hoofdstuk 8. Herformulering en hervorming.

29. ***Auteursrecht en industriële eigendom.*** Zoals al uit dit grondplan blijkt, zal het accent van het onderzoek liggen op het auteursrecht. In ons onderzoeksveld liggen de zaken voor het auteursrecht en het industriële-eigendomsrecht vrijwel hetzelfde, maar om verschillende redenen is de auteursrechtelijke context complexer en controversiëler. Daarom concentreren wij ons op het auteursrecht, en bezien wij het industriële-eigendomsrecht meer vanuit de vraag in hoeverre het gelijkloopt dan wel afwijkt van het auteursrecht.[38] Als we het moeilijkere hebben opgelost, valt het makkelijkere vanzelf op zijn plaats.

30. ***Bronnen.*** Het onderzoek voor deze studie is verricht aan de hand van een analyse van een veelheid van beschikbare tekstbronnen – bronnen uit de negentiende, twintigste en eenentwintigste eeuw. Deze bronnen zijn met name de 'travaux préparatoires' van de Berner Conventie en van het Verdrag van Parijs (de 'Actes')[39],

38 Deze benadering is in de twee delen van deze studie verschillend uitgewerkt. De in Deel I onderzochte ontwikkelingsgeschiedenis van het beginsel van nationale behandeling is complex, en daarom worden auteursrecht en industriële-eigendomsrecht in dat deel voor de overzichtelijkheid na elkaar behandeld: in hoofdstukken 1 tot en met 3 het auteursrecht, in hoofdstuk 4 het industriële-eigendomsrecht. In Deel II vergt de overzichtelijkheid niet zo'n seriële behandeling, zodat auteursrecht en industriële-eigendomsrecht in dat deel parallel worden behandeld (waarbij als gezegd het accent ligt op het auteursrecht).

39 Onder deze 'travaux préparatoires' worden hier verstaan de officiële publicaties (doorgaans 'Actes de la Conférence' geheten) van de Bureau's van de Berner en Parijse Unie (later de WIPO) van de documenten die betrekking hebben op de diplomatieke conferenties over deze verdragen. Het gaat dan onder meer om conferentiedocumenten zoals voorstellen, notulen en verslagen van vergaderingen, toespraken, commissierapporten, enz. Een deel van de travaux préparatoires van de Berner Conventie is onlangs op internet gepubliceerd, namelijk op de flankerende website bij Ricketson & Ginsburg 2006 (<www.oup.com/uk/booksites/content/9780198259466/>, zie Ricketson & Ginsburg 2006, p. xix). Dat heeft de toegankelijkheid van de travaux préparatoires vergroot, maar (helaas) zijn alleen (niet officiële) vertalingen in het Engels gepubliceerd. In deze studie zijn daarentegen de originele Franse teksten gebruikt, en wordt verwezen naar de originele officiële publicaties ('Actes') van de Bureau's van de Berner en Parijse Unie (later de WIPO); zie ook noot 42 van deze Inleiding.

andere negentiende-eeuwse verdragen over de bescherming van intellectuele eigendom, nationale intellectuele-eigendomswetten, rechtspraak van met name hogere rechtscolleges, literatuur, publicaties van de Bureau's van de Unies[40], alsmede resoluties, rapporten en verslagen van congressen. Daarbij is vrijwel uitsluitend gebruik gemaakt van primaire bronnen. Voorts zijn bronnen uit verschillende (verdrags)landen gebruikt – het is immers een internationaal debat over multilaterale verdragen.[41] Uiteraard is het noodzakelijk om daarbij een beperking aan te brengen: het accent ligt daarom op landen die in het onderhavige onderzoeksveld – met name in de beslissende periode – een leidende rol hebben gespeeld: Frankrijk en Duitsland.[42]

31. ***Grondbegrippen.*** Op het onderhavige onderzoeksterrein heerst op een aantal belangrijke punten een gebrek aan vaste terminologie. In deze studie is zoveel mogelijk aansluiting gezocht bij de algemeen gangbare definities. Waar dergelijke definities ontbreken, is getracht om de gekozen definitie zo duidelijk mogelijk te omschrijven. Een enkele keer is een nieuwe, eigen definitie ingevoerd; dit wordt dan vermeld. Voor de duidelijkheid is aan het eind van deze studie een lijst met grondbegrippen opgenomen.

La préface d'un livre

32. ***La préface d'un livre.*** Tot zover de inleiding van dit boek, dat is afgesloten op 1 januari 2009.[43] Verplaatsen wij ons ten slotte een moment naar Parijs, 4 november 1880. In het Palais du Quai d'Orsay, het onderkomen van het Ministerie van Buitenlandse Zaken, is de internationale conferentie bijeengekomen die het Verdrag van Parijs zal ontwerpen. De voorzitter van de conferentie, de Franse senator Bozérian, houdt zijn openingsrede voor de gedelegeerden. Hij vergelijkt het tot stand te brengen verdrag met een boek, dat geopend gaat worden en hopelijk nog lang niet wordt gesloten; en hij vergelijkt het werk van de gedelegeerden met het schrijven van de inleiding van dat boek:

> "C'est la préface d'un livre qui va s'ouvrir et qui ne sera peut-être fermé que dans de longues années."[44]

---

40 Het gaat daarbij onder meer om publicaties van de Bureau's van de Berner resp. Parijse Unie in hun officiële organen 'Le Droit d'Auteur' ('DdA') resp. 'La Propriété Industrielle' ('PI').

41 In Nederland is over dit onderwerp overigens ook niet veel literatuur verschenen; zie met name De Boer 1977, Van Eechoud 2003 en Van Engelen 2007. Ook (hogere) jurisprudentie is schaars in Nederland.

42 Citaten worden, met het oog op de verifieerbaarheid, zoveel mogelijk in hun originele taal weergegeven. De Franse taal speelt daarbij een hoofdrol, reeds omdat de Franse tekst van de verdragen de (doorslaggevende) authentieke tekst is. Zie art. 29 lid 1 Verdrag van Parijs, en art. 37 lid 1 Berner Conventie (dat in de conventie is opgenomen in 1948; tot die tijd gold de Franse tekst zelfs als de enige authentieke tekst van de Berner Conventie, zie Ricketson & Ginsburg 2006, p. 187; Röthlisberger 1906, p. 42).

43 Omdat het onzeker is of het Verdrag van Lissabon van 13 december 2007 (*PbEU* 2007, C 306/1) in werking zal treden, is met (de terminologie en de hernummering die wordt voorgeschreven door) dat verdrag geen rekening gehouden.

44 Actes VP 1880, p. 18-19 (Procès-verbaux, openingsrede voorzitter Bozérian).

33. Welnu, het boek dat zij begonnen te schrijven, is na vele jaren inderdaad nog steeds niet gesloten: het Verdrag van Parijs en de Berner Conventie zijn nog steeds geldend recht. Toch is het – waar wij het beginsel van nationale behandeling tegenwoordig niet meer begrijpen – voor ons een gesloten boek. Laten wij dat geopende en toch gesloten boek gaan lezen.

DEEL I

GENESIS VAN HET BEGINSEL VAN NATIONALE BEHANDELING

DEEL I.
GENESIS VAN HET BEGINSEL VAN NATIONALE BEHANDELING

34. ***Introductie.*** Wie het beginsel van nationale behandeling in de Berner Conventie en het Verdrag van Parijs wil begrijpen, moet als gezegd terug in de tijd. Dit beginsel vormt immers al vanaf het prilste begin van deze verdragen hun fundament. Wij moeten dus terug naar de jaren tachtig van de negentiende eeuw, het tijdperk waarin deze verdragen tot stand kwamen.

35. ***Geschiedenis vóór Berner Conventie en Verdrag van Parijs.*** Maar om het beginsel van nationale behandeling werkelijk te doorgronden moeten wij nog verder terug in de tijd. Want ten tijde van de totstandkoming van deze verdragen was het beginsel van nationale behandeling al een bestaande en beproefde oplossing in het internationale intellectuele-eigendomsrecht. De opstellers van de Berner Conventie en van het Verdrag van Parijs namen die oplossing eenvoudigweg over. Wij moeten ons dus eerst verdiepen in de geschiedenis van het beginsel van nationale behandeling vóór de totstandkoming van de Berner Conventie en het Verdrag van Parijs. Die geschiedenis begint met de geboorte van dit beginsel in het intellectuele-eigendomsrecht in de eerste helft van de negentiende eeuw.

36. ***Plan van behandeling Deel I.*** In dit Deel I wordt de ontwikkeling van het beginsel van nationale behandeling in het intellectuele-eigendomsrecht ab ovo onderzocht. Dat onderzoek richt zich – zoals in de Inleiding al werd aangegeven – vooreerst en vooral op het auteursrecht, waarna vervolgens wordt bezien in hoeverre de ontwikkeling van dit beginsel in het industriële-eigendomsrecht daarmee in of uit de pas liep. Zo komen wij tot de volgende opbouw van dit Deel I.

37. In hoofdstuk 1 wordt de ontwikkeling van het beginsel van nationale behandeling in het internationale auteursrecht vóór de totstandkoming van de Berner Conventie onderzocht. Uit het onderzoek blijkt dat dit beginsel zowel een conflictregel als een vreemdelingenrechtelijke regel bevat.

38. Hoofdstuk 2 gaat over de totstandkoming van de Berner Conventie. Behandeld wordt hoe de Berner verdragsopstellers het beginsel van nationale behandeling – inclusief zijn conflictregel – overnamen, alsmede welke uitzonderingen zij op dit beginsel maakten. Aldus wordt in de eerste twee hoofdstukken de genesis van het huidige artikel 5 lid 1 van de Berner Conventie, althans het belangrijkste gedeelte daarvan, verklaard.

39. In hoofdstuk 3 komt vervolgens aan de orde hoe het Berner beginsel van nationale behandeling werd vervolmaakt, doordat (met name) de uitzonderingen op dit

beginsel werden uitgeschakeld of ingedamd. In dit hoofdstuk wordt aldus de genesis van het huidige artikel 5 lid 2 en 3 van de Berner Conventie verklaard.

40. Ten slotte wordt in hoofdstuk 4 de ontwikkeling van het beginsel van nationale behandeling in het industriële-eigendomsrecht en het Verdrag van Parijs onderzocht, waarbij wordt ingegaan op verschillen met de ontwikkeling van dit beginsel in het auteursrecht.

1. De geboorte van het beginsel van nationale behandeling in het auteursrecht

41. ***Probleem en oplossing in hoofdstuk 1.*** Het beginsel van nationale behandeling werd in het internationale intellectuele-eigendomsrecht c.q. auteursrecht ontwikkeld in de eerste helft van de negentiende eeuw. Het vormde de oplossing voor een historisch gegroeide situatie die gaandeweg als problematisch werd ervaren, te weten de toestand van volledige rechteloosheid waarin vreemde werken of vreemde auteurs gewoonlijk verkeerden. Om deze oplossing – het beginsel van nationale behandeling – goed te kunnen begrijpen (par. 1.2), zullen wij ons eerst in het probleem – de rechteloosheid – moeten verdiepen (par. 1.1).

1.1. Het probleem: de toestand van rechteloosheid van vreemde werken of auteurs

1.1.1. De toestand van rechteloosheid in het internationale auteursrecht

42. ***Ontstaan van het auteursrecht.*** Het auteursrecht is, net als de andere intellectuele-eigendomsrechten, een relatief jong recht. Zijn wortels gaan terug tot de uitvinding van de boekdrukkunst in Europa in de vijftiende eeuw.[1] Verschillende belangen convergeerden: zo hadden drukkers en uitgevers een belang bij bescherming van de vaak forse investeringen die met een publicatie waren gemoeid; vorsten en andere machthebbers zochten naar middelen om onwelgevallige werken te censureren – een streven dat vaak werd ingegeven door de wens om verspreiding van nieuwe religieuze ideeën (reformatie) tegen te gaan.[2] En auteurs traden, onder invloed van de geest van renaissance en humanisme, geleidelijk uit hun middeleeuwse anonimiteit, en werden zich steeds meer bewust van hun auteurschap.

43. ***Privilegestelsel.*** In deze omstandigheden begonnen machthebbers privileges tegen nadruk toe te kennen, in het begin alleen aan drukkers en uitgevers, later ook aan auteurs. Deze privileges hielden doorgaans het exclusieve recht in om voor een bepaalde periode een werk te reproduceren en te verspreiden binnen het territoir van de machthebber die het privilege had verleend. Nadruk werd doorgaans

---

1 Zie over de geschiedenis van het auteursrecht De Beaufort 1909, alsook Darras 1887; Ladas 1938, p. 12 e.v.; Dock 1963; Khadjavi-Goutard 1977, p. 1 e.v.; Ulmer 1980, p. 50 e.v.; Stewart 1989, p. 13 e.v.; Strömholm 1990, p. 3 e.v.; Seignette 1994, p. 7 e.v.

2 Darras 1887, p. 169; Stewart 1989, p. 15.

bestraft met sancties als confiscatie, boete en soms schadevergoeding.[3] In de praktijk liet de daadwerkelijke bescherming evenwel vaak te wensen over: nadruk en plagiaat waren meer regel dan uitzondering.[4]

44. ***Toekenning van privileges.*** Een algemene regel over de toekenning van privileges valt niet te geven. Zij werden op individuele basis, bij wijze van gunst, door de machthebber verleend. Niettemin kunnen in dit verband wel enkele hoofdlijnen worden ontwaard.[5] Zo waren privileges vaak niet slechts voorbehouden aan de eigen onderdanen: zij werden ook wel aan vreemdelingen verleend, maar meestal ging het dan alleen om werken die de vreemde auteur had laten produceren in het land van de desbetreffende machthebber.[6] Werken die voor het eerst in het buitenland waren gepubliceerd, kwamen meestal niet in aanmerking voor bescherming krachtens privilege en waren bijgevolg vogelvrij.[7] Darras meldt dat de toenmalige praktijk kon worden samengevat in de volgende vuistregel: "Depuis qu'un livre a été une fois publié ou imprimé hors du royaume, aucun ne peut obtenir un privilège particulier pour l'imprimer en ce royaume."[8] Achter dit uitgangspunt scholen politiek-economische belangen: op deze manier werd immers met name de eigen industrie, dat wil zeggen de eigen uitgevers en drukkers, bevoordeeld.[9] Zo werd aan het werk als het ware een 'nationaliteit' toegekend: het droeg de nationaliteit van het land waar het voor het eerst was gepubliceerd.[10]

45. ***Privilegestelsel in Nederland.*** Ook in onze contreien bestond een privilegestelsel.[11] De bescherming tegen nadruk stelde te onzent in de praktijk echter niet veel voor.[12] Vooral in de zeventiende eeuw beleefden Nederlandse uitgevers en drukkers gouden tijden, met name dankzij Franse auteurs. Nederland was enerzijds een toevluchtsoord wegens zijn relatief grote vrijheid van drukpers, anderzijds was het een notoir centrum van nadruk.[13]

46. ***Wettelijk auteursrecht.*** Het systeem van privileges hield in de meeste landen tot in de achttiende eeuw stand. Allengs nam de druk toe om de rechten van de auteur bij wet te erkennen en te beschermen. De eerste auteurswet werd in Engeland in 1710 van kracht, later gevolgd door auteursrechtelijke regelingen in

---

3 Stewart 1989, p. 16.
4 Zo beklaagde Luther zich in 1525 over de nadrukpraktijken, sprekend over straatrovers en dieven, zie Kok 1905, p. 16-17.
5 Vgl. Darras 1887, p. 173.
6 Darras 1887, p. 173 e.v.
7 Darras 1887, p. 170-190.
8 Darras 1887, p. 174-175.
9 Darras 1887, p. 178; uitvoerig: Briggs 1906, p. 82 e.v. Vgl. ook Foelix 1844, p. 761.
10 Darras 1887, p. 176-178.
11 Vgl. De Beaufort 1909, p. 4 e.v.; Van den Velden 1835; Romberg 1859, Tome II, p. 192-196; Van de Kasteele 1885, p. 36-49; Lyon-Caen & Delalain 1889, Tome I, p. 457; Kok 1905, p. 17 e.v. Het eerste privilege in de lage landen schijnt in 1516 te zijn verleend (De Beaufort 1909, p. 4).
12 Illustratief is de opmerking in 1660 van de gedupeerde Vondel: "Tegens deze ongeschicktheit, en moetwillige boosheit schieten my geene wapens dan mijn gedult over." (zie Van Lennep 1864, p. 144).
13 Darras 1887, p. 140 e.v.; Ladas 1938, p. 16-17. Bekend is de opmerking van Voltaire dat de Hollandse boekverkopers jaarlijks een miljoen verdienen omdat de Fransen vlug van geest zijn (zie De Beaufort 1909, p. 32).

Denemarken en in enkele Amerikaanse staten. In Frankrijk bracht de Franse Revolutie wettelijke erkenning van het auteursrecht. In haar kielzog vond het auteursrecht in de eerste helft van de negentiende eeuw ook wettelijke verankering in grote delen van continentaal Europa.[14] Ook – ofschoon betrekkelijk laat – in Nederland.[15]

47. ***Beperking bescherming nationale wetten; twee systemen.*** In deze nationale auteurswetten weerklonk in grote lijnen de toon die reeds in het tijdperk der privileges was gezet: nationale belangen dicteerden een beperking van de bescherming. In dat verband zijn twee hoofdlijnen zichtbaar.[16] In sommige landen was de bescherming krachtens de auteurswet beperkt tot werken van nationale *auteurs*. Zo voorzag bijvoorbeeld de Amerikaanse auteurswet alleen in bescherming in de Verenigde Staten van – waar dan ook gepubliceerde – werken van nationale auteurs.[17] In de meeste nationale auteurswetten werd echter bepaald dat zij alleen van toepassing waren op nationale *werken*, dat wil zeggen op werken die voor het eerst in eigen land waren gepubliceerd ('werken van eigen bodem'), zulks ongeacht de nationaliteit van de auteur. Zo werd bijvoorbeeld in Nederland het vreemde werk niet beschermd, ook al was de auteur een Nederlander.[18] De bescherming werd dus beperkt ofwel tot (werken van) nationale auteurs ofwel tot nationale werken.[19] Men sprak in dit verband wel over 'le système de la nationalité de l'auteur' en 'le système de la nationalité de l'œuvre'.[20] Ook de combinatie van deze beperkingen kwam voor; de bescherming was dan beperkt tot nationale werken van nationale auteurs.

48. ***Dominant systeem: beperking tot werken.*** De beperking tot werken van eigen bodem voerde evenwel de boventoon. Zij lag immers het meest voor de hand, "for, while it is undoubtedly of advantage to a State to secure the publication of as many works as possible within its dominions, the publication of works abroad by its subjects or persones domiciled in it results in no gain whatever to its literature. As long as the country obtains the work, the nationality of the author matters little."[21]

---

14 Ladas 1938, p. 19.
15 De Beaufort 1909, p. 31 en p. 39 e.v.
16 Vgl. Briggs 1906, p. 57 e.v.; Ladas 1938, p. 31-33.
17 Ladas 1938, p. 21 en 33. Beschermd werden ook vreemde auteurs die woonachtig ('resident') waren in de Verenigde Staten.
18 Zo werd onder de vigeur van art. 6 van de auteurswet van 25 januari 1817 (*Stb.* 1817, 5) de vrijheid aangenomen om "in de Nederlanden na te drukken de werken, die in een vreemd land uitkomen", zulks behoudens verdrag (aldus Rb. Amsterdam 12 januari 1848, *Regtsgeleerd bijblad* 1848, Deel X, p. 560). De auteurswet van 28 juni 1881 (*Stb.* 1881, 124) bracht daarin geen wezenlijke verandering (art. 27). Zie onder meer Van den Velden 1835, p. 167-170; Pataille & Huguet 1865, p. 270-276; Van de Kasteele 1885, p. 157; Darras 1887, p. 349; Bureau de l'Union, *DdA* 1891, p. 1-6; Veegens 1895, p. 176; De Beaufort 1909, p. 315; Peremans & Wijnstroom 1930, p. 115.
19 Kortheidshalve wordt in het vervolg van deze studie over de bescherming van vreemde auteurs gesproken, en niet over de bescherming van *werken van* vreemde auteurs.
20 Ratisbonne, Lermina & Pouillet 1889, p. 156-157. Laatstgenoemd systeem werd soms ook wel het 'territorialiteitsbeginsel' genoemd omdat er wordt scherpgesteld op de plaats van publicatie (vgl. Darras 1887, p. 566; Wauwermans 1894, p. 391; Bureau de l'Union, *DdA* 1895, p. 163 l.k.; Röthlisberger 1906, p. 27; Bureau de l'Union, *DdA* 1910, p. 60). Die term kan echter tot verwarring aanleiding geven (vgl. bijvoorbeeld Briggs 1906, p. 186 e.v.).
21 Briggs 1906, p. 187.

In de praktijk was een onderscheid op dit punt overigens meer theoretisch van aard, omdat – zeker in die tijd – auteurs hun werken doorgaans voor het eerst in hun eigen land publiceerden.[22] Een beperking tot werken van eigen bodem betekende in feite dus een beperking tot werken van eigen auteurs, en vice versa. Om deze reden wordt in de onderhavige studie de discriminatie van vreemde werken tot het vreemdelingenrecht gerekend, hoewel het vreemdelingenrecht strikt genomen alleen betrekking heeft op personen, en niet op zaken. Dit is een historisch gegroeide eigenaardigheid in het internationale auteursrecht.[23]

49. ***Toestand van rechteloosheid.*** De bescherming krachtens de nationale auteurswet was dus beperkt tot nationale werken en/of nationale auteurs. Het vreemde werk of de vreemde auteur bleef in een curieuze toestand achter: een toestand van volledige rechteloosheid. Dat is een toestand die wij tegenwoordig niet meer kennen. Vroeger lag dat anders. Ooit, in lang vervlogen tijden, was volledige rechteloosheid zeer gebruikelijk in het privaatrecht. Maar in de loop der tijd is dit verschijnsel in het privaatrecht uitgestorven, tegenwoordig komt deze toestand in het privaatrecht niet meer voor. In de negentiende eeuw was volledige rechteloosheid in het privaatrecht echter nog niet uitgestorven: het was toen weliswaar niet meer gebruikelijk, maar het was ook geen onbekend verschijnsel. Op sommige terreinen werd deze toestand van volledige rechteloosheid in stand gehouden, zoals in het auteursrecht. Daaraan lagen, zoals al eerder aan de orde kwam, nationale politiek-economische belangen ten grondslag.[24] Zo constateerde Klostermann:

> "Während längst dem Ausländer gestattet wurde, sein Eigenthum und seine Forderungsrechte im Inlande zu verfoIgen, galt für das im Auslande erworbene geistige Eigenthum des Schriftstellers, Künstlers und Erfinders fast vollständige Rechtlosigkeit. Der Grund dieser Erscheinung liegt offenbar darin, dass die Gegenseitigkeit der Verkehrsbeziehungen auf dem Gebiete des geistigen Eigenthumes nicht so offen zu Tage lag, als auf andern Verkehrsgebieten. Das Eigenthum und die Schuldforderungen des Auslandes zu schützen, lehrte das eigene handgreifliche Interesse des inländischen Handels, weil ohne diese Bedingung ein Verkehr mit dem Auslande nicht möglich war. Die Literatur einer fremden Nation unentgeltlich auszubeuten gilt aber noch heute in den Augen gewisser Staatsmänner und Nationalökonomen für angemessen und erlaubt." [25]

50. ***Piraterij.*** Men drukte naar believen na, en dat werd in de negentiende eeuw steeds gemakkelijker en aantrekkelijker. Enerzijds kon men, door het voortschrijden der techniek, steeds sneller en goedkoper drukken en verspreiden. Anderzijds ontstond een groter publiek, doordat het onderwijs verbeterde en doordat de pers

---

22 Vgl. Röthlisberger 1906, p. 126. Volgens het Hof van Justitie van de EG geldt dat thans nog steeds, zie HvJ EG 30 juni 2005, nr. C-28/04, *Jur.* 2005, p. I-5781 (Tod's/Heyraud), r.o. 24-26.

23 Steun voor deze zienswijze vindt men ook in het Tod's-arrest van het Hof van Justitie van de EG, zie noot 22 van dit hoofdstuk 1. Overigens is de eigenaardigheid niet exclusief, vgl. bijvoorbeeld art. 311 WvK (oud) dat de Nederlandse nationaliteit toekende aan zekere schepen (zie Kosters/Dubbink 1962, p. 542).

24 Zie alinea 44 hiervoor. De Nederlandse auteurswet van 25 januari 1817 wond er bijvoorbeeld geen doekjes om: zo werd ronduit geëist dat het werk "gedrukt zij op eene nederlandsche drukkerij" en dat het "eenen nederlandschen uitgever hebbe" (art. 6).

25 Klostermann 1867, p. 5-6.

steeds belangrijker werd, waardoor meer ruchtbaarheid werd gegeven aan auteurs en hun werken.[26] In sommige landen werd de internationale nadruk een zeer lucratieve aangelegenheid. In bijvoorbeeld Nederland en België ontstond een bloeiende tak van industrie.[27] Met de auteur van het nagedrukte werk werd vrijwel geen rekening gehouden, en in die attitude scheen men niet veel kwaads te zien.[28] Zo vond Van der Velden het anno 1835 "billijk" en "overeenkomstig met de belangen van de inlandsche nijverheid" dat de bescherming krachtens de Nederlandse auteurswet van 1817 was beperkt tot nationale werken.[29]

1.1.2. Analyse van de toestand van rechteloosheid; het rechtsvacuüm

51. ***Twee aspecten.*** Deze toestand van volledige rechteloosheid, zoals die zich in de eerste helft van de negentiende eeuw voordeed, was het probleem waarvoor het beginsel van nationale behandeling als oplossing werd ontwikkeld. Bezien wij deze toestand derhalve nader. Twee aspecten zijn in haar te onderscheiden.

52. ***Vreemdelingenrecht: discriminatie.*** Enerzijds kent deze toestand een vreemdelingenrechtelijk aspect: het vreemde werk of de vreemde auteur wordt achtergesteld ten opzichte van het nationale werk of de nationale auteur. Er is derhalve sprake van discriminatie. Het bestaan van dit vreemdelingenrechtelijke aspect is tegenwoordig onomstreden, en behoeft weinig toelichting.

53. ***Conflictenrecht: rechtsvacuüm.*** Anderzijds kent deze toestand ook een conflictenrechtelijk aspect, te weten een – naar hedendaagse opvattingen – merkwaardig fenomeen: ten aanzien van (de bescherming van) het vreemde werk of de vreemde auteur is er géén toepasselijk rechtsstelsel. Noch de lokale wet, noch enige andere wet is van toepassing. Er is dus sprake van een 'rechtsvacuüm'. Een goed begrip van dit rechtsvacuüm is van cruciaal belang. Het vormt, zo komt later aan de orde, namelijk de sleutel tot het begrip van de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling. Hier ligt tegelijkertijd één van de belangrijkste redenen waarom deze conflictregel tegenwoordig niet meer wordt begrepen: dat komt doordat wij tegenwoordig het rechtsvacuüm niet meer onderkennen.[30] Concentreren wij ons daarom op de vraag waarom er sprake is van een rechtsvacuüm. Hoe kon dit vacuüm ontstaan? Om die vraag te beantwoorden moeten wij nader scherpstellen op de eerder besproken beperking in nagenoeg alle negentiende-eeuwse nationale auteurswetten: de beperking tot nationale werken of nationale auteurs. Deze beperking kon op twee manieren worden vormgegeven: ofwel als een afbakening van het toepassingsbereik van de nationale wet (par. (a)), ofwel als een beperking van de rechtsbevoegdheid van vreemdelingen (par. (b)).

---

26 Vgl. De Beaufort 1909, p. 53.
27 Briggs 1906, p. 34-56, die ook meldt dat de Nederlandse koning de internationale nadruk zelfs subsidieerde (Briggs 1906, p. 36 en p. 50).
28 Briggs 1906, p. 36-38.
29 Van den Velden 1835, p. 167-170.
30 Dit komt later in deze studie, in par. 5.1.2, aan de orde.

a. De beperking tot nationale werken of nationale auteurs als afbakening van het toepassingsbereik van de nationale wet

54. ***Afbakening toepassingsbereik.*** Bezien wij eerst de constellatie dat de beperking tot nationale werken of nationale auteurs was vormgegeven als een afbakening van het toepassingsbereik van de nationale wet. Deze constellatie kwam in de praktijk het meeste voor. Een duidelijk voorbeeld is te vinden in artikel 27 van de Nederlandse auteurswet van 1881:

> "Deze wet is van toepassing op in Nederland of in Nederlandsch Indië gedrukte en door den druk gemeen gemaakte werken, op niet door den druk gemeen gemaakte werken afkomstig van in Nederland of in Nederlandsch Indië woonachtige auteurs, daaronder begrepen in Nederland of in Nederlandsch Indië gehouden mondelinge voordrachten."[31]

55. ***Statutenleer.*** In deze constellatie was primair sprake van een conflictenrechtelijke aangelegenheid. Verplaatsen wij ons, teneinde dit beter te begrijpen, in het conflictenrecht van de eerste helft van de negentiende eeuw.[32] In die tijd werd het conflictenrecht beheerst door de zogeheten statutenleer. Het hedendaagse, door Von Savigny ontworpen conflictenrecht was nog niet geboren; Von Savigny maakte zijn conflictenrechtelijke model immers pas in 1849 wereldkundig. Het pre-Savigniaanse, statutistische conflictenrecht beantwoordde de vraag naar het toepasselijke recht door het toepassingsbereik van de interne rechtsregels vast te stellen. Dit conflictenrecht was in beginsel eenzijdig; het primaire doel was de afbakening van het toepassingsbereik van de *eigen* rechtsregels.[33] Rechtsregels werden in een aantal klassen ingedeeld en iedere klasse van rechtsregels werd geacht een bepaald toepassingsbereik te hebben, dat zich uit de aard van die klasse van rechtsregels liet afleiden.[34]

56. ***Formele-territorialiteitsbeginsel.*** Daarbij was de algemene grondgedachte in de achttiende en negentiende eeuw het 'formele-territorialiteitsbeginsel'. Volgens dit beginsel is het toepassingsbereik van het recht afgebakend tot het eigen territoir ('materiële territorialiteit') en past de rechter alleen zijn eigen recht toe ('formele territorialiteit').[35] Grondslag van het formele-territorialiteitsbeginsel was de

---

31 Art. 27 van de auteurswet van 28 juni 1881.

32 De zojuist als voorbeeld aangehaalde bepaling uit de Nederlandse wet van 1881 is weliswaar van later datum, maar zij is een reproductie van haar voorgangers in de eerste helft van de negentiende eeuw (vgl. ook haar – minder toegankelijke – voorganger, art. 6 van de Nederlandse wet van 1817). Zij is hier als voorbeeld gekozen vanwege haar 'zuivere' vorm, dat wil zeggen: zonder reciprociteitsvoorwaarden. Deze voorwaarden, die in nagenoeg alle andere auteurswetten werden gesteld, vormen een complicatie die uit didactisch oogpunt in dit stadium van onze zoektocht nog buiten beschouwing wordt gelaten; zij wordt in par. 1.2 in deze studie ingevoerd.

33 Was het eigen recht op grond van de eigen eenzijdige conflictregel niet van toepassing, dan kon – mits de eigen wet dat toeliet – op grond van diezelfde conflictregel toepassing worden gegeven aan vreemd recht; de conflictregel werd 'gebilateraliseerd' – of beter gezegd: 'gegeneraliseerd'.

34 Strikwerda 1978, p. 113. Vgl. ook Kegel & Schurig 2004, p. 174.

35 Vgl. Strikwerda 1978, p. 5 e.v. De term 'formele-territorialiteitsbeginsel' (die overigens van later datum is) is geen vaste terminologie. In deze studie is het 'formele-territorialiteitsbeginsel' gedefinieerd als omvattende zowel formele territorialiteit als materiële territorialiteit (en dus niet alleen formele territorialiteit). Dat is een eigen definitie van deze studie.

staatssoevereiniteit.[36] De wetgever, zo wil deze grondslag, kan slechts normen stellen binnen zijn eigen territoir (materiële territorialiteit); en met de handhaving ervan – handhaving is net als wetgeving ook een soevereine aangelegenheid – is in beginsel uitsluitend de eigen rechter belast (formele territorialiteit). De uitzonderingen op het uitgangspunt van het formele-territorialiteitsbeginsel, welke uitzonderingen met name regels van personenrecht betroffen, werden gerechtvaardigd door de 'comitas' (welwillendheid), die de staten jegens elkaar betrachten.[37] Men denke aan de drie grondregels ('axiomata') van Ulrik Huber, de zeventiende-eeuwse rechtsgeleerde die sterk zijn stempel heeft gedrukt op het achttiende- en negentiende-eeuwse conflictenrecht.[38]

57. ***Toepassingsbereik auteurswetten.*** Hoe werd, in de geest van de toen vigerende statutenleer, het toepassingsbereik van de toenmalige nationale auteurswetten afgebakend? Welnu, dit toepassingsbereik werd in drie opzichten afgebakend. Twee afbakeningen lagen besloten in het formele-territorialiteitsbeginsel, dat ook het intellectuele-eigendomsrecht c.q. het auteursrecht beheerste.[39] Ingevolge dit beginsel was het toepassingsbereik van de auteurswet in de eerste plaats dus materieel-territoriaal beperkt: haar bescherming strekte zich (slechts) uit tot het nationale territoir. En in de tweede plaats was het toepassingsbereik formeel-territoriaal beperkt: de rechter had enkel zijn eigen auteurswet toe te passen.[40] De derde afbakening was de beperking tot nationale werken of nationale auteurs. De nationale wet was alleen van toepassing op werken die voor het eerst op het nationale territoir waren gepubliceerd, of op werken van nationale auteurs.[41]

---

36 Zie onder meer gezaghebbende handboeken uit die tijd, zoals als Foelix 1843, p. 12 e.v. (Foelix/Demangeat 1866, p. 19 e.v.); Story 1841, p. 25 e.v. Vgl. ook Strikwerda 1978, p. 5. Vogel 1965, p. 89-90 illustreert hoe sterk de territorialiteitsgedachte in deze tijd leefde.

37 Vgl. Strikwerda 1978, p. 118.

38 Vogel 1965, p. 35 e.v. Deze axiomata komen later nog ter sprake, in par. 5.2.3. Bij Huber zien wij voor het eerst het formele-territorialiteitsbeginsel als uitgangspunt van het conflictenrecht, vgl. Vogel 1965, p. 28 e.v.

39 Dit was vanzelfsprekend. Het auteursrecht vormde op dit algemene uitgangspunt geen uitzondering. Vgl. bijvoorbeeld Foelix 1843, p. 575, die het intellectuele-eigendomsrecht bijvoorbeeld behandelt in de titel over 'Des actes illicites de l'homme, ou du droit criminel international' (in die tijd werden de – in moderne ogen privaatrechtelijke – onrechtmatige daad en het strafrechtelijke delict op één lijn werden gesteld). Vgl. ook Celliez 1878, p. 13-14 ("le caractère de lois de police") en Briggs 1906, p. 34-35.

40 "(…) car c'est dans cette loi seule que le juge puise sa propre jurisdiction et c'est elle seule qu'il est en mesure d'appliquer", zo bracht de Italiaanse Corte di cassazione het bondig onder woorden (Corte di cassazione 14 januari 1900, *Monitore dei Tribunali*, Vol. 41, 1900, II serie, vol. 3, p. 176-177 (Albrecht & Meister/Gualassini), Franse vertaling in *DdA* 1900, p. 121; zie ook noot 88 van dit hoofdstuk 1). Vgl. ook bijvoorbeeld de memorie van toelichting bij art. 28 lid 1 Auteurswet 1881, waar wordt opgemerkt – als ware het een vanzelfsprekendheid – dat "de Nederlandsche regter alleen kan regtspreken uit kracht der Nederlandsche wet" (*Kamerstukken II* 1876/77, 202, nr. 3, p. 5).

41 Meestal was deze afbakening positief geformuleerd (dus: "deze wet is alleen van toepassing op werken die voor het eerst op het nationale territoir zijn gepubliceerd"). Een enkele keer was echter sprake van een botte negatieve formulering, zoals bijvoorbeeld in art. 79 lid 2 van de Hongaarse auteurswet van 26 april 1884: "Auf Werke von Ausländern findet dieses Gesetz keine Anwendung" (*Gesetze über das Urheberrecht* 1891, p. 113). Terzijde: veelzeggend voor de politiek-economische motieven zijn de uitzonderingen die op dat uitgangspunt werden gemaakt: "Eine Ausnahme bilden und Rechtsschutz geniessen: (a) Jene Werke von Ausländern die bei inländischen Verlegern erschienen sind; (b) Werke jener Ausländer, welche mindestens zwei Jahre im Lande ständig wohnen und hier ununterbrochen Steuer zahlen."

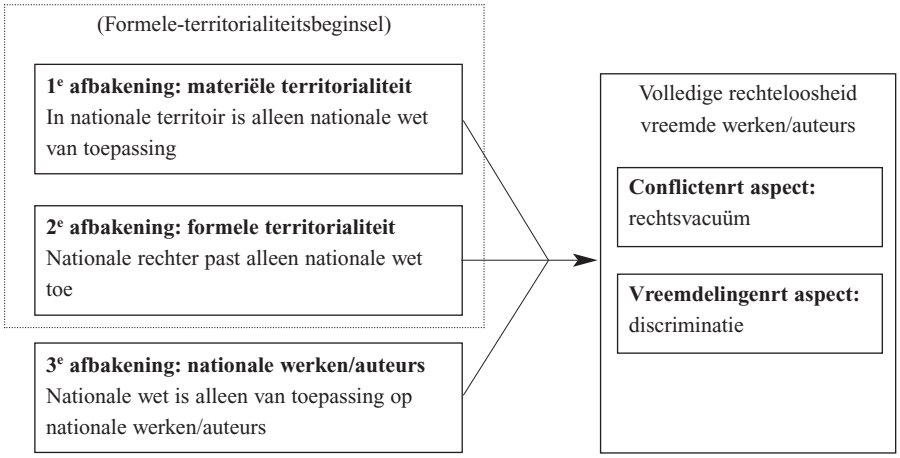
58. ***Rechtsvacuüm.*** Het gevolg van deze afbakeningen was dat vreemde werken of vreemde auteurs in een rechtsvacuüm achterbleven. Immers, door het formele-territorialiteitsbeginsel waren zij voor bescherming in een ander land volledig aangewezen op de lokale wet en de lokale rechter: de lokale wet was de enige wet die in materieel-territoriaal opzicht voor toepassing in aanmerking kwam, en de lokale rechter was de enige rechter die die wet mocht toepassen. En juist die lokale wet was alleen van toepassing op nationale werken of auteurs, niet op vreemde werken of auteurs. Ten aanzien van hen was er dus geen enkele wet van toepassing – ziedaar het rechtsvacuüm.

59. ***Combinatie van drie afbakeningen.*** Voor de goede orde zij opgemerkt dat het de combinatie van deze drie afbakeningen tezamen is, die het rechtsvacuüm veroorzaakt. Zo brengt het formele-territorialiteitsbeginsel op zichzelf genomen niet het rechtsvacuüm teweeg. Zouden immers alleen de twee in dit beginsel besloten liggende afbakeningen gelden, dan zou de bescherming van het vreemde werk of de vreemde auteur worden geregeld door de lokale wet en de lokale rechter. Zo bezien is het de verdere afbakening tot nationale werken of auteurs die maakt dat het rechtsvacuüm ontstaat. De afbakening tot nationale werken of auteurs brengt echter, op zichzelf beschouwd, evenmin het rechtsvacuüm teweeg. Met die afbakening – die eenzijdige conflictregel – is immers nog niets gezegd over vreemde werken of vreemde auteurs. Of zij in een rechtsvacuüm komen te verkeren, is afhankelijk van de verdere vormgeving. Zo treedt het rechtsvacuüm *niet* in, indien men de afbakening tot nationale werken of auteurs generaliseert, dat wil zeggen: niet alleen toepast ten aanzien van de eigen auteurswet, maar ook ten aanzien van vreemde auteurswetten (‘generalisatie‘, ook wel ‘bilateralisatie’ genoemd). Dan wordt de bescherming van het vreemde werk of de vreemde auteur immers geregeld door zijn eigen wet.[42] Het rechtsvacuüm treedt echter *wél* in, indien men aan de afbakening tot nationale werken of vreemde auteurs het formele-territorialiteitsbeginsel toevoegt. Zo bezien is het de verdere afbakening door het formele-territorialiteitsbeginsel die maakt dat het rechtsvacuüm ontstaat.

60. ***Schema.*** Tezamen genomen werd het rechtsvacuüm dus veroorzaakt door de combinatie van enerzijds de afbakening(en) door het formele-territorialiteitsbeginsel en anderzijds de afbakening tot nationale werken of nationale auteurs. Een en ander is schematisch samengevat in Figuur 1.

42 Er is dan een lex originis-conflictregel ontstaan.

61. **Figuur 1: schema toestand van rechteloosheid c.q. rechtsvacuüm.**



b. De beperking tot nationale auteurs als rechtsbevoegdheidskwestie

62. ***Rechtsbevoegdheid.*** In de vorige paragraaf onderzochten wij de constellatie dat de beperking tot nationale werken of auteurs was vormgegeven als een afbakening van het toepassingsbereik van de nationale wet. Daarnaast was er, zoals wij eerder hebben vastgesteld, de constellatie dat de beperking tot nationale auteurs was vormgegeven als een beperking van de rechtsbevoegdheid van vreemdelingen. Als voorbeeld zou artikel 1 van de Amerikaanse auteurswet van 1831 kunnen worden opgevat:

> "(…) any person or persons, being a citizen or citizens of the United States, or resident therein, who shall be the author or authors of any book or books, map, chart, or musical composition, (…) shall have the sole right and liberty of printing, reprinting, publishing, and vending such book or books, map, chart, musical composition, (…)." [43]

63. ***Vreemdelingenrecht.*** In deze constellatie is primair sprake van een vreemdelingenrechtelijke aangelegenheid. Bezien wij dit nader. Vreemdelingen werden in lang vervlogen tijden niet erkend als deelnemers aan het (burgerlijke) rechtsverkeer. Privaatrecht vormde ooit een rechtssfeer die voor vreemdelingen niet toegankelijk was.[44] De vreemdeling had geen rechtsbevoegdheid: hij kon, met andere woorden, geen drager van burgerlijke rechten zijn, hij was simpelweg géén

43 Art. 1 van de Wet van 3 februari 1831, 4 Stat. 436. Voor de zekerheid wreef art. 8 er nog in "That nothing in this act shall be construed to extend to prohibit the importation or vending, printing, or publishing, of any map, chart, book, musical composition, print or engraving, written, composed, or made, by any person not being a citizen of the United States, nor resident within the jurisdiction thereof." Zo ook art. 1 resp. 5 van de eerste Amerikaanse auteurswet van 31 mei 1790, 1 Stat. 124.

44 Von Frisch 1910; Demangeat 1844; Kosters/Dubbink 1962, p. 543.

rechtssubject. In de loop der eeuwen werd de vreemdeling toegelaten tot het genot ('la jouissance') van steeds meer burgerlijke rechten; hij kreeg beperkte rechtsbevoegdheid. Het verschil in rechtsbevoegdheid tussen eigen onderdanen en vreemdelingen werd aldus geleidelijk steeds kleiner, en tegenwoordig speelt de vraag naar de rechtsbevoegdheid van de vreemdeling niet meer; voor ons is vanzelfsprekend dat hij volledig rechtsbevoegd is.[45] Maar in de eerste helft van de negentiende eeuw was deze ontwikkeling nog niet geheel voltooid.[46] Bekende knelpunten waren het erfrecht en het recht van eigendom van onroerende zaken.[47]

64. ***Rechtsbevoegdheid ten opzichte van conflictenrecht.*** De vraag naar de rechtsbevoegdheid is een vraag die "historiquement et rationnellement" vooraf gaat aan de vraag naar het toepasselijke recht.[48] Het is een preliminaire vraag.[49] Eerst moeten wij immers, aan de hand van onze wet, vaststellen of een vreemdeling bij ons überhaupt drager van een bepaald burgerlijk recht kan zijn. Kan bijvoorbeeld een vreemdeling eigendomsrecht genieten in ons land? Pas nadat is vastgesteld dat een vreemdeling drager kan zijn van een bepaald recht, kan de vraag rijzen naar welk rechtsstelsel een en ander moet worden beoordeeld. Ziedaar "les deux questions, qui résument en effet toute notre matière: (1) Quels sont les droits dont jouissent les étrangers en France? (2) Quelle est la loi qui régit les droits reconnus aux étrangers?"[50] Demangeat verwoordde het als volgt:

> "Et puis ensuite, à mesure qu'on a constaté que notre législation n'exclut pas les étrangers de la jouissance de telle ou telle nature de droits, il reste toujours à se demander par quelle loi cette faculté, qui au fond est octroyée à l'étranger, devra être réglementée dans ses mains. (…)
> (…) après avoir reconnu qu'un étranger n'est point exclu par la loi française du droit de se marier en France, soit avec une Française soit avec une étrangère, il restera à nous demander quelle loi devra être consultée pour déterminer les conditions d'un pareil mariage, ses conséquences civiles, etc." [51]

65. ***Rechtsvacuüm.*** Heeft de vreemdeling in een bepaalde aangelegenheid daarentegen géén rechtsbevoegdheid, dan komt men aan de vraag naar het terzake toepasselijke recht niet toe. De vreemdeling is terzake geen rechtssubject – hij kán

45 Vgl. art. 9 Wet Algemene Bepalingen en art. 1:1 lid 1 BW.
46 Von Wächter 1841, p. 253; Von Savigny 1849, p. 25 meldt optimistisch over de 'Rechtsfähigkeit' van vreemdelingen: "Das heutige Recht dagegen hat allmälig zur Anerkennung vollständiger Rechtsgleichheit zwischen Einheimischen und Fremden hingeführt." Op p. 114 spreekt hij iets voorzichtiger over "die stets allgemeiner anerkannte gleiche Rechtsfähigkeit unter Inländern und Ausländern".
47 Dit is niet verwonderlijk. In deze rechtsgebieden hebben lang de sleutels tot macht en rijkdom gelegen, en die men gaf niet graag uit handen. Vererving was in vroeger tijden immers de belangrijkste manier om eigendom te vergaren, terwijl onroerende zaken de belangrijkste vermogensbestanddelen vormden (grondbezit).
48 Audit 2006, p. 15.
49 Zie ook Foelix/Demangeat 1866, p. 12, noot (a); Renault 1875, p. 343; Kosters 1917, p. 61; vgl. ook Kahn 1899, p. 263 met nadere verwijzingen. Specifiek met betrekking tot het auteursrecht onder meer Despagnet 1891, p. 91; Bureau de l'Union, *DdA* 1937 (*La condition civile*), p. 85. Vgl. ook Von Savigny 1849, p. 25, die over de gelijke 'Rechtsfähigkeit' van vreemdelingen opmerkt: "Mit dieser Rechtsgleichheit der Personen ist jedoch über die Frage wegen der Collision zwischen dem einheimischen und fremden Rechte noch gar nicht entschieden."
50 Durand 1884, p. 212.
51 Demangeat 1844, p. 317-318.

überhaupt geen recht hebben – en daarmee is de kous af. Pas als hij drager van een bepaald recht kan zijn, kan de vraag naar de ten aanzien van dat recht toepasselijke wet zich voordoen.[52] Zolang dat niet het geval is, blijft de conflictenrechtelijke vraag onbeantwoord; het blijft in het ongewisse welk rechtsstelsel terzake van toepassing zou zijn. Er *ís* simpelweg geen als toepasselijk aangewezen rechtsstelsel – er is een rechtsvacuüm.[53] Dit alles is tegenwoordig wat moeilijk voorstelbaar, omdat voor ons vanzelfsprekend is dat vreemdelingen volledig rechtsbevoegd (rechtssubject) zijn. Een eigentijds voorbeeld kan het voor ons wellicht inzichtelijker maken. Vergelijken wij het met een dier. Een dier wordt niet erkend als rechtssubject. De vraag welk recht van toepassing is op de eigendomsverkrijging door een Duitse herdershond in Nederland, kan zich derhalve niet voordoen – voilà. De vergelijking klinkt cru en gaat niet helemaal op, maar zij maakt wel duidelijk waar het om gaat.[54]

66. ***Rechtsonbevoegdheid vreemde auteurs.*** Keren wij terug naar het negentiende-eeuwse auteursrecht. Wij zagen dat de beperking van de wettelijke bescherming tot nationale auteurs in sommige landen werd geplaatst in de sleutel van de rechtsbevoegdheid.[55] Dat betekende dus dat vreemdelingen te dien aanzien geen rechtssubject waren – zij *konden* überhaupt geen auteursrecht hebben. Derhalve kwam de vraag welke auteurswet van toepassing is op de bescherming van hun werken, niet meer aan bod. Er was geen op de bescherming toepasselijk recht, er was een rechtsvacuüm.

c. Synthese: de toestand van rechteloosheid als discriminatoir rechtsvacuüm

67. ***Synthese.*** Nemen wij het bovenstaande tezamen. In nagenoeg alle negentiende-eeuwse nationale auteurswetten was een beperking tot nationale werken of nationale auteurs opgenomen. Hoe deze beperking ook was vormgegeven – als afbakening van het toepassingsbereik van de nationale wet, of als beperking van de rechtsbevoegdheid van vreemdelingen –, in beide constellaties ontstond een rechtsvacuüm.

68. ***Eerste constellatie.*** In de eerste constellatie – een afbakening van het toepassingsbereik van de nationale wet – was primair sprake van een conflictenrechte-

---

52 Vgl. Marees van Swinderen 1862, p. 11: "Toen men namelijk eenmaal het beginsel had aangenomen dat de vreemdeling niet geheel rechteloos zijn zou, moest de vraag ontstaan, naar *welk* recht dan zijn staat en rechten beoordeeld zouden worden, naar het recht van den staat waarin hij vertoefde, of naar dat van den vreemden."

53 Voor de duidelijkheid: weliswaar bepaalt de lokale wet de rechtsbevoegdheid van de vreemdeling, maar daarmee is niet gezegd dat de lokale wet – indien zij rechtsbevoegdheid erkent – ook inhoudelijk van toepassing is. Vergelijk het hierboven genoemde voorbeeld van Demangeat.

54 Een dier is naar algemeen aanvaarde hedendaagse maatstaven een *object*, en zo belabberd was de positie van de vreemdeling in Europa – althans in de afgelopen eeuwen – nu ook weer niet.

55 Waar de beperking van de wettelijke bescherming wordt vormgegeven als beperking van de rechtsbevoegdheid, treft zij primair auteurs – niet werken. Een werk kan immers geen rechtsbevoegdheid hebben. In theorie is nog wel denkbaar dat de rechtsbevoegdheid van vreemdelingen wordt beperkt voor zover het werken betreft die voor het eerst in den vreemde zijn gepubliceerd.

lijke aangelegenheid, namelijk een afbakeningskwestie waardoor een rechtsvacuüm ontstond. Maar het was niet alleen een conflictenrechtelijke aangelegenheid. Het rechtsvacuüm trof immers alleen vreemde werken of vreemde auteurs. Er was dus óók sprake van discriminatie, een vreemdelingenrechtelijke aangelegenheid.

69. ***Tweede constellatie.*** In de tweede constellatie – een beperking van de rechtsbevoegdheid van vreemdelingen – was primair sprake van een vreemdelingenrechtelijke aangelegenheid, namelijk een rechtsbevoegdheidskwestie. Maar deze vreemdelingenrechtelijke aangelegenheid had ook een conflictenrechtelijke kant. Omdat de vreemdeling überhaupt geen drager van auteursrecht kon zijn, was er te zijnen aanzien immers geen op de bescherming toepasselijk recht, en was er dus een rechtsvacuüm, een conflictenrechtelijke aangelegenheid.

70. ***Discriminatoir rechtsvacuüm.*** Men ziet dat de toestand van rechteloosheid in beide constellaties twee kanten heeft: een vreemdelingenrechtelijke (discriminatie) en een conflictenrechtelijke (een rechtsvacuüm). De toestand van rechteloosheid was dus, in beide constellaties, een discriminatoir rechtsvacuüm.

71. ***Gebruikelijke constellatie.*** Meestal ging het om de eerste constellatie, dus om een afbakening van het toepassingsbereik van de nationale auteurswet.[56] De eerste hindernis, die der rechtsbevoegdheid, was in de meeste landen geslecht: een vreemdeling kon meestal wel drager van auteursrecht zijn.[57] De problemen ontstonden bij de vraag die zich vervolgens aandiende, de vraag naar het toepasselijke recht. Hier wist men zich vaak geconfronteerd met de tweede hindernis – een 'slimme' afbakening van het toepassingsbereik van de nationale wet – waarover men alsnog in een rechtsvacuüm struikelde. Anno 1878 bevestigde Renault, een gezaghebbend auteur die later actief bij de totstandkoming van de Berner Conventie betrokken was, dat het in nagenoeg alle landen inderdaad géén kwestie van vreemdelingenrecht c.q. rechtsbevoegdheid was:

> "En résumé, dans la doctrine qui avait prévalu, la protection assurée par nos lois aux auteurs avait un caractère exclusivement territorial à un point de vue négatif comme à un point de vue positif, en ce sens que de même qu'on protégerait toutes les œuvres publiées en France, on ne protégeait que celles-là; la loi tenait compte du lieu de la publication. On voit donc que cette théorie n'avait rien de commun avec la question de la capacité des étrangers et de l'interprétation de l'art. 11 C. civ. (…) La situation que nous venons d'exposer était, sauf des nuances de détail, celle de presque tous les pays."[58]

---

56 Vgl. wettenverzamelingen zoals Eisenlohr 1856; Romberg 1859, Tome II; Pataille & Huguet 1865; Lyon-Caen & Delalain 1889; *Gesetze über das Urheberrecht* 1891. Zie voorts Darras 1887, p. 181 e.v.; Briggs 1906, p. 57 e.v. (vgl. ook p. 190); Ladas 1938, p. 20 e.v.

57 Vgl. Demangeat 1844, p. 321-322.

58 Renault 1878, p. 6-7 (onderstreping toegevoegd). Renault was gedelegeerde bij de totstandkomingsconferentie van de Berner Conventie in 1885, de Parijse conferentie in 1896 en de Berlijnse herzieningsconferentie in 1908. Tijdens de Berlijnse conferentie was hij bovendien ook nog voorzitter en rapporteur van de Commissie.
Art. 11 van de Franse Code civil – dat tot op heden ongewijzigd is gebleven – regelt de rechtsbevoegdheid van vreemdelingen: "L'étranger jouira en France des mêmes droits civils que ceux qui sont ou seront accordés aux Français par les traités de la nation à laquelle cet étranger appartiendra."

72. Dat ligt, zoals wij al eerder zagen, ook voor hand. Men was doorgaans immers uit op zoveel mogelijk publicaties binnen het eigen territoir – want dat is gunstig voor de eigen industrie.[59] Vanuit dat perspectief is de nationaliteit van de auteur niet van belang. De achterliggende gedachte was: wij belonen iedere auteur – óók de vreemdeling – die zijn werk te onzent publiceert. Een beperking tot nationale auteurs, zoals een beperking van de rechtsbevoegdheid van vreemdelingen, ligt dan dus minder in de rede.

1.1.3. Resumé

73. ***Toestand van rechteloosheid.*** Vatten wij het onderzoek naar de toestand van rechteloosheid kort samen. Wij hebben vastgesteld dat vreemde werken of – minder vaak – vreemde auteurs in de eerste helft van de negentiende eeuw gewoonlijk volledig onbeschermd waren. Zij verkeerden in een toestand van rechteloosheid. Deze situatie, die werd ingegeven door nationale politiek-economische belangen, was historisch zo gegroeid. Zij deed zich al voor vanaf het ontstaan van het auteursrecht in de vijftiende eeuw, toen het auteursrecht nog als privilege bij wijze van gunst werd verleend, en zij werd in stand gelaten toen het auteursrecht rond het begin van de negentiende eeuw een wettelijk recht werd.

74. ***Analyse toestand van rechteloosheid.*** Deze toestand van volledige rechteloosheid was soms het gevolg van een beperking van de rechtsbevoegdheid van vreemdelingen, maar meestal was zij het gevolg van een bepaalde afbakening van het toepassingsbereik van de nationale wet – dit was de tijd van de pre-Savigniaanse statutenleer. Hoe dan ook, in beide gevallen zijn in de toestand van rechteloosheid twee aspecten te onderscheiden: er is sprake van discriminatie (vreemdelingenrecht) en er is een rechtsvacuüm (conflictenrecht). De toestand van rechteloosheid was, anders gezegd, een discriminatoir rechtsvacuüm. Deze toestand, zo komt in de volgende paragraaf aan de orde, vormde het probleem waarvoor het beginsel van nationale behandeling als oplossing werd ontwikkeld.

1.2. De oplossing: het beginsel van nationale behandeling

1.2.1. De geboorte van het beginsel van nationale behandeling in het internationale auteursrecht

75. ***Rechteloosheid als probleem.*** De situatie dat het vreemde werk of de vreemde auteur in een toestand van volledige rechteloosheid verkeerde, begon in de eerste helft van de negentiende eeuw te knellen, met name in de landen met een relevante productie op het gebied van literatuur en kunst. Men moest machteloos toezien hoe werken en auteurs van eigen bodem voorbij de landsgrenzen vogelvrij waren en naar hartelust werden nagedrukt. Die goedkope nadruk bedierf niet alleen de buitenlandse markt, maar dikwijls ook de eigen binnenlandse markt

59 Zie alinea 48 hiervoor.

doordat de nadruk (illegaal) werd geïmporteerd.[60] Begrijpelijkerwijs werd het probleem nijpender naarmate het internationale verkeer in de negentiende eeuw exponentieel toenam, zowel in snelheid als in omvang. Darras vermeldt bijvoorbeeld hoe in de tweede helft van de negentiende eeuw Amerikaanse uitgevers een net in Engeland verschenen boek in 24 uur naar Amerika lieten telegraferen, om het vervolgens binnen twaalf uur na binnenkomst van de laatste woorden na te drukken en ten verkoop aan te bieden.[61] Zo werd in de loop van de negentiende eeuw de toestand van rechteloosheid steeds meer als problematisch ervaren. Allengs brak het inzicht door dat een doeltreffende auteursrechtelijke bescherming ook in internationaal opzicht regeling behoeft. De toestand van volledige rechteloosheid werd steeds minder geduld. Steeds vaker sprak men over 'piraterij', en de druk om een einde te maken aan die toestand nam gaandeweg de negentiende eeuw toe.

76. ***Nationale behandeling als oplossing.*** Hoe werd nu de toestand van rechteloosheid opgeheven? De oplossing werd gevonden in het beginsel van nationale behandeling ('traitement national'): het rechteloze vreemde werk of de rechteloze vreemde auteur werd, kort gezegd, onder de vleugels van de lokale wet genomen. Deze oplossing kwam in een aantal stadia tot volle wasdom.[62]

77. ***Ontwikkelingsstadium 1: eenzijdige regelingen.*** In het begin – het eerste stadium – werd deze oplossing eenzijdig, in de nationale wet, uitgewerkt. Men verklaarde zich bereid om, onder de voorwaarde van reciprociteit (wederkerigheid), de beperking tot nationale werken of auteurs te laten varen.[63] Grofweg: onze nationale wet is van toepassing op in het buitenland gepubliceerde werken, mits in het desbetreffende buitenland de nationale wet ook van toepassing is op in ons land gepubliceerde werken. Zo ontstond het beginsel van nationale behandeling als dispositief van de gebruikelijke beperking tot nationale werken of auteurs. Dergelijke op reciprociteit gestoelde bepalingen, waarbij dus sprake was van een voorwaardelijk beginsel van nationale behandeling, kwamen in veel negentiende-eeuwse auteurswetten voor.

78. ***Voorbeeld: Denemarken 1828.*** Het eerste zodanige beginsel van nationale behandeling treffen wij aan in de Deense ordonnantie van 7 mei 1828, die daarom wordt gezien als een mijlpaal in het internationale auteursrecht.[64] Door deze ordonnantie werd de Deense auteurswet van 1741 van toepassing verklaard op wer-

60 Vgl. Ladas 1938, p. 25. Het probleem was des te nijpender binnen één taalgebied. Zo ondervond Frankrijk veel hinder van nadruk in België, het Verenigd Koninkrijk van nadruk in de Verenigde Staten en Ierland, en Duitse staten van nadruk in Oostenrijk, zie Briggs 1906, p. 39.

61 Darras 1887, p. 143, noot 1; Briggs 1906, p. 40.

62 In totaal kan men in de ontwikkelingsgang van het beginsel van nationale behandeling vier stadia onderscheiden. Dit komt verder in de loop van deze studie aan de orde.

63 Pas later, en dan nog zeer zelden, werd die beperking onvoorwaardelijk losgelaten; zie het Franse Decreet van 1852 (zie alinea 84 hierna). De bereidheid om vreemde werken of vreemde auteurs bescherming te verlenen, was in eerste instantie derhalve hoofdzakelijk geworteld in eigenbelang, vgl. Boucher 1932, p. 38: "elle leur est accordée surtout comme monnaie d'échange et pour pouvoir demander aux Etats étrangers un traitement réciproque en faveur de nos auteurs français."

64 Recueil des conventions (propriété littéraire) 1904, p. 189; Ladas 1938, p. 22.

ken van vreemde auteurs, op voorwaarde dat in hun land de werken van Deense auteurs werden beschermd:

> "(…) que la défense contenue dans l'ordonnance du 7 janvier 1741 contre la contrefaçon, mais qui a spécialement égard aux écrits dont une personne du royaume de Danemark serait éditeur, fût aussi rendue applicable aux écrits des États étrangers où le droit d'éditeur des sujets du Roi fût réciproquement protégé." [65]

79. ***Voorbeeld: Pruisen 1837.*** Een ander belangrijk voorbeeld is de regeling in de Pruisische auteurswet van 11 juni 1837. Dit was een internationaal toonaangevende regeling, die zelfs in Frankrijk model heeft gestaan.[66] Artikel 38 van deze wet bepaalde:

> "Auf die in einem fremden Staate erschienenen Werke soll dieses Gesetz in dem Maaße Anwendung finden, als die in demselben festgestellten Rechte den in Unseren Landen erschienenen Werken durch die Gesetze dieses Staates ebenfalls gewährt werden." [67]

80. ***Eenzijdige benadering voldoet niet.*** Toch bleek de eenzijdige benadering al spoedig niet te voldoen. In de eerste plaats kunnen eenzijdige regelingen niet *zeker* stellen dat de eigen werken of auteurs in den vreemde worden beschermd. Hiervoor bleef men immers afhankelijk van de buitenlandse autoriteiten. En koppige piratenlanden, die zelf doorgaans weinig literatuur en kunst produceerden, hadden de balans al snel opgemaakt. Illustratief is de calculatie van Veegens (nota bene in 1895, toen Nederland al tot auteursrechtelijke paria was verklaard):

> "Een wederkeerig verbod van nadruk van in het andere land verschenen werken levert voor een klein volk, dat eene weinig verspreide taal spreekt en vreemde talen vlijtig beoefent, in stoffelijken zin meer nadeel dan voordeel op. Werken, in de nederlandsche taal geschreven, loopen toch geen gevaar voor nadruk in het buitenland, behalve ter verspreiding onder de vlaamsche bevolking van België. Daarentegen worden vreemde boeken in Nederland veel gelezen en kan het nadrukken daarvan, vooral zoo de prijs hoog gesteld is, een voordeelig bedrijf zijn." [68]

---

65 Romberg 1859, Tome II, p. 139. In Recueil des conventions (propriété littéraire) 1904, p. 189 wordt de volgende 'traduction exacte' gegeven: "(…) de rendre, par loi expresse, la défense contenue dans l'ordonnance du 7 janvier 1741 contre la contrefaçon d'œuvres littéraires, mais qui a principalement égard aux écrits dont une personne du Royaume de Danemark a le droit d'éditeur, applicable aux écrits des sujets d'États étrangers où le droit d'éditeur des sujets du Roi est réciproquement protégé." Darras 1887, p. 191 vraagt zich af of de ordonnantie niet eerder een stap achteruit is, omdat de auteurswet van 1741 geen onderscheid maakte tussen Deense en vreemde auteurs. In de praktijk lag dat kennelijk toch minder eenduidig (Recueil des conventions (propriété littéraire) 1904, p. 189). Waarschijnlijk heeft men in 1741 alleen aan de nationale situatie gedacht zonder stil te staan bij de internationale aspecten – die problematiek speelde in de achttiende eeuw immers nog nauwelijks – en is men naderhand toch een onderscheid gaan inlezen.

66 Renault 1878, p. 8; Villefort 1851, p. 18 en p. 53 (die vermeldt dat de Pruisische wet werd nagevolgd door onder meer Oostenrijk en het Verenigd Koninkrijk). Deze wet is onder leiding van Von Savigny tot stand gekomen (zie noot 237 van hoofdstuk 5).

67 Art. 38 van de Pruisische auteurswet van 11 juni 1837, zie Eisenlohr 1856, p. 59-60.

68 Veegens 1895, p. 175-176. Bureau de l'Union, *DdA* 1891, p. 2: "La petite nation de quelques millions d'habitants est riche; elle a besoin d'une quantité rélativement grande de littérature; celle qu'elle produit elle-même ne lui suffit naturellement pas; aussi a-t-elle l'habitude de s'approprier sans restrictions les trésors littéraires de l'Angleterre, de la France et surtout de l'Allemagne, avec laquelle elle a des affinités de race. L'idée qu'il serait possible de s'imposer des restrictions dans l'usage de cette liberté paraît encore inconcevable en Hollande." Zie ook Kok 1905, p. 36 e.v.

81. ***Reciprociteit.*** In de tweede plaats bleken de reciprociteitsvoorwaarden in de praktijk moeilijk te hanteren en lag misbruik op de loer. Reciprociteit is, zo merkte Villefort op, "au point de vue de la législation internationale privée, un principe beaucoup plus fécond en apparence qu'en réalité. Rien n'est plus facile que de l'écrire dans la loi, mais les difficultés deviennent le plus souvent insurmontables (…)".[69] Dat gold met name voor reciprociteitsvoorwaarden, zoals de Pruisische, waarbij het er niet alleen om ging *óf* in het andere verdragsland werd beschermd, maar waarbij ook moest worden nagegaan *welke* bescherming daar werd verleend – dat zorgde voor ernstige complicaties. Zo werd de reciprociteitsvoorwaarde in de Pruisische bepaling in de praktijk bijvoorbeeld vrijwel nooit vervuld.[70] Volgens Villefort waren dergelijke reciprociteitsvoorwaarden onwerkbaar en moest men omzien naar een andere benadering:

> "(…) si la réciprocité légale entre les Etats a toujours été difficile à établir, elle devait l'être surtout dans une matière aussi délicate, aussi pleine de nuances que la propriété littéraire. Un seul example pris entre mille nous suffira pour rendre claire notre démonstration. (…) Il n'y a donc qu'un moyen pour les nations de garantir avec quelque efficacité la propriété de leurs auteurs, les unes vis-à-vis des autres, c'est de conclure entre elles des conventions diplomatiques; (…)." [71]

82. ***Ontwikkelingsstadium 2: bilaterale verdragen.*** Reeds in 1837 concludeerde een Franse onderzoekscommissie dat de nadruk van Franse werken in het buitenland eigenlijk alleen kon worden bestreden door middel van verdragen.[72] Regeling bij verdrag was een veiliger alternatief; men kon daardoor grip krijgen op de situatie in den vreemde. En men kon andere landen eventueel over de streep trekken door auteursrechtelijke bescherming uit te ruilen tegen (andere) concessies op handelsgebied. Die weg sloeg men dan ook in. Vanaf 1840 werden steeds meer bilaterale verdragen gesloten, vaak 'conventions pour la garantie réciproque de la propriété des œuvres d'esprit et d'art' genaamd. Vrijwel al deze verdragen waren gebaseerd op het beginsel van nationale behandeling: de verdragsluitende staten kwamen overeen de beperking tot nationale werken of auteurs ten opzichte van elkaars werken of auteurs op te heffen. Door nationale behandeling te regelen bij verdrag viel de bestaansreden voor de reciprociteitsvoorwaarde weg. Nu werd immers onderling afgesproken om tot nationale behandeling van elkaars werken of auteurs over te gaan ('garantie réciproque de la propriété littéraire et artistique'), en was een voorwaardelijk 'aanbod' niet meer nodig. Dit was het logische, tweede stadium in de ontwikkeling van het beginsel van nationale behandeling: het werd getild naar een verdragsrechtelijk niveau, en het werd daardoor onvoorwaardelijk.[73]

---

69 Villefort 1851, p. 53.

70 Kennelijk werd de bepaling in de praktijk zo verstaan dat wat betreft de "Voraussetzungen des Rechtsschutzes" gelijksoortigheid werd geëist (Klostermann 1867, p. 84; Recueil des conventions (propriété littéraire) 1904, p. XIX signaleert ook reciprociteit "sous la forme difficile à réaliser de l'équivalence matérielle des lois des pays respectifs."). Door die eis werd de reciprociteitsvoorwaarde in de praktijk vrijwel nooit vervuld, en daarom had de Pruisische bepaling "kaum irgend eine practische Bedeutung.", aldus Klostermann 1867, p. 84.

71 Villefort 1851, p. 54-55.

72 Renault 1878, p. 8; Renault 1889, p. 206-207.

73 Voor de goede orde zij hier reeds opgemerkt dat dit niet betekent dat het beginsel van nationale behandeling onverkort gold; er werden belangrijke uitzonderingen gemaakt; dit komt in hoofdstuk 2 nader aan de orde.

83. De eerste schreden op dit pad werden al vóór 1840 gezet binnen de Duitse Bond. Ingevolge artikel 18 onder d van de Duitse Bondsakte van 8 juni 1815 moesten in Bondsverband maatregelen worden getroffen om auteurs en uitgevers te beschermen tegen nadruk.[74] Deze maatregelen lieten echter op zich wachten en daarom begon Pruisen vanaf 1827 zelfstandig regelingen te treffen met 32 andere Duitse staten.[75] Hier zien wij het beginsel van nationale behandeling voor het eerst in internationale regelingen verschijnen.[76] Zo werd in de regeling tussen Pruisen en Schwartzburg-Sondershausen van 6 oktober 1827 bepaald:

> "(…) daß das Verbot wider den Bücher-Nachdruck, so wie solches bereits im ganzen Umfange der Preußischen Monarchie zum Schutz der inländischen Schriftsteller und Verleger, nach den in den einzelnen Provinzen geltenden Gesetzen besteht, auch auf die Schriftsteller und Verleger der Fürstlich-Schwartzburg-Sondershausenschen Lande Anwendung finden, und mithin jeder durch Nachdruck oder dessen Verbreitung begangne Frevel gegen leztern, nach denselben gesetzlichen Vorschriften beurteilt und geahndet werden soll, als handle es sich von beeinträchtigten Schriftstellern und Verlegern der Preußischen Monarchie selbst." [77]

84. Speelde zich dit nog af binnen het kader van de Duitse Bond, vanaf 1840 werden werkelijk internationale verdragen tussen soevereine staten gesloten. Frankrijk, met zijn grote productie op het gebied van literatuur en kunst, liep daarbij voorop.[78] Andere landen bleken echter niet altijd even welwillend te zijn, zodat de Franse pogingen om verdragen te sluiten aanvankelijk niet het gewenste succes hadden.[79] Frankrijk nam vervolgens een maatregel die alom respect afdwong: bij Decreet van 28 maart 1852 hief het, zonder daar reciprociteitsvoorwaarden aan te verbinden, elke beperking tot nationale werken of auteurs op. Voortaan beschermde de Franse wet ook vreemde werken en auteurs.[80] Aldus proclameerde Frankrijk eenzijdig én – en dat was nieuw – onvoorwaardelijk het beginsel van nationale behandeling. Zo besloot Frankrijk het goede voorbeeld te geven in de hoop op meer medewerking van andere landen.[81]

---

74 Laboulaye 1855, p. 287; Eisenlohr 1856, p. 1; Darras 1887, p. 193.

75 Klostermann 1867, p. 51; Ladas 1938, p. 20.

76 Eerder nog was het Franse Decreet van 19 juni 1811, waarin een regeling werd getroffen tussen Frankrijk en bezet Italië. Art. 2 van dit Decreet luidde als volgt: "Les auteurs français et italiens, ainsi que les héritiers des uns et des autres, jouiront réciproquement comme ils étaient nationaux, dans toute l'étendue de notre empire et du royaume d'Italie, des droits d'auteurs assurés par l'article 39 de notre décret du 5 février 1810." Zie Darras 1887, p. 190. Van een werkelijk internationale regeling kan men evenwel niet spreken.

77 Recueil Martens 1829, p. 327-329 (nr. 66).

78 Over de voortrekkersrol van Frankrijk zie onder meer Kok 1905, p. 27. Ook het Verenigd Koninkrijk bevond zich in de kopgroep, zie Ricketson & Ginsburg 2006, p. 23.

79 Ladas 1938, p. 27 e.v.

80 Renault 1878, p. 12 e.v.; Darras 1887, p. 221-302 (p. 250 e.v.); Röthlisberger 1906, p. 36-37; De Beaufort 1909, p. 54; Ladas 1938, p. 27-29 en p. 46; R. Plaisant 1945, p. 151. In de praktijk werd het Decreet overigens minder ruimhartig uitgelegd (dit komt aan de orde in alinea 143 hierna).

81 "Quand nous aurons commencé par déclarer que la contrefaçon chez nous est un délit puni par les lois, je crois que nous obtiendrons beaucoup plus facilement des gouvernements qu'ils l'abolissent chez eux.", aldus Barthélemy Saint-Hilaire in het Franse parlement anno 1851, zie Renault 1878, p. 11; Renault 1889, p. 207. Vgl. ook Boucher 1932, p. 32. Ricketson & Ginsburg 2006, p. 23 beschrijven de Franse opstelling als "one of 'pragmatic altruism', that is, using its generosity towards foreigners as a means of 'shaming' countries to which those persons belonged into taking action."

85. Inderdaad sloeg de stemming in de tweede helft van de negentiende eeuw om, en begon men serieuzer werk te maken van de bestrijding van internationale nadruk.[82] Het Franse Decreet bleek een grote impuls voor het internationale auteursrecht: een stroom van internationale regelingen kwam in Europa op gang.[83] Kern van nagenoeg al deze regelingen was het beginsel van nationale behandeling; van inhoudelijke uniformering van het auteursrecht was doorgaans weinig of geen sprake. Soms waren het zelfstandige auteursrechtverdragen, soms regelingen die waren opgenomen bij andere verdragen, zoals handels- en vriendschapsverdragen; zo werd auteursrechtelijke bescherming uitgeruild tegen andere concessies.[84] Ook Nederland sloot, zij het schoorvoetend, enkele bilaterale verdragen.[85]

82 Ricketson & Ginsburg 2006, p. 23.

83 Het Franse Decreet was een belangrijke impuls voor het verdragsrecht (vgl. Ladas 1938, p. 27), maar kreeg weinig navolging in de nationale wetgeving van andere landen. België bekeerde zich in 1886 tot een eenzijdig en onvoorwaardelijk beginsel van nationale behandeling (art. 38 van de Belgische auteurswet 1886, vgl. Wauwermans 1894, p. 390) en in 1898 volgde ook Luxemburg (art. 39 van de Luxemburgse auteurswet van 10 mei 1898, vgl. Recueil des conventions (propriété littéraire) 1904, p. 369). Vgl. ook Weiss 1908, p. 275, noot 2. België voerde bij wet van 5 maart 1921 niettemin een materiële-reciprociteitsuitzondering in: "En outre, s'il est constaté que les auteurs belges ne jouissent dans un pays étranger que d'une protection moins étendue, les ressortissants de ce pays ne pourront bénéficier que dans la même mesure des dispositions de la présente loi pour leurs œuvres publiées à l'étranger." Zie Bureau de l'Union, *DdA* 1921 (*Belgique*), p.13-15 en p. 97-98; en art. 79 van de huidige Belgische auteurswet van 30 juni 1994.

84 Zie bijvoorbeeld alinea 123 hierna. Ook in onze tijd worden internationale regelingen inzake de intellectuele eigendom nog gekoppeld aan handelsverdragen; men denke met name aan de TRIPs-Overeenkomst, een intellectuele-eigendomsrechtelijke regeling die totstandgekomen is in het kader van de Wereldhandelsorganisatie WTO (zie alinea 14 hiervoor). De TRIPs-Overeenkomst is in dat opzicht dus niet nieuw, zoals soms ten onrechte wordt gesteld (zie bijvoorbeeld Ricketson 1995, p. 872 e.v.).

85 Zie onder meer De Beaufort 1909, p. 65 e.v. Vóór de inwerkingtreding van de Berner Conventie voor Nederland per 1 november 1912, had Nederland een drietal bilaterale verdragen op het gebied van het auteursrecht gesloten, namelijk met Frankrijk, België en Spanje. Met Frankrijk werd in een handels- en scheepvaartverdrag van 25 juli 1840 overeengekomen dat in een afzonderlijk verdrag een regeling inzake de letterkundige eigendom zou worden getroffen (*Stb.* 1841, 23; art. 14). Jaren later, op 27 mei 1852, werd inderdaad zo'n verdrag ondertekend; het werd echter door de Tweede Kamer verworpen; tekst in: Recueil Lagemans, Tome IV, 1859, p. 52-54 (nr. 285). Uiteindelijk werd op 29 maart 1855 een verdrag met Frankrijk ondertekend (*Stb.* 1855, 107, zie ook *Stb.* 1860, 19). Zijn lot was krachtens art. 11 verbonden met het lot van het handelsverdrag van 1840. Zo kon het gebeuren dat het in 1882 buiten werking werd gesteld toen de onderhandelingen over de economische betrekkingen tussen Nederland en Frankrijk mislukten (*JDI* 1884, p. 325; Pouillet/Maillard & Claro 1908, p. 955; Lyon-Caen & Delalain 1889, Tome II, p. 331 en p. 336). Bij verklaring van 19 april 1884, uitgewisseld in het kader van een handelsverdrag van dezelfde datum, werd het verdrag, in afwachting van een definitieve regeling en met enige uitbreidingen, weer in werking gesteld (*Stb.* 1885, 176). Het verdrag is heden niet meer van kracht (Stuyt 1953, p. 39). Met België werd op 30 augustus 1858 een 'Overeenkomst tot waarborg van den eigendom van wetenschappelijke en letterkundige werken' gesloten (*Stb.* 1859, 11 en 14). Nederland had daar belang bij, ter bescherming van zijn eigen auteurs en werken in het Nederlandstalige deel van België; men denke aan de eerder geciteerde opmerking van Veegens (zie alinea 80 hiervoor). Ook dit verdrag is niet meer van kracht (Stuyt 1953, p. 40). Ten slotte werd met Spanje op 31 december 1862 eveneens een verdrag 'tot wering van den nadruk van wetenschappelijke en letterkundige werken' gesloten (*Stb.* 1863, 115). Reeds in 1880 werd het opgezegd en op 4 oktober 1882 definitief buiten werking gesteld (De Beaufort 1909, p. 66; Recueil des conventions (propriété littéraire) 1904, p. 213). Met Duitsland is onderhandeld over een verdrag. Na lang aandringen door de Duitse regering en "slepend gehouden onderhandelingen", werd op 13 mei 1884 met Duitsland een verdrag gesloten (tekst in: Recueil Lagemans, Tome IX, 1886, p. 81-88 (nr. 686)). Het voorzag in een royalere bescherming dan de eerdere bilaterale verdragen die Nederland had gesloten. Dit stuitte op verzet in Nederland (Veegens 1895, p. 184-186). Die ruimhartiger bescherming zou bovendien doorwerken in de betrekkingen met België door de meestbegunstigingsclausule in art. 12 lid 5 van het Nederlands-Belgische verdrag 1858. Het verdrag werd uiteindelijk, zonder debat of stemming, niet door Nederland geratificeerd (Bureau de l'Union, *DdA* 1891, p. 2; Veegens 1895, p. 186; Kok 1905, p. 28; De Beaufort 1909, p. 66), terwijl Duitsland het al op 19 juni 1884 had geratificeerd. Naast dergelijke bilaterale verdragen treft men hier en daar in handels-, scheepvaart- en vriendschapsverdragen een enkele bepaling over auteursrecht aan. Verder is er nog de Proclamatie van 20 november 1899 van de president van de Verenigde Staten. Ingevolge deze eenzijdige proclamatie genoten Nederlandse auteurs onder bepaalde voorwaarden in de Verenigde Staten auteursrechtelijke bescherming (tekst in: Recueil Lagemans, Tome XIV, 1901, p. 141 (nr. 903); zie ook de Proclamaties van 9 april 1910 en 26 februari 1923 (*CB* 1949, p. 140, Tableau critique des traités), alsmede de notawisseling van 3 april 1923 tussen Nederland en de Verenigde Staten over auteursrechten op muziekwerken (*SDN* 1921, p. 176 e.v.)).

86. ***Leidend beginsel.*** Zo groeide het beginsel van nationale behandeling uit tot het leidende beginsel in het internationale auteursrecht. Het was opgenomen in vele nationale auteurswetten en het beheerste vrijwel alle bilaterale verdragen.

1.2.2. Analyse van het beginsel van nationale behandeling

87. ***Twee aspecten.*** Bezien wij nu, gewapend met de eerder opgedane inzichten in de toestand van rechteloosheid, de oplossing van het beginsel van nationale behandeling nader. Wij hebben gezien dat de toestand van rechteloosheid twee aspecten omvat: een vreemdelingenrechtelijk aspect (discriminatie) en een conflictenrechtelijk aspect (rechtsvacuüm). Het beginsel van nationale behandeling maakte aan deze toestand een einde door vreemde werken of auteurs, als ware zij van nationale komaf, onder de hoede van de nationale wet te brengen - door hen 'nationaal te behandelen'.[86] Aldus maakte het een einde aan het rechtsvacuüm waarin deze werken of auteurs verkeerden, en het maakte een einde aan hun achterstelling. Het hief de toestand van rechteloosheid – en daarmee de beide daarin besloten liggende aspecten – op. Bijgevolg kent het beginsel van nationale behandeling, spiegelbeeldig, ook deze twee aspecten: het stelt een toepasselijke wet in de plaats van het eerdere rechtsvacuüm, en het stelt non-discriminatie in de plaats van de eerdere discriminatie.

88. Hoe ging dat nu precies in zijn werk? Welnu, het beginsel van nationale behandeling attaqueerde de gebruikelijke beperking tot nationale werken of nationale auteurs. Het beginsel van nationale behandeling is, zoals wij hebben gezien, in de eenzijdige regelingen ook ontstaan als diapositief, als spiegelbeeld, van deze beperking ("onze wet is ook op vreemde werken van toepassing indien in het desbetreffende buitenland de wet op onze werken van toepassing is") – ziedaar het probleem van de rechteloosheid en de oplossing van de nationale behandeling als twee zijden van dezelfde medaille. Deze beperking was, zo is eerder uiteengezet, ofwel een afbakening van het toepassingsbereik van de nationale wet, ofwel een beperking van de rechtsbevoegdheid van vreemdelingen.

89. ***Beperking als afbakening.*** Waar het – zoals in de meeste gevallen – ging om een afbakening van het toepassingsbereik van de nationale wet,[87] waren er in totaal drie afbakeningen van dit toepassingsbereik: de twee afbakeningen door het formele-territorialiteitsbeginsel, en de afbakening tot nationale werken of auteurs; het was de combinatie van deze afbakeningen die, zo hebben wij gezien, de toestand van rechteloosheid veroorzaakte. In deze constellatie elimineerde het beginsel van nationale behandeling één van deze afbakeningen – namelijk de afbakening tot nationale werken of nationale auteurs – en breidde aldus het toepassingsbereik van de nationale wet uit tot vreemde werken of vreemde auteurs. Met ande-

86 Vgl. art. 3 van de Britse International Copyright Act van 1844, 7 & 8 Vict. c. 12: "in such and the same manner as if such books were first published in the United Kingdom".

87 Zie par. 1.1.2 onder (a).

re woorden: het rechtsvacuüm werd opgevuld door de uitbreiding van het toepassingsbereik van de formeel- en materieel-territoriaal toepasselijke wet. Het beginsel van nationale behandeling bracht vreemde werken of vreemde auteurs daarmee onder de werking van het formele-territorialiteitsbeginsel. Het formele-territorialiteitsbeginsel werd aldus vervolledigd. Vergelijk de volgende overweging van de Italiaanse Corte di cassazione over het beginsel van nationale behandeling:

> "Le principe fondamental (…) consiste à étendre aux auteurs d'œuvres publiées à l'étranger (…) la protection de la loi nationale de chaque pays.
> (…) l'auteur peut exercer le droit lui appartenant, conformément aux principes et aux sanctions que consacre la loi de l'État où il entend le faire valoir, car c'est dans cette loi seule que le juge puise sa propre jurisdiction et c'est elle seule qu'il est en mesure d'appliquer." [88]

90. Het beginsel van nationale behandeling is dus het sluitstuk, en daarmee tegelijk de verankering van het formele-territorialiteitsbeginsel in het internationale auteursrecht. Mitsdien is het beginsel van nationale behandeling in deze constellatie primair een conflictenrechtelijke oplossing. Tegelijk is het echter ook een vreemdelingenrechtelijke oplossing: immers, doordat de formeel- en materieel-territoriaal toepasselijke wet niet alleen op nationale werken of auteurs, maar nu ook op vreemde werken of auteurs van toepassing is verklaard, worden deze laatsten niet meer gediscrimineerd.

91. ***Beperking van rechtsbevoegdheid.*** In de andere constellatie – die zich in sommige gevallen voordeed – was de beperking tot nationale auteurs niet als afbakening van het toepassingsbereik van de nationale wet vormgegeven, maar als beperking van de rechtsbevoegdheid van vreemdelingen. Wij hebben al geconstateerd dat ook in die constellatie het rechtsvacuüm ontstond.[89] Ook in deze gevallen bracht het beginsel van nationale behandeling – weliswaar langs een andere weg – dezelfde vreemdelingenrechtelijke en dezelfde conflictenrechtelijke oplossing teweeg. Het zorgde in eerste instantie voor non-discriminatie: de vreemde auteur werd rechtsbevoegd, kon drager van auteursrecht zijn, zodat in deze constellatie dus sprake is van een primair vreemdelingenrechtelijk remedie. Maar daarmee deed zich onmiddellijk de vraag naar het toepasselijke recht voor: als de vreemde auteur drager van auteursrecht kan zijn, welk recht is dan van toepassing op de bescherming van zijn werken? Die vraag kon niet onbeantwoord gelaten worden. Dan zou immers geen oplossing bereikt zijn: wanneer men de vreemde auteur rechtsbevoegd maakt, maar vervolgens geen toepasselijk recht aanwijst (en hem dus in

---

88 Corte di cassazione 14 januari 1900, *Monitore dei Tribunali*, Vol. 41, 1900, II serie, vol. 3, p. 176-177 (Albrecht & Meister/Gualassini): "Il principio fondamentale (…) consiste nell'estendere agli autori (…) delle opere composte e pubblicate all'estero, la protezione della legge nazionale di ciascun paese. (…) può l'autore esercitare il diritto che gli spetta giusta le norme e le sanzioni portate dalla legge dello Stato nel quale intende farlo valere, poichè da essa legge e non da altra il magistrato giudicante attinge la propria giurisdizione, ed casa legge e non altra egli è in grado di applicare." Franse vertaling in *DdA* 1900, p. 121. Dit arrest kwam al eerder aan de orde (zie noot 40 van dit hoofdstuk 1) omdat het formeel-territoriale karakter van het auteursrecht zo duidelijk uit de verf komt.

89 Zie par. 1.1.2 onder (b).

het rechtsvacuüm laat spartelen), is de toestand van rechteloosheid niet opgeheven. De vraag naar het toepasselijke recht werd dan ook, in één adem en (uiteraard) geheel in lijn met de toepassingsbereik zoals dat al (voor nationale auteurs) was afgebakend, beantwoord door het algemene conflictenrechtelijke uitgangspunt van die tijd: het formele-territorialiteitsbeginsel. Zoals wij al eerder zagen, was de beperking tot nationale werken of auteurs *in de praktijk* meestal geen rechtsbevoegdheidskwestie, maar ging het om een afbakening van het toepassingsbereik van de nationale wet. Derhalve is de conclusie gerechtvaardigd dat het beginsel van nationale behandeling *feitelijk* een primair conflictenrechtelijke oplossing was.

92. ***Tezamen genomen*.** Hoe dan ook, om welke beperking het ook ging – hetzij een afbakening van het toepassingsbereik van de nationale wet, hetzij een beperking van de rechtsbevoegdheid van vreemde auteurs –, de oplossing van het beginsel van nationale behandeling was hetzelfde: in conflictenrechtelijk opzicht werd het rechtsvacuüm opgeheven en werd aan de hand van het formele-territorialiteitsbeginsel een toepasselijk recht aangewezen, en in vreemdelingenrechtelijk opzicht werd het non-discriminatiebeginsel geproclameerd. Het beginsel van nationale behandeling bevat dus twee regels: een conflictregel en een vreemdelingenrechtelijke regel. Zo was het ontworpen, en als zodanig werd het ook onderkend – zo omschreef Bastide het beginsel van nationale behandeling als een oplossing

> "(…) qui résout ce conflit de lois en appliquant la législation du pays d'importation et en assimilant l'étranger au national de ce pays (…)." [90]

93. Die twee regels zijn, zo moge uit het voorgaande blijken, zozeer met elkaar vervlochten dat zij eigenlijk één geheel vormen.[91] Zij zijn inherent.

94. ***Toenmalige vanzelfsprekendheid*.** En daarmee valt de eerder geciteerde opmerking van Darras op haar plaats:

> "une des conséquences forcées de l'assimilation est de rendre applicables à tout délit les lois du pays de la contrefaçon; cela est évident et aucune dérogation n'a été apportée à cette déduction logique." [92]

95. Evident, logisch en nooit bestreden: zo vanzelfsprekend was de conflictenrechtelijke betekenis van het beginsel van nationale behandeling voor de negentiende-eeuwers.

---

90 Bastide 1890, p. 98 (onderstreping toegevoegd). Zie ook Celliez 1878; Renault 1878, p. 30-31; Fliniaux 1879, p. 32 e.v.; Pouillet 1894, p. 791 (nr. 859).

91 Vgl. Kosters 1917, p. 75.

92 Darras 1887, p. 606. Zie alinea 3 hiervoor. Zo werd de term 'assimilatie' gebruikt voor het beginsel van nationale behandeling in zijn beide aspecten. Vgl. ook Renault 1878, p. 31; Clunet 1887, p. 46; Bastide 1890, p. 98; Pouillet 1894, p. 791 (nr. 859); Bureau de l'Union, *DdA* 1895, p. 162.

96. ***Huidige begripsverduistering.*** Dat brengt ons bij een opmerkelijke begripsverduistering die zich in de loop van de geschiedenis heeft voltrokken: was de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling voor de negentiende-eeuwers volkomen vanzelfsprekend, tegenwoordig wordt deze conflictregel niet meer begrepen. Dit fenomeen wordt in deze studie verder de 'begripsverduistering' genoemd.

97. ***Vanzelfsprekendheidsprobleem.*** Eén van de oorzaken van deze begripsverduistering schuilt in de omstandigheid dat de conflictenrechtelijke oplossing van het beginsel van nationale behandeling (toepasselijkheid van de lokale wet) voor de negentiende-eeuwer volkomen vanzelfsprekend was, en dat die oplossing, gelet op de toenmalige dominantie van het formele-territorialiteitsbeginsel, voor hen ook bepaald niet bijzonder was. Daarom wordt in de negentiende-eeuwse literatuur weinig aandacht besteed aan de conflictenrechtelijke kant van het beginsel van nationale behandeling. Het was, in de woorden van Darras, evident, logisch en nooit bestreden. En over iets wat van zelf spreekt, kan men zwijgen. Die zwijgzaamheid wreekt zich nu: wij vinden in de negentiende-eeuwse bronnenmateriaal maar weinig expliciete houvast. Zo is de toenmalige vanzelfsprekendheid een oorzaak van het huidige onbegrip. Hoe tragisch is het lot van deze conflictregel: ooit onbesproken omdat zij vanzelf sprak, thans onbegrepen omdat zij onbesproken bleef.

98. ***Systeemverandering.*** Maar de eigenlijke oorzaak van de begripsverduistering is een systeemwijziging en een daardoor gewijzigd perspectief. Ons huidige conflictenrechtelijke denken wordt namelijk niet meer bepaald door de statutenleer, maar door het model van Von Savigny, en wij benaderen de onderhavige problematiek vanuit die andere, Savigniaanse denkwereld. Wij bezien een statutistisch probleem en de bijbehorende statutistische oplossing door een Savigniaanse bril, en daardoor ontstaat een vertekend beeld – ons blikveld is vernauwd door Von Savigny, en daardoor zien wij de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling niet meer. Daar komt nog bij dat wij ons er niet van bewust zijn dát wij door een Savigniaanse bril kijken, en dat maakt de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling voor ons ongrijpbaar. Om deze conflictregel goed te begrijpen, moeten wij derhalve bewust overschakelen naar een andere conflictenrechtelijke denkwijze, naar een denken vanuit een ander conflictenrechtelijk systeem, namelijk vanuit de pre-Savigniaanse statutenleer.

99. ***Onderzoek begripsverduistering in Deel II.*** De begripsverduistering – en meer in het bijzonder de vraag *waarom* wij de conflictregel thans niet meer begrijpen – laten wij hier nu verder rusten. Dit komt uitvoerig aan de orde in Deel II.[93] In dit Deel I concentreren wij ons op de verdere wordingsgeschiedenis van het beginsel van nationale behandeling.

93 Par. 5.1.

100. ***Voorbeelden in internationale regelingen*.** Laten wij hier, in het kader van de analyse van de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling, nog enkele voorbeelden onder de loep nemen.

101. Zo bijvoorbeeld de regeling tussen Pruisen en Schwartzburg-Sondershausen van 1827, die al eerder ter sprake kwam. Dit is een van de oudste regelingen:

> "(…) daß das Verbot wider den Bücher-Nachdruck, so wie solches bereits im ganzen Umfange der Preußischen Monarchie zum Schutz der inländischen Schriftsteller und Verleger, nach den in den einzelnen Provinzen geltenden Gesetzen besteht, auch auf die Schriftsteller und Verleger der Fürstlich-Schwartzburg-Sondershausenschen Lande Anwendung finden, und mithin jeder durch Nachdruck oder dessen Verbreitung begangne Frevel gegen leztern, nach denselben gesetzlichen Vorschriften beurteilt und geahndet werden soll, als handle es sich von beeinträchtigten Schriftstellern und Verlegern der Preußischen Monarchie selbst." [94]

102. In het Duitse Bondsbesluit van 1832, waarin het beginsel van nationale behandeling voor alle staten van de Duitse Bond werd voorgeschreven, werd verklaard

> "(…) daß bei Anwendung der gesetzlichen Vorschriften und Maßregeln wider den Nachdruck, der Unterschied zwischen den eigenen Unterthanen eines Bundesstaates und jenen der übrigen, in deutschen Bunde vereinigten Staaten gegenseitig und im ganzen Umfange des Bundes in der Art aufgehoben werden soll, daß die Herausgeber, Verleger und Schriftsteller eines Bundesstaates sich in jedem andern Bundesstaate des dort gesetzlich bestehenden Schutzes gegen den Nachdruck gleichmäßig zu erfreuen haben werden." [95]

103. In het verdrag tussen Frankrijk en Hannover van 1851 werd bepaald:

> "Le droit exclusif des auteurs de publier leurs ouvrages d'esprit ou d'art, tels que (…), sera protégé réciproquement dans les deux États, de telle sorte que la réimpression et la reproduction illicites des œuvres publiées primitivement dans l'un d'eux seront assimilées dans l'autre à la réimpression et à la reproduction illicites des ouvrages nationaux; et dès lors, toutes les lois, ordonnances et stipulations aujourd'hui existantes ou qui pourraient par la suite être promulguées au sujet du droit exclusif de publication des œuvres littéraires et artistiques, seront applicables à cette contrefaçon." [96]

104. Een ander duidelijk voorbeeld is het (nooit in werking getreden) Nederlands-Franse verdrag van 1852:

---

94 Regeling tussen Pruisen en Schwartzburg-Sondershausen, bekendgemaakt bij Pruisische declaratie van 6 oktober 1827, Recueil Martens 1829, p. 327-329 (nr. 66); onderstreping toegevoegd.

95 Bondsbesluit van 6 september 1832. Zie Eisenlohr 1856, p. 1, voorts Laboulaye 1855, p. 287; Klostermann 1867, p. 52; Darras 1887, p. 194. (onderstreping toegevoegd).

96 Art. 1 van het verdrag tussen Frankrijk en Hannover van 20 oktober 1851, Recueil Delalain 1866, p. 24 (onderstreping toegevoegd).

> "Le droit de propriété des auteurs d'ouvrages scientifiques et littéraires s'exercera simultanément sur le territoire des deux pays, de telle sorte que la reproduction ou la contrefaçon dans l'un des deux Etats, d'ouvrages publiés dans l'autre Etat, soit assimilée à celle des ouvrages de la même nature, originairement publiés dans l'Etat même, et donne lieu, en faveur desdits auteurs ou ayant-cause, à l'application de toutes les lois, ordonnances ou règlements, qui dans ce même Etat garantissent actuellement, ou garantiront par la suite aux producteurs nationaux le droit exclusif de publier leurs œuvres." [97]

105. Een belangrijk voorbeeld is het Frans-Pruisische verdrag van 1862, waar vele Duitse staten zich bij aansloten:

> "Les auteurs (…) jouiront dans chacun des deux États récriproquement des avantages qui y sont ou y seront attribués par la loi à la propriété des ouvrages de littérature ou d'art, et ils auront la même protection et le même recours légal contre toute atteinte portée à leur droits, que si cette atteinte avait été commise à l'égard d'auteurs d'ouvrage publiés pour la première fois dans le pays même." [98]

106. Deze redactie is vrijwel letterlijk overgenomen in de opvolger van dit verdrag, het Frans-Duitse verdrag van 1883.[99] En dit Frans-Duitse verdrag van 1883 stond op zijn beurt weer model voor de Berner Conventie. Zo zijn al vroeg de contouren zichtbaar van de redactie zoals die later in de Berner Conventie haar beslag zou krijgen.

107. ***Voorbeelden in eenzijdige regelingen.*** In de eenzijdige regelingen kwam de conflictenrechtelijke oplossing van het beginsel van nationale behandeling vaak ook duidelijk uit de verf. Laten wij ook hier enkele voorbeelden uit vele tegen het licht houden.[100] Zoals bijvoorbeeld de reeds geciteerde Deense ordonnantie van 1828, die wordt gezien als het eerste eenzijdig afgekondigde beginsel van nationale behandeling:

> "(…) que la défense contenue dans l'ordonnance du 7 janvier 1741 contre la contrefaçon, mais qui a spécialement égard aux écrits dont une personne du royaume de Danemark serait éditeur, fût aussi rendue applicable aux écrits des États étrangers où le droit d'éditeur des sujets du Roi fût réciproquement protégé." [101]

---

97 Art. 1 van het Nederlands-Franse verdrag van 27 mei 1852, zie Recueil Lagemans, Tome IV, 1859, p. 52-54 (nr. 285); onderstreping toegevoegd. Het verdrag werd verworpen door de Nederlandse Tweede Kamer, zie noot 85 van dit hoofdstuk 1.

98 Art. 1 van het Frans-Pruisische verdrag van 2 augustus 1862, Recueil Martens 1874, p. 306-314 (nr. 43); onderstreping toegevoegd.

99 Art. 1 van het Frans-Duitse verdrag van 19 april 1883, Recueil des conventions (propriété littéraire) 1904, p. 70. Dit verdrag komt later in deze studie nog ter sprake, vgl. ook alinea 178 hierna.

100 De Franse wet blijft hier buiten beschouwing omdat daarover teveel uiteenlopende interpretaties de ronde deden, vgl. Foelix 1844.

101 Ordonnantie van 7 mei 1828, Romberg 1859, Tome II, p. 139 (onderstreping toegevoegd), zie alinea 78 hiervoor.

108. De Noorse wet uit datzelfde jaar:

> "Les règlements sur la contrefaçon en vigueur dans ce royaume seront applicables aussi aux écrits dont les sujets d'Etats étrangers auront le droit de publication; (…) Cette loi sera en vigueur seulement à l'égard des États dans lesquels il est ou sera défendu de reproduire des écrits, édités par des sujets norwégiens." [102]

109. De toonaangevende Pruisische auteurswet van 1837, die reeds eerder ter sprake kwam:

> "Auf die in einem fremden Staate erschienenen Werke soll dieses Gesetz in dem Maaße Anwendung finden, als die in demselben festgestellten Rechte den in Unseren Landen erschienenen Werken durch die Gesetze dieses Staates ebenfalls gewährt werden." [103]

110. De Oostenrijkse auteurswet van 1846:

> "Den im Auslande ausser dem (früheren) Deutschen Bundesgebiete erschienenen Werken wird der in diesem Gesetze ausgesprochene Schutz in dem Masse gewährt, als die diesfälligen Rechte den in dem k.k. österreichischem Gebiete erschienenen Werken durch die Gesetze des fremden Staates gleichfalls gesichert sind." [104]

111. Een Zweedse wet van 1867:

> "Die Bestimmungen diese Gesetzes können unter der Voraussetzung der Gegenseitigkeit ganz or teilweise vom König als gleichfalls anwendbar auf die Nachbildung von Erzeugnissen fremder Künstler die sich ausser Reiches befinden, erklärt werden." [105]

112. Ten slotte de Italiaanse auteursrechtelijke regeling van 1882:

> "Vorliegendes Gesetz ist anwendbar auf Urheber, deren werke in auswärtigen Ländern veröffentlicht sind, mit denen besondere vertrage nicht oder nicht mehr bestehen, vorausgesetzt, dass bei ihnen Gesetze bestehen, welche zu Gunsten der Autoren mehr oder weniger ausgedehnte Rechte anerkennen, und dass diese Gesetze durch Reziprozität auf Werke anwendbar sind, welche im Königreich Italien veröffentlicht sind." [106]

---

102 Wet van 13 september 1828, (onderstreping toegevoegd). Romberg 1859, Tome II, p. 224. Volgens Recueil des conventions (propriété littéraire) 1904, p. 379 dateert deze wet van 13 september 1830. Hoe dan ook, onjuist is dus de opmerking van Ladas dat de Griekse regeling van 1833 de een-na-oudste is (Ladas 1938, p. 23; zie ook noot 108 van dit hoofdstuk 1).

103 Art. 38 van de Pruisische auteurswet van 11 juni 1837 (onderstreping toegevoegd), Eisenlohr 1856, p. 59-60; zie alinea 79 hiervoor.

104 Art. 39 van de Wet van 19 oktober 1846 (onderstreping toegevoegd), zie *Gesetze über das Urheberrecht* 1891, p. 36.

105 Art. 7 lid 2 van de Wet van 3 mei 1867 (onderstreping toegevoegd). Duitse vertaling in *Gesetze über das Urheberrecht* 1891, p. 165.

106 Art. 44 van het Koninklijk Decreet van 19 september 1882 (onderstreping toegevoegd). Duitse vertaling in *Gesetze über das Urheberrecht* 1891, p. 60.

113. ***Voorwaardelijk beginsel van nationale behandeling.*** Staan wij ten slotte nog een moment stil bij het *voorwaardelijke* beginsel van nationale behandeling zoals dat in de eenzijdige regelingen was opgenomen: men ging pas over tot nationale behandeling indien was voldaan aan een voorwaarde van reciprociteit. Die reciprociteitsvoorwaarde werd verschillend vormgegeven.[107] Het kon een 'formele-reciprociteitsvoorwaarde' zijn, dat wil zeggen een reciprociteitsvoorwaarde waarbij geen inhoudelijke eisen werden gesteld ("indien gij uw wet op onze werken toepast, passen wij onze wet op uw werken toe"). De hierboven geciteerde Noorse regeling is daar een voorbeeld van. Het kon ook een 'materiële-reciprociteitsvoorwaarde' zijn; dan werden wél inhoudelijke eisen gesteld, bijvoorbeeld een absolute eis ("onze wet is op uw werken van toepassing, indien uw wet onze werken een gelijkwaardige bescherming garandeert")[108] of een relatieve eis ("onze wet is in die mate op uw werken van toepassing, als uw wet op onze werken van toepassing is").[109] Welke reciprociteitsvoorwaarde ook werd gesteld, indien niet aan deze voorwaarde was voldaan, werd niet overgegaan tot nationale behandeling.[110] Het vreemde werk of de vreemde auteur bleef dan gevangen in zijn toestand van rechteloosheid, in het discriminatoire rechtsvacuüm. Uitgesplitst weergegeven was er dus sprake van een voorwaardelijke conflictregel ("het toepassingsbereik van onze nationale wet wordt uitgebreid tot uw werken indien gij omgekeerd hetzelfde doet") en een voorwaardelijk non-discriminatiebeginsel ("wij discrimineren niet indien gij dat ook niet doet").

114. ***Verdragsrechtelijk niveau.*** De reden om het beginsel van nationale behandeling aan een reciprociteitsvoorwaarde te koppelen, viel – zo zagen wij reeds – weg waar dit beginsel naar een verdragsrechtelijk plan werd verheven.[111] In het tweede stadium van zijn ontwikkelingsgang werd het beginsel van nationale behandeling dus onvoorwaardelijk, het beginsel als zodanig werd niet langer aan reciprociteitsvoorwaarden gekoppeld – een stap die mogelijk was geworden door zijn nieuwe inbedding: in een verdrag.[112]

---

107 Een nadere uiteenzetting over reciprociteit volgt in par. 6.2.2.

108 Als zodanig zou bijvoorbeeld de Griekse regeling van 1833 kunnen worden beschouwd. Hierin werd de volgende voorwaarde gekoppeld aan het Griekse verbod van nadruk: "Les dispositions de l'article précédent s'appliquent en outre: 1. en faveur de l'étranger, même n'ayant pas obtenu de privilège en Grece, mais seulement dans le cas où la puissance à laquelle appartient cet étranger accorde la même protection au sujet hellène; (…)", Recueil des conventions (propriété littéraire) 1904, p. 327. Vgl. ook Romberg 1859, Tome II, p. 186.

109 De Pruisische regeling van 1837 is daar een voorbeeld van: "(…) soll dieses Gesetz in dem Maaße Anwendung finden (…)", zie alinea 79 hiervoor. In de praktijk werd deze bepaling, zo werd reeds in noot 70 van dit hoofdstuk 1 opgemerkt, kennelijk zo verstaan dat wat betreft de "Voraussetzungen des Rechtsschutzes" gelijksoortigheid werd geëist. Dat is een absolute eis – een eis waardoor de reciprociteitsvoorwaarde in de praktijk vrijwel nooit vervuld werd.

110 Ingeval van een relatieve-reciprociteitsvoorwaarde: *voor zover* niet aan die voorwaarde was voldaan, werd niet overgegaan tot nationale behandeling.

111 Zie alinea 82 hiervoor.

112 Een (zeldzame) uitzondering was het Franse Decreet van 1852, waarin eenzijdig onvoorwaardelijke nationale behandeling werd geproclameerd; zie noot 63 van dit hoofdstuk 1.

1.2.3. Resumé

115. ***Probleem en oplossing.*** Vatten wij het bovenstaande over het ontstaan en de werking van het beginsel van nationale behandeling kort samen. De toestand van rechteloosheid van vreemde werken of auteurs – het discriminatoire rechtsvacuüm – werd in de eerste helft van de negentiende eeuw steeds meer als problematisch ervaren. Als remedie werd het beginsel van nationale behandeling ontwikkeld.

116. ***Werking: dubbele oplossing.*** Het beginsel van nationale behandeling hief de toestand van rechteloosheid op door vreemde werken of auteurs, als ware zij van nationale komaf, onder de hoede van de nationale wet te brengen – door hen 'nationaal te behandelen'. Waar deze toestand van rechteloosheid zowel een vreemdelingenrechtelijk aspect (discriminatie) als een conflictenrechtelijk aspect (rechtsvacuüm) kent, kent het beginsel van nationale behandeling spiegelbeeldig ook deze twee aspecten. Het stelt, aan de hand van het formele-territorialiteitsbeginsel, een toepasselijke wet in de plaats van het eerdere rechtsvacuüm (conflictenrecht), en het stelt non-discriminatie in de plaats van de eerdere discriminatie (vreemdelingenrecht). Zo bevat het beginsel van nationale behandeling twee met elkaar vervlochten regels: een conflictregel en een vreemdelingenrechtelijke regel.

117. ***Ontwikkelingsstadia.*** In de ontwikkelingsgang van het beginsel van nationale behandeling hebben wij tot dusver twee stadia onderscheiden.

118. In het eerste stadium werd het beginsel van nationale behandeling eenzijdig in de nationale wet afgekondigd onder voorwaarde van reciprociteit: men ging pas tot nationale behandeling over indien aan de reciprociteitsvoorwaarde was voldaan. In veel negentiende-eeuwse auteurswetten was een dergelijk beginsel van nationale behandeling opgenomen.

119. Deze eenzijdige benadering bleek echter niet te voldoen – zij bood onvoldoende zekerheid en de reciprociteitsvoorwaarden veroorzaakten veel complicaties. Men koos een andere benadering, en zo ontrolde zich het tweede stadium in de ontwikkelingsgang van het beginsel van nationale behandeling: men begon (bilaterale) verdragen af te sluiten, waarin de verdragsluitende staten over en weer nationale behandeling van elkaars werken of auteurs verzekerden. Na het midden van de negentiende eeuw kwam een stroom van bilaterale verdragen op gang, die vrijwel alle waren gebaseerd op het beginsel van nationale behandeling.

120. In zijn tweede ontwikkelingsstadium werd het beginsel van nationale behandeling dus verheven naar een verdragsrechtelijk plan, en daarmee viel de reden om nationale behandeling afhankelijk te stellen van reciprociteitsvoorwaarden weg. Het beginsel van nationale behandeling werd onvoorwaardelijk. Toch gold het beginsel van nationale behandeling in dit tweede stadium nog niet onverkort: het moest zich, zo komt dadelijk in hoofdstuk 2 aan de orde, nog belangrijke uitzonderingen laten welgevallen.

2. Het Berner beginsel van nationale behandeling: de genesis van het huidige art. 5 lid 1

121. ***Probleem en oplossing in hoofdstuk 2.*** Het beginsel van nationale behandeling was, zo zagen wij in het vorige hoofdstuk, uitgegroeid tot het leidende beginsel in het internationale auteursrecht: het was opgenomen in de meeste negentiende-eeuwse nationale auteurswetten, het beheerste vrijwel alle bilaterale auteursrechtverdragen van die tijd, en – zo komt in dit hoofdstuk aan de orde – het werd overgenomen in de Berner Conventie van 9 september 1886. Deze conventie vormde het antwoord op een aantal problemen – waaronder problemen rond het beginsel van nationale behandeling –, die waren ontstaan in het stelsel van de bilaterale auteursrechtverdragen. Om de oplossing van de Berner Conventie goed te kunnen begrijpen (par. 2.2), verdiepen wij ons daarom eerst in deze problemen (par. 2.1).

2.1. Problemen in het stelsel van de bilaterale verdragen

2.1.1. Complicerende uitzonderingen op het beginsel van nationale behandeling

122. ***Web van verdragen.*** Vanaf 1840, en vooral na het Franse Decreet van 1852, nam het aantal bilaterale auteursrechtverdragen aanzienlijk toe.[1] Zo telde koploper Frankrijk in 1878 bijvoorbeeld zo'n 55 verdragen met 46 landen.[2] Een web van bilaterale verdragen werd over (met name) Europa gesponnen. Tot op zekere hoogte leverde dit web van verdragen een verbetering van de internationale auteursrechtelijke bescherming op.[3] Toch bleek dat een werkelijk effectieve internationale bescherming niet binnen dit web kon worden gerealiseerd. Een aantal uiteenlopende problemen bleek hieraan in de weg te staan.

123. ***Instabiliteit.*** Zo was bijvoorbeeld de toepasselijkheid van de bilaterale verdragen vaak problematisch: zij waren doorgaans voor bepaalde duur aangegaan en konden vaak eenvoudig worden opgezegd. Doordat zij bovendien dikwijls waren verbonden aan handels- en vriendschapsverdragen, deelden zij het wispelturige politiek-economische lot van die verdragen. Zo kon het gebeuren dat auteursrech-

1 Vgl. Actes BC 1884, p. 8 (Note circulaire van de Zwitserse Bondsraad van 3 december 1883). Zie voor een overzicht van verdragen onder meer Ladas 1938, p. 45 e.v.; Majoros 1971; Ricketson & Ginsburg 2006, p. 40.
2 Worms 1878, p. 461, noot 1.
3 Khadjavi-Goutard 1977, p. 8-9.

telijke bescherming wegviel omdat een handelsverdrag werd opgezegd.[4] Romberg noemt bij wijze van voorbeeld het Nederlands-Franse auteursrechtverdrag van 1855, welks lot was verbonden aan een handelsverdrag van 1840 "de sorte que le jour où les négociants du Havre cesseront de pouvoir s'entendre avec les armateurs de Rotterdam, la contrefaçon littéraire sera libre d'installer de nouveau ses ateliers à la Haye."[5] Een treffend voorbeeld, naar later zou blijken: het handelsverdrag is in 1882 inderdaad opgezegd en daarmee viel ook het onderhavige auteursrechtverdrag weg.[6] Vanzelfsprekend was deze instabiele en onzekere situatie voor auteurs verre van ideaal.

124. ***Onoverzichtelijkheid.*** Voorts was de veelheid van bilaterale verdragen buitengewoon onoverzichtelijk, zeker nu zij inhoudelijk verschilden. Weliswaar namen zij vrijwel alle het beginsel van nationale behandeling tot uitgangspunt, maar in kwesties zoals het materiële toepassingsgebied, de in acht te nemen formaliteiten, en de vraag of vertalingen ook werden beschermd, gaven zij verschillende antwoorden.[7]

125. ***Complicaties rondom beginsel van nationale behandeling.*** Het probleem dat ons voor deze studie het meest interesseert, betrof evenwel de complicaties die ontstonden rond het beginsel van nationale behandeling. Op die complicaties stellen wij verder scherp.

126. Wij herinneren ons uit hoofdstuk 1 de situatie zonder complicaties: twee landen, A en B, komen in een bilateraal verdrag nationale behandeling van elkaars werken overeen. Hoe is nu de bescherming geregeld van een werk uit land A (het 'land van oorsprong') in land B (het 'land van import')? Welnu, zoals wij hebben gezien, bevat het beginsel van nationale behandeling een conflictregel en een vreemdelingenrechtelijke regel. De conflictregel behelst de toepasselijkheid van de formeel- en materieel-territoriaal toepasselijke wet op de vreemde werken, de 'wet van het land van import'.[8] Dus: op de bescherming in land B van een werk uit land A is de wet van land B van toepassing.[9] En de vreemdelingenrechtelijke regel, het non-discriminatiebeginsel, brengt mee dat de vreemde werken niet mogen worden gediscrimineerd. Dus: in land B mogen werken uit land A niet worden achtergesteld bij werken uit land B zelf.

---

4 Vgl. Röthlisberger 1906, p. 5; Pillet 1924, p. 31; Ladas 1938, p. 66-67; Khadjavi-Goutard 1977, p. 8-9; Drexl 1990, p. 19-20.

5 Romberg 1859, Tome I, p. 61. Over het Nederlands-Franse verdrag van 29 maart 1855, zie noot 85 van hoofdstuk 1.

6 Dit auteursrechtverdrag werd overigens in 1884 weer in werking gesteld (zie noot 85 van hoofdstuk 1; Lyon-Caen & Delalain 1889, Tome II, p. 331 en p. 336; Pouillet/Maillard & Claro 1908, p. 955).

7 Ladas 1938, p. 50 e.v.

8 In deze studie is de 'wet van het land van import', in navolging van het negentiende-eeuwse gebruik, gedefinieerd als de wet die krachtens het formele-territorialiteitsbeginsel toepasselijk is, dus: de formeel- en materieel-territoriaal toepasselijke wet. Dat is een eigen definitie van deze studie. Wij kunnen ook over de 'formeel- en materieel-territoriaal toepasselijke wet' spreken, maar de term 'wet van het land van import' is eenvoudiger, en sluit als gezegd aan bij het negentiende-eeuwse gebruik.

9 En die wet mag alleen worden toegepast door de rechter van land B, gelet op de formele-territorialiteitscomponent van het formele-territorialiteitsbeginsel, zie alinea 56 hiervoor.

127. Het beginsel van nationale behandeling geeft daarmee een simpele oplossing: men hoeft zich alleen te verlaten op de wet van het land van import. Maar er ontstonden complicaties doordat op dit beginsel uitzonderingen werden gemaakt – uitzonderingen waardoor aan de wet van het land van oorsprong ook een zekere rol werd toegekend. Renault merkte op dat de simpele oplossing van het beginsel van nationale behandeling daardoor aanzienlijk werd gecompliceerd.

> "A première vue, il semblerait que les conventions assimilent purement et simplement les œuvres étrangères aux œuvres nationales de telle sorte que pour savoir si les ouvrages publiés dans l'un des pays contractants sont protégés et dans quelle mesure ils le sont dans l'autre, il n'y aurait à s'occuper que de la législation de ce dernier pays. Il n'en est rien, la règle est beaucoup plus compliquée (…). Pour préciser la situation en France de l'auteur d'un ouvrage publié dans un pays qui a conclu une convention avec la France, il faut consulter le traité, la législation étrangère, la législation française." [10]

128. ***Drie bronnen.*** Er was anders gezegd sprake van een complexe cocktail van drie bronnen die alledrie moesten worden 'geconsulteerd'.[11] In de eerste plaats was er het bilaterale verdrag zelf: "Le traité pose le principe de la protection, indique les conditions de son application, trace même quelques règles de détail." [12] In de tweede plaats was er, zoals wij zojuist zagen, de door het beginsel van nationale behandeling toepasselijk verklaarde wet van het land van import ('pays d'importation'), die ook wel de 'wet van het land waar de bescherming wordt ingeroepen' werd genoemd ('législation du pays où la protection est reclamée').[13] En in de derde plaats was er de wet van het land van oorsprong ('pays d'origine'), het herkomstland van het vreemde werk of de vreemde auteur, welke wet door twee uitzonderingen op het beginsel van nationale behandeling ook een zekere rol werd toegekend. Deze wet heet in hedendaagse terminologie de 'lex originis'.[14]

129. ***Complicaties en verwarring.*** Deze cocktail, met name één van deze twee lex originis-uitzonderingen op het beginsel van nationale behandeling, bleek veel complicaties op te leveren. Deze complicaties bleken zelfs zo nijpend dat in 1884 de voorzitter van de Berner conferenties, Droz, er zijn openingsrede mee aanving.

---

10 Renault 1878, p. 31.
11 Renault 1878, p. 31; vgl. ook Röthlisberger 1906, p. 47.
12 Renault 1878, p. 31.
13 Zo Renault 1878, p. 31; Röthlisberger 1906, p. 47 (het land "wo der Schutz verlangt wird"). Andere benamingen waren 'la loi du pays de la contrefaçon' of soms 'lex loci delicti'. Ook werd zij soms wel de 'lex fori' genoemd; dat moet worden gezien in het licht van het formele-territorialiteitsbeginsel. Dit beginsel brengt mee dat een inbreuk alleen kan worden bestreden bij de rechter van het land waarvoor de bescherming wordt ingeroepen, want de formele-territorialiteitscomponent van dit beginsel brengt mee dat rechters alleen hun eigen nationale wet mogen toepassen. Vanwege dit laatste werd de wet van het land van import door sommige auteurs ook wel de lex fori genoemd, maar daar bedoelde men dus de formeel- én materieel-territoriaal toepasselijke wet (de wet van het land van import) mee, en niet de lex fori *sec* (dat wil zeggen het recht van het land van de geadieerde rechter ongeacht of de bescherming ook voor dat land wordt ingeroepen).
14 Vroeger werd deze wet soms ook wel de 'lex soli' genoemd (vgl. Röthlisberger 1906, p. 47; Ruffini 1927, p. 528; Hoffmann 1935, p. 11; Ladas 1938, p. 656).

Hij sprak in dit verband over "la diversité, – me pardonnerez-vous de dire la confusion? – qui règne actuellement dans les conventions." [15]

2.1.2. Analyse van de uitzonderingen op het beginsel van nationale behandeling

130. ***Uitzonderingen op beginsel van nationale behandeling.*** Bezien wij nader welke uitzonderingen op het beginsel van nationale behandeling precies werden gemaakt, en in hoeverre deze uitzonderingen problemen opleverden.[16] Het gaat om een conflictenrechtelijke lex originis-uitzondering (par. (a)), een vreemdelingenrechtelijke lex originis-uitzondering (par. (b)), en de zogenoemde meestbegunstigingsclausule (par. (c)).

a. De lex originis-uitzondering op de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling

131. ***Formaliteitenchaos.*** In de eerste plaats werd de lex originis vaak een rol toegekend in het formaliteitenvraagstuk. Formaliteiten waren destijds heel gebruikelijk in het auteursrecht. De meeste nationale auteurswetten stelden de bescherming afhankelijk van de vervulling van formaliteiten, zoals registratie en depot.[17] Deze formaliteiten leverden in nationale gevallen doorgaans weinig problemen op, maar in internationale gevallen vormde de lappendeken van verschillende lokale formaliteiten natuurlijk een groot struikelblok voor een effectieve internationale bescherming.

132. ***Oplossing door beginsel van nationale behandeling.*** Het beginsel van nationale behandeling bood op dit punt weinig soelaas: de auteur zou in ieder land de lokale formaliteiten in acht moeten nemen. Daarom brachten de bilaterale verdragen de vraag welke formaliteiten in acht genomen moesten worden om krachtens het verdrag voor bescherming in het land van import in aanmerking te komen, doorgaans niet onder de vigeur van het beginsel van nationale behandeling. Verschillende alternatieven (of combinaties daarvan) waren in omloop.[18]

---

15 Actes BC 1884, p. 21 (Procès-verbaux, openingsrede voorzitter Droz). Het volledige citaat is weergegeven in alinea 171 hierna.

16 Voor de volledigheid dient te worden opgemerkt dat vrijwel alle bilaterale verdragen waren gebaseerd op het beginsel van nationale behandeling, maar dat in een enkel geval echter voor een andere oplossing werd gekozen, te weten voor toepasselijkheid van de lex originis. Meestal gaven bijzondere omstandigheden daartoe aanleiding. Zo werd toepasselijkheid van de lex originis als uitgangspunt genomen in verdragen met Zwitserland omdat dit land vóór 1883 nog geen federale auteurswet kende; zie Ladas 1938, p. 51 (zo bijvoorbeeld het Frans-Zwitserse verdrag van 23 februari 1882, Lyon-Caen & Delalain 1889, Tome II, p. 365). In zo'n geval bood het beginsel van nationale behandeling immers geen oplossing: het zou dan niet meer dan een lege huls zijn geweest. Vgl. ook het Belgisch-Spaanse verdrag van 26 juni 1880 (Recueil des conventions (propriété littéraire) 1904, p. 121 e.v.; Ladas 1938, p. 58). Sommige auteurs lezen in het Nederlands-Franse verdrag van 1855 (zie noot 85 van hoofdstuk 1) ten onrechte een verwijzing naar de lex originis (zo De Martens 1886, p. 222; Pillet 1924, p. 29; Boytha 1988, p. 406). Het betreft hier echter een slecht geformuleerd beginsel van nationale behandeling, zie Bastide 1890, p. 101; Veegens 1895, p. 178-179; Khadjavi-Goutard 1977, p. 6.

17 Zie bijvoorbeeld Fliniaux 1879, p. 37 e.v.; Soldan 1887, p. 406.

18 Vgl. Ladas 1938, p. 55 e.v.

133. ***Oplossing door verdragsformaliteiten.*** Een mogelijke benadering was dat het verdrag zelf formaliteiten stelde. Dan was dus sprake van een materieelrechtelijke oplossing. Deze benadering werkte echter niet goed. Vaak veroorzaakten deze verdragsrechtelijke formaliteiten veel problemen. Zo eisten de verdragen dikwijls dat binnen een bepaalde termijn (bijvoorbeeld drie maanden na eerste publicatie) registratie en/of depot moest plaatsvinden, soms bij een daartoe aangewezen autoriteit in het land van import, soms bij een gezantschap van dat land in het land van oorsprong[19] – en dat was omslachtig en kostbaar. Had het land van oorsprong bijvoorbeeld 25 bilaterale verdragen gesloten, dan moest men, behalve de formaliteiten in het land van oorsprong, nog 25 andere (per bilateraal verdrag verschillende) formaliteiten vervullen om optimale internationale dekking te verkrijgen.[20] Daarbij kon een triviale omissie betekenen dat men in een of meerdere landen verstoken bleef van auteursrechtelijke bescherming. Zo was met name het woud van verdragsrechtelijke formaliteiten één van de zwakke plekken van het stelsel van bilaterale verdragen.[21]

134. ***Oplossing door naamsvermelding.*** In een enkel geval werd drastisch gesnoeid in de verdragsrechtelijke formaliteiten. Zo werd in het Frans-Duitse verdrag van 1883 nog slechts één, zeer eenvoudige verdragsrechtelijke formaliteit gesteld, namelijk vermelding van de naam van de auteur op het werk.[22] Dit was een voor die tijd zeer vooruitstrevende oplossing die uiteindelijk slechts in enkele bilaterale verdragen is opgenomen.

135. ***Oplossing door conflictregel.*** Een andere, en gebruikelijkere benadering van het formaliteitenvraagstuk was dat het verdrag de formaliteitenvraag delegeerde aan de lex originis. Dan was sprake van een conflictenrechtelijke oplossing: er werd een uitzondering gemaakt op de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling voor wat betreft de in acht te nemen formaliteiten. Op dat aspect van de auteursrechtelijke bescherming werd dan de lex originis toepasselijk verklaard. Er trad dus 'dépeçage' ('splitsing') op: een aspect van de auteursrechtelijke bescherming werd daarvan afgesplitst en onderworpen aan een andere conflictregel.[23] Zo werd dit aspect van de auteursrechtelijke bescherming – de in acht te

19 Renault 1878, p. 36 e.v.

20 Voorbeeld ontleend aan Actes BC 1884, p. 21 (Procès-verbaux, openingsrede voorzitter Droz). Vgl. ook Fliniaux 1879, p. 40-41.

21 Zie alinea 124 hiervoor.

22 Ladas 1938, p. 55. Art. 7 van het Frans-Duitse verdrag van 19 april 1883 bepaalde: "Pour assurer à tous les ouvrages de littérature ou d'art la protection stipulée à l'article 1er et pour que les auteurs desdits ouvrages soient, jusqu'à preuve contraire, considérés comme tels et admis en conséquence devant les tribunaux des deux pays à exercer des poursuites contre les contrefaçons, il suffira que leur nom soit indiqué sur le titre de l'ouvrage, au bas de la dédicace ou de la préface, ou à la fin de l'ouvrage. Pour les œuvres anonymes ou pseudonymes, l'éditeur, dont le nom est indiqué sur l'ouvrage, est fondé à sauvegarder les droits appartenant à l'auteur. Il est, sans autre preuve, réputé ayant droit de l'auteur anonyme ou pseudonyme." (Recueil des conventions (propriété littéraire) 1904, p. 70). Zie Dambach 1883, p. 23 over deze formaliteit als rechtsvermoeden.

23 Over dépeçage, zie onder meer Polak 1994, p. 10 en p. 20; Siehr 2002, Glossarium, p. 2.

nemen formaliteiten – aan de heerschappij van de wet van het land van import onttrokken, en onder de vigeur van de lex originis gesteld.[24] Een voorbeeld:

> "(…) la protection prévue dans la présente convention dépend uniquement de l'accomplissement des conditions et formalités prescrites par la législation du pays d'origine." [25]

136. Dit was voor de auteur een goede oplossing. Hij was verlost van de vele verdragsrechtelijke formaliteiten, en wist zich enkel nog geconfronteerd met de formaliteiten in het land van oorsprong, dat doorgaans zijn eigen land was. Het ging dus om vertrouwde formaliteiten die hij toch al moest vervullen wilde hij in eigen land auteursrechtelijke bescherming genieten. Deze oplossing werd dan ook door verschillende congressen bepleit.[26] Regelmatig werd deze benadering gekoppeld aan de mogelijkheid om bij een autoriteit in het land van oorsprong een certificaat te verkrijgen waarmee de vervulling van de formaliteiten van de lex originis kon worden bewezen.[27]

137. Dit was dus de eerste lex originis-uitzondering op het beginsel van nationale behandeling: een uitzondering op de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling terzake van de in acht te nemen formaliteiten. Dit was een verdienstelijke lex originis-uitzondering: zij vormde een stap voorwaarts uit de formaliteitenchaos.

b. De lex originis-uitzondering op de vreemdelingenrechtelijke regel in het beginsel van nationale behandeling

138. ***Uitzondering op non-discriminatiebeginsel.*** Naast de lex originis-uitzondering op de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling, werd in de bilaterale verdragen vrijwel altijd ook een uitzondering gemaakt op de vreemdelingenrechtelijke component van dit beginsel, het non-discriminatiebeginsel. Door

---

24 Terzijde: ook kwam het voor dat aan de formaliteiten van beide rechtsstelsels moest worden voldaan. Zo werd in art. 3 van het verdrag van 30 december 1899 tussen Duitsland en Oostenrijk/Hongarije voor wat betreft de relatie tussen Duitsland en Hongarije bepaald: "(…) la protection est subordonnée à l'accomplissement des conditions et formalités prévues non seulement par les lois et préscriptions du pays d'origine de l'œuvre, mais aussi par celles du pays où la protection stipulée doit être accordée." Recueil des conventions (propriété littéraire) 1904, p. 57; Duitse tekst in Recueil Martens 1904, p. 290-294 (nr. 27). Zie over dit verdrag ook Bureau de l'Union, *DdA* 1901, p. 61 e.v. In dat geval is, terzake van de in acht te nemen formaliteiten, dus sprake van cumulatieve toepasselijkheid van twee rechtsstelsels.

25 Art. 3 van het verdrag van 30 december 1899 tussen Duitsland en Oostenrijk/Hongarije, voor wat betreft de relatie tussen Duitsland en Oostenrijk (zie noot 24 van dit hoofdstuk 2).

26 Vgl. Resolutie V van het internationale congres in 1878 van de 'Société des Gens de Lettres': "Pour que cette protection lui soit assurée, il suffira à l'auteur d'avoir accompli dans le pays où l'œuvre a été publiée pour la première fois les formalités d'usage." (Ratisbonne, Lermina & Pouillet 1889, p. 2-3). Zo ook reeds het internationale literaire congres in Brussel in 1858, zie Romberg 1859, Tome I, p. 75-77 en p. 175.

27 Vgl. art. 2 lid 2 van het Nederlands-Franse verdrag van 1855 (zie noot 85 van hoofdstuk 1): "Eene verklaring, afgegeven door den Minister van Binnenlandsche Zaken te 's Gravenhage, of door het bureau van den boekhandel bij het Ministerie van Binnenlandsche Zaken te Parijs, of door het secretariaat der prefecture in de departementen, zal ten bewijze strekken van de vervulling der bij de wetten en reglementen voorgeschrevene formaliteiten."

deze uitzondering werden vreemde werken of auteurs achtergesteld ten opzichte van eigen werken of auteurs.

139. ***Probleemschets.*** Wat was het geval? Het onvoorwaardelijk geproclameerde beginsel van nationale behandeling bracht mee, zo zagen we eerder, dat in het ene verdragsland de auteurswet ook van toepassing werd op werken of auteurs uit het andere verdragsland. Dat was een fraai beginsel, maar men kreeg al snel in de gaten dat die ruil – de 'garantie réciproque de la propriété littéraire et artistique' – inhoudelijk nadelig uitpakt in het geval dat de eigen wet een hoger beschermingsniveau kent dan de wet van het andere verdragsland: wij verlenen te onzent het vreemde werk de superieure bescherming van onze wet, terwijl andersom onze werken worden afgescheept met de inferieure bescherming van de wet van het andere verdragsland.[28] Het beginsel van nationale behandeling laat zich immers niet in met het niveau van de bescherming.[29] Kent België bijvoorbeeld een inferieure auteurswet, dan valt Franse werken in België deze inferieure bescherming ten deel, net als de Belgische werken zelf. Maar andersom genieten Belgische werken in Frankrijk de daar geldende superieure bescherming. En, zo vroeg men zich af, waarom zou Frankrijk een bepaald monopolie voor Belgische werken vestigen zonder dat daar een equivalent monopolie voor Franse werken in België tegenover staat? En als Franse werken in België dan de inferieure Belgische bescherming ten deel valt, moesten Belgische werken in Frankrijk dan niet worden gestraft en worden geconfronteerd met de tekortkomingen in hun eigen wet, opdat België zou worden aangespoord tot verbetering van zijn auteursrechtelijke bescherming?[30] Quid pro quo. Celliez signaleerde "une sorte de jalousie":

> "On ne veut pas que l'auteur, accueilli dans un pays étranger, y soit traité de la même manière que les nationaux, – si, dans son propre pays, ces nationaux doivent être moins bien traités quant à la durée et à l'étendue de leurs droits sur leurs œuvres. On ne veut pas que la protection donnée à l'auteur étranger puisse dépasser celle qu'il trouve chez lui." [31]

140. ***Oplossing door materiële-reciprociteitsuitzondering.*** Geïnspireerd door dergelijke gedachten maakte men in de bilaterale verdragen daarom meestal een uit-

---

28 In dit verband deed zich een extreme situatie voor in Würtemberg. Hier bleek het gebod van nationale behandeling, voorgeschreven in het eerdergenoemde Bondsbesluit van 6 september 1832 (zie alinea 102 hiervoor), een dode letter. In Würtemberg gold namelijk in het geheel geen verbod van nadruk; nadruk van vreemde werken was derhalve (ook) niet verboden (Klostermann 1867, p. 52; Darras 1887, p. 196). Dit was evenwel een uitzonderlijke situatie. Het beginsel van nationale behandeling was immers opgelegd door de Duitse Bond. In een werkelijk internationale situatie zouden andere landen niet snel met Würtemberg een verdrag op basis van nationale behandeling zijn aangegaan; eerder zou dan zijn gekozen voor toepasselijkheid van de lex originis (het oude 'Zwitserse model', zie noot 16 van dit hoofdstuk 2). Binnen de Duitse Bond werd het probleem stapsgewijs opgelost door uniforme minimumregels van auteursrecht op te leggen, zo bijvoorbeeld bij Bondsbesluit van 9 november 1837. In het octrooirecht heeft zich ook zo'n extreme situatie voorgedaan: Nederland en Zwitserland sloten zich aan bij het Verdrag van Parijs in 1883 (dat nationale behandeling voorschreef), maar zij kenden feitelijk geen octrooiwet, zie alinea 352 hierna.

29 Zo noemt Niboyet 1936, p. 292 het beginsel van nationale behandeling een 'billet de loterie' wanneer de wetgevingen van de verdragsluitende staten aanzienlijk afwijken.

30 Vgl. Vaunois 1910, p. 15-16, nr. 20.

31 Celliez 1878, p. 11.

zondering op het beginsel van nationale behandeling, die er kort gezegd op neerkwam dat het vreemde werk of de vreemde auteur niet méér bescherming werd gegund dan 'zijn eigen wet' – de lex originis – kende. Er werd dus een relatieve materiële-reciprociteitsuitzondering ingebouwd.[32] Zo werd in het Nederlands-Franse verdrag van 1855 in aansluiting op het beginsel van nationale behandeling bijvoorbeeld bepaald:

> "Er is evenwel uitdrukkelijk bedongen dat de regten, die in het eene of andere land met betrekking tot de bovenbedoelde werken wederkeerig kunnen worden uitgeoefend, niet uitgebreider zullen mogen zijn dan die welke de wetgeving des lands, waartoe de schrijver of zijne regtsverkrijgenden behooren, toekent." [33]

141. ***Pendant l'existence-formule.*** Vaak werd deze uitzondering in de bilaterale verdragen in de volgende formule geredigeerd: "ces avantages ne leur seront réciproquement assurés que pendant l'existence de leurs droits dans leur pays d'origine." Zo bijvoorbeeld in artikel 1 van het Frans-Duitse verdrag van 1883:

> "Les auteurs d'œuvres littéraires ou artistiques, que ces œuvres soient publiée ou non, jouiront dans chacun des deux pays réciproquement, des avantages qui y sont ou y seront accordés par la loi pour la protection des ouvrages de littérature ou d'art, et ils auront la même protection et le même recours légal contre toute atteinte portée à leurs droits que si cette atteinte avait été commise à l'égard d'auteurs nationaux.
> Toutefois, ces avantages ne leur seront réciproquement assurés que pendant l'existence de leurs droits dans leur pays d'origine, et la durée de leur jouissance dans l'autre pays ne pourra excéder celle fixée par la loi pour les auteurs nationaux." [34]

142. Deze 'pendant l'existence'-formule lijkt er op neer te komen dat de wet van het land van import het vreemde werk beschermt, doch alleen *zolang als* zijn eigen wet het beschermt. De uitzondering lijkt dus alleen betrekking te hebben op de duur en het bestaan van de bescherming door de lex originis, en niet op de omvang van haar bescherming (zoals wel het geval was in het zojuist gegeven voorbeeld uit het Nederlands-Franse verdrag van 1855). De vraag lijkt enkel te zijn ó*f* het werk door zijn eigen lex originis (nog) wordt beschermd. In de praktijk werd deze formule echter vaak zo opgevat dat zij óók betrekking had op de omvang van de bescherming: de wet van het land van import beschermt het vreemde werk, doch alleen *voor zover* zijn eigen wet het beschermt.[35] Dan is de vraag geworden *of en in hoeverre* het werk door zijn eigen lex originis wordt

---

32 Zie par. 1.2.2.

33 Art. 1 lid 2 van het Nederlands-Franse verdrag van 29 maart 1855 (zie noot 85 van hoofdstuk 1).

34 Art. 1 lid 1 en 2 van het Frans-Duitse verdrag van 19 april 1883 (Recueil des conventions (propriété littéraire) 1904, p. 70; onderstreping toegevoegd).

35 Zie Dambach 1883, p. 2-3; Darras 1887, p. 606-607; Lyon-Caen & Delalain 1889, Tome II, p. 252, noot 1; Röthlisberger 1906, p. 23-24. Vgl. ook Renault 1878, p. 31, die over de onderhavige rol van de lex originis opmerkt: "ce n'est qu'autant qu'elle accorde elle-même sa protection à l'œuvre, qu'une protection analogue peut être reclamée dans un autre pays."

beschermd. De toepasselijke wet – de wet van het land van import – laat haar eventueel ruimere beschermingsomvang dan dus krimpen tot die van de lex originis.

143. ***Frans Decreet 1852.*** Een dergelijke uitzondering werd ook 'ingelezen' in het Franse Decreet van 1852. Zeker, het Decreet bood genereus nationale behandeling aan – eenzijdig en onvoorwaardelijk. Een alom geprezen stap voorwaarts.[36] Maar in de praktijk werd het Decreet zo uitgelegd dat de beschermingsomvang van de Franse wet, die doorgaans ruimer was dan die van welke wet ook, werd ingekrompen tot die van de lex originis. De auteur van het vreemde werk "ne peut avoir en France des prérogatives plus étendues que celles dont il jouit dans l'État où son ouvrage a vu le jour pour la première fois." [37] Generositeit kent grenzen.

144. ***Werking materiële-reciprociteitsuitzondering.*** Hoe ruim zij ook verder werd uitgelegd, wat bracht deze uitzondering op het beginsel van nationale behandeling nu precies teweeg? In conflictenrechtelijk opzicht veranderde er niets. Ingevolge de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling is de wet van het land van import de toepasselijke wet, en daaraan deed deze uitzondering geen enkele afbreuk; zij maakte de lex originis immers niet tot (geheel of gedeeltelijk) toepasselijke wet. De uitzondering trof daarentegen de vreemdelingenrechtelijke component van het beginsel van nationale behandeling, het non-discriminatiebeginsel. Zij liet toe dat de toepasselijke wet (de wet van het land van import) vreemde werken of vreemde auteurs discrimineerde doordat de bescherming die deze wet hen verleende, naar beneden toe mocht worden bijgesteld voor wat betreft de door de uitzondering bestreken aspecten; haar beschermingsniveau mocht worden verminderd tot het niveau van hun lex originis. Zo werd men door de relatieve materiële-reciprociteitsuitzondering gedwongen om de beide rechtsstelsels voor wat betreft deze aspecten te vergelijken. Men moest de wet van het land van import (de conflictenrechtelijk toepasselijke wet) toepassen en vervolgens moest men de lex originis consulteren om vast te stellen of het materiële resultaat onder de wet van het land van import moest worden bijgesteld naar een mogelijk inferieur niveau van de lex originis.

145. ***Driefasen-structuur.*** Daarmee zijn wij op een punt van ons onderzoek aangekomen waarop wij de gang van het vreemde werk of de vreemde auteur vanaf de bevrijding uit de oorspronkelijke toestand van rechteloosheid tot het eindresultaat volledig kunnen overzien, en daarin drie opeenvolgende fasen kunnen onderscheiden.[38]

146. De eerste fase betreft de rechtsbevoegdheid van de vreemde auteur: kan de vreemdeling überhaupt drager van auteursrecht zijn? Deze preliminaire vraag was, zo hebben wij in hoofdstuk 1 reeds gezien, doorgaans geen probleem: in de

36 Zie alinea 84 hiervoor.
37 Darras 1887, p. 278; Boucher 1932, p. 33 met verwijzingen naar rechtspraak.
38 Deze driefasen-structuur komt verder ter sprake in par. 5.2.2.

meeste landen werd erkend dat de vreemdeling drager van auteursrecht kon zijn.[39] Maar mocht er toch sprake zijn van een beperking van zijn rechtsbevoegdheid, dan werd die door het non-discriminatiebeginsel in het beginsel van nationale behandeling opgeheven.

147. De tweede fase is die van het conflictenrecht. Hier hief het beginsel van nationale behandeling het rechtsvacuüm op waarin het vreemde werk of de vreemde auteur verkeerde. Het vulde dit rechtsvacuüm door de ingevolge het formele-territorialiteitsbeginsel toepasselijke wet; zo verklaarde de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling de wet van het land van import tot de toepasselijke wet. Alleen op het aspect van de formaliteiten werd bij wijze van dépeçage regelmatig de lex originis toepasselijk verklaard.

148. Ten slotte is er de derde fase, de materieelrechtelijke fase. Deze fase betreft de toepassing van het toepasselijk verklaarde rechtsstelsel, de wet van het land van import. Bij deze toepassing gold als uitgangspunt het non-discriminatiebeginsel dat in het beginsel van nationale behandeling ligt besloten. Maar op dat uitgangspunt werd een in de praktijk belangrijke uitzondering gemaakt, die toeliet dat voor vreemde werken of vreemde auteurs het materiële resultaat onder de wet van het land van import werd bijgesteld naar een mogelijk inferieur niveau van de lex originis (de relatieve materiële-reciprociteitsuitzondering).

149. Ziedaar drie fasen in de gang van rechteloosheid naar (beperkte) bescherming.

150. ***Moeizame exercitie.*** Nu is het vergelijken van de wet van het land van import met de lex originis op zichzelf niet onoverkomelijk wanneer het om een enkel overzichtelijk punt gaat, bijvoorbeeld de beschermingsduur. Maar, zoals wij zagen, de materiële-reciprociteitsuitzondering bleef doorgaans niet tot een enkel aspect van de bescherming beperkt. Vaak was zij erg ruim opgezet of werd zij in de praktijk erg ruim uitgelegd: zij omvatte doorgaans duur, bestaan en omvang van de bescherming. Dit kwam in feite neer op een integrale vergelijking van twee rechtsstelsels, en dat was in de praktijk een buitengewoon moeizame aangelegenheid waarbij men al gauw in de fout kon gaan.[40] Bovendien bood dit onwelwillende autoriteiten genoeg handvatten om spaken in het wiel te steken. Zo bleek deze lex originis-uitzondering een bron van misverstanden, misslagen en misbruik – dit was een groot probleem.

151. ***Reciprociteitsgedachte.*** Opnieuw betoonde reciprociteit zich "un principe beaucoup plus fécond en apparence qu'en réalité." [41] Wij herinneren ons nog de

39 Zie alinea 71 hiervoor.

40 Vgl. De Beaufort 1909, p. 55: de rechter moest "als gevolg van den regel, dat de auteur in andere landen niet meer rechten kon doen gelden, dan hij in zijn vaderland genoot, eene moeizame vergelijking maken tusschen het vreemde recht en dat van zijn eigen land (…)."

41 Villefort 1851, p. 53, zie alinea 81 hiervoor.

problemen in de context van de eenzijdige nationale-behandelingsregelingen.[42] Maar was het onderhavige probleem met de lex originis-uitzondering eigenlijk wel nieuw? In feite ging het om *dezelfde* (relatieve) materiële-reciprociteitstoets die in een aantal eenzijdige nationale-behandelingsregelingen werd aangelegd. In die regelingen was deze toets verpakt als een *voorwaarde* waaraan het beginsel van nationale behandeling was gekoppeld, terwijl zij in de bilaterale verdragen en ten aanzien van het Franse Decreet van 1852 opdook in de gedaante van een *uitzondering* op een onvoorwaardelijk beginsel van nationale behandeling. Het resultaat is echter hetzelfde.

152. Vergelijken wij bijvoorbeeld het Franse Decreet met artikel 38 van de Pruisische wet van 1837. De Franse regeling garandeerde vreemde werken onvoorwaardelijke nationale behandeling, maar stelde het beschermingsniveau vervolgens naar beneden toe bij, tot het niveau van hun (inferieure) lex originis. De Pruisische regeling verleende daarentegen vreemde werken slechts in die mate nationale behandeling waarin hun lex originis Pruisische werken beschermde. Het nettoresultaat is in beide gevallen hetzelfde: de bescherming door de wet van het land van import blijft hangen op het inferieure niveau van de lex originis. Alleen de weg waarlangs dit resultaat wordt bereikt, is verschillend. In de Pruisische regeling is het beginsel van nationale behandeling voorwaardelijk, want afhankelijk gesteld van een relatieve materiële-reciprociteits*voorwaarde*; men schenkt het glas vol tot het inferieure niveau van de lex originis. In de Franse regeling is het beginsel van nationale behandeling daarentegen onvoorwaardelijk, doch voorzien van een relatieve materiële-reciprociteits*uitzondering*; men ledigt het glas tot het inferieure niveau van de lex originis.[43]

153. Beide constructies berusten op dezelfde gedachte: wij willen het vreemde werk wel beschermen maar wij verlenen het niet méér bescherming dan 'zijn eigen wet' – de lex originis – kent. Dát is immers het beschermingsniveau dat het vreemde werk in zijn eigen land gewend is, en dát is het beschermingsniveau waarmee onze werken het in dat land zullen moeten doen. Zo leefde deze materiële-reciprociteitstoets in een andere gedaante voort – de complicaties bleven echter hetzelfde.

c. De meestbegunstigingsclausule

154. ***Meestbegunstigingsclausule.*** Behalve deze twee lex originis-uitzonderingen, was er nog een derde uitzondering op het beginsel van nationale behandeling in omloop: de meestbegunstigingsclausule. Deze clausule, die overigens aanzienlijk minder frequent werd gebruikt dan de twee lex originis-uitzonderingen, was ontleend aan de handelsverdragen waar de auteursrechtelijke regelingen vaak

42 Zie par. 1.2.

43 In de praktijk zal de Franse regeling – ondanks de beperkende uitleg – overigens toch betere bescherming hebben opgeleverd dan de Pruisische regeling omdat deze laatste op haar beurt in de praktijk zo werd uitgelegd dat de voorwaarde vrijwel nooit werd vervuld (zie noot 70 van hoofdstuk 1).

waren bijgevoegd. Zij vormde, evenals de materiële-reciprociteitsuitzondering, een uitzondering op de vreemdelingenrechtelijke component van het beginsel van nationale behandeling. De meestbegunstigingsclausule komt er kort gezegd op neer dat werken of auteurs uit het ene verdragsland, die in het andere verdragsland krachtens het verdrag een bepaalde auteursrechtelijke bescherming genieten, aanspraak kunnen maken op de betere bescherming die het andere verdragsland toekent aan werken of auteurs uit een derde land.[44] Zo werd in het Nederlands-Belgische verdrag van 1858 bijvoorbeeld bepaald:

> "Wanneer, in het vervolg, de Regering der Nederlanden aan eene andere mogendheid, in zake van letterkundigen of kunsteigendom, meer uitgebreide regten van welken aard ook mogt toekennen, dan bij de tegenwoordige overeenkomst bedongen zijn, zouden de Belgische schrijvers of kunstenaars, door die omstandigheid zelve, en alleen onder voorwaarde eener volkomene wederkeerigheid voor de Nederlandsche schrijvers of kunstenaars, dezelfde regten erlangen." [45]

155. De meestbegunstigingsclausule dwingt daarmee tot een onderzoek naar de bescherming van werken of auteurs uit derde landen, en daarmee tot een vergelijking van alle verdragen met derde landen, hetgeen kan leiden tot een vergelijking van de rechtsstelsels van deze landen. Zo verzeilt men in een spiegelpaleis.[46] Ook deze uitzondering bleek een bron van complicaties. "Cette clause entraine dans la pratique des complications sans nombre", verzuchtte Darras in 1887.[47]

156. De meestbegunstigingsclausule laten wij verder buiten beschouwing. Zij vormde een complicerende uitzondering op het beginsel van nationale behandeling – en droeg aldus bij aan de problemen in het web van de bilaterale verdragen waarop de Berner Conventie het antwoord vormde –, maar zij is verder niet van belang geweest voor de ontwikkeling van het Berner beginsel van nationale

---

44 Darras 1887, p. 555 e.v.; Bastide 1890, p. 103-104; Bureau de l'Union, *DdA* 1895, p. 162 r.k.; Ladas 1938, p. 66.

45 Art. 12 lid 5 van het verdrag tussen Nederlands-Belgische verdrag van 30 augustus 1858, zie noot 85 van hoofdstuk 1.

46 Een voorbeeld: het zojuist genoemde verdrag tussen Nederland en België van 1858 heeft alleen betrekking op werken van wetenschap en letterkunde, maar niet op werken van kunst. Stel dat Nederland vervolgens met Spanje een bilateraal verdrag sluit, dat wél betrekking heeft op werken van kunst. Dat verdrag is eveneens gebaseerd op het beginsel van nationale behandeling, en maakt daarop de bekende ruime relatieve materiële-reciprociteitsuitzondering. Een Belgische kunstenaar, wiens in België ontsprongen werk in Nederland niet wordt beschermd, beroept zich nu op de meestbegunstigingsclausule in art. 12 lid 5 van het Nederlands-Belgische verdrag en verlangt dezelfde rechten als een Spaanse kunstenaar in Nederland krijgt. Wat krijgt hij nu? Om dat te achterhalen moet men eerst de Nederlandse wet toepassen, en vervolgens moet men de Spaanse wet – de derdelands wet – consulteren om het resultaat onder de Nederlandse wet daarmee te vergelijken en mogelijk bij te stellen. Voor zover de Spaanse wet een royalere bescherming voor werken van kunst kent dan de Nederlandse wet, wordt dit resultaat niet bijgesteld. Voor zover de Spaanse wet echter een poverder bescherming voor werken van kunst kent dan de Nederlandse wet, wordt de bescherming van de Nederlandse wet voor de Belg ingekrompen tot het povere Spaanse niveau. Dit alles kan overigens nog weer veranderen naar aanleiding van de situatie in België, want art. 12 lid 5 stelt nog de extra voorwaarde dat Nederlandse kunstenaars in België (tenminste) dezelfde bescherming krijgen. Men ziet, het is een spiegelpaleis.

47 Darras 1887, p. 556. Vgl. ook Bastide 1890, p. 104; Ladas 1938, p. 173 e.v.; Drexl 1990, p. 21-22. Majoros 1971, p. 87 e.v. staat welwillend tegenover de meestbegunstigingsclausule in de auteursrechtelijke context.

behandeling.[48] Dat geldt wel voor de twee lex originis-uitzonderingen. Daarom zullen wij ons verder op deze uitzonderingen concentreren.

d. Twee soorten 'toepassing'

157. ***Verschillende rol lex originis.*** Door de uitzonderingen op het beginsel van nationale behandeling kreeg, zo hebben wij gezien, de lex originis een bepaalde rol toebedeeld. Die rol verschilde al naargelang de uitzondering. In het geval van de conflictenrechtelijke uitzondering betreffende de formaliteiten werd de lex originis de *toepasselijke* wet ten aanzien van dat aspect van de auteursrechtelijke bescherming. In het geval van de vreemdelingenrechtelijke uitzondering (de materiële-reciprociteitstoets) betreffende duur, bestaan en omvang van de bescherming, werd zij *geconsulteerd* voor een vergelijking met de wet van het land van import. In die zin moest de lex originis worden *toegepast*: nagegaan moest worden of deze wet een voor de auteur ongunstigere regeling van de desbetreffende aspecten van de auteursrechtelijke bescherming kende, hetgeen zou nopen tot een negatieve bijstelling van het materiële resultaat onder de wet van het land van import. Maar dat de lex originis in die zin wordt *toegepast* (geconsulteerd), betekent natuurlijk niet dat zij de conflictenrechtelijk *toepasselijke* wet is. Tussen deze twee verschillende soorten 'toepassing' ligt, zo moge ondertussen duidelijk zijn, een wereld van verschil.[49]

158. Een voorbeeld: is een bepaald aspect van de bescherming, bijvoorbeeld de beschermingsduur, onderworpen aan de materiële-reciprociteitsuitzondering, dan is de wet van het land van import de toepasselijke wet en wordt vervolgens de lex originis 'toegepast' (geconsulteerd) om een langere beschermingsduur onder de wet van het land van import in te korten. Kent de lex originis een langere beschermingsduur, dan blijft deze 'toepassing' van de lex originis echter achterwege. Zou daarentegen de lex originis de op de beschermingsduur *conflictenrechtelijk toepasselijke* wet zijn, dan geldt zij terzake *altijd en exclusief*, óók indien haar beschermingsduur langer is dan die van de wet van het land van import.[50]

---

48 Toen het web van bilaterale verdragen geleidelijk werd vervangen door de Berner Conventie stierf de meestbegunstigingsclausule in het internationale auteursrecht uit. In 1994 dook zij niettemin weer op, namelijk in de TRIPs-Overeenkomst (art. 4); zie alinea 14 hiervoor. In de memorie van toelichting bij de desbetreffende goedkeuringswet wordt – ten onrechte – vermeld dat de meestbegunstigingsclausule nieuw is in intellectuele-eigendomsverdragen (*Kamerstukken II* 1994/95, 23 961 (R1525), nr. 3, p. 75).

49 In deze studie wordt een onderscheid gemaakt tussen 'toepassing' en 'toepasselijk zijn'. Onder de 'toepassing' (en het 'toepassen') van een bepaalde wet kan zowel toepassing ingevolge een conflictregel (toepasselijkheid) als toepassing in het kader van een vreemdelingenrechtelijke materiële-reciprociteitstoets (consultatie) worden begrepen. De term 'toepasselijke wet' is daarentegen gereserveerd voor de wet die ingevolge het conflictenrecht moet worden toegepast.

50 Dat gebeurde vrijwel nooit. Een zeldzaam voorbeeld daarvan treft men aan in art. 10 van het verdrag tussen Frankrijk en Equador van 9 mei 1898, dat luidt: "Les droits de propriété littéraire, artistique et scientifique reconnus par la présente convention sont garantis aux auteurs, traducteurs, compositeurs et artistes dans chacun des deux pays pendant toute la durée de la protection que leur accorde la législation de leur pays d'origine." (Recueil des conventions (propriété littéraire) 1904, p. 205-207). Zie ook Röthlisberger 1906, p. 113, alsmede Malaplate 1931, p. 343-346 (over een identiek art. 10 in het Frans-Guatemalaanse verdrag van 21 augustus 1895).

159. ***Toenmalige perceptie.*** Het gaat dus om twee verschillende soorten 'toepassing', maar dat werd destijds niet duidelijk onderkend – en dat hangt samen met de omstandigheid dat het onderscheid tussen conflictenrecht en vreemdelingenrecht in die tijd nog niet zo duidelijk was uitgekristalliseerd (dit wordt nader uitgediept in par. 5.1.2). Zo sprak men over het "double principe du traitement national et du traitement du pays d'origine" [51], over "assimilation tempérée par la loi du pays d'origine" [52], terwijl de voorzitter van de latere Berner conferenties, Droz, sprak over het systeem dat "mitige en quelque sorte le traitement national par le traitement du pays d'origine." [53] Men zag enerzijds toepassing van de wet van het land van import voorgeschreven door het beginsel van nationale behandeling, waarbij – naar wij reeds zagen – het conflictenrechtelijke aspect en het vreemdelingenrechtelijke aspect niet duidelijk werden onderscheiden. Anderzijds, wat betreft de lex originis, werd niet zo duidelijk onderscheiden tussen toepassing ingevolge conflictenrechtelijke (deel)toepasselijkheid en toepassing (consultatie) in het kader van de materiële-reciprociteitsuitzondering. In beide gevallen, zo was de gedachte, moest immers een bepaald aspect (mede) aan die wet worden getoetst en werd deze wet dus 'toegepast'.

160. ***Fliniaux.*** Fascinerend is in dit verband het betoog van Fliniaux anno 1879, die in de uitzonderingen de ware hoofdregel zag:

> "Cela constitue donc deux exceptions essentielles au principe qui avait été posé, l'une provenant de ce qu'il est certainement utile que l'auteur n'ait pas à accomplir d'autres formalités que celles que lui impose son pays d'origine, l'autre de ce qu'il est équitable que la durée de son droit ne soit pas supérieure à celle qu'il a en réalité dans son pays d'origine. Que reste-t-il dès lors du prétendu principe posé dans les conventions? (…)
> Voilà donc un principe dont les exceptions seules sont l'expression de la vérité; n'est-ce pas dire que le principe est faux et que c'est le principe contraire qui est le vrai? Ce principe serait donc celui-ci: *Les parties contractants accordent à l'auteur étranger protection et recours légal pour la conservation de ses droits tels qu'ils sont réglés dans son pays d'origine sans avoir à remplir d'autres formalités que celles auxquelles l'oblige la loi nationale*." [54]

161. Volgens Fliniaux was de lex originis de toepasselijke wet, en daarmee verhief hij in feite de *vreemdelingenrechtelijke* lex originis-uitzondering (die in de praktijk immers veruit de meeste speelruimte voor de lex originis bood) tot *conflictenrechtelijke* hoofdregel.

162. ***Geen weerklank.*** Tegelijk moest Fliniaux echter erkennen dat zijn pleidooi voor een lex originis-conflictregel geen weerklank vond. Hij wilde niet verhelen dat "le principe que nous proposons est une révolution complète dans les idées

---

51 Actes BC 1884, p. 42 (Rapport de la Commission, verklaring Noorse gedelegeerde Bætzmann).
52 Bureau de l'Union, *DdA* 1895, p. 162.
53 Droz 1884, p. 448.
54 Fliniaux 1879, p. 142-143 (cursivering van Fliniaux), zie ook p. 144: "que chaque auteur sera protégé en pays étranger conformément à la loi de son pays."

généralement reçues".[55] Ook een andere voorstander van conflictenrechtelijke toepasselijkheid van de lex originis, Bastide, moest dat erkennen. Na zijn voorkeur voor de lex originis te hebben uitgesproken, moest Bastide vaststellen dat de tegengestelde opvatting – het beginsel van nationale behandeling – de heersende conflictenrechtelijke leer vormde:

> "L'opinion opposée qui résout ce conflit de lois en appliquant la législation du pays d'importation et en assimilant l'étranger au national de ce pays prévaut cependant dans la pratique et dans la théorie".[56]

163. Desondanks, zo komt dadelijk nog aan de orde, zou het voorstel van Fliniaux tijdens de latere Berner conferentie toch nog ter tafel komen – maar ook daar zou zijn voorstel geen gehoor vinden.[57]

164. ***Frankrijk: lex originis.*** Overigens lijkt niet toevallig dat juist in Frankrijk een enkele maal voor conflictenrechtelijke toepasselijkheid van de lex originis werd gepleit.[58] De Franse auteurswet kende een relatief hoog beschermingsniveau.[59] Dat betekende dat de Fransen in de praktijk volop gebruik maakten van de lex originis-uitzonderingen, en dus constant te maken hadden met 'toepassing' van de lex originis. Tegen die achtergrond kan al snel de gedachte opkomen dat in feite de lex originis maatgevend is. En er zal nog een reden zijn geweest waarom juist vanuit Frankrijk toepasselijkheid van de lex originis werd gepropageerd. Met conflictenrechtelijke toepasselijkheid van de lex originis zou het mes aan twee kanten snijden: enerzijds zouden in Frankrijk vreemde werken worden afgestraft met hun eigen inferieure wet; anderzijds zou de superieure Franse bescherming met de Franse werken mee naar het buitenland worden geëxporteerd.[60] Ziedaar de harde werkelijkheid van de lex originis-conflictregel – een verborgen werkelijkheid, soms weggestopt achter aanprijzingen als "naturel", "équitable", "indispensable", en zelfs "la pure vérité juridique".[61] Die werkelijkheid plaatst Pillets beschuldiging dat de keuze voor het beginsel van nationale behandeling teveel werd geïnspireerd door de geldelijke belangen van de rechthebbenden, in een ander licht.[62]

2.1.3. Resumé

165. ***Problemen met stelsel van bilaterale verdragen.*** Resumeren wij de problemen die zich voordeden in het stelsel van de bilaterale verdragen dat vanaf 1840

---

55 Fliniaux 1879, p. 143.
56 Bastide 1890, p. 98 (p. 96-103); onderstreping toegevoegd. Zie ook alinea 92 hiervoor.
57 Zie alinea 175 hierna.
58 Zie, behalve Fliniaux 1879, p. 142-143 en Bastide 1890, p. 96 e.v., bijvoorbeeld ook Pillet 1903, p. 546.
59 Zie ook Actes BC 1886, p. 13 (Procès-verbaux, openingsrede voorzitter Droz).
60 Dat laatste geldt uiteraard alleen in het geval dat andere landen deze conflictregel ook zouden omarmen. Ook in onze tijd zijn imperialistische motieven achter de lex originis-conflictregel niet uitgesloten, vgl. noot 94 van hoofdstuk 5, en met name par. 8.2.1 onder (b)(ii).
61 Pillet 1924, p. 19 resp. p. 29.
62 Pillet 1903, p. 546.

in Europa was opgetrokken, en waarop de Berner Conventie het antwoord zou vormen. Welnu, dit stelsel van bilaterale verdragen was een doolhof geworden, waarin men dikwijls vergeefs zocht naar effectieve bescherming. Het stelsel was instabiel en onoverzichtelijk. In ons aandachtsveld waren er complicaties ontstaan rond het beginsel van nationale behandeling. Dit beginsel werd niet onverkort toegepast. Er werden twee uitzonderingen op gemaakt waardoor, naast de ingevolge dit beginsel toepasselijke wet van het land van import, ook de lex originis ook een rol kreeg toebedeeld.

166. ***Uitzondering 1: deelconflictregel.*** Ten eerste werd regelmatig een uitzondering gemaakt op de *conflictregel* in het beginsel van nationale behandeling. Zij betrof de in acht te nemen formaliteiten. Op dit aspect van de auteursrechtelijke bescherming werd de lex originis dan toepasselijk verklaard (dépeçage). Deze lex originis-uitzondering leverde weinig problemen op. Integendeel, zij werd beschouwd als een stap voorwaarts uit de heersende formaliteitenchaos, welke chaos werd veroorzaakt doordat de verdragen zelf allerhande formaliteiten stelden. Als deze bij verdrag opgelegde formaliteiten werden geschrapt en de auteur enkel nog de formaliteiten van de lex originis in acht moest nemen, was dat een grote verbetering. Aldus had de auteur immers alleen nog maar te maken met de formaliteiten in het land van oorsprong, dat doorgaans zijn eigen land was.

167. ***Uitzondering 2: materiële-reciprociteitsuitzondering.*** De tweede uitzondering, die veelvuldig werd gemaakt, was daarentegen wel problematisch. Dit was een uitzondering op de *vreemdelingenrechtelijke regel* in het beginsel van nationale behandeling (het non-discriminatiebeginsel) door welke uitzondering vreemde werken of vreemde auteurs onder de wet van het land van import niet méér bescherming konden krijgen dan hun lex originis kende. Zo moest, voor wat betreft de door deze materiële-reciprociteitsuitzondering bestreken aspecten van de bescherming, de lex originis worden geconsulteerd ('toegepast') om het resultaat onder de wet van het land van import eventueel naar beneden toe bij te stellen. Deze lex originis-uitzondering was in de praktijk dikwijls erg ruim opgezet (of zij werd zo uitgelegd); zij bestreek in de praktijk namelijk behalve de duur, doorgaans ook het bestaan en de omvang van de bescherming. Zo leidde zij tot een vrijwel integrale vergelijking van twee rechtsstelsels; dat was een moeizame aangelegenheid met een groot risico van misverstanden, misslagen en misbruik. Dat was niet alleen buitengewoon ongemakkelijk voor de betrokkenen, zoals auteurs, uitgevers en rechters, het reed ook een effectieve internationale bescherming van de rechten van de auteur in de wielen. Zo vertroebelde deze materiële-reciprociteitsuitzondering de heldere oplossing van het beginsel van nationale behandeling, en vormde zij een van de problemen waarin de wirwar van de bilaterale verdragen vastliep.[63]

63 Daarnaast ontstonden complicaties door de meestbegunstigingsclausule, die ook een uitzondering vormde op het in het beginsel van nationale behandeling besloten liggende non-discriminatiebeginsel. Dergelijke clausules konden bijvoorbeeld het aantal bij de vergelijkingsexercitie in aanmerking te nemen wetten verveelvoudigen.

2.2. De oplossing: de Berner Conventie

2.2.1. De Berner Conventie en de keuze voor het beginsel van nationale behandeling

168. ***Roep om multilateraal verdrag.*** Door de zojuist beschreven problemen in het stelsel van bilaterale verdragen groeide de behoefte aan een multilateraal verdrag dat duidelijkheid en uniformiteit bracht.[64] Tijdens verschillende congressen had de roep om een dergelijk verdrag reeds weerklonken.[65] Daarbij werd steevast opgeroepen tot invoering van zuivere nationale behandeling: nationale behandeling zonder de complicerende uitzonderingen, "traitement national pur et simple".[66] Zo bepleitte de 'Société des Gens de Lettres' tijdens haar internationale congres in 1878 in glasheldere woorden: "Toute œuvre littéraire, scientifique ou artistique, sera traitée, dans les pays autres que son pays d'origine, suivant les mêmes lois que les œuvres d'origine nationale." [67]

169. ***Totstandkoming Berner Conventie.*** Tegen deze achtergrond – de problemen in het stelsel van bilaterale verdragen en de roep om één duidelijk verdrag – kwam de Berner Conventie tot stand. De 'Association Littéraire Internationale' nam het initiatief. Zij kwam in 1883 in Bern bijeen, stelde een ontwerp voor een internationale regeling op, en bood deze aan aan de Zwitserse Bondsraad.[68] De Bondsraad nam de fakkel over, stelde een ontwerp-conventie op, en riep een diplomatieke conferentie bijeen. In 1884 werd in Bern de eerste diplomatieke conferentie gehouden ter voorbereiding van de beoogde conventie. Nog twee diplomatieke conferenties zouden in Bern volgen, in 1885 en 1886, voordat de conventie een feit was: de Berner Conventie voor de bescherming van werken van letterkunde en kunst van 9 september 1886. Ruim een jaar later, op 5 december 1887, trad de

---

64 Zie ook Pillet 1924, p. 34. Eerder waren er al enkele multilaterale regelingen tot stand gekomen, maar dat was doorgaans binnen een groep nauw verbonden staten zoals de Duitse en de Italiaanse staten, zie Ladas 1938, p. 44-45.

65 Sinds het internationale literaire congres in Brussel in 1858 werd deze wens bij verschillende congressen en door verschillende verenigingen herhaald. Zie onder meer Romberg 1859, Tome I, p. 175; Darras 1887, p. 519 e.v.; De Beaufort 1909, p. 56; Ladas 1938, p. 71 e.v.; Khadjavi-Goutard 1977, p. 10 e.v.; Ricketson & Ginsburg 2006, p. 44 e.v. Overigens lijkt de Leidse boekhandelaar Elie Luzac, Nederlander van Frans-Hugenootse afkomst, de eerste te zijn geweest die in dit verband een multilaterale regeling voorstelde, zulks reeds in 1748 in het kader van de Vredesconferentie te Aken. Met dit wapenfeit heeft men vroeger wel getracht de toch karige Nederlandse bijdrage aan de internationale ontwikkeling van het auteursrecht op te vijzelen (vgl. Bureau de l'Union, *DdA* 1891, p. 3). Een punt van ernstige overweging is het initiatief anno 1748 kennelijk niet geweest. Zie Röthlisberger 1906, p. 1; De Beaufort 1909, p. 39; Wauwermans 1910, p. 5-6.

66 Zie ook Actes BC 1884, p. 41-43 (Rapport de la Commission): "traitement national pur et simple", ook wel absolute of complete assimilatie genoemd (zie bijvoorbeeld Bureau de l'Union, *DdA* 1895, p. 162). "Traitement national pur et simple" liet de lex originis-uitzondering betreffende formaliteiten onverlet; die uitzondering werd immers niet gezien als een ondermijnende uitzondering.

67 Resolutie IV, zie Ratisbonne, Lermina & Pouillet 1889, p. 2-3. Zie voorts Celliez 1878; Paquy 1884, p. 144-145; Stewart 1989, p. 39, noot 4; Röthlisberger 1906, p. 6; Khadjavi-Goutard 1977, p. 6 e.v. In Resolutie V werd de lex originis-uitzondering inzake formaliteiten voorgesteld.

68 Ratisbonne, Lermina & Pouillet 1889, p. 182 e.v.; Actes BC 1884, p. 7 e.v. (ontwerp-verdrag Association Littéraire Internationale); Bureau de l'Union, *DdA* 1888, p. 4; Ricketson & Ginsburg 2006, p. 52 e.v. De 'Association Littéraire Internationale' werd later omgedoopt tot de 'Association Littéraire et Artistique Internationale' ('ALAI').

conventie in werking voor negen landen, waaronder belangrijke mogendheden als Frankrijk, Duitsland en Groot-Brittanië.[69] Nederland, dat in die tijd alom werd beschuldigd van 'piraterie littéraire', werd tijdens de conferenties in 1884 en 1885 'à titre consultatif' vertegenwoordigd door zijn consul-generaal Verwey.[70] Verwey ondertekende de ontwerp-conventie van 1885, maar Nederland trad niet tot de conventie toe.[71] Op de overwegend ceremoniële slotconferentie in 1886 liet Nederland verstek gaan.[72] Het zou nog een kwart eeuw duren voordat Nederland tot de Berner Conventie, in haar Berlijnse versie van 1908, toetrad.[73]

170. ***Doelstelling Berner Conventie.*** De Berner verdragsopstellers hadden een Unie voor ogen die zich de bescherming van de rechten van de auteur op zijn werken van letterkunde en kunst ten doel stelde, een Unie van landen die elkaar vinden in de wens om op een zo doeltreffend en eenvormig mogelijke wijze deze rechten te beschermen.[74] Daarvoor, zo realiseerde men zich, was tenminste uniformiteit van uitgangspunten vereist.[75]

171. ***Onderhavige problematiek.*** De verdragsopstellers in Bern waren zich ter dege bewust van de problematiek van de uitzonderingen op het beginsel van nationale behandeling. Zij was tenslotte mede aanleiding voor het Berner project. Het was dan ook de eerste vraag die de voorzitter van de conferenties, de Zwitser Droz, in Bern te berde bracht. Reeds in zijn openingsrede tijdens de eerste conferentie, in 1884, hield hij de gedelegeerden voor:

> "Une première question qui s'imposera à votre examen est celle du système qui doit servir de base à une convention générale. Admettra-t-on que chaque Etat doit appliquer aux étrangers le traitement national, ou, comme certains jurisconsultes l'ont proposé, que l'auteur sera en quelque sorte suivi dans tous les Etats par la loi du pays d'orgine? Si, comme le Conseil fédéral vous le propose, le premier système est adopté, comment la durée de la protection, qui varie tellement d'Etat à Etat, sera-t-elle calculée? Sera-ce d'après la loi du pays d'origine ou d'après la loi natio-

69 Om precies te zijn: zij trad toen in werking voor België, Duitsland, Frankrijk, Groot-Brittanië, Haïti, Italië, Spanje, Tunesië en Zwitserland (Liberia, dat in 1886 ook had getekend, was afgehaakt). Zie Actes BC 1896, p. 19 (Liste des pays membres de l'Union).

70 Actes BC 1884, p. 23 (Procès-verbaux, opmerking Nederlandse gedelegeerde Verwey); Actes BC 1885, p. 34 (idem).

71 Actes BC 1885, p. 81 (Textes adoptés); Röthlisberger 1906, p. 52; De Beaufort 1909, p. 68.

72 Actes BC 1886, p. 14 (Procès-verbaux, openingsrede voorzitter Droz); Actes BC 1908, p. 227 (Rapport de la Commission).

73 Nederland was niet vertegenwoordigd tijdens de Parijse conferentie in 1896. Ad audiendum was het wel vertegenwoordigd tijdens de Berlijnse herzieningsconferentie in 1908. Per 1 november 1912 trad de herziene Berner Conventie voor Nederland in werking, zie *Stb.* 1911, 197 en *Stb.* 1912, 323. De eerste versies van de conventie hebben dus nooit voor Nederland gegolden.

74 Zie art. 1 en de preambule. Actes BC 1884, p. 40 (Rapport de la Commission): "également animés du désir de protégér d'une manière efficace et aussi uniforme que possible les droit d'auteur sur les œuvres littéraires et artistiques." Deze tekst is nog immer onderdeel van de preambule. Over het begrip 'Unie', zie Ricketson & Ginsburg 2006, p. 218 e.v.; Drexl 1990, p. 40 e.v.

75 Zie Actes BC 1884, p. 20 (Procès-verbaux, openingsrede voorzitter Droz): "(...) d'arriver à créer un régime véritablement protecteur des droits, et à cet effet de jeter les bases d'une Union universelle, qui aura pour but d'établir, sinon de prime saut, du moins successivement, l'uniformité de principes et d'application des principes que peut comporter l'organisation des différents Etats."

> nale? (…) Sans vouloir empiéter sur les délibérations qui vont suivre, je me permets de dire que si une solution uniforme peut être admise, quelle qu'elle soit, elle vaudra mieux que la diversité, – me pardonnerez-vous de dire la confusion? – qui règne actuellement dans les conventions."[76]

172. ***Uitgangspunt.*** Even werd nog met de gedachte gespeeld om een eenvormige internationale regeling van het auteursrecht op te stellen. Deze opzet achtte men echter onhaalbaar.[77] Net als bij de bilaterale verdragen, moest auteursrechtelijke bescherming dus worden geleverd door een nationale wet – maar welke nationale wet? Met zijn hierboven geciteerde vraag naar het algemene uitgangspunt van de conventie had Droz het conflictenrecht aan de orde gesteld. Dit algemene uitgangspunt werd door de Berner verdragsopstellers vervolgens zeer doelbewust gekozen: "Die Annahme und Verwirklichung dieses Grundsatzes war eine sehr zielbewusste", zo meldde Röthlisberger.[78]

173. ***Besluitvorming.*** Men zag zich, zoals ook blijkt uit Droz' openingsrede, gesteld voor de keuze tussen het beginsel van nationale behandeling en de lex originis.[79]

174. Er was een vanzelfsprekende en sterke voorkeur voor het beginsel van nationale behandeling en de daarin vervatte conflictenrechtelijke oplossing van toepasselijkheid van de wet van het land van import. Dit beginsel werd immers gehuldigd in vrijwel alle bilaterale verdragen, het was uitgegroeid tot het leidende beginsel in het internationale auteursrecht. Dit was het beginsel dat één jaar eerder was neergelegd in twee toonaangevende verdragen die in Bern model stonden: het Frans-Duitse auteursrechtverdrag van 1883[80], en het Verdrag van Parijs van 1883

---

76 Actes BC 1884, p. 21 (Procès-verbaux, openingsrede voorzitter Droz).

77 De Duitse delegatie had de vraag aan de orde gesteld of men niet, in plaats van een verdrag op basis van het beginsel van nationale behandeling, een alomvattende internationale codificatie van het auteursrecht van de Unielanden moest opstellen. Men achtte de tijd daarvoor evenwel niet rijp. Zie Actes BC 1884, p. 24 en p. 28-29 (Procès-verbaux); Droz 1885 (*Réponse*), p. 163; Lavollée 1887, p. 361; Bureau de l'Union, *DdA* 1888, p. 12; Ricketson & Ginsburg 2006, p. 62 e.v.

78 Röthlisberger 1906, p. 22. Onjuist is derhalve de stelling, die tegenwoordig door sommigen wordt geponeerd, dat de verdragsopstellers de vraag naar de toepasselijke wet vermeden omdat ze die te moeilijk vonden (in die zin bijvoorbeeld Batiffol 1971, p. 273; Locher 1993, p. 9; vgl. ook Schack 1979, p. 32). Vgl. ook de discussie over art. 10 lid 2 betreffende muziekwerken: de Commissie merkte op dat met de woorden "conformément à la législation de chacun des pays de l'Union" in die bepaling werd bedoeld dat "la législation applicable (…) est celle du pays où la protection est réclamée", zie Actes BC 1884, p. 55 (Rapport de la Commission). Terzijde zij in dit verband opgemerkt dat het Berner project ook uitgebreid werd besproken in het toonaangevende IPR-tijdschrift Journal du Droit International Privé (Clunet), onder meer door de voorzitter zelf van de Berner conferenties, Droz, die tijdens het wordingsproces van de Berner conventie hierover een aantal artikelen schreef (Droz 1884, p. 441-462; Droz 1885 (*Deuxième conférence*), p. 481-504 en Droz 1885 (*Réponse*), p. 163 e.v.).

79 Röthlisberger 1906, p. 22, schetste het kruispunt als volgt: "Bei dieser vorwiegenden Berückzichtigung des Landesrechts (…) konnte man zwei verschiedene Wege einschlagen: Entweder die völlige Gleichstellung der Verbandsautoren mit den Landesautoren aussprechen, also den Verbandsangehörigen in jedem Staate die gleiche gesetzliche Behandlung zuteil werden lassen wie den Einheimischen oder aber eine andere gegenseitige Behandlung in dem Sinne postulieren, dass die Verbandsstaaten sich verpflichteten, das fremde Gesetz, das Gesetz desjenigen Landes, in dem ein Verbandsautor ein Werk veröffentlicht, diesem Werke gegenüber auch bei sich anzuwenden." Zie ook Darras 1887, p. 684; Briggs 1906, p. 276-277.

80 Renault in: Lyon-Caen & Delalain 1889, Tome II, p. 249: "elle a joué un grand rôle dans les discussions qui ont précédé la signature de la Convention d'Union du 9 septembre 1886." (vgl. ook alinea's 106 en 141 hiervoor); Lyon-Caen 1884, p. 440; Renault in: Lyon-Caen & Delalain 1889, Tome II, p. 251 e.v.; Dambach 1883, p. 2-3. Dambach was betrokken bij de totstandkoming van het Frans-Duitse verdrag (vgl. Ratisbonne, Lermina & Pouillet 1889, p. 158) en nam later als Duitse gedelegeerde aan de Berner conferenties.

tot bescherming van de industriële eigendom.[81] Dit was het beginsel waarvoor gerenommeerde verenigingen als de 'Association Littéraire Internationale' en de 'Société des Gens de Lettres' hadden gepleit.[82] Dit was het beginsel dat door de Zwitserse gastheren van de conferentie werd voorgesteld; zij namen het beginsel van nationale behandeling van het Verdrag van Parijs bijna geheel woordelijk in hun voorstel over.[83]

175. Niettemin: ondanks deze vanzelfsprekende voorkeur voor het beginsel van nationale behandeling, bracht Droz met zijn vraagstelling óók de lex originis te berde. Als alternatief voor het beginsel van nationale behandeling noemde hij de mogelijkheid om de lex originis tot algemeen uitgangspunt (dus: tot toepasselijke wet) te maken, en hij verwees daarbij naar het voorstel van 'certains jurisconsultes'. Daarmee doelde hij, zo blijkt ook uit Droz' geschriften, op Fliniaux.[84] Zo kwam Fliniaux' voorstel in Bern ter tafel. Dat Droz de lex originis als alternatief presenteerde, getuigt overigens van een voor die tijd opmerkelijke ruimdenkendheid. De hegemonie van het beginsel van nationale behandeling was immers onbetwist, en toepasselijkheid van de lex originis was – in Fliniaux' eigen woorden – een "révolution complète dans les idées généralement reçues." [85] Overigens was enige praktijkervaring met toepasselijkheid van de lex originis in de Berner conferentiezaal aanwezig. Zwitserland, het gastland van de conferentie, had er in de praktijk ervaring mee opgedaan in zijn bilaterale auteursrechtverdragen, zoals bijvoorbeeld met Frankrijk. Het land had immers vóór 1883 nog geen federale auteurswet, zodat wederkerige nationale behandeling voor de andere verdragsluitende partij niet meer dan een lege huls zou zijn geweest; daarom werden verdragen met Zwitserland op de leest van de lex originis geschoeid.[86] En de Zwitserse ervaringen waren ronduit negatief. Het was, in de woorden van de Zwitser Röthlisberger, "eine sehr heikle Aufgabe." [87] Dat de Zwitserse gastheren in hun ontwerp-conventie het beginsel van nationale behandeling voorstelden was dus niet slechts ingegeven door traditie, maar ook door eigen ervaringen.

---

81 Art. 2 van het Verdrag van Parijs van 20 maart 1883: "Les sujets ou citoyens de chacun des États contractants jouiront, dans tous les autres États de l'Union, en ce qui concerne les brevets d'invention, les dessins ou modèles industriels, les marques de fabrique ou de commerce et le nom commercial, des avantages que les lois respectives accordent actuellement ou accorderont par la suite aux nationaux. En conséquence, ils auront la même protection que ceux-ci et le même recours légal contre toute atteinte portée à leurs droits, sous réserve de l'accomplissement des formalités et des conditions imposées aux nationaux par la législation intérieure de chaque État." Vgl. ook Bureau de l'Union, *DdA* 1910, p. 76 r.k. Het beginsel van nationale behandeling in het Verdrag van Parijs komt nog aan de orde in hoofdstuk 4.

82 Met betrekking tot de 'Association Littéraire Internationale', zie Actes BC 1884, p. 7 (ontwerp-verdrag Association Littéraire Internationale); Ratisbonne, Lermina & Pouillet 1889, p. 182; zie ook Clunet 1887, p. 12 e.v. Met betrekking tot de 'Société des Gens de Lettres', zie alinea 168 hiervoor.

83 Actes BC 1884, p. 11 (ontwerp-conventie Zwitserse Bondsraad), zie alinea 177 hierna.

84 Droz 1884, p. 449.

85 Fliniaux 1879, p. 143.

86 Zie noot 16 van dit hoofdstuk 2.

87 Röthlisberger 1906, p. 23; Bureau de l'Union, *DdA* 1895, p. 162. Het gaat om het Frans-Zwitserse verdrag van 23 februari 1882, alsmede zijn voorganger, het verdrag van 30 juni 1864 (Lyon-Caen & Delalain 1889, Tome II, p. 363 e.v.). Zie ook Dunant 1892, p. 245 e.v.; Ladas 1938, p. 51.

176. ***Keuze voor beginsel van nationale behandeling.*** Tezamen genomen was de lex originis geen reële conflictenrechtelijke optie, en het mag dan ook geen verwondering wekken dat de Berner verdragsopstellers – net als de verdragsopstellers van het Verdrag van Parijs enkele jaren eerder – kozen voor het beginsel van nationale behandeling, en daarmee voor toepasselijkheid van de wet van het land van import.[88] Stellig verwierpen zij de lex originis als uitgangspunt van de conventie: "Mit sicherm Ermessen wurde deshalb auf diese Lösung verzichtet (…)", aldus Röthlisberger.[89] De motieven van de verdragsopstellers om voor het beginsel van nationale behandeling te kiezen en verwijzing naar de lex originis te verwerpen lijken overigens eerder pragmatisch ingegeven dan theoretisch onderbouwd.[90] De verdragsopstellers zochten aansluiting bij de heersende voorkeur voor het beginsel van nationale behandeling omdat zij een verdrag wilden opstellen dat in de praktijk op brede steun zou kunnen rekenen.[91] Aan revoluties zoals die van Fliniaux, had men geen behoefte. Een andere overweging die een rol gespeeld lijkt te hebben, is de volgende. Toepasselijkheid van de lex originis betekent toepassing van verschillende rechtsstelsels. Dat vergt van rechters en andere betrokkenen een gedetailleerde kennis van al deze rechtsstelsels – en dat vond men bezwaarlijk.[92] Aldus werd het beginsel van nationale behandeling tot uitgangspunt van de conventie gekozen. Dit werd, in de woorden van voorzitter Droz, het "système de base" van de conventie. Direct volgend op het eerste artikel, krachtens welke de Unie werd opgericht, werd in artikel 2 het beginsel van nationale behandeling geproclameerd.

177. ***Redactie.*** Aan de redactie werd gedurende de verschillende conferenties het nodige gesleuteld. Uit de verschillende aanpassingen blijkt dat men welbewust op zoek was naar de duidelijkste redactie en dat men niet klakkeloos traditionele formuleringen overnam. De Zwitserse Bondsraad, die vrijwel woordelijk het beginsel van nationale behandeling van het Verdrag van Parijs van 1883 had overgenomen, had de volgende formulering in zijn ontwerp-conventie voorgesteld:

> "Les sujets ou citoyens de chacun des Etats contractants jouiront dans tous les autres Etats de l'Union, en ce qui concerne la protection des droits des auteurs sur leurs œuvres littéraires et

88 Actes BC 1884, p. 41-42 (Rapport de la Commission); Droz 1884, p. 448-449; Bureau de l'Union, *DdA* 1895, p. 163; Röthlisberger 1906, p. 22-23 en p. 99; Desbois, Françon & Kerever 1976, p. 13-14 en p. 150-151.

89 Röthlisberger 1906, p. 23.

90 Zie ook Desbois, Françon & Kerever 1976, p. 151.

91 Zie Actes BC 1885, p. 39 (Rapport de la Commission): "Animée du désir de voir le plus grand nombre possible de pays entrer dans l'Union, (...)."

92 Actes BC 1884, p. 30 (Procès-verbaux, opmerking Franse gedelegeerden Ulbach en Arago): "le système du traitement national (…) dispensant le juge de connaître les lois de tous les pays étrangers." Zie ook Bureau de l'Union, *DdA* 1895, p. 162; Briggs 1906, p. 277. Dit bezwaar komt ook naar voren in de travaux préparatoires van de conferentie van 1885, zie Actes BC 1885, p. 41 (Rapport de la Commission), waar de Commissie over toepassing van de lex originis ingevolge een materiële-reciprociteitsuitzondering opmerkte: "Or, un tel système aurait le grave inconvénient d'exiger soit des tribunaux, soit des éditeurs, une connaissance approfondie de toutes les législations particulières, et serait ainsi contraire à la notion même de l'Union qu'on veut créer." Dat praktische bezwaar tegen toepassing van de lex originis geldt evenzeer in het kader van een conflictenrechtelijke verwijzing naar die wet. Zie ook Droz 1885 (*Deuxième conférence*), p. 487-488. Ongetwijfeld zullen de Zwitserse ervaringen met de lex originis-conflictregel ("eine sehr heikle Aufgabe") ook een rol gespeeld hebben, zie Röthlisberger 1906, p. 23.

> artistiques, des avantages que les lois respectives accordent actuellement ou accorderont par la suite aux nationaux. En conséquence, ils auront la même protection que ceux-ci et le même recours légal contre toute atteinte portée à leurs droits, sous réserve de l'accomplissement des formalités et des conditions prescrites par la législation du pays d'origine." [93]

178. De conferentie van 1884 nam echter de vormgeving tot uitgangspunt die was gebruikt in (onder meer) het Frans-Duitse verdrag van 1883, luidende:

> "Les auteurs d'œuvres littéraires ou artistiques, que ces œuvres soient publiée ou non, jouiront dans chacun des deux pays réciproquement, des avantages qui y sont ou y seront accordés par la loi pour la protection des ouvrages de littérature ou d'art, et ils auront la même protection et le même recours légal contre toute atteinte portée à leurs droits que si cette atteinte avait été commise à l'égard d'auteurs nationaux." [94]

179. Een aantal aanpassingen werden doorgevoerd. Zo werd deze redactie aangepast aan het multilaterale karakter van de Berner Conventie. Verder werd, waarschijnlijk om een chicaneuze beperkende uitleg te voorkomen, niet over 'auteurswetten' maar over 'de wetten' gesproken.

180. Ten slotte werd de laatste zinsnede over "la même protection et le même recours légal" geschrapt. Daarmee week men bewust af van de praktijk in de bilaterale verdragen en het Verdrag van Parijs. De Franse gedelegeerde Lavollée had deze schrapping voorgesteld:

> "Cette stipulation, qui se retrouve dans presque toutes les conventions actuellement en vigueur, est, il est vrai, implicitement comprise dans le principe général consacré par le § 1er de l'article proposé; peut-être, en la formulant expressément, aurait-on prévenu toute incertitude et toute hésitation dans l'esprit des autorités qui seront chargées d'appliquer la convention. Dans tous les cas, il doit être bien entendu que ce changement de forme n'implique aucune modification quant au fond." [95]

181. Zijn voorstel werd met algemene instemming overgenomen. Men achtte deze zinsnede overbodig: dat de vreemde Unie-auteurs dezelfde bescherming en dezelfde rechtsmiddelen zullen hebben, volgt immers reeds uit het beginsel van nationale behandeling, zo concludeerden zij.[96] In de ontwerp-conventie van 1884 werd het beginsel van nationale behandeling vervolgens als volgt geformuleerd:

---

93 Art. 2 van de ontwerp-conventie van de Zwitserse Bondsraad (Actes BC 1884, p. 11).

94 Art. 1 van het Frans-Duitse verdrag van 19 april 1883 (Recueil des conventions (propriété littéraire) 1904, p. 70). Zie ook alinea 105 hiervoor over de voorganger van dit verdrag, het Frans-Pruisische verdrag van 1862. Vgl. ook Lavollée 1887, p. 361.

95 Actes BC 1884, p. 43 (Rapport de la Commission, opmerking Franse gedelegeerde Lavollée); met "ce changement" werd gedoeld op de schrapping van deze zinsnede.

96 Actes BC 1884, p. 43 (Rapport de la Commission, opmerking Franse gedelegeerde Lavollée; de voorzitter constateerde "que la Conférence est d'accord sur ce point"); Soldan 1887, p. 408; Dunant 1892, p. 216-217. Dat is overigens een conclusie die men alleen kan trekken indien men de conflictenrechtelijke betekenis van het beginsel van nationale behandeling onderkent.

> "Les auteurs ressortissant à l'un des pays contractants jouiront, dans tous les autres pays de l'Union, pour leurs œuvres, soit manuscrites ou inédites, soit publiées dans un de ces pays, des avantages que les lois respectives accordent actuellement ou accorderont par la suite aux nationaux." [97]

182. De conferentie van 1885 schaafde nog wat aan deze tekst. Zo kregen de rechtsopvolgers van de auteur een plaats toebedeeld, en werd "avantages" zonder nadere toelichting vervangen door het duidelijkere "droits".[98] Op de tekentafel van 1885 zag de tekst er als volgt uit:

> "Les auteurs ressortissant à l'un des pays de l'Union, ou leurs ayants cause, jouissent, dans les autres pays, pour leurs œuvres, soit publiées dans un de ces pays, soit non publiées, des droits que les lois respectives accordent actuellement ou accorderont par la suite aux nationaux." [99]

183. In deze redactie werd het beginsel van nationale behandeling uiteindelijk in de conventie van 1886 opgenomen. En dit is de tekst die – in zijn essentie – nog immer geldend recht vormt.[100]

184. ***Conventie van Montevideo 1889.*** Nadat de Berner verdragsopstellers kozen voor het beginsel van nationale behandeling, sloeg men in Latijns-Amerika enkele jaren later de andere weg in. De verdragsopstellers van de Conventie van Montevideo, die in 1889 werd gesloten tussen enkele Latijns-Amerikaanse landen, kozen voor toepasselijkheid van de lex originis:

> "L'auteur de toute œuvre littéraire ou artistique et ses successeurs jouiront, dans les Etats signataires, des droits que leur accorde la loi de l'Etat où aura lieu la première publication ou production de cette œuvre." [101]

---

97 Art. 2 van de ontwerp-conventie van 1884, zie Actes BC 1884, p. 77 (Textes adoptés). Zie alinea 225 hierna voor de uiteindelijke versie van 1886.

98 Zie ook Darras 1887, p. 602; Röthlisberger 1906, p. 24; Khadjavi-Goutard 1977, p. 17. Zie ook Cattreux 1889, p. 88: "(...) les mêmes avantages en matière de propriété littéraire et artistique – c'est-à-dire les mêmes droits de propriété." Over de rechtsopvolgers, zie ook alinea's 1050 en 1056 hierna.

99 Art. 2 van de ontwerp-conventie van 1885, zie Actes BC 1885, p. 74 (Textes adoptés).

100 Vgl. art. 5 lid 1 van de huidige conventie, zie par. 3.4.

101 Art. 2 van de Conventie van Montevideo van 11 januari 1889, Recueil des conventions (propriété littéraire) 1904, p. 39 en p. 536; Royer 1942, p. 278, zie ook p. 114 e.v. en p. 132 e.v.; Weiss 1908, p. 296; Ladas 1938, p. 635 e.v. en p. 654 e.v. Overigens bevatte art. 4 van deze conventie een materiële-reciprociteitsuitzondering waardoor de wet van het land van import moest worden geconsulteerd: de beschermingsduur onder de lex originis mocht worden ingekort tot een eventueel kortere duur van de wet van het land van import. Met de toepasselijkverklaring van de lex originis was in vreemdelingenrechtelijk opzicht echter nog niets bepaald, zodat de verdragsluitende staten zich gedwongen zagen nog een aanvullende bepaling over non-discriminatie op te nemen, zie art. 1 van het Protocole additionel van 12 februari 1889 (in de Franse vertaling: "Les lois des États contractants seront appliquées, les cas échéant, que les personnes intéressées dans l'affaire juridique dont il s'agit soient des nationaux ou des étrangers.", zie Recueil des conventions (propriété littéraire) 1904, p. 42 en p. 539; *DdA* 1897, p. 3-4). Toepasselijkheid van de lex originis bleef gehandhaafd in de herziene Conventie van Montevideo van 1939 (Royer 1942, p. 133). Ook de Conventie van Caracas van 17 juli 1911 kent een lex originis-conflictregel, zelfs zonder de duur-uitzondering van de Conventie van Montevideo; zie Royer 1942, p. 115 en p. 134; Ladas 1938, p. 657.

185. De keuze van Montevideo ontging de Berner gemeenschap niet en men prees zich gelukkig dat de opstellers van de Berner Conventie de onwerkbare lex originis-toepasselijkheid hadden verworpen.[102] De Conventie van Montevideo is inderdaad geen succes geworden.[103] Zij is in de mist der tijden verdwenen, terwijl de Berner Conventie is uitgegroeid tot de wereldwijde standaard.

2.2.2. Analyse van de keuze voor het Berner beginsel van nationale behandeling

a. Een anachronistische keuze?

186. ***Statutistische oplossing.*** Met hun keuze voor het vertrouwde beginsel van nationale behandeling bleven de Berner verdragsopstellers binnen de traditie die in het internationale intellectuele-eigendomsrecht c.q. auteursrecht was gegroeid – een traditie die was ontstaan in de eerste helft van de negentiende eeuw. Het beginsel van nationale behandeling werd immers in die tijd ontwikkeld als tegengif voor de in die tijd bestaande toestand van rechteloosheid. In conflictenrechtelijk opzicht, zo zagen wij eerder, is het beginsel van nationale behandeling dan ook gevormd door de in die tijd heersende pre-Savigniaanse statutenleer.[104] Zijn oplossing kan niet los worden gezien van de statutistische afbakeningsmethode en van de algemene toenmalige statutistische grondgedachte van het formele-territorialiteitsbeginsel.

187. ***Savigniaans conflictenrecht.*** In de tweede helft van de negentiende eeuw voltrok zich in het conflictenrecht evenwel een aardverschuiving. Friedrich Carl von Savigny ontwikkelde in de achtste band van zijn 'System des heutigen Römischen Rechts', gepubliceerd in 1849, een nieuw conflictenrecht.[105] Zijn conflictenrechtelijke model heeft de statutenleer verdrongen in (grofweg) de tweede helft van de negentiende eeuw, en bepaalt sedertdien ons continentale conflictenrecht. In het Savigniaanse conflictenrecht gaat het niet, zoals in het statutistische conflictenrecht, om de afbakening van het toepassingsbereik van de eigen wet,

---

102 Bureau de l'Union, *DdA* 1895, p. 162; Briggs 1906, p. 277. Om bescherming voor hun auteurs in Latijns-Amerika zeker te stellen traden sommige landen van de Berner Unie niettemin toe tot de Conventie van Montevideo (vgl. Bureau de l'Union, *DdA* 1937 (*Conventions*), p. 27). In zijn bespreking van de Conventie van Montevideo constateerde Röthlisberger 1901, p. 177, dat deze conventie met haar curieuze (!) keuze voor de lex originis de conflictenrechtelijke tegenpool van de Berner Conventie is: "Néanmoins, ce n'est pas le régime de l'assimilation de l'auteur étranger au national, qui a été adopté, comme c'est le cas pour la Convention de Berne, mais, chose curieuse, le régime opposé. L'auteur jouit dans les autres pays signataires des droits dont l'a investi la loi du pays de première publication. (…) dans le régime créé par la Convention de Montevideo, la loi du pays d'origine constitue pour l'œuvre une sorte de statut personnel, elle l'accompagne dans les autres pays signataires et l'entoure de ses garanties, sauf qu'elle ne peut lui assurer une durée de protection plus longue que celle dont jouit l'œuvre du national." Röthlisberger is kritisch over de keuze van Montevideo voor de lex originis als uitgangspunt.

103 Reeds in 1910: Bureau de l'Union, *DdA* 1910, p. 3 ('irréalisable'). Voorts: Boytha 1988, p. 406; Fawcett & Torremans 1998, p. 475. Spoendlin 1988, p. 18 noemt het verdrag een "Kuriosum" om zijn lex originis-conflictregel. Over de slechte sfeer waarin het verdrag tot stand kwam, zie Zeballos 1897, p. 11.

104 En datzelfde geldt voor het probleem dat het beginsel van nationale behandeling te lijf ging: de toestand van rechteloosheid.

105 Von Savigny 1849.

maar om het opsporen van (het rechtsgebied van) het rechtsstelsel waar de rechtsverhouding "seiner eigenthümlichen Natur nach angehört oder unterwurfen ist (worin dasselbe seinen Sitz hat)." [106] Dit is een wezenlijk ander conflictenrechtelijk systeem, waar de statutistische oplossing van het beginsel van nationale behandeling niet in paste – dit komt later in deze studie nog aan de orde.[107]

188. ***Waarom toch oude oplossing?*** Waarom stapten de Berner verdragsopstellers anno 1884 dan niet over op het nieuwe, oprukkende conflictenrecht? Waarom ontwierpen zij geen Savigniaanse conflictregel, maar hielden zij vast aan de oude, onder de statutenleer ontkiemde oplossing? Het antwoord ligt in de combinatie van twee redenen. In de eerste plaats bracht het Savigniaanse conflictenrecht geen verandering voor het intellectuele-eigendomsrecht c.q. het auteursrecht. Het intellectuele-eigendomsrecht werd in de negentiende eeuw geacht volledig buiten het bereik van het Savigniaanse conflictenrecht te vallen. Dit conflictenrecht zag kort gezegd op het privaatrecht, en het intellectuele-eigendomsrecht werd in die tijd, vanuit conflictenrechtelijk oogpunt, daarentegen sterk geassocieerd met publiekrecht c.q. strafrecht, dat door het formele-territorialiteitsbeginsel werd (en wordt) beheerst.[108] Het nieuwe, Savigniaanse conflictenrecht had zich dus nog niet opgedrongen aan het intellectuele-eigendomsrecht. De heersende leer was nog immer dat dit rechtsgebied werd beheerst door het formele-territorialiteitsbeginsel. Men kon dus rustig vasthouden aan het beginsel van nationale behandeling. Daar komt bij – dat is de tweede reden – dat het beginsel van nationale behandeling de leidende en beproefde oplossing in het intellectuele-eigendomsrecht was. Het had zijn deugdelijkheid en effectiviteit volop bewezen, en de behoefte om te experimenteren ontbrak.

189. Zo ging de Savigniaanse revolutie in de tweede helft van de negentiende eeuw voorbij aan de Berner Conventie. Men bleef varen op het beproefde kompas van het beginsel van nationale behandeling. Tegen deze achtergrond kan de keuze van de Berner verdragsopstellers voor het beginsel van nationale behandeling niet als een anachronisme worden afgedaan. Het was een voor die tijd begrijpelijke keuze, die geheel in lijn lag met de toenmalige opvattingen over het karakter van het intellectuele-eigendomsrecht. Zo gaven de Berner verdragsopstellers met hun keuze voor het beginsel van nationale behandeling (en daarmee voor het formele-territorialiteitsbeginsel) een onder de statutenleer geboren oplossing aan ons door – een oplossing die tot op de dag van vandaag nog geldend recht is.

---

106 Von Savigny 1849, p. 108.

107 Zie par. 5.1.2.

108 Dit komt nader ter sprake in par. 5.1.3. Men herinnere zich de eerder aangehaalde uitspraak van de Italiaanse Corte di cassazione in haar arrest van 14 januari 1900: "(…) c'est dans cette loi seule que le juge puise sa propre jurisdiction et c'est elle seule qu'il est en mesure d'appliquer", zie noot 40 en noot 88 van hoofdstuk 1. Men vergelijke het met het strafrecht, dat tot op heden onderworpen is (gebleven) aan het formele-territorialiteitsbeginsel. Zó zag men anno 1884 ook het intellectuele-eigendomsrecht. En zo heeft men dat nog lange tijd gezien. Pas in de loop van de twintigste eeuw werd het intellectuele-eigendomsrecht zozeer als normaal privaatrecht ervaren dat men het – onbewust – ging benaderen vanuit het Savigniaanse model. Dit komt nader ter sprake in par. 5.1.3.

b. Andere bevestigingen van de conflictregel in het Berner beginsel van nationale behandeling

190. ***Andere bevestigingen.*** Met de keuze voor het beginsel van nationale behandeling kozen de Berner verdragsopstellers dus voor de gebruikelijke tweeledige standaardoplossing: non-discriminatie en toepasselijkheid van de wet van het land van import. Het Berner beginsel van nationale behandeling week niet af van zijn voorgangers in de bilaterale verdragen. Bezien wij, ter verdere corroboratie van de conflictregel in het Berner beginsel van nationale behandeling, deze conflictregel ook nog vanuit enkele andere invalshoeken.

(i) Travaux préparatoires

191. ***Bevestigingen in travaux préparatoires.*** Dat de verdragsopstellers zich bewust waren van de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling blijkt ook uit de travaux préparatoires.[109] Laten wij enkele voorbeelden onder de loep nemen. Daarbij dienen wij ons te realiseren dat, zoals al eerder ter sprake kwam, de conflictenrechtelijke betekenis van het beginsel van nationale behandeling voor de negentiende-eeuwers evident, logisch en nooit bestreden was.[110] Men mag in dit opzicht derhalve niet teveel verwachten van de Berner travaux préparatoires.[111] En hedendaags Savigniaans idioom zal men er sowieso niet in aantreffen. Wie echter onder de oppervlakte kijkt, ziet wel degelijk dat de Berner verdragsopstellers zich bewust waren van de conflictenrechtelijke kant van het beginsel van nationale behandeling.[112]

192. Zo zagen wij reeds hoe voorzitter Droz het conflictenrecht ter tafel bracht in zijn openingsrede tijdens de conferentie in 1884: moest de lex originis het algemene uitgangspunt van de conventie worden of het beginsel van nationale behandeling? Daarmee hebben de verdragsopstellers de vraag naar de toepasselijke wet onder ogen zien. Zij waren er op gewezen dat zij ook de lex originis tot toepasselijke wet konden maken – een mogelijkheid die zij verwierpen.[113] Het beginsel van nationale behandeling, zo realiseerde men zich tijdens deze beraadslagingen, heeft het voordeel dat de rechter alleen zijn eigen vertrouwde wet toepast: “le système du traitement national (…) dispensant le juge de connaître les lois de tous les pays

109 Actes BC 1884; Actes BC 1885; Actes BC 1886.

110 Men herinnere zich de welhaast terloopse opmerking van Darras: “une des conséquences forcées de l‘assimilation est de rendre applicables à tout délit les lois du pays de la contrefaçon; cela est évident et aucune dérogation n‘a été apportée à cette déduction logique.” (Darras 1887, p. 606).

111 Dit wordt bijvoorbeeld miskend door Schack 1979, p. 32 die meent dat de ontstaansgeschiedenis van de conventie tegen een conflictenrechtelijk gehalte van het beginsel van nationale behandeling pleit omdat de term ‘conflit de lois’ niet expliciet in de Actes figureert. Zie ook noot 78 van dit hoofdstuk 2.

112 Daarnaast zijn de uitwerkingen van die conflictregel elders in de conventie ook zichtbaar. Zo merkte de Commissie in de discussie over art. 10 lid 2 betreffende muziekwerken bijvoorbeeld op dat met de woorden “conformément à la législation de chacun des pays de l’Union” in die bepaling werd bedoeld dat “la législation applicable (…) est celle du pays où la protection est réclamée”, zie Actes BC 1884, p. 55 (Rapport de la Commission).

113 Actes BC 1884, p. 21 (Procès-verbaux, openingsrede voorzitter Droz); zie alinea 171 e.v. hiervoor.

étrangers." [114] – dat is een vaststelling die alleen mogelijk is indien men de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling onderkent.

193. Dat de verdragsopstellers zich bewust waren van de conflictregel in het Berner beginsel van nationale behandeling is ook goed zichtbaar in de opgetekende discussie over de duur van de bescherming. De duur van de bescherming was een heet hangijzer. Zij varieerde sterk van land tot land. Daarom werd op dit punt in de bilaterale verdragen steevast een materiële-reciprociteitsuitzondering gemaakt, zoals wij al eerder zagen. De Zwitserse Bondsraad had in zijn ontwerp-conventie echter géén uitzondering voor de beschermingsduur opgenomen omdat hij streefde naar een zo zuiver mogelijk beginsel van nationale behandeling. Men constateerde dat het beginsel van nationale behandeling dan kon meebrengen dat een vreemd werk moest worden beschermd terwijl het in zijn land van oorsprong niet langer meer werd beschermd:

> "Avec le système du traitement national, tel qu'il est proposé par le Conseil fédéral, il peut arriver qu'une œuvre soit protégée plus longtemps dans un pays étranger que dans le pays d'origine de l'auteur, (…)." [115]

Ook dat is een vaststelling die alleen mogelijk is indien men de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling onderkent.

194. Dit is ook zichtbaar bij de discussie over het omgekeerde geval. De Italiaanse delegatie drong aan op toevoeging van een zinsnede inhoudende dat de beschermingsduur voor vreemde auteurs niet langer zal zijn dan die voor nationale auteurs.[116] Zo'n bepaling werd echter overbodig geacht omdat dit al uit het beginsel van nationale behandeling volgt. Immers, zo merkte men op, het beginsel van nationale behandeling "stipule l'application aux étrangers de la loi nationale." [117] Violà, een kernachtig en duidelijk voorbeeld.

195. Een laatste voorbeeld, dat ook voor zich spreekt: de Commissie van de conferentie van 1885 verwoordde in haar rapport de strekking van het beginsel van nationale behandeling als "(…) à assurer aux auteurs étrangers le traitement accordé aux auteurs nationaux par la législation intérieure de chaque pays." [118]

---

114 Actes BC 1884, p. 30 (Procès-verbaux, opmerking Franse gedelegeerden Ulbach en Arago).
115 Actes BC 1884, p. 30 (Procès-verbaux, opmerking Duitse gedelegeerden Meyer en Reichardt).
116 Actes BC 1885, p. 21 (Procès verbaux, opmerking Italiaanse gedelegeerde Rosmini). Een dergelijke bepaling ("la durée de leur jouissance dans l'autre pays ne pourra excéder celle fixée par la loi pour les auteurs nationaux") was een gebruikelijke formule in de bilaterale verdragen. Zie bijvoorbeeld art. 1 lid 2 van het Frans-Duitse verdrag van 1883 (zie alinea 141 hiervoor).
117 Actes BC 1885, p. 21 (Procès verbaux, opmerking Duitse gedelegeerde Reichardt). De Commissie sloot zich hierbij aan, en haar opmerking vormt nog een bevestiging: " (…) il résulte déjà suffisament du paragraphe premier que la protection assurée aux auteurs étrangers est celle dont jouissent les nationaux; il va donc sans dire qu'elle ne saurait être plus étendue." Actes BC 1885, p. 41 (Rapport de la Commission); zie ook Actes BC 1884, p. 42 (Rapport de la Commission); Soldan 1887, p. 410.
118 Actes BC 1885, p. 39 (Rapport de la Commission), onderstreping toegevoegd.

(ii) Een gedachte-experiment aan de hand van de doelstelling van de conventie

196. ***Gedachte-experiment.*** Wij hebben vastgesteld dat de Berner verdragsopstellers voortborduurden op de beproefde oplossing van het beginsel van nationale behandeling, een oplossing die haar deugdelijkheid en effectiviteit al bewezen had. Zij volgden de traditie die in het internationale auteursrecht was gegroeid. Laten wij nu even afdwalen en – bij wijze van gedachte-experiment – deze traditie ecarteren. Stel dat de verdragsopstellers zich hier niets aan gelegen zouden laten liggen en een nieuwe oplossing zouden bedenken. Hoe zouden zij dan de problemen in hun tijd te lijf zijn gegaan? Hoe zouden zij de conventie opzetten om te komen tot "een zo doeltreffend en eenvormig mogelijke internationale bescherming van de rechten van de auteur"?[119] Onze blanco-verdragsopstellers konden, al dan niet in combinatie, op drie vlakken maatregelen treffen: op materieelrechtelijk, conflictenrechtelijk en vreemdelingenrechtelijk vlak.

197. ***Materieelrechtelijke maatregelen.*** In de eerste plaats konden zij zelf een beschermingsregime optuigen, een internationale codificatie van het auteursrecht. Zij zouden, met andere woorden, maatregelen kunnen treffen op materieelrechtelijk vlak. Zou een louter-materieelrechtelijke regeling voldoende zijn voor een zo doeltreffend en eenvormig mogelijke internationale bescherming van de rechten van de auteur? Ja. Dit zou uiteraard de meest eenvormige bescherming opleveren. Conflictenrechtelijke en vreemdelingenrechtelijke maatregelen zouden dan in beginsel niet nodig zijn. Wij zagen reeds dat de verdragsopstellers deze oplossing bespraken, maar dat zij alras tot de conclusie kwamen dat de tijd niet rijp was voor een internationale codificatie.[120] Een materieelrechtelijke regeling was niet haalbaar, hooguit op enkele punten: zo bleef het bij een hele bescheiden eerste aanzet tot een internationale codificatie. Andere maatregelen waren dus geboden.

198. ***Conflictenrechtelijke maatregelen.*** Waar de beoogde conventie zelf niet of nauwelijks een beschermingsregime creëerde, lag het voor de hand om te verwijzen naar een beschermingsregime op nationaal niveau. Deze vraag – de vraag welke materiële rechtsregels in een internationaal geval toepasselijk zijn – betreft het conflictenrecht. Dit was het tweede vlak waarop de verdragsopstellers maatregelen konden treffen. Zou een louter-conflictenrechtelijke regeling voldoende zijn voor een zo doeltreffend en eenvormig mogelijke internationale bescherming van de rechten van de auteur? Weliswaar zou aldus duidelijkheid bestaan over de toepasselijke rechtsregels, maar daarmee zou discriminatie van vreemde werken of auteurs nog niet verboden zijn. Behalve een conflictenrechtelijke regeling was dus ook een vreemdelingenrechtelijke regeling noodzakelijk.

---

119 Zie alinea 170 hiervoor.
120 Zie alinea 172 hiervoor.

199. ***Vreemdelingenrechtelijke maatregelen.*** De meest voor de hand liggende maatregel op vreemdelingenrechtelijk vlak was non-discriminatie van vreemde werken en vreemde auteurs: binnen het verbond van verdragsluitende staten mogen vreemde werken en vreemde auteurs uit andere verdragsluitende staten niet worden gediscrimineerd. Zou deze louter-vreemdelingenrechtelijke regeling voldoende zijn voor een zo doeltreffend en eenvormig mogelijke internationale bescherming van de rechten van de auteur? Als de conventie zich zou beperken tot deze louter-vreemdelingenrechtelijke oplossing, zou zij de vraag welke materiële rechtsregels moeten worden toegepast, ongeregeld laten. De verdragsluitende staten zouden dan de vrijheid behouden om, behalve hun materiële auteursrecht, ook de conflictenrechtelijke vraag naar eigen goeddunken te regelen. De conventie zou, ingevolge het non-discriminatiebeginsel, slechts eisen dat de nationale conflictregel en het nationale recht geen onderscheid maken tussen vreemde werken en vreemde auteurs enerzijds en eigen werken en eigen auteurs anderzijds. Dergelijke nationale conflictenrechtelijke vrijheid laat de mogelijkheid van een pluraliteit van uiteenlopende nationale conflictregels binnen de Unie open. Het ene land kiest bijvoorbeeld voor toepasselijkheid van de wet van het land van import, een ander land voor de lex originis.[121] Wij zagen reeds dat een toepasselijkheid van de lex originis aantrekkelijk is voor landen met een hoog beschermingsniveau.[122] Daarnaast is ook nog een scala van uiteenlopende dépeçerende tussenvormen mogelijk. In het internationale speelveld zou het bepalen van het in concreto toepasselijke beschermingsregime moeizaam, complex en onoverzichtelijk worden. Zonder een uniforme conflictenrechtelijke regeling kan men van een zo doeltreffend en eenvormig mogelijke internationale bescherming derhalve moeilijk spreken. Bovendien zou nationale conflictenrechtelijke vrijheid de mogelijkheid openlaten om het non-discriminatiebeginsel te ondermijnen. Zo kan een lex originis-conflictregel in een land met een hoog beschermingsniveau worden gezien als feitelijke (materiële) discriminatie van vreemde werken of auteurs. Zij worden immers gehouden aan hun inferieure lex originis, terwijl de nationale werken of auteurs de bescherming van hun superieure lex originis deelachtig zijn. Vanuit vreemdelingenrechtelijke invalshoek valt daar strikt genomen evenwel niets op aan te merken, want zij worden hetzelfde behandeld als de nationale werken of auteurs: zij worden allen getrakteerd op dezelfde lex originis-conflictregel.[123] Subtieler – en voor de hand liggender – zijn in dit verband dépeçerende tussenvormen. Men kiest dan voor algemene toepasselijkheid van de wet van het land van import, maar verklaart de lex originis toepasselijk op die auteursrechtelijke thema's waarin men in internationaal opzicht uitblinkt. Stel dat de eigen wet de

121 Als een louter-vreemdelingenrechtelijke conventie al een definitie van het land van oorsprong zou bevatten – wat vanuit een vreemdelingenrechtelijke optiek strikt genomen niet nodig is –, is het bovendien de vraag of de nationale wetgever bij het opstellen van een nationale conflictregel daaraan gebonden zou zijn. Dat zou betekenen dat ook weer verschillende lex originis-verwijzingen kunnen ontstaan: het ene land verwijst bijvoorbeeld naar het land van eerste publicatie, een ander land naar de nationale wet van de auteur.

122 Zie alinea 164 hiervoor.

123 De vreemde auteurs kunnen dan alleen ontsnappen aan hun inferieure lex originis door – afhankelijk van de definitie van het 'land van oorsprong' in het andere land – hun werk voor het eerst in het land met een hoog beschermingsniveau te publiceren, of de nationaliteit van dat land te verkrijgen.

langste beschermingsduur kent. Verklaart men nu op dit aspect van de auteursrechtelijke bescherming de lex originis toepasselijk, dan worden vreemde werken of auteurs in de praktijk minder lang beschermd dan de eigen werken of auteurs. Aldus stelt vrijheid op conflictenrechtelijk vlak de nationale wetgever in staat binnen bepaalde marges non-discriminatie te ondermijnen. Kortom: wilde de conventie een enigszins serieuze internationale bescherming garanderen, dan waren louter-vreemdelingenrechtelijke maatregelen onvoldoende. Een beschermingsregime (materieel recht), of tenminste de uniforme aanwijzing daarvan (conflictenrecht), moest worden bijgeleverd. En waar de conventie zelf niet of nauwelijks een beschermingsregime kon leveren, moest derhalve wel worden voorzien in een conflictenrechtelijke oplossing.

200. ***Conclusie: conflictregel noodzakelijk.*** Dit gedachte-experiment leert ons dat de Berner verdragsopstellers wel een conflictregel in hun conventie *moesten* opnemen; zij konden zich niet beperken tot het opruimen van vreemdelingenrechtelijke barrières. Waar op materieelrechtelijk vlak maar weinig maatregelen getroffen konden worden, waren de verdragsopstellers voor een zo doeltreffend en eenvormig mogelijke internationale bescherming wel gedwongen om zowel maatregelen op vreemdelingenrechtelijk vlak (non-discriminatie) als maatregelen op conflictenrechtelijk vlak (aanwijzing van een toepasselijke wet) te treffen. En die twee vliegen sloeg het beginsel van nationale behandeling in één klap.

(iii) Literatuur en rechtspraak

201. De conflictregel in het Berner beginsel van nationale behandeling is in de jaren na de totstandkoming van de conventie ook keurig onderkend in literatuur en jurisprudentie.

202. ***Bevestiging door Bureau.*** Zo omschreef het ingevolge artikel 16 van de conventie opgerichte 'Bureau de l'Union internationale pour la protection des œuvres littéraires et artistiques' ('Bureau van de Berner Unie')[124] het beginsel van nationale behandeling – "le principe fondamental de la convention" – enkele jaren na de inwerkingtreding van de Berner Conventie als volgt:

> "Quand il s'agit d'une œuvre susceptible d'être protégée dans un pays contractant et jouissant encore de la protection dans la pays d'origine, cette œuvre est protégée dans chaque pays unioniste absolument comme l'œuvre d'un auteur national, et la lex fori doit lui être appliquée dans toute son étendue, à moins que la Convention n'impose une disposition codifiée encore plus favorable." [125]

124 Zie noot 18 van de Inleiding.

125 Bureau de l'Union, *DdA* 1895, p. 164-165 (onderstreping toegevoegd); zie ook Bureau de l'Union, *DdA* 1899, p. 12. Over de hier gebezigde term 'lex fori', zie noot 13 van dit hoofdstuk 2.

203. Kernachtig werd het tijdens de Berlijnse conferentie samengevat: "le système du traitement national, qui impliquait l'application pure et simple de la loi territoriale." [126]

204. ***Bevestiging in rechtspraak.*** Zo ook de hoogste rechterlijke instanties van verdragsluitende staten, zoals de Franse Cour de cassation[127], het Duitse Reichsgericht[128], en de Italiaanse Corte di cassazione.[129] Later oordeelde ook de Hoge Raad in die zin.[130]

205. ***Bevestiging in literatuur.*** De conflictregel in het Berner beginsel van nationale behandeling werd ook – doorgaans impliciet – onderkend in de literatuur in verschillende landen uit die periode[131], zoals door Allart[132]; Von Bar[133]; Bastide[134];

126 Actes BC 1908, p. 160, en ook p. 162 (Procès-verbaux, toespraak gedelegeerde Osterrieth namens gastland Duitsland); zie ook Actes BC 1908, p. 200 (voorstel Frankrijk).

127 Cass. crim. 15 juni 1899, *JDI* 1899, p. 821 (May fils/Landsberg): "Attendu que si *l'article 2 de la convention de Berne accorde aux auteurs ressortissants de l'un des pays de l'Union la protection des lois du pays dans lequel la contrefaçon a été commise*, c'est sous la réserve que la jouissance de ce droit sera subordonnée à l'accomplissement des conditions et des formalités prescrites par la législation du pays d'origine de l'œuvre prétendue contrefaite" (cursivering toegevoegd). Eveneens zeer duidelijk verwoord door het Tribunal de première instance Nancy 24 juni 1889 (Héritiers Schneider/Berger-Levrault e.a.), te kennen uit *JDI* 1890, p. 677: "Attendu qu'aux termes (…) de la convention internationale signée à Berne le 9 septembre 1886 (…) *les auteurs allemands ou leurs ayants-cause jouissent en France, pour la protection de leurs œuvres, des droits que les lois françaises sur la propriété littéraire accordent aux auteurs français*" (cursivering toegevoegd).

128 RG 24 februari 1899, *RGSt* 32, p. 41-46 (Litolff/Riessner; 'Polyphon'), p. 43 (zie ook *DdA* 1901, p. 5 e.v. en Röthlisberger 1906, p. 25); zie ook Königliches Landgericht Leipzig 8 oktober 1899, *DdA* 1899, p. 10 e.v. (Litolff/Riessner; 'Polyphon').

129 Corte di cassazione 14 januari 1900, *Monitore dei Tribunali*, Vol. 41, 1900, II serie, vol. 3, p. 176-177 (Albrecht & Meister/Gualassini), zie alinea 89 hiervoor. In de Franse vertaling in *DdA* 1900, p. 121: "le principe fondamental (…) consiste à étendre aux auteurs d'œuvres publiées à l'étranger (…) la protection de la loi nationale de chaque pays. (…). Une fois les formalités remplies (…), l'auteur peut exercer le droit lui appartenant, conformément aux principes et aux sanctions que consacre la loi de l'État où il entend le faire valoir, car c'est dans cette loi seule que le juge puise sa propre jurisdiction et c'est elle seule qu'il est en mesure d'appliquer." Het formele-territorialiteitsbeginsel komt in deze overweging fraai uit de verf.

130 HR 13 februari 1936, *NJ* 1936, 443 m.nt. EMM (Tuschinki/Gema; 'Das Blaue Licht II'), p. 782, r.k.: "(…) dat het systeem der herziene Berner Conventie niet dit is, dat een auteur in het land van oorsprong een auteursrecht verkrijgt, dat ook in de andere Verbondslanden erkenning en bescherming vindt, doch – gelijk onmiskenbaar blijkt uit het eerste en tweede lid van art. 4 zoomede uit de geschiedenis van de totstandkoming van de herziening – die herziene Conventie aan den auteur, onafhankelijk van het al dan niet bestaan van bescherming in het land van oorsprong, in ieder Verbondsland een recht geeft, in omvang en in werking gelijk aan hetwelk de eigen wetgeving van dat Verbondsland bij rechtstreeksche toepasselijkheid van die wetgeving aan de nationalen verleent." Het oordeel heeft betrekking op de in 1908 herziene conventie (Nederland trad immers pas in 1912 tot de Unie toe), maar dat maakt voor het onderhavige punt geen verschil.

131 De hier vermelde literatuur betreft de beginperiode van de Berner Conventie. Verdere ontwikkelingen komen ter sprake in hoofdstuk 5.

132 Allart 1909, p. 61 ("L'art. 2 décide que les ressortissants de l'un des pays de l'Union jouissent dans les autres pays 'des droits que les lois respectives accordent actuellement ou accorderont par la suite aux nationaux'. C'est donc la loi du pays où l'auteur demande protection qui doit être appliquée."); zie ook p. 62 en p. 65.

133 Von Bar 1889, Bd. II, p. 242 en p. 258. Ook ontkracht Von Bar de stelling van d'Orelli dat de conferentie zou hebben gekozen voor verwijzing naar de lex originis (d'Orelli 1887, p. 22-23). Terecht merkt hij op dat Orelli's visie "mit der gesammten bisherigen Praxis in entschiedenstem Widerspruch steht." d'Orelli lijkt op zijn – overigens innerlijk tegenstrijdige – betoog impliciet terug te komen in d'Orelli 1889, p. 2. Overigens maakt hij aldaar weer een andere ernstige misser, zie daarover noot 169 van dit hoofdstuk 2.

134 Bastide 1890, p. 96-103 (p. 98). Zelf had Bastide liever een lex originis-conflictregel in de conventie gezien, zie alinea 162 hiervoor.

Briggs[135]; Clunet[136]; Copinger[137]; Darras[138]; Droz[139]; Dunant[140]; Lavollée[141]; Potu[142]; Pouillet[143]; Röthlisberger[144]; Soldan[145]; Vaunois[146] ; Venezian[147]; Wauwermans[148]; Weiss.[149] Zo ook de Nederlandse auteurs, toen de Berner Conventie enige tijd later in het Nederlandse vizier kwam, bijvoorbeeld De Beaufort[150], Van Praag[151] en Snijder van Wissenkerke.[152]

2.2.3. Uitzonderingen en aanvullingen op het Berner beginsel van nationale behandeling

206. ***Uitzonderingen.*** Met de keuze voor het beginsel van nationale behandeling was het uitgangspunt van de Berner Conventie vastgelegd, en wij hebben gezien dat de verdragsopstellers de dubbele betekenis van het beginsel van nationale behandeling volledig onderkenden. Daarmee zijn wij bij de volgende vraag aangekomen. In de bilaterale verdragen van die tijd waren, zo hebben wij eerder geconstateerd, rond het beginsel van nationale behandeling complicaties ontstaan, doordat op dit beginsel uitzonderingen werden gemaakt. Deze complicaties vormden één van de problemen waarin de wirwar van bilaterale verdragen vastliep – en daarmee waren deze complicaties mede een aanleiding voor het Berner project. Hoe nu gingen de Berner verdragsopstellers deze problematiek te lijf? Welke uitzonderingen maakten zij op hun beginsel van nationale behandeling?

135 Briggs 1906, p. 277.
136 Clunet 1887, p. 46-49. Clunet was lid en rapporteur van de Commissie die zich boog over het ontwerp-verdrag van 1883 van de 'Association Littéraire Internationale' (Ratisbonne, Lermina & Pouillet 1889, p. 144; zie ook *JDI* 1883, p. 563).
137 Copinger/Easton 1915, p. 307.
138 Darras 1887, p. 380-385, p. 534 en p. 606.
139 Droz 1884, p. 448-449; Droz 1885 (*Deuxième conférence*), p. 487-488. Droz was voorzitter van de conferenties in 1884, 1885 en 1886. Eerder was hij voorzitter van de conferentie van de 'Association Littéraire Internationale' in 1883 (Ratisbonne, Lermina & Pouillet 1889, p. 140).
140 Dunant 1892, p. 216-217.
141 Lavollée 1887, p. 364. Lavollée was gedelegeerde namens Frankrijk bij de Berner conferenties in 1884 en 1885.
142 Potu 1914, p. 45.
143 Pouillet 1894, p. 791 (nr. 859), die over art. 2 opmerkt: "Le système de la convention est donc l'assimilation absolue de l'étranger aux nationaux (…). C'est, par conséquent, la loi française qui, en France, sera applicable aux ressortisants des autres pays." Pouillet was lid van de Commissie die zich boog over het ontwerp-verdrag van 1883 van de 'Association Littéraire Internationale' (Ratisbonne, Lermina & Pouillet 1889, p. 143; zie ook *JDI* 1883, p. 563).
144 Röthlisberger 1906, p. 22-27, en p. 99. Röthlisberger was secretaris van het Bureau van Berner Unie, en trad op als secretaris van de latere conferenties in Parijs (1896) en Berlijn (1908). Later werd hij Directeur van het Bureau.
145 Soldan 1887, p. 408; Soldan 1888, p. 16. Soldan was secretaris van de Berner conferenties in 1884, 1885 en 1886.
146 Vaunois 1910, p. 11.
147 Venezian 1909, p. 65-66.
148 Wauwermans 1910, p. 59 e.v.; zie ook Wauwermans 1894, p. 392-393.
149 Weiss 1912, p. 493-494.
150 De Beaufort 1909, p. 343 e.v. en p. 348.
151 Van Praag 1912, p. 21-24 (met name p. 23).
152 Snijder van Wissenkerke 1913, p. 68.

a. Uitzondering 1: formaliteiten

207. ***Formaliteiten.*** In de eerste plaats werd een uitzondering gemaakt voor wat betreft de in acht te nemen formaliteiten. In het stelsel van de bilaterale verdragen was, zoals wij eerder zagen, een hinderlijk woud van formaliteiten gegroeid. Toepassing van het beginsel van nationale behandeling op deze kwestie zou geen oplossing zijn; dan zouden de formaliteiten van ieder Unieland apart moeten worden vervuld. Dat zou ondoenlijk zijn.[153] Op verschillende congressen was de wens geuit dat enkel nog de formaliteiten in acht moesten worden genomen die de wet in het land van oorsprong stelde.[154] Zonder veel discussie gaven de Berner verdragsopstellers aan deze wens gehoor.[155] De bescherming van de wet van het land van import werd afhankelijk gesteld van de inachtneming van de formaliteiten die de lex originis voorschrijft.[156] In artikel 2 werd, direct volgend op het beginsel van nationale behandeling in lid 1, in het tweede lid bepaald:

> "La jouissance de ces droits est subordonnée à l'accomplissement des conditions et formalités prescrites par la législation du pays d'origine de l'œuvre; (…)."

208. Zo werd de vraag welke formaliteiten in acht genomen moesten worden, gedelegeerd aan de lex originis.[157]

209. ***Certificaat.*** Tijdens de conferentie van 1885 achtte men het nuttig om daarbij nog expliciet te wijzen op de mogelijkheid dat de rechter van het land van import de overlegging kan verlangen van een certificaat waarin een autoriteit in het land van oorsprong verklaart dat de formaliteiten van de lex originis in acht genomen zijn. In artikel 11 lid 3 werd bepaald:

---

153 Vgl. Actes BC 1908, p. 163 (Procès-verbaux, toespraak gedelegeerde Osterrieth namens gastland Duitsland); Vaunois 1910, p. 16, nr. 25.

154 Zie ook noot 67 van dit hoofdstuk 2.

155 Actes BC 1884, p. 30 (Procès-verbaux).

156 Dit was dus een *conditio sine qua non* voor bescherming krachtens de conventie in de andere Unie-landen, Röthlisberger 1906, p. 107.

157 Art. 2 lid 2, eerste volzin, van de Berner Conventie van 1886. Vgl. ook de ontwerp-conventie van de Zwitserse Bondsraad (Actes BC 1884, p. 11). De conventie spreekt niet alleen over formaliteiten, maar ook over voorwaarden. Soldan, de secretaris van de Berner conferenties, merkte hier over op: "L'expression *formalités* vise les exigences de pure forme imposées à l'auteur, comme l'enregistrement, le dépôt, etc.; celle de *conditions*, les exigences matérielles." Over deze 'conditions' tekende hij in een noot hierbij aan: "La principale, si ce n'est la seule de ces exigences matérielles, est l'obligation d'achever la traduction dans un délai déterminé. La convention a supprimé cette obligation." (Soldan 1887, p. 407, cursivering van Soldan). Röthlisberger 1906, p. 107 spreekt in dit verband over "Voraussetzungen, welche der Autor von sich aus erfüllen kann oder auch nicht, je nachdem er den Schutz des Gesetzes anzurufen gedenkt oder darauf verzichten will (Anbringung von Vorbehalten, namentlich bei Übersetzungen und Zeitungsartikeln; den Anforderungen entsprechende Veröffentlichung des Werkes auf bestimmten Gebieten und zu bestimmter Zeit; Benutzungsfristen, Erlangung der Nationalität in einem Unionslande usw.)." Hiervoor is niet de medewerking van een autoriteit nodig; bij 'formaliteiten' is dat wel het geval. In de onderhavige studie wordt eenvoudigheidshalve in beginsel alleen over 'formaliteiten' gesproken (zo ook de latere Berlijnse versie van de conventie, zie Actes BC 1908, p. 237 (Rapport de la Commission) en noot 56 van hoofdstuk 3). Zie in dit verband ook Actes BC 1884, p. 43 (Rapport de la Commission).

> "Il est entendu, toutefois, que les tribunaux peuvent exiger, le cas échéant, la production d'un certificat délivré par l'autorité compétente, constatant que les formalités prescrites, dans le sens de l'article 2, par la législation du pays d'origine ont été remplies." [158]

210. Zo werd op de formaliteitenvraag de lex originis toepasselijk verklaard.[159] Deze lex originis-uitzondering trof derhalve de *conflictregel* in het Berner beginsel van nationale behandeling. Men zag deze uitzondering ook wel als een uitwerking van het (conflictenrechtelijke) beginsel 'locus regit actum'. Zo noteerde Soldan:

> "Toutes ces conditions et formalités sont régies par la législation du pays d'origine de l'œuvre, (…). On peut dire que c'est là une application du principe *locus regit actum*." [160]

211. Deze lex originis-uitzondering was een verbetering ten opzichte van de formaliteitenchaos die heerste in de veelheid van nationale en bilaterale regelingen. Nu werden de auteurs enkel nog geconfronteerd met de formaliteiten van slechts één land, het land van oorsprong.[161]

b. Uitzondering 2: beschermingsduur

212. ***Besluitvorming.*** De Zwitserse Bondsraad stelde voor om het bij de uitzondering inzake formaliteiten te laten. In zijn ontwerp-conventie, die in Bern ter tafel lag, werd op het beginsel van nationale behandeling alléén deze uitzondering gemaakt. Dat was een zeer vooruitstrevende stap ten opzichte van de bestaande praktijk in de bilaterale verdragen – te vooruitstrevend, zo bleek. Deze stap zette men niet (tot op heden zelfs nog niet). Een onoverkomelijk pijnpunt, waar met name de Duitse delegatie op hamerde, was de beschermingsduur. Het beginsel van nationale behandeling kon meebrengen dat vreemde werken of auteurs langer moesten worden beschermd dan in hun land van oorsprong, en dat vonden de Duitsers, gesteund door onder meer de Zweden, onverteerbaar.[162] Een fraaie

---

158 Art. 11 lid 3 van de Berner Conventie van 1886. Zie ook Actes BC 1885, p. 50 (Rapport de la Commission), en alinea 136 hiervoor.

159 De wet van het land van import mocht in dit verband derhalve geen formaliteiten stellen. Die mogelijkheid was in 1884 expliciet aan de orde gesteld en verworpen, zie Actes BC 1884, p. 30 (Procès-verbaux, vraag 2 van de Duitse delegatie). In de praktijk werd in het Verenigd Koninkrijk desalniettemin soms tóch de vervulling van formaliteiten onder de Engelse wet vereist, zie Darras 1892 (*De l' état actuel*), p. 814; Dunant 1892, p. 214-215; Actes BC 1896, p. 36 (voorstel Frankrijk en Bureau) en p. 161 (Rapport de la Commission); Röthlisberger 1906, p. 102. Door de Parijse conferentie van 1896 werd die zienswijze (nogmaals) verworpen, zie de 'Déclaration interprétant certaines dispositions de la Convention de Berne' van 4 mei 1896, interpretatieve bepaling nr. 1, Actes BC 1896, p. 225 (Actes adoptés par la Conférence). Zie ook Correspondence Switzerland No. 1 (1886), p. 52-56; Ladas 1938, p. 269, noot 19; Ricketson & Ginsburg 2006, p. 306-307.

160 Soldan 1887, p. 407-408 (cursivering van Soldan); zie ook Lavollée 1887, p. 365; Soldan 1888, p. 16; Röthlisberger 1906, p. 26; Actes BC 1908, p. 163 (Procès-verbaux, toespraak gedelegeerde Osterrieth namens gastland Duitsland).

161 Zie ook Clunet 1887, p. 47; Soldan 1888, p. 15.

162 Actes BC 1884, p. 30 (Procès-verbaux, opmerking Duitse gedelegeerden Meyer en Reichardt): "Avec le système du traitement national, tel qu'il est proposé par le Conseil fédéral, il peut arriver qu'une œuvre soit protégée plus longtemps dans un pays étranger que dans le pays d'origine de l'auteur, (…)." Zie ook Actes BC 1884, p. 42-43 (Procès-verbaux, opmerking Zweedse gedelegeerde Lagerheim).

oplossing, zo realiseerde men zich, is een uniforme beschermingsduur. Dat bleek evenwel niet haalbaar. Gegeven de onhaalbaarheid van een uniforme beschermingsduur kon men nog twee kanten uit: ofwel (toch) nationale behandeling, ofwel een materiële-reciprociteitsuitzondering waardoor de beschermingsduur wordt bijgesteld naar die van een inferieure lex originis.[163] De Franse delegatie verkoos het eerste – dat was genereus –, de Duitse delegatie stelde het tweede voor.[164] In eerste instantie staakten de stemmen over het Duitse voorstel, maar uiteindelijk werd gekozen voor een materiële-reciprociteitsuitzondering. Voorzitter Droz noemde het een "décision d'opportunité".[165] Deze uitzondering werd vervolgens uitgeschreven in de eerder besproken 'pendant l'existence'-formule, die ook figureerde in vele bilaterale verdragen:

> "Toutefois ces avantages ne leur seront réciproquement assurés que pendant l'existence de leurs droits dans leur pays d'origine." [166]

213. Tijdens de conferentie van 1885 kwam men echter terug van deze formule:

> "D'autre part, la Commission a estimé que les mots *pendant l'existence de leurs droits dans leur pays d'origine* étaient trop absolus, puisqu'on pourrait en conclure que, même en dehors de ce qui a trait à la durée de la protection, les tribunaux seraient toujours obligés d'appliquer à un auteur le droit du pays d'origine, lorsque ce droit lui est moins favorable que celui du pays ou la protection est réclamée. Or, un tel système aurait le grave inconvénient d'exiger soit des tribunaux, soit des éditeurs, une connaissance approfondie de toutes les législations particulières, et serait ainsi contraire à la notion même de l'Union qu'on veut créer. La Commission a, en conséquence, précisé la rédaction de l'article, en disant que la *durée de la protection* ne pourrait, dans les autres pays de l'Union, être supérieure à celle accordée dans le pays d'origine." [167]

214. Men vreesde dat, aldus geformuleerd, de uitzondering te ruim zou kunnen worden uitgelegd. Die vrees was niet onterecht. Wij zagen reeds eerder dat de 'pendant l'existence'-formule in de praktijk zo werd uitgelegd dat zij betrekking had op duur, bestaan en omvang van de bescherming, hetgeen neerkwam op een moeizame, vrijwel integrale vergelijking van twee rechtsstelsels.[168] Dat moeras wilde men voorkomen. Men schrapte de 'pendant l'existence'-formule en koos voor een redactie die duidelijk moest maken dat het alléén om de duur van de bescherming ging: de beschermingsduur kan de in het land van oorsprong toege-

---

163 Zie ook Droz 1884, p. 448-449.

164 Zie Actes BC 1884, p. 30 (Procès-verbaux) en p. 42 (Rapport de la Commission, verklaring Franse gedelegeerde Ulbach). De Franse opstelling was genereus omdat Frankrijk een royale beschermingsduur kende: "nous offrions aux auteurs étrangers plus que nous ne recevions de leur pays." Toen nationale behandeling voor de beschermingsduur werd verworpen sprak de Franse gedelegeerde Ulbach dan ook van een "mécompte de notre générosité" (Actes BC 1884, p. 42).

165 Droz 1884, p. 449.

166 Art. 2 lid 2 van de ontwerp-conventie van 1884, Actes BC 1884, p. 77 (Textes adoptés); zie ook Actes BC 1884, p. 42 (Rapport de la Commission). Dit was het mechanisme "actuellement consacré par la plupart des conventions", Actes BC 1884, p. 30 (Procès-verbaux, opmerking Duitse gedelegeerden Meyer en Reichardt).

167 Actes BC 1885, p. 41 (Rapport de la Commission), cursiveringen overgenomen uit Actes.

168 Zie alinea's 141 e.v. hiervoor.

kende duur niet overschrijden.[169] Samen met de andere lex originis-uitzondering werd zij opgenomen in artikel 2 lid 2:

> "La jouissance de ces droits est subordonnée à l'accomplissement des conditions et formalités prescrites par la législation du pays d'origine de l'œuvre; elle ne peut excéder, dans les autres pays, la durée de la protection accordée dans ledit pays d'origine." [170]

215. ***Beschermingsduur.*** Zo werd voor de beschermingsduur ook een lex originis-uitzondering gemaakt: de (door de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling aangewezen) wet van het land van import mocht haar beschermingsduur voor een vreemd werk inkorten tot een kortere duur van de lex originis. Deze lex originis-uitzondering – een materiële-reciprociteitstoets – trof derhalve het *non-discriminatiebeginsel* in het beginsel van nationale behandeling.

216. Zo waren de verdragsopstellers er niet in geslaagd om te komen tot nationale behandeling 'pur et simple', het beginsel waarvoor verschillende congressen hadden gepleit. Toch hadden zij vooruitgang geboekt. Zij hadden de materiële-reciprociteitsuitzondering immers beteugeld: de gebruikelijke ruime 'pendant l'existence'-formule, die leidde tot een moeizame vrijwel integrale vergelijking van twee rechtsstelsels, was geschrapt; de speelruimte van de materiële-reciprociteitsuitzondering was teruggebracht tot enkel de beschermingsduur. Aldus was de inbreuk op het beginsel van nationale behandeling aanzienlijk verkleind.

c. Definitie land van oorsprong

217. ***Definitie land van oorsprong.*** Zo werden twee lex originis-uitzonderingen op het Berner beginsel van nationale behandeling gemaakt: enerzijds een uitzondering op zijn conflictregel voor wat betreft de formaliteiten; anderzijds een uitzondering op zijn non-discriminatiebeginsel voor wat betreft de beschermingsduur. Hoe werd daarbij in deze conventie, die alleen van toepassing was op in de Unie gepubliceerde werken van Unie-auteurs, het land van oorsprong gedefinieerd? Was dat het land waarvan de auteur onderdaan was, of het land waar de eerste publicatie van het werk had plaatsgevonden?[171] Aanvankelijk kreeg deze

---

169 Droz 1884, p. 448-449. Onjuist is dus d'Orelli 1889, p. 2, die nog uitgaat van de 'pendant l'existence'-formule. Deze reductie van de beschermingsduur werd overigens niet verplicht gesteld, zij was facultatief, zie Soldan 1887, p. 409. Tijdens de Parijse conferentie van 1896 werd dit met zoveel woorden benadrukt, zie Actes BC 1896, p. 112 (Procès-verbaux, opmerking Zwitserse gedelegeerde Lardy) en p. 161 (Rapport de la Commission).

170 Art. 2 lid 2 van de Berner Conventie van 1886 (onderstreping toegevoegd). Zie ook Actes BC 1885, p. 42 (Rapport de la Commission). In het Verenigd Koninkrijk bleek de ruime uitleg niettemin realiteit: Röthlisberger 1906, p. 36 meldt dat de Engelse implementatiewet van de Berner Conventie abusievelijk uitging van de versie van 1884 (zie ook Bureau de l'Union, *DdA* 1895, p. 165), waardoor de Engelse rechter een vreemde Unie-auteur in Engeland "any greater right" dan hem in het land van oorsprong werd toegekend, ontzegde. Zie bijvoorbeeld *DdA* 1894, p. 76 e.v. en p. 117 e.v.; *DdA* 1895, p. 8 e.v. en p. 105 e.v.; *JDI* 1896, p. 185 e.v. Zie ook MacGillivray 1902, p. 201, p. 354, en p. 371. Deze praktijk werd zwaar bekritiseerd door het Bureau van de Berner Unie in Bureau de l'Union, *DdA* 1895, p. 162 e.v.

171 Zie ook Darras 1887, p. 384-385, nr. 302; Hilty 1986, p. 203-204.

vraag weinig aandacht. Waarschijnlijk ging men er van uit dat auteurs hun werken voor het eerst in eigen land publiceren, zodat deze twee landen samenvielen.[172] Uiteindelijk werd het land van oorsprong in artikel 2 lid 3 en 4 gedefinieerd als het land waar de eerste publicatie heeft plaatsgevonden; dat was ook de definitie in veel bilaterale verdragen. Voor het geval dat de eerste publicatie in meerdere Unielanden tegelijk plaatsvond, werd als land van oorsprong beschouwd dat Unieland welks wetgeving de kortste beschermingsduur stelt. Voor ongepubliceerde werken werd het vaderland van de auteur als land van oorsprong beschouwd.

218. Deze definitie betekent derhalve dat de vreemdelingenrechtelijke regels van de Berner Conventie zich primair richten op de vreemdheid van het werk en niet – zoals gebruikelijk is in het vreemdelingenrecht – op de vreemdheid van de persoon c.q. de auteur.[173] De uitzondering op het Berner non-discriminatiebeginsel – in latere versies van de conventie zouden er nog enkele volgen – refereert aan (de wet van) het land van oorsprong, en dat land is primair gedefinieerd als het land van eerste publicatie van het werk. Anders gezegd: daar waar de conventie discriminatie toelaat, is dat primair discriminatie van vreemde werken.[174] Niet de nationaliteit van de auteur is van belang, het gaat in de eerste plaats om de 'nationaliteit' van het werk. Het werk van een Franse auteur dat voor het eerst in Italië is gepubliceerd, is ontsprongen in Italië, en is in Frankrijk een vreemd werk.[175] Alleen voor de kwantitatief onbelangrijke categorie ongepubliceerde werken komt de nationaliteit van de auteur nog in het vizier.

d. Aanvulling: traitement unioniste

219. ***Traitement unioniste.*** De Berner verdragsopstellers maakten niet alleen de twee zojuist besproken uitzonderingen op het uitgangspunt van nationale behandeling; zij vulden – zoals ook in veel bilaterale verdragen het geval was – dit uitgangspunt ook aan met enige bepalingen van materieel auteursrecht. Dit was het

172 Zie ook alinea 48 hiervoor, en Röthlisberger 1906, p. 126. In de ontwerp-conventie van de Zwitserse Bondsraad werd in het kader van de lex originis-uitzondering inzake formaliteiten rudimentair gesproken over het "pays de l'origine de l'œuvre", Actes BC 1884, p. 11 (ontwerp-conventie Zwitserse Bondsraad, art. 2). De conferentie van 1884 nam dat over en voegde daar aan toe dat voor ongepubliceerde werken het vaderland van de auteur als land van oorsprong gold; Actes BC 1884, p. 30 (Procès-verbaux). In 1885 kreeg de definitie-vraag meer aandacht. De tweeledige insteek werd doorgetrokken naar de lex originis-uitzondering inzake de beschermingsduur: men koos, op voorstel van de Britse delegatie, om praktische redenen ook hier primair voor het land van eerste publicatie; men vond dat de nationaliteit van de auteur niet altijd gemakkelijk kenbaar was en dat gevallen van dubbele nationaliteit complexe problemen konden opleverden; Actes BC 1885, p. 41 (Rapport de la Commission); Droz 1885 (*Deuxième conférence*), p. 488. Een en ander werd nader gepreciseerd; voorts werd het geval onder ogen gezien dat eerste publicatie in meerdere Unielanden tegelijk plaatsvond.

173 Zie ook alinea 48 hiervoor.

174 Een Zwitsers voorstel tijdens de conferentie te Stockholm in 1967 om het land van oorsprong op nationaliteitsbasis te herdefiniëren vond niet voldoende steun en werd ingetrokken. Zie Actes BC 1967, p. 664 (Doc. S/17; voorstel Zwitserland); p. 841 e.v. en p. 849 (summary minutes Main Committee I: bespreking resp. intrekking). Zie ook Hilty 1986, p. 207.

175 Zie bijvoorbeeld Bureau de l'Union, *DdA* 1909 (*Conférence de Berlin*), p. 3.

zogeheten 'ius conventionis', dat ook wel 'traitement unioniste' werd genoemd.[176] Het was een eerste aanzet tot een internationale codificatie.[177] Het was bewust een zeer bescheiden aanzet omdat men het draagvlak voor het conventie niet in gevaar wilde brengen.[178] In hedendaagse termen kan men de 'traitement unioniste' beschouwen als eenvormig privaatrecht.[179]

2.2.4. Resumé

220. ***Roep om oplossing*.** Resumeren wij deze par. 2.2. Uit de wirwar van bilaterale verdragen klonk steeds luider de roep om een multilateraal verdrag dat duidelijkheid en uniformiteit bracht, en dat was gebaseerd op nationale behandeling 'pur et simple', dus zonder complicerende uitzonderingen. De Zwitserse Bondsraad bracht het anno 1883 als volgt onder woorden:

> "(…) le besoin impérieux s'est montré de protéger aussi ce droit dans les relations internationales, qui vont tous les jours se multipliant et grandissant. C'est à ce besoin que l'on s'est efforcé de répondre par les nombreuses conventions conclues dans les dernières années entre les principaux États. Mais, quels que soient les avantages que ces conventions présentent, il faut reconnaître qu'elles sont loin de protéger d'une manière uniforme, efficace et complète les droits d'auteur.
> (…) ce serait certainement un grand gain que d'aboutir dès maintenant à une entente générale par laquelle se trouverait proclamé le principe supérieur et, pour ainsi dire, de droit naturel: *que l'auteur d'une œuvre littéraire ou artistique, quels que soient sa nationalité et le lieu de reproduction, doit être protégé partout à l'égal des ressortissants de chaque nation.*" [180]

221. ***Berner Conventie*.** Drie jaar later was het gewenste multilaterale verdrag tot stand gekomen: de Berner Conventie was een feit. De architectuur van deze conventie werd ingericht volgens hetzelfde grondplan als de meeste bilaterale verdragen van die tijd – dus: nationale behandeling als uitgangspunt, waarop enerzijds enkele uitzonderingen ten faveure van de lex originis werden gemaakt, terwijl het anderzijds werd aangevuld door enkele bepalingen van materieel auteursrecht.

---

176 Bureau de l'Union, *DdA* 1895, p. 163. Het ius conventionis werd ook wel 'ius cogens minimum' genoemd. Volledigheidshalve zij opgemerkt dat de term 'traitement unioniste' in twee betekenissen werd gebruikt. Met 'traitement unioniste sensu stricto' werd gedoeld op het ius conventionis, met 'traitement unioniste sensu lato' op de gehele uit de conventie voortvloeiende bescherming. De 'traitement unioniste sensu lato' omvat dus de 'traitement national' (het beginsel van nationale behandeling) en de 'traitement unioniste sensu stricto' (ius conventionis). Zie bijvoorbeeld Röthlisberger 1910, p. 5; Actes BC 1948, p. 378 (voorstel België en Bureau). Tenzij uitdrukkelijk anders vermeld, wordt het begrip 'traitement unioniste' in deze studie in beperkte zin gebruikt.

177 Zie voor een beknopt overzicht Bureau de l'Union, *DdA* 1895, p. 163-164; Actes BC 1908, p. 161-162 (Procès-verbaux, toespraak gedelegeerde Osterrieth namens gastland Duitsland).

178 Actes BC 1885, p. 39 (Rapport de la Commission): een materiële codificatie werd wenselijk geacht "dans la mesure où une telle codification est de nature à pouvoir être acceptée par ceux des pays dont l'adhésion sera une garantie de succès pour l'Union."

179 De 'traitement unioniste' kan worden aangemerkt als eenvormig privaatrecht voor internationale gevallen, omdat zij niet geldt in zuiver-nationale gevallen.

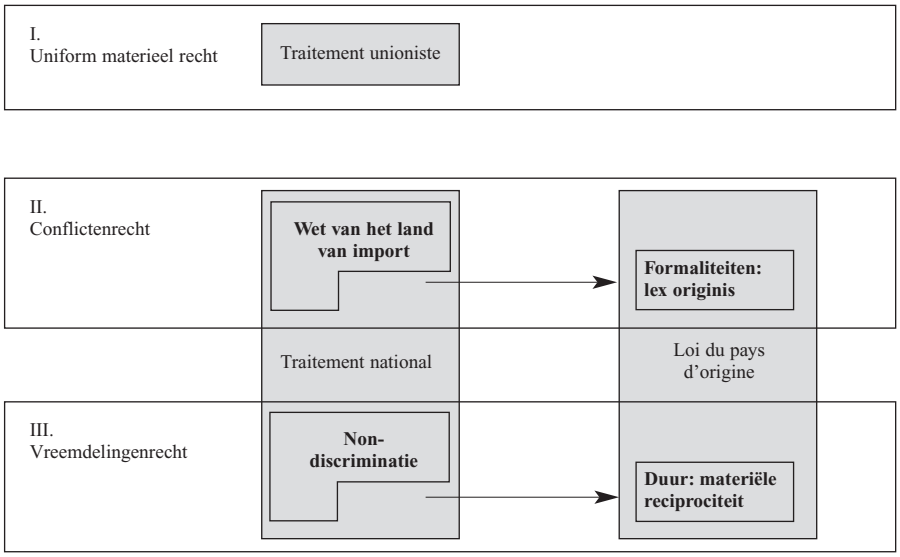
180 Actes BC 1884, p. 8-9 (Note ciculaire van de Zwitserse Bondsraad van 3 december 1883), cursivering van de Bondsraad.

222. ***Uitgangspunt: nationale behandeling.*** Het uitgangspunt van nationale behandeling (traitement national) was de leidende en beproefde oplossing in het intellectuele-eigendomsrecht, en het lag dan ook zeer voor de hand dat de verdragsopstellers deze oplossing overnamen. Met dit uitgangspunt kozen de verdragsopstellers welbewust voor de twee in dit beginsel besloten liggende maatregelen, te weten – op conflictenrechtelijk vlak – toepasselijkheid van de wet van het land van import, en – op vreemdelingenrechtelijk vlak – non-discriminatie.

223. ***Lex originis-uitzonderingen en ius conventionis-aanvulling.*** Op dit uitgangspunt werden twee uitzonderingen gemaakt waardoor de lex originis een rol kreeg toebedeeld. Op conflictenrechtelijk vlak werd een uitzondering gemaakt voor wat betreft de formaliteiten; hierop werd de lex originis toepasselijk verklaard. Op vreemdelingenrechtelijk vlak werd een uitzondering gemaakt voor wat betreft de beschermingsduur; hier werd een materiële-reciprociteitstoets ingebouwd. Zo moest het beginsel van nationale behandeling op ieder van zijn beide aspecten – conflictregel en non-discriminatiebeginsel – een interventie van de lex originis dulden. Ten slotte bevatte de conventie, op materieelrechtelijk vlak, nog enkele bepalingen van eenvormig auteursrecht: het ius conventionis. Dit was een voorzichtige eerste aanzet tot een internationale codificatie.

224. ***Schema.*** Een en ander laat zich schematisch vertalen als in Figuur 2.[181]

Figuur 2: Beschermingssystematiek Berner Conventie 1886.



181 In dit schema is de vlakverdeling van materieel recht, vreemdelingenrecht en conflictenrecht (wit) afgezet tegen het destijds veelal gepercipieerde dualisme van 'toepassing van de wet van het land van import' versus 'toepassing van de lex originis' (grijs). Zie par. 2.1.2 onder (d).

225. ***Art. 2 Berner Conventie 1886.*** Tezamen genomen kwam de kernbepaling van de conventie, artikel 2, daarmee als volgt te luiden:

> "Les auteurs ressortissant à l'un des pays de l'Union, ou leurs ayants cause, jouissent, dans les autres pays, pour leurs œuvres, soit publiées dans un de ces pays, soit non publiées, des droits que les lois respectives accordent actuellement ou accorderont par la suite aux nationaux.
> La jouissance de ces droits est subordonnée à l'accomplissement des conditions et formalités prescrites par la législation du pays d'origine de l'œuvre; elle ne peut excéder, dans les autres pays, la durée de la protection accordée dans ledit pays d'origine.
> Est considéré comme pays d'origine de l'œuvre, celui de la première publication, ou, si cette publication a lieu simultanément dans plusieurs pays de l'Union, celui d'entre eux dont la législation accorde la durée de protection la plus courte.
> Pour les œuvres non publiées, le pays auquel appartient l'auteur est considéré comme pays d'origine de l'œuvre." [182]

226. ***Huidig art. 5 lid 1.*** Het in het eerste lid neergelegde beginsel van nationale behandeling geldt tot op de dag van vandaag: deze tekst is, daargelaten enkele hier niet relevante wijzigingen, overgenomen in het huidige artikel 5 lid 1. Zo hebben wij in dit hoofdstuk 2 de genesis van het huidige artikel 5 lid 1 verklaard.

227. ***Evaluatie.*** De Berner Conventie van 1886 was een grote stap voorwaarts ten opzichte van bestaande wirwar van bilaterale verdragen. Zij bracht eenvormigheid, duidelijkheid en stabiliteit. En zij vormde een platform waarop een werkelijke unificatie van het auteursrecht kon worden opgebouwd. Ook in ons aandachtsveld bracht zij vooruitgang: het ideaal van nationale behandeling 'pur et simple' leek dicht te worden benaderd. Slechts twee beperkte lex originis-uitzonderingen had men op het beginsel van nationale behandeling gemaakt. De eerste, betreffende de formaliteiten, vormde een stap voorwaarts uit de formaliteitenchaos in de bilaterale verdragen. De auteur hoefde nu immers enkel nog de formaliteiten van de lex originis te vervullen. Dit was een auteursvriendelijke uitzondering op het beginsel van nationale behandeling. Dat gold niet voor de tweede uitzondering, de materiële-reciprociteitstoets inzake de beschermingsduur. Deze uitzondering vormde een inbreuk op nationale behandeling 'pur et simple'. Toch was zij een verbetering ten opzichte van de praktijk van de bilaterale verdragen. In de bilaterale verdragen had deze uitzondering immers meestal een veel ruimer toe-

---

182 Actes BC 1886, p. 30 (Texte de la Convention). Een (niet-officiële) Nederlandse vertaling van deze verdragstekst (die nooit voor Nederland heeft gegolden) is opgenomen in Kok 1905, p. 31 e.v.:
"De tot een der landen van het Verbond behoorende auteurs, of hunne rechtverkrijgenden, genieten in de andere landen voor hunne werken, hetzij in een dezer landen gepubliceerd, hetzij niet gepubliceerd, de rechten, welke de respectieve wetten den inlandschen auteurs thans verleenen of in 't vervolg verleenen zullen.
Het genot dezer rechten is afhankelijk van de vervulling der voorwaarden en formaliteiten, die de wetgeving van het land, waaruit 't werk herkomstig is, voorschrijft. Dit genot kan in de andere landen den duur der bescherming, toegekend in dat land van herkomst, niet overschrijden.
Als land van herkomst van het werk wordt beschouwd, dat, waarin de eerste uitgave heeft plaats gehad, of, indien deze uitgave in meer dan één land van 't Verbond tegelijk is geschied, dat, welks wetgeving den kortsten beschermingstermijn stelt.
Voor onuitgegeven werken wordt 't land, waartoe de auteur behoort, als land van herkomst beschouwd."

passingsgebied: zij zag doorgaans niet alleen op de beschermingsduur, maar ook op het bestaan en de omvang van het auteursrecht, en dat leidde tot een vrijwel integrale vergelijking van twee rechtsstelsels met alle complicaties van dien. Met die praktijk brak de Berner Conventie. De materiële-reciprociteitsuitzondering werd beteugeld, zij had alleen nog betrekking op de beschermingsduur. Zo was de inbreuk op het beginsel van nationale behandeling aanzienlijk verkleind.

228. Ruim zeven jaar na de inwerkingtreding van de conventie in 1887 constateerde het Bureau van de Berner Unie dan ook tevreden dat het beginsel van nationale behandeling zoals dat in de Berner Conventie was vastgelegd, daadwerkelijke vooruitgang had opgeleverd:

> "L'adoption du principe fondamental de la Convention, formulé plus haut: -jouissance, pour l'auteur unioniste, de tous les droits reconnus par la *lex fori* combinée avec les dispositions de la Convention, sauf en ce qui concerne le délai de protection,- a été un veritable progrès réalisé sur l'état de choses antérieur tel qu'il résultait des traités littéraires particuliers." [183]

229. Toch was de strijd nog niet gestreden. Nog steeds – zo komt dadelijk in hoofdstuk 3 ter sprake – bleken de uitzonderingen op het beginsel van nationale behandeling een bron van complicaties.

183 Bureau de l'Union, *DdA* 1895, p. 165 (cursivering van het Bureau). Over de term 'lex fori', zie noot 13 van dit hoofdstuk 2.

3. De vervolmaking van het Berner beginsel van nationale behandeling: de genesis van het huidige art. 5 lid 2 en 3

230. ***Probleem en oplossing in hoofdstuk 3.*** De Berner Conventie – hier en daar aangescherpt door de Parijse conferentie in 1896 – was een grote vooruitgang voor de internationale auteursrechtelijke bescherming. Het aantal lidstaten nam gestaag toe. In ons aandachtsveld had de conventie de complicaties die voorheen, in de bilaterale verdragen, werden veroorzaakt door de uitzonderingen op het beginsel van nationale behandeling, beteugeld. Althans, dat was de bedoeling. De praktijk bleek echter weerbarstig. De lex originis-uitzonderingen bleken nog steeds problemen op te leveren – problemen die het functioneren van de conventie belemmerden, en die tijdens de Berlijnse herzieningsconferentie in 1908 aan de kaak werden gesteld. Om aan alle problemen rond de lex originis-uitzonderingen een definitief einde te maken, streefden de Berlijnse verdragsherzieners naar een radicale oplossing: de eliminatie van alle lex originis-uitzonderingen.

231. ***Plan van behandeling.*** In dit hoofdstuk bezien wij welke problemen zich voordeden rond de lex originis-uitzonderingen in de Berner Conventie van 1886 (par. 3.1). Vervolgens bezien wij de oplossing die Berlijnse verdragsherzieners invoerden, door welke oplossing het beginsel van nationale behandeling werd vervolmaakt (par. 3.2). Vervolgens wordt besproken hoe het beginsel van nationale behandeling verder werd vervolmaakt doordat het ook in het land van oorsprong van toepassing werd verklaard (par. 3.3). Ten slotte worden in par. 3.4 de bevindingen over de wordingsgeschiedenis van het beginsel van nationale behandeling geresumeerd, waarbij tegelijkertijd een aantal van de belangrijkste thans levende misverstanden uit de weg wordt geruimd.

3.1. Problemen met de lex originis-uitzonderingen

3.1.1. Twee clusters van complicaties

232. ***Problemen.*** Welke problemen deden zich voor met betrekking tot de lex originis-uitzonderingen in de conventie van 1886?

233. ***Probleem 1: formaliteiten.*** In de eerste plaats bleek de lex originis-uitzondering betreffende de formaliteiten allerlei complicaties te veroorzaken. Zo leidde een triviale fout bij de vervulling van de formaliteiten van de lex originis – bijvoorbeeld een depot van twee foto's in plaats van drie – tot het buitensporige gevolg dat de auteur in alle andere Unielanden verstoken bleef van auteursrechte-

lijke bescherming.[1] Bovendien bleek men in het land van import niet altijd in staat te zijn om de lex originis op de juiste wijze toe te passen op de formaliteitenvraag.[2] En het certificaat waaruit moest blijken dat de formaliteiten van de lex originis waren vervuld, werd dikwijls alleen maar gevorderd om de procedure te vertragen, zodat de inbreukmaker de kans kreeg om de dans te ontspringen.[3] Dergelijke formaliteitencomplicaties – complicaties waar uiteraard alleen de inbreukmakers bij gebaat waren – deden zich in ten minste één op de zeven procedures voor.[4]

234. ***Probleem 2: derde lex originis-uitzondering.*** Een tweede probleem met de lex originis-uitzonderingen betrof de complicaties die werden veroorzaakt doordat men, naast de twee lex originis-uitzonderingen, in de praktijk een ongeschreven *derde* lex originis-uitzondering op het Berner beginsel van nationale behandeling bleek te maken. Deze uitzondering werd vrijwel altijd geïnspireerd door de gedachte dat aan een vreemd werk niet méér bescherming moet worden verleend dan 'zijn eigen wet' – de lex originis – kent. Dat is, zoals wij hebben gezien, een oude en hardnekkige gedachte.[5] In de Berner Conventie van 1886 had deze reflex nog maar een beperkte speelruimte toegemeten gekregen. Artikel 2 lid 2 liet hem duidelijk toe voor wat betreft de beschermingsduur. Anderzijds was ook duidelijk dat hij niet was toegelaten voor wat betreft de omvang van de bescherming. De 'pendant l'existence'-formule, de formule waar vaak ook de omvang van de bescherming onder werd begrepen, was immers uitdrukkelijk door de Berner verdragsopstellers geschrapt. En hoewel de 'pendant l'existence'-formule ook betrekking heeft op het bestaan ('l'existence') van auteursrechtelijke bescherming, zag men in de praktijk kans om op dit punt een lex originis-uitzondering op het beginsel van nationale behandeling te creëren. Men bleek vragen rond het bestaan van auteursrechtelijke bescherming – de 'bestaansvraag' – niet alleen te toetsen aan de wet van het land van import, maar óók aan de lex originis.[6] De bescherming onder de wet van het land van import werd aan vreemde werken ontzegd indien zij in hun land van oorsprong geen auteursrechtelijke bescherming genoten. Dat was de heersende leer in vrijwel alle Unielanden, zo stelde men in Berlijn vast:

> "(…) que, bien que cela ne paraisse pas avoir été l'idée primitive des auteurs de la Convention de 1886, dans la jurisprudence et la doctrine de la plupart, pour ne pas dire de tous les pays de l'Union, l'application du statut personnel de l'œuvre est encore requise au point de vue des éléments constitutifs de l'œuvre. En général, la protection réclamée en vertu de la Convention est

1 Bureau de l'Union, *DdA* 1910, p. 5; Potu 1914, p. 49 e.v.
2 Potu 1914, p. 50.
3 Actes BC 1908, p. 237 (Rapport de la Commission); art. 11 lid 3 van de Berner Conventie van 1886. Zie ook Dubois 1909, p. 955-956; Osterrieth 1905, p. 265 e.v.
4 Het Bureau van de Berner Unie becijferde dat "(…) dans le nombre approximatif de 100 procès auxquels l'application de la Convention a donné lieu jusqu'ici, un septième au moins a fait naître des contestations au sujet de l'accomplissement des formalités." (Bureau de l'Union, *DdA* 1910, p. 5).
5 Vgl. alinea 153 hiervoor.
6 Actes BC 1908, p. 38 (voorstel Duitsland en Bureau), p. 169 (Procès-verbaux, toespraak gedelegeerde Osterrieth namens gastland Duitsland), p. 238-239 (Rapport de la Commission); Bureau de l'Union, *DdA* 1895, p. 163; Denkschrift 1909, p. 29; Bureau de l'Union, *DdA* 1909 (*Conférence de Berlin*), p. 3; Bureau de l'Union, *DdA* 1910, p. 2; Potu 1914, p. 36; Pillet 1924, p. 76; Ruffini 1927, p. 519; Ladas 1938, p. 264.

refusée si l'œuvre n'est pas protégée dans Ie pays d'origine, même abstraction faite de la question des formalités à remplir." [7]

235. Zo werd feitelijk een derde lex originis-uitzondering op het beginsel van nationale behandeling gemaakt – een uitzondering die nergens in de conventie stond geschreven.[8]

236. De reikwijdte van deze uitzondering was daarbij niet scherp afgebakend. Zij had in ieder geval betrekking op de vraag of het werk moest worden aangemerkt als een te beschermen werk van letterkunde of kunst (de 'object-vraag'). Maar ook andere vragen rond het bestaan van auteursrechtelijke bescherming werden onder de reikwijdte van deze ongeschreven uitzondering gebracht. De Duitse regering constateerde in verband met artikel 2 lid 2 van de conventie van 1886:

"Endlich hat aus der eben angeführten Vorschrift die herrschende Meinung die Folgerung gezogen, daß einem fremden Werke der Schutz, der gleichartigen einheimischen Werken zukommt, zu versagen sei, sofern das fremde Werk in seinem Ursprungsland überhaupt nicht zu den geschützten Werken der Literatur und Kunst gehört oder aus bestimmten Gründen wegen seiner Beschaffenheit von Anfang an des Schutzes entbehrte." [9]

237. Zo had in Duitsland bijvoorbeeld een discussie gewoed over de vraag of het toneelstuk 'Salomé' van Oscar Wilde in Duitsland wel moest worden beschermd, nu dit werk in het Verenigd Koninkrijk waarschijnlijk geen bescherming genoot wegens zijn godslasterlijke karakter – een voorbeeld dat aan de Berlijnse onderhandelingstafel werd opgedist.[10]

238. Deze ongeschreven derde lex originis-uitzondering leidde er doorgaans toe dat de rechthebbende het bestaan van zijn recht (ook) onder de lex originis moest bewijzen.[11] Dit was in de praktijk een hindernis voor de auteursrechthebbende. Zij bleek een bron van sabotagemogelijkheden voor chicaneurs. In het Commissierapport van de Berlijnse conferentie wordt gesproken over de chicanes die zij mogelijk maakte:

"(…) mauvaises querelles que pourraient faire au réclamant des chicaneurs qui lui demanderaient de rapporter une justification précise de l'existence de son droit dans le pays d'origine, alors que, devant un tribunal étranger, une règle coutumière ou jurisprudentielle est assez difficile à établir."[12]

---

7 Actes BC 1908, p. 169 (Procès-verbaux, toespraak gedelegeerde Osterrieth namens gastland Duitsland). Met het 'personeel statuut' van het werk werd gedoeld op de lex originis.

8 Pillet 1924, p. 76. Ruffini 1927, p. 519 spreekt in dit verband over drie uitzonderingen op het beginsel van nationale behandeling: twee expliciete (formaliteiten; beschermingsduur) en één impliciete. Zie ook Potu 1914, p. 36.

9 Denkschrift 1909, p. 29. Zie ook Dungs 1910, p. 33.

10 Actes BC 1908, p. 169 (Procès-verbaux, toespraak gedelegeerde Osterrieth namens gastland Duitsland). Hier is niet de object-vraag in het spel (is het toneelstuk een werk van letterkunde of kunst?), maar de vraag of op de auteursrechtelijke bescherming een uitzondering moet worden gemaakt.

11 Actes BC 1908, p. 169 (Procès-verbaux, toespraak gedelegeerde Osterrieth namens gastland Duitsland).

12 Actes BC 1908, p. 240 (Rapport de la Commission).

239. ***Conclusie.*** Zo waren er, tezamen genomen, twee clusters van complicaties: één rondom de lex originis-uitzondering inzake de formaliteiten, en één rondom de ongeschreven derde lex originis-uitzondering inzake het bestaan van het recht. Dit alles frustreerde, zo moge duidelijk zijn, een effectieve bescherming onder de vigeur van de conventie. Het dualisme van nationale behandeling en lex originis bleek nog steeds tot eclecticisme te leiden, dat onzekerheden, moeilijkheden en ongemakken meebracht.[13] De lex originis bleek een grabbelton vol chicanes.

3.1.2. Analyse van de derde lex originis-uitzondering

240. ***Drie constructies.*** Bezien wij de zojuist beschreven derde lex originis-uitzondering, de uitzondering inzake de bestaansvraag, nader. Hoe construeerde men deze ongeschreven uitzondering? Uit de jurisprudentie en de literatuur van die tijd rijst geen eenduidig beeld op. Een aantal constructies laat zich ontwaren.

241. ***Constructie 1.*** In een eerste constructie wordt uit het bestaan van (een van) de beide geschreven lex originis-uitzonderingen de ongeschreven derde uitzondering afgeleid. Immers, zo luidt de redenering, waar de conventie uitgaat van een beschermingsduur in het land van oorsprong en/of spreekt over in dat land te vervullen formaliteiten, vooronderstelt zij het bestaan van het recht in dat land:

> "(…) cette double intervention de la loi du pays d'origine comprend implicitement une troisième: pour qu'une œuvre puisse satisfaire régulièrement aux conditions et formalités imposées et jouir du délai de protection établi par la loi du pays d'origine, il faut évidemment qu'elle soit comprise parmi les œuvres qui, par leur nature et leurs caractères, sont protégées dans ce pays."[14]

242. Het bestaan van bescherming in het land van oorsprong, zo gaat men voort, is een voorwaarde voor bescherming onder de wet van het land van import. Anders gezegd: aan bescherming, krachtens de conventie, door de wet van het land van import werd een voorwaarde gesteld, en op deze voorwaarde was de lex originis toepasselijk. Beschermt zij het werk niet, dan is niet aan de voorwaarde voldaan en is bescherming onder de wet van het land van import niet aan de orde. Beschermt zij het werk wel, dan is aan de voorwaarde voldaan en is de wet van het land van import aan zet – en dan moet opnieuw worden onderzocht of het werk wordt beschermd, ditmaal onder de wet van het land van import. Het gaat dus hier om een conflictenrechtelijke constructie: er wordt een voorwaarde ingelezen waarop de lex originis toepasselijk is. Daardoor ontstaat cumulatieve toepasselijkheid van beide wetten: op het bestaan van auteursrechtelijke bescherming is immers zowel de lex originis als de wet van het land van import toepasselijk. Zo wordt op dit punt dus een 'dubbele toets' aangelegd – een conflictenrechtelijke dubbele toets, die hetzelfde effect heeft als een vreemdelingenrechtelijke materiële-reci-

13 Zie Ruffini 1927, p. 519.

14 Potu 1914, p. 36. Zie ook Bureau de l'Union, *DdA* 1909 (*Conférence de Berlin*), p. 3; Bureau de l'Union, *DdA* 1910, p. 2; Pillet 1924, p. 76; Ruffini 1927, p. 519.

prociteitsuitzondering: de voor de auteur ongunstigste wet is bepalend voor het materiële eindresultaat.

243. ***Constructie 2.*** Een tweede denkbare constructie is het manipuleren van de in artikel 2 lid 2, tweede volzin, toegelaten lex originis-uitzondering inzake de beschermingsduur, bijvoorbeeld door middel van de redenering dat het ontbreken van bescherming in het land van oorsprong een beschermingsduur nul oplevert, zodat het in de andere Unielanden niet langer (dus: niet) wordt beschermd.[15] Dan lift de bestaansvraag mee op de (vreemdelingenrechtelijke) materiële-reciprociteitsuitzondering op het beginsel van nationale behandeling.[16] Ook in deze constructie wordt dus aan de beide wetten getoetst (een dubbele toets), maar nu is het een vreemdelingenrechtelijke dubbele toets. Immers, er is in conflictenrechtelijk opzicht maar één wet toepasselijk – de wet van het land van import –, en deze wet stelt haar bescherming op het punt van het bestaan van het recht bij naar het inferieure niveau van de lex originis; er wordt dus in een vreemdelingenrechtelijk kader getoetst aan de lex originis. Het effect is, net als bij de eerste constructie, dat de voor de auteur ongunstigste wet bepalend voor het materiële eindresultaat is.

244. ***Constructie 3.*** Ten slotte een derde constructie. Men kan ook de toegelaten lex originis-uitzondering inzake formaliteiten ("conditions et formalités") oprekken.[17] Denkbaar is bijvoorbeeld de redenering dat de toepasselijkheid van de lex originis niet alleen op de *extrinsieke* voorwaarden, maar ook op de *intrinsieke* voorwaarden voor bescherming (de constitutieve elementen) betrekking heeft. Dan laat men de bestaansvraag meeliften op de (conflictenrechtelijke) deeltoepasselijkheid van de lex originis.[18] Die constructie draagt echter het risico in zich dat een vreemd werk moet worden beschermd, terwijl het nationale equivalent onbeschermd blijft. Men brengt de bestaansvraag dan immers onder de 'voorwaarden en formaliteiten', en dat is een aspect waarop de lex originis exclusief toepasselijk is. Over dat aspect heeft de wet van het land van import geen zeggenschap, zo had de Parijse conferentie van 1896 ook nog eens expliciet bevestigd.[19] Cumulatieve toepasselijkheid laat zich hier dus niet construeren. Dat betekent dat wanneer onder de lex originis bescherming bestaat, de wet van het land van import óók bescherming zal moeten verlenen – ook al zou zij dat uit zichzelf niet doen. Een voorbeeld: stel dat de auteurswet van land A werken van toegepaste kunst wel beschermt als werken van letterkunde of kunst, terwijl dergelijke werken in land B niet auteursrechtelijk worden beschermd. Rekt men nu de conflictenrechtelijke lex originis-uitzondering inzake formaliteiten op, dan moeten werken van toegepaste kunst uit land A in land B worden beschermd als werken van

15 Vgl. Wauwermans 1910, p. 91.
16 Vgl. Actes BC 1908, p. 238 (Rapport de la Commission): "Cette rélation n'existe-t-elle qu'au point de vue de la durée?"
17 Zie alinea 207 hiervoor.
18 Vgl. Actes BC 1908, p. 39 (voorstel Duitsland en Bureau); Wauwermans 1910, p. 69-70.
19 Zie noot 159 van hoofdstuk 2.

letterkunde of kunst, terwijl werken van toegepaste kunst van B's eigen bodem onbeschermd blijven in eigen land.

245. ***Conclusie.*** Tezamen genomen, zo zien wij, kon de derde lex originis-uitzondering dus langs verschillende sluiproutes verschillend worden vormgegeven.[20] Sommigen construeerden een deeltoepasselijkheid van de lex originis; zo bijvoorbeeld Röthlisberger, volgens wie onder de Berner Conventie van 1886 op de object-vraag alléén de lex originis toepasselijk was.[21] Maar meestal prevaleerde in de praktijk de dubbele toets, waarbij de voor de rechthebbende ongunstigste wet uiteindelijk bepalend was voor het materiële eindresultaat. Dat gebeurde hetzij via de eerste constructie (conflictenrecht), hetzij via de tweede constructie (vreemdelingenrecht). De voorkeur voor de dubbele toets zal geen verbazing wekken, "les tribunaux étant peu enclins à concéder à des productions étrangères une protection refusée aux œuvres indigènes." [22]

246. ***Statut personnel?*** Hoe de derde lex originis-uitzondering ook precies werd vormgegeven – als dubbele toets of als deeltoepasselijkheid –, feit was dat door deze uitzondering de lex originis een al dan niet exclusieve rol werd gegund inzake de bestaansvraag. Daardoor kon bij sommigen het beeld opkomen dat, volgens de conventie, het auteursrecht wordt geboren in een bepaald land – het land van oorsprong – en vervolgens 'uitstraalt' naar de andere Unielanden, alwaar het in de lokale wetten zijn vorm en nadere uitwerking krijgt. Men sprak wel van een soort 'personeel statuut', een 'état civil', een 'Bürgerrecht' dat het werk van zijn lex originis meekreeg en dat uitstraalde in de gehele Unie. Het werk "acquérait en quelque sorte un statut personnel, un état civil, dont les effets s'irradiaient dans l'Union entière." [23] Zo was volgens Venezian het systeem van de Berner Conventie:

> "(…) qu'elle étendait à toute l'Union les droits nés avec l'œuvre dans le pays de sa première publication; ces droits doivent être considérés comme la raison, le fondement de la protection

20 Dat de omvang van de uitzondering verschillend werd vormgegeven, zagen wij reeds eerder: sommigen hadden bijvoorbeeld alleen de object-vraag voor ogen, anderen de gehele bestaansvraag. Zie alinea's 236 e.v. hiervoor.

21 Röthlisberger 1906, p. 153-155 (uiteraard behoudens het ius conventionis zelf). Röthlisberger lijkt overigens niet te kiezen voor de derde constructie (vgl. zijn definitie van 'Bedingungen', Röthlisberger 1906, p. 107, zie ook noot 157 van hoofdstuk 2). Hij maakt een variant op de eerste constructie: Röthlisberger ziet in het bestaan van (met name) de formaliteiten-uitzondering de vooronderstelling dat het werk onder de lex originis is geclassificeerd als een werk van letterkunde of kunst (Röthlisberger 1906, p. 26-27 en p. 153), maar hij ziet dat als een exclusieve aangelegenheid van de lex originis: "Dann aber sollte die Beschaffenheit des Werkes nicht nach den Requisiten des Landes, wo der Schutz nachgesucht wird, beurteilt werden, sondern es sollte in derjenigen Kategorie und Rechtsordnung Schutz geniessen, in die es durch das Heimatland eingereiht wurde." (Röthlisberger 1906, p. 154). Overigens vond hij dit een onwenselijke regeling; de (exclusieve) toepasselijkheid van de wet van het land van import op de object-vraag heeft zijn voorkeur (Röthlisberger 1906, p. 154-155).

22 Potu 1914, p. 108.

23 Potu 1914, p. 108. Vgl. ook Dubois 1909, p. 956.

conventionnelle, qui n'est que la protection du pays d'origine qui s'irradie dans les autres États de l'Union." [24]

247. En Pillet zag in de lex originis-uitzonderingen van de Berner Conventie een bevestiging van zijn verkregen-rechten-theorie ('droits acquis').[25] Wat hem betreft moest men nog veel verder gaan. Hij pleitte, net als Fliniaux en Bastide eerder hadden gedaan, voor een zeer ruim toepasselijkheidsspectrum van de lex originis "par un appel fait à la théorie des droits acquis." [26] Wéér klonk hier en daar de roep om toepasselijkheid van de lex originis, wéér klonk die roep voornamelijk uit het land met de beste auteursrechtelijke bescherming, Frankrijk. Wij zagen het reeds: landen die een superieure auteurswet hebben, hebben belang bij zoveel mogelijk invloed van de lex originis. Met lex originis-toepasselijkheid in de conventie zouden vreemde werken worden afgestraft met hun eigen inferieure lex originis, en zou, mét de eigen werken, de superieure eigen bescherming worden geëxporteerd ('uitgestraald') naar de andere Unielanden.[27]

248. ***Bedoeling van Bern?*** Keren wij terug naar de derde lex originis-uitzondering in de conventie van 1886: was zij ook de bedoeling van de verdragsopstellers in Bern geweest? Dit nu valt niet met zekerheid te zeggen; reeds ten tijde van de Berlijnse conferentie kon men geen uitsluitsel geven.[28] Een sterk argument voor een ontkennend antwoord is dat de Berner verdragopstellers in 1885 de 'pendant l'existence'-formule hadden geschrapt en duidelijk hadden gewaarschuwd dat men zich buiten de kwestie van de beschermingsduur ("en dehors de ce qui a trait à la durée de la protection") niet ook op de lex originis mocht verlaten.[29] Dit argument werd tijdens de Berlijnse conferentie naar voren gebracht door het Bureau van de Berner Unie en de regering van Duitsland, gastland van de conferentie in Berlijn. Zij achtten de derde lex originis-uitzondering in strijd met de conventie van 1886.[30]

---

24 Vertaling in het Frans in Potu 1914, p. 39. Venezian 1909, p. 72: "(…) che esso estendeva a tutta l'Unione i diritti sorti con l'opera nel paese della sua prima pubblicazione; questi diritti dovevano considerarsi come la ragione, il fondamento della tutela convenzionale, la quale non è se non la tutela del paese d'origine che s'irradia negli altri Stati dell'Unione."

25 Pillet 1903, p. 548. De lex originis-uitzondering inzake formaliteiten was volgens Pillet bijvoorbeeld "très conforme à cette idée que la régularité d'un droit acquis à l'étranger dépend exclusivement des dispositions des lois étrangères compétentes." Over de verkregen-rechten-theorie, zie Kosters/Dubbink 1962, p. 301 e.v.

26 Pillet 1903, p. 549 e.v. Pillet lijkt de wet van het land van import alleen op de sancties toepasselijk te achten, zie Pillet 1903, p. 548, noot 1.

27 Zie alinea 164 hiervoor.

28 Zo werd in het Commissierapport opgemerkt: "Quel est le véritable sens qu'on doit attacher à la Convention sur ce point? On peut douter", zie Actes BC 1908, p. 238 (Rapport de la Commission). Vgl. ook de toespraak van gedelegeerde Osterrieth namens gastland Duitsland voor de Berlijnse conferentie: "bien que cela ne *paraisse* pas avoir été l'idée primitive des auteurs de la Convention de 1886" (Actes BC 1908, p. 169; cursivering toegevoegd).

29 Zie alinea's 213 e.v. hiervoor. Bovendien: ook aan het toetsen van de bestaanvraag aan de lex originis kleefde het nadeel dat de Berner verdragsopstellers nu juist wilden vermijden; ook dit immers had "le grave inconvénient d'exiger soit des tribunaux, soit des éditeurs, une connaissance approfondie de toutes les législations particulières", en dat vond men "contraire à la notion même de l'Union qu'on veut créer.", zie Actes BC 1885, p. 41 (Rapport de la Commission).

30 Actes BC 1908, p. 38 (voorstel Duitsland en Bureau).

3.1.3. Resumé

249. ***Resumé.*** Vatten wij het voorgaande kort samen. Onder de Berner Conventie van 1886 deden zich allerhande complicaties voor met betrekking tot de lex originis-uitzonderingen op het beginsel van nationale behandeling. Deze complicaties frustreerden een effectieve bescherming onder de vigeur van de conventie. Er was sprake van twee clusters van complicaties: in de eerste plaats rondom de lex originis-uitzondering inzake formaliteiten, en in de tweede plaats rondom een derde lex originis-uitzondering. In de praktijk bleek namelijk een uitzondering te worden gemaakt op het beginsel van nationale behandeling voor wat betreft het bestaan van het auteursrecht. Deze derde lex originis-uitzondering stond weliswaar niet in de conventie geschreven – het is niet duidelijk of de verdragsopstellers haar ook gewild hebben –, maar zij werd in de praktijk vrijwel altijd wel gemaakt. Ziedaar de complicaties waarmee de Berlijnse verdragsherzieners zich in 1908 geconfronteerd wisten.

3.2. De oplossing van het onafhankelijkheidsbeginsel: genesis van het huidige art. 5 lid 2

3.2.1. De keuze voor het onafhankelijkheidsbeginsel

250. ***Praktische bezwaren tegen lex originis.*** Wat de bedoelingen van de eerste verdragsopstellers ten aanzien van de bestaansvraag ook waren geweest, men stelde in Berlijn vast dat de toepassing van de lex originis in ieder geval praktische bezwaren opleverde. Dat gold zowel in het kader van de eerste als in het kader van de derde uitzondering. In de praktijk, zo werd geconstateerd in Berlijn, had men moeite met het achterhalen en het op de juiste wijze toepassen van de lex originis, die per definitie een vreemde auteurswet is, gesponnen in een web van vreemde jurisprudentie.[31] De toepassing van de lex originis was ongemakkelijk en droeg het gevaar van verkeerde interpretatie in zich. De lex originis-uitzonderingen bleken, zo zagen wij zojuist, een bron van complicaties en chicanes. Dit waren moeilijkheden, zo hield de Duitse gedelegeerde Osterrieth zijn gehoor voor, die het functioneren van de conventie in gevaar brachten:

> "Toutes ces difficultés ont pour effet de faire traîner les procès en longueur, d'exposer les auteurs au risque de perdre leur cause, même dans les cas de contrefaçon flagrante et, par conséquent, de compromettre le fonctionnement de la Convention." [32]

31 Actes BC 1908, p. 168-169 (Procès-verbaux, toespraak gedelegeerde Osterrieth namens gastland Duitsland); Bureau de l'Union, *DdA* 1910, p. 5; Denkschrift 1909, p. 29-30; Copinger/Easton 1915, p. 313.

32 Actes BC 1908, p. 169 (Procès-verbaux, toespraak gedelegeerde Osterrieth namens gastland Duitsland).

251. ***Voorstel voor absoluut onafhankelijkheidsbeginsel.*** De Duitse regering en het Bureau van de Berner Unie stelden daarom voor om elke toepassing van de lex originis uit te bannen. Zij stelden voor om *elke* afhankelijkheid, *elke* band tussen enerzijds de 'situation juridique' van het werk in het land van oorsprong, en anderzijds de juridische situaties in de andere landen van de Unie te elimineren.[33] De juridische situatie van het werk in de verschillende Unielanden moest *in elk opzicht* ("*à tous les points de vue*") onafhankelijk worden van de lex originis.[34] Aldus zou het beginsel van nationale behandeling niet meer door enige lex originis-uitzondering worden ingeperkt, het moest volledig worden geïmmuniseerd.[35] De beoogde absolute onafhankelijkheid moest dus zowel op conflictenrechtelijk als op vreemdelingenrechtelijk vlak worden verwezenlijkt. Dit werd het 'onafhankelijkheidsbeginsel' genoemd. Er was al eerder voor dit onafhankelijkheidsbeginsel gepleit, bijvoorbeeld door de 'Association Littéraire et Artistique Internationale', de vereniging die in 1883 de stoot had gegeven tot de totstandkoming van de Berner Conventie.[36]

252. ***Besluitvorming.*** Het voorstel tot invoering van de absolute onafhankelijkheid ten opzichte van de lex originis stond prominent op de Berlijnse agenda. Het opruimen van de uitzonderingen op het beginsel van nationale behandeling werd – terecht – gepresenteerd als een logische vervolgstap in de ontwikkeling van het beginsel van nationale behandeling en de verbetering van de internationale bescherming van het auteursrecht.[37] Het voorstel stuitte evenwel op weerstand aan de Berlijnse onderhandelingstafel. Invoering van het onafhankelijkheidsbeginsel zou een slag zijn voor hen die op een of andere manier de invloed van de lex originis wensten: invloed op de object-vraag, de gehele bestaansvraag of nog meer aspecten van de auteursrechtelijke bescherming; invloed, hetzij in gedeelde vorm

---

33 Actes BC 1908, p. 37 (voorstel Duitsland en Bureau): "Cette modification est essentielle, car elle fait disparaître *tout lien* entre la situation juridique de l'œuvre dans son pays d'origine et celle qui doit lui être faite dans chacun des autres pays de l'Union." (cursivering toegevoegd). Zie ook Actes BC 1908, p. 192 e.v. (Exposé des motifs des modifications nouvelles proposées par les délégations); Bureau de l'Union, *DdA* 1910, p. 2.

34 Actes BC 1908, p. 37-38 (voorstel Duitsland en Bureau). Zie ook Actes BC 1908, p. 238 (Rapport de la Commission): "Il y aurait donc une indépendance absolue, à tous les points de vue, entre la législation du pays d'origine et la législation du pays où la protection est réclamée." Zie ook Denkschrift 1909, p. 30.

35 Actes BC 1908, p. 193 (voorstel België): "Les modifications proposées (…) par le Gouvernement allemand, ont pour but de trancher de façon définitive tout lien de dépendance entre la situation juridique de l'œuvre dans son pays d'origine et la protection qui lui est assurée dans chacun des pays de l'Union. (…) Le traitement national serait appliqué à tout auteur étranger protégé par la Convention, quel que soit le traitement dont il jouit lui-même dans le pays d'origine."

36 Zie alinea 169 hiervoor. De ALAI sprak zich voor volledige onafhankelijkheid uit, vgl. het voorontwerp opgesteld door de conferentie te Neuchâtel in 1907 (Bureau de l'Union, *DdA* 1907 (*Conférence de Neuchâtel*), p. 114 e.v.). Vgl. ook Actes BC 1908, p. 82 (Vœux émis par divers congrès et assemblées). Instemmend begroette zij tijdens haar congres te Mainz in 1908 "la proclamation du principe que le droit de l'auteur doit être indépendant désormais de la protection accordée dans le pays d'origine de l'œuvre" in het ontwerp van de Duitse gastheren van de Berlijnse conferentie (Bureau de l'Union, *DdA* 1908, p. 135, Resolutie I).
Röthlisberger, secretaris van de conferenties in Parijs (1896) en Berlijn (1908), merkte in 1906 op: "Für die Zukunft würde also die schwer durchführbare Theorie des *statut personnel*, des Zivilstandes des Werkes nach dem Gesetz des Ursprungslandes, aufzugeben und das andere System der Bemessung des Schutzes nach dem Gesetz des Einfuhrlandes einzuführen sein, (…)." (Röthlisberger 1906, p. 155).

37 Actes BC 1908, p. 38 (voorstel Duitsland en Bureau) en p. 193 (voorstel België); Bureau de l'Union, *DdA* 1910, p. 2; Ladas 1938, p. 264-265.

via de (conflictenrechtelijk of vreemdelingenrechtelijk vormgegeven) dubbele toets, hetzij in exclusieve vorm via (deel)toepasselijkheid van de lex originis.

253. ***Conflictenrechtelijk debat.*** De lex originis-voorstanders bestreden het voorstel, en daarbij werd onder meer een beroep gedaan op de 'statut personnel'-gedachte. "On a aussi invoqué l'idée du statut personnel", zo meldt het Commissierapport.[38] Zo ontspon zich in Berlijn ook een conflictenrechtelijk debat tussen voorstanders van het 'régime territorial' (wet van het land van import) en aanhangers van het 'statut personnel' (lex originis).[39] De 'statut personnel'-aanhangers brachten naar voren dat het auteursrecht uit zijn aard een persoonlijk recht is, ten aanzien waarvan bijgevolg het personeel statuut toepasselijk is.[40] Zij wezen er op dat de door hen bepleite 'statut personnel'-theorie was gehuldigd in de Conventie van Montevideo van 1889.[41] De voorstanders van het 'régime territorial' riposteerden dat het auteursrecht geen persoonlijk recht is, doch een recht op een immaterieel goed, ten aanzien waarvan bijgevolg de lokale wet toepasselijk is. Het systeem van de Conventie van Montevideo, zo vervolgden zij, bleek in de praktijk onwerkbaar. Het territoriale systeem van de Berner Conventie had daarentegen zijn diensten bewezen. Invoering van onafhankelijkheid, zoals in 1900 ook voor het octrooirecht was geschied in het Verdrag van Parijs, was dan ook niet meer dan de logische evolutie van het uitgangspunt van de Berner Conventie.[42]

254. ***Keuze voor onafhankelijkheidsbeginsel.*** Daarmee lag, voor de tweede keer in de geschiedenis van de Berner Conventie, de conflictenrechtelijke vraag ter tafel.[43] Het antwoord van de Berlijnse conferentie op die vraag was duidelijk. De Berlijnse conferentie koos namelijk voor het onafhankelijkheidsbeginsel, voor een onafhankelijk gemaakt beginsel van nationale behandeling – en daarmee dolven de 'statut personnel'-aanhangers het onderspit.

255. ***Motieven.*** Bij deze keuze hadden, net als in 1884, praktische overwegingen de overhand. Door de invoering van het onafhankelijkheidsbeginsel werd de volledige auteursrechtelijke bescherming door één wet (de wet van het land van import) geregeld; het gecompliceerde steekspel tussen twee wetten was uit. Deze oplossing had het voordeel van de eenvoud: betrokkenen, zoals auteurs, uitgevers en rechters, hoefden nog maar één wet toe te passen. En hiermee werd tegelijkertijd de rechtvaardigheid gediend, want een heel arsenaal lex originis-chicanes waarmee inbreukmakers de dans konden ontspringen, werd opgeruimd. Het Commissierapport meldt:

---

38 Actes BC 1908, p. 239 (Rapport de la Commission).

39 Dit debat, dat in de travaux préparatoires slechts terloops wordt genoemd (zie Actes BC 1908, p. 239 (Rapport de la Commission)), is opgetekend in Bureau de l'Union, *DdA* 1910, p. 3; Potu 1914, p. 39-48; Ruffini 1927, p. 519-524.

40 Vgl. de Italiaanse gedelegeerde Venezian, die een dergelijke gedachte las in het systeem van de Berner Conventie van 1886, zie alinea 246 hiervoor.

41 Zie alinea 184 hiervoor.

42 Art. 4bis Verdrag van Parijs (Brusselse conferentie van 1897 en 1900). Zie hierover par. 4.2.2.

43 De eerste keer was, zoals wij reeds hebben gezien, bij de keuze van het uitgangspunt van de conventie in 1884.

> "Incontestablement la règle de l'indépendance est plus facile à appliquer, elle écarte de mauvaises querelles que pourraient faire au réclamant des chicaneurs qui lui demanderaient de rapporter une justification précise de l'existence de son droit dans le pays d'origine, alors que, devant un tribunal étranger, une règle coutumière ou jurisprudentielle est assez difficile à établir." [44]

256. Zo koos de Berlijnse herzieningsconferentie voor het onafhankelijkheidsbeginsel. Zij bande de toepassing van de lex originis, zoals wij hierna zullen zien, nagenoeg geheel uit: van de drie lex originis-uitzonderingen bleef er na Berlijn slechts één over, en deze overblijvende uitzondering werd gemuilkorfd om extensieve interpretaties de kop in te drukken.

3.2.2. Analyse van het Berlijnse art. 4

257. ***Analyse.*** Bezien wij nader hoe de Berlijnse verdragsherzieners het onafhankelijkheidsbeginsel in de conventie hebben verwerkt. Dit kreeg zijn beslag in artikel 4 van de Berlijnse versie. Het beginsel van nationale behandeling, dat in de conventie van 1886 was opgenomen in artikel 2 lid 1, verhuisde naar artikel 4 lid 1 van de Berlijnse versie, en direct daaropvolgend, in lid 2, werd het onafhankelijkheidsbeginsel opgenomen. Deze Berlijnse bepalingen zijn – op een enkel ondergeschikt punt na – tot op de dag van vandaag ongewijzigd gebleven.

a. Art. 4 lid 1: het beginsel van nationale behandeling

258. ***Triomf beginsel van nationale behandeling.*** Met de keuze voor het onafhankelijkheidsbeginsel triomfeerde in Berlijn het beginsel van nationale behandeling in zijn dubbele betekenis: een triomf voor zijn conflictregel en voor zijn non-discriminatiebeginsel. Immers, alle aanvallen had het weerstaan. Op vreemdelingenrechtelijk vlak was zijn non-discriminatiebeginsel aangevallen door voorstellen voor ruime materiële-reciprociteitsuitzonderingen. En op conflictenrechtelijk vlak was zijn conflictregel aangevallen door voorstellen voor een 'statut personnel'. Maar al deze aanvallen waren mislukt – Berlijn voerde het onafhankelijkheidsbeginsel in. In de woorden van Potu:

> "Ces considérations d'ordre théorique et surtout pratique firent écarter le système du statut personnel ainsi que les propositions de ceux qui, tout en adoptant le système territorial de l'indépendance des droits, voulaient le 'tempérer' en faisant intervenir la loi du pays d'origine pour exiger que les œuvres unionistes fussent protégées dans ce pays." [45]

---

44 Actes BC 1908, p. 240 (Rapport de la Commission). Men proeft in dit rapport overigens ook enige reserves, waarschijnlijk van de steller, Renault, voorzitter en rapporteur van de Commissie. Was hij zelf minder geporteerd voor deze oplossing? De noden van de praktijk worden gebagatelliseerd ("un assez petit nombre de cas", p. 239), en gemeend wordt dat in theorie de zaken anders liggen: "Est-elle conforme aux vrais principes? (…) Pour le droit d'auteur, c'est œuvre elle-même qui est protégée et on comprend plus aisément que, en vertu de conventions internationales, la protection du pays d'origine rayonne dans les autres pays." (p. 240). Uiteindelijk gaat Renault als volgt door de bocht: "Mais il s'agit ici non d'une question de principe, mais d'une question de pratique. Incontestablement la règle de l'indépendance est plus facile à appliquer (…)." (p. 240).

45 Potu 1914, p. 47.

259. Zo koos men, voor de tweede keer in de geschiedenis van de conventie, voor de conflictregel van de wet van het land van import, voor het 'régime territorial', dat ligt besloten in het beginsel van nationale behandeling.[46] Dit was het ultieme ongelijk van Pillet, de fanatieke lex originis-pleitbezorger die enkele jaren eerder het beginsel van nationale behandeling nog had omschreven als een "construction arbitraire bientôt destinée à disparaître." [47] Dit was de vervolmaking van het beginsel van nationale behandeling – een belangrijke stap in de ontwikkeling van het internationale auteursrecht, een stap die werd gezien als een rijpe oplossing: "(…) on a adopté une solution devenue mûre: l'application du traitement national à l'auteur unioniste (sauf pour la durée), quel que soit le traitement accordée dans le pays d'origine." [48]

260. ***Art. 4 lid 1.*** In het eerste lid van artikel 4 werd, met een aantal kleine aanpassingen, het ongewijzigde uitgangspunt van de Berner Conventie gestipuleerd, dus: nationale behandeling en daarmee (mede) de toepasselijkheid van de wet van het land van import.[49] Zoals de Duitse gedelegeerde Osterrieth het uitdrukte: "le système du traitement national, qui impliquait l'application pure et simple de la loi territoriale." [50] Naast de traitement national kreeg ook de traitement unioniste (het ius conventionis) een eigen vermelding in het eerste lid. Zo kwam artikel 4 lid 1 van de Berlijnse versie dan als volgt te luiden (en deze bepaling is – op een enkel ondergeschikt punt na – gelijk aan het huidige artikel 5 lid 1[51]):

> "Les auteurs ressortissant à l'un des pays de l'Union jouissent, dans les pays autres que le pays d'origine de l'œuvre, pour leurs œuvres, soit non publiées, soit publiées pour la première fois dans un pays de l'Union, des droits que les lois respectives accordent actuellement ou accorderont par la suite aux nationaux, ainsi que des droits spécialement accordés par la présente Convention." [52]

---

46 Preciezer gezegd: men bevestigde de eerdere conflictenrechtelijke keuze van de Berner verdragsopstellers.

47 Pillet 1903, p. 550. Niet zonder rancune merkte Pillet later over de in Berlijn herziene conventie op: "La Convention est allée là contre la théorie et contre la raison; on ne s'étonnera pas de voir son œuvre donner lieu à des difficultés assez sérieuses." (Pillet 1924, p. 78).

48 Bureau de l'Union, *DdA* 1910, p. 4.

49 Actes BC 1908, p. 236 (Rapport de la Commission).

50 Actes BC 1908, p. 160, en ook p. 162 (Procès-verbaux, toespraak gedelegeerde Osterrieth namens gastland Duitsland); zie ook Actes BC 1908, p. 200 (voorstel Frankrijk).

51 Tijdens de latere conferenties van Bern (1914), Rome (1928), Brussel (1948) en Stockholm (1967) stond het beginsel van nationale behandeling niet meer ter discussie, en werd ook niet meer gedebateerd over zijn conflictenrechtelijke gehalte. Toch is duidelijk dat de verdragsopstellers van de Stockholmse conferentie van 1967 onderkenden dat het beginsel van nationale behandeling een conflictregel bevat: zo ontwierpen zij art. 14bis lid 2 onder a en zagen zij die bepaling uitdrukkelijk als een bevestiging van de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling (zie hierover nader par. 7.2.2 onder (c)(ii); Ulmer 1977, p. 499). Daarnaast is ook duidelijk hoe een spilfiguur van de Stockholmse conferentie er over dacht: de voorzitter van het Main Committee I (over de inhoudelijke bepalingen van de conventie), Ulmer, onderkende expliciet de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling (zie noot 42 van hoofdstuk 5).
Tijdens de meest recente conferentie, die werd gehouden te Parijs in 1971, is het beginsel van nationale behandeling onbesproken gebleven; deze conferentie betrof de slotbepalingen van de conventie en de positie van ontwikkelingslanden, en liet de materiële bepalingen van de conventie onaangeroerd; zie ook Actes BC 1971, p. 168 (General Report, nr. 19).

52 De officiële Nederlandse vertaling in *Stb.* 1912, 323 luidt als volgt: "De auteurs tot een der landen van het Verbond behoorende, genieten in de landen, die niet het land van herkomst van het werk zijn, voor hunne werken, hetzij niet openbaar gemaakt, hetzij voor het eerst openbaar gemaakt in een der Verbondslanden, de rechten, welke de onderscheiden wetten thans verleenen of in den vervolge aan nationalen verleenen zullen, alsmede de rechten, bijzonderlijk verleend door dit verdrag."

b. Art. 4 lid 2: het onafhankelijkheidsbeginsel

261. ***Art. 4 lid 2.*** Bezien wij vervolgens hoe het onafhankelijkheidsbeginsel in het tweede lid werd geïmplementeerd. Hier rekende men af met de lex originis-uitzonderingen. Van het oorspronkelijke artikel 2 lid 2 van de conventie van 1886, dat de toepassing van de lex originis regelde, bleef bijgevolg niets meer over. Het nieuwe tweede lid stond geheel in het teken van de in Berlijn geproclameerde onafhankelijkheid. Zij luidde als volgt (en deze bepaling is ongewijzigd overgenomen in het huidige artikel 5 lid 2):

> "La jouissance et l'exercice de ces droits ne sont subordonnés à aucune formalité; cette jouissance et cet exercice sont indépendants de l'existence de la protection dans le pays d'origine de l'œuvre. Par suite, en dehors des stipulations de la présente Convention, l'étendue de la protection ainsi que les moyens de recours garantis à l'auteur pour sauvegarder ses droits se règlent exclusivement d'après la législation du pays où la protection est réclamée." [53]

(i) Eerste volzin: de eliminatie van de lex originis-uitzonderingen

262. ***Eliminatie uitzonderingen.*** Hoe rekende men nu af met de lex originis-uitzonderingen van de conventie van 1886? Dit gebeurde in de eerste volzin van artikel 4 lid 2.

263. ***Uitzondering 1: formaliteiten.*** De eerste lex originis-uitzondering die de Berner Conventie van 1886 maakte op het beginsel van nationale behandeling, betrof de formaliteiten. Dit was, zoals wij eerder zagen, de uitzondering op de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling. Was deze uitzondering destijds, in 1886, een stap voorwaarts uit de toen heersende formaliteitenchaos, nu ging men nog een stap verder: elke formaliteit werd verboden. Dit zogeheten 'formaliteitenverbod' betekende een grote vereenvoudiging voor de auteur.[54] Aldus werd de eerste lex originis-uitzondering geëlimineerd, en in haar kielzog werd ook de mogelijkheid om een certificaat te vorderen geschrapt (artikel 11 lid 3 van de conventie van 1886).[55] Het formaliteitenverbod werd opgenomen in de eerste zin van artikel 4 lid 2:

> "La jouissance et l'exercice de ces droits ne sont subordonnés à aucune formalité; (…)."[56]

---

53 De officiële Nederlandse vertaling in *Stb.* 1912, 323 luidt als volgt: "Het genot en de uitoefening dezer rechten zijn aan geen enkele formaliteit onderworpen; dat genot en die uitoefening zijn onafhankelijk van het bestaan der bescherming in het land van herkomst van het werk. Bijgevolg worden, buiten de bepalingen van dit verdrag, de omvang van de bescherming, zoowel als de rechtsmiddelen van beroep, den auteur gewaarborgd ter handhaving zijner rechten, uitsluitend bepaald door de wetgeving van het land, waar de bescherming wordt ingeroepen."

54 Bureau de l'Union, *DdA* 1921 (*Formalités*), p. 123 e.v.

55 Bureau de l'Union, *DdA* 1910, p. 5.

56 De Berlijnse tekst spreekt alleen over 'formaliteiten', maar doelt daarmee op de 'conditions et formalités' genoemd in de tekst van 1886, zie Actes BC 1908, p. 237 (Rapport de la Commission); Wauwermans 1910, p. 72-73.

264. Onder de vigeur van de conventie is de bescherming onder de wet van het land van import derhalve niet aan enige formaliteit onderworpen.[57] Noch mag deze wet zelf formaliteiten stellen, noch mag de vervulling van de formaliteiten van de lex originis worden geëist.[58] Bovendien treft de banvloek niet alleen formaliteiten ten aanzien van het genot ('la jouissance') van de in het eerste lid genoemde rechten, maar ook ten aanzien van de uitoefening ('l'exercice') daarvan. Aldus wilde men tot uitdrukking brengen dat niet alleen constitutieve formaliteiten in de ban werden gedaan, maar ook andere formaliteiten, zoals ten aanzien van procedures ter handhaving van het recht.[59] In dit verband valt met name te denken aan formaliteiten waaraan moet zijn voldaan voordat een inbreukprocedure kan worden geëntameerd, zoals het depot van een exemplaar van het werk.[60]

265. ***Uitzondering 2: beschermingsduur.*** De tweede lex originis-uitzondering in (artikel 2 lid 2 van) de conventie van 1886 betrof de duur van de bescherming – van oudsher een heet hangijzer. Dit was, zoals wij eerder zagen, de materiële-reciprociteitsuitzondering op het non-discriminatiebeginsel in het beginsel van nationale behandeling. De Duitse regering en het Bureau van de Berner Unie stelden voor om ook deze uitzondering te schrappen.[61] Hun voorstel werd echter niet overgenomen: deze uitzondering bleef gehandhaafd. Dat was een verlegenheidsoplossing. Enerzijds bleek een geüniformeerde beschermingsduur geen haalbare kaart. Anderzijds kon men – net als tijdens de Berner conferenties – geen overeenstemming vinden over onverkorte toepassing van het beginsel van nationale behande-

57 Waar de onderhavige zinsnede terugslaat op het eerste lid van art. 4 ('ces droits'), is duidelijk dat het formaliteitenverbod óók betrekking heeft op het genot en de uitoefening van het ius conventionis.

58 Dat de wet van het land van import zelf geen formaliteiten mag voorschrijven was al bevestigd tijdens de Parijse conferentie van 1896; zie de Déclaration van 4 mei 1896, interpretatieve bepaling nr. 1, zie Actes BC 1896, p. 225 (Actes adoptés par la Conférence).

59 "Cette expression (*exercise*) se rapporte clairement aux formalités qui, comme celles prévues en France, ne sont pas constitutives de droit d'auteur, mais simplement déclaratives ou introductives d'action et doivent précéder l'ouverture de tout procès.", aldus Bureau de l'Union, *DdA* 1910, p. 5. Zie ook Denkschrift 1909, p. 30; Martin 1909, p. 120, noot 1; Ruffini 1927, p. 524; Ladas 1938, p. 273. Vgl. ook de door Röthlisberger 1906, p. 113 geuite wens dergelijke formaliteiten in het Unieverkeer uit te bannen. Men kan de reikwijdte van het verbod derhalve niet beperken tot enkel ontstaansformaliteiten. Zie ook A-G Langemeijer in (alinea 2.9 van) zijn conclusie voor HR 26 mei 2000, *NJ* 2000, 671 m.nt. DWFV (Cassina/Jacobs). Zie voorts Drexl 1990, p. 93.

60 In het land van oorsprong zelf geldt het formaliteitenverbod uiteraard niet. In zijn land van oorsprong wordt het werk beschermd door de lex originis; de conventie laat zich hier in beginsel niet mee in (zie par. 3.3). In het land van oorsprong mag de lex originis derhalve wél formaliteiten stellen, zie ook HR 11 mei 2001, *NJ* 2002, 55 m.nt. J.H. Spoor (Vredestein/Ring 65); en die formaliteiten gelden uiteraard evenzeer ten aanzien van in dat land ontsprongen werken van vreemde auteurs. Stelt de Nederlandse wet bijvoorbeeld formaliteiten, dan gelden die formaliteiten ten aanzien van de bescherming in Nederland van in Nederland ontsprongen werken. Maar die Nederlandse formaliteiten gelden niet ten aanzien van de bescherming in Nederland van in Frankrijk ontsprongen werken. Er is in dit voorbeeld dus sprake van een vorm van bevoordeling: vreemde werken zijn immers vrijgesteld van formaliteiten, nationale werken niet. In de praktijk zal een dergelijke achterstelling van werken van eigen bodem doorgaans spoedig worden weggewerkt door formaliteiten in de nationale wet af te schaffen. Zie in dit verband ook alinea's 775 e.v. hierna.

61 Duitsland was dus omgegaan: het opponeerde tijdens de Berner conferenties tegen toepassing van het beginsel van nationale behandeling op de beschermingsduur, maar nu was het daarvan een voorstander (zie alinea 212 hiervoor). Zie Actes BC 1884, p. 30 (Procès-verbaux); Actes BC 1908, p. 37 e.v. (voorstel Duitsland en Bureau) en p. 169-170 (Procès-verbaux, toespraak gedelegeerde Osterrieth namens gastland Duitsland). Zie ook de overgangsbepaling in art. 14 lid 2 van het voorstel.

ling op de beschermingsduur. Dat een vreemd werk moest worden beschermd terwijl de beschermingsduur in het land van zijn oorsprong was verstreken, werd nog immer onverteerbaar geacht.[62] Om misbruik van deze uitzondering te voorkomen, verhuisde zij naar een aparte bepaling en werd daar ingedamd tot een "point précis et facilement définissable".[63] In de desbetreffende bepaling (het Berlijnse artikel 7 lid 2) werd voorop gesteld dat de beschermingsduur wordt beheerst door de wet van het land van import, en vervolgens werd bepaald dat zij niet de duur in het land van oorsprong overschrijdt:

> "(…) la durée sera réglée par la loi du pays où la protection sera réclamée et elle ne pourra excéder la durée fixée dans le pays d'origine de l'œuvre." [64]

266. Zo kwam het vreemdelingenrechtelijke materiële-reciprociteitskarakter van deze uitzondering beter uit de verf. Immers, het is – conflictenrecht: – de wet van het land van import die toepasselijk is ten aanzien van de beschermingsduur. En die toepasselijke wet mag – vreemdelingenrecht: – ten aanzien van een vreemde werk haar beschermingsduur laten inkrimpen tot de kortere duur van de lex originis.

267. ***Insteek: duidelijkheid omtrent onafhankelijkheid.*** Dat brengt ons tot de vraag in hoeverre de onafhankelijkheid ten opzichte van de lex originis nu was verwezenlijkt. Over het lot van de twee lex originis-uitzonderingen die de conventie van 1886 expliciet toeliet, was beslist: de formaliteiten-uitzondering verdween, de duur-uitzondering bleef in ingedamde en verduidelijkte vorm gehandhaafd. Voor de Duitse regering en het Bureau van de Berner Unie was de kous daarmee echter niet af. Gelet op de voorgeschiedenis van moeilijkheden en misverstanden rond de lex originis, wilden zij elke mogelijke twijfel wegnemen over de (verdere) volledige onafhankelijkheid ten opzichte van de lex originis. Deze insteek verklaart, zo zullen wij zien, de rest van het Berlijnse artikel 4 lid 2.

268. ***Uitzondering 3: bestaan.*** In de eerste plaats bracht deze insteek mee dat de Berlijnse verdragsherzieners uitdrukkelijk ook elke twijfel wilden wegnemen over de ontoelaatbaarheid van de ongeschreven derde lex originis-uitzondering, de toets aan de lex originis inzake de bestaansvraag. Tegen deze uitzondering was immers nog geen expliciet verbod uitgevaardigd. Beducht voor ondermijnende vindingrijkheid in de rechtspraktijk, achtte men een uitdrukkelijke bepaling gewenst om

---

62 Zie Bureau de l'Union, *DdA* 1910, p. 18 e.v.; Ruffini 1927, p. 525 e.v.

63 Bureau de l'Union, *DdA* 1909 (*La Convention de Berne revisée*), p. 35.

64 Deze materiële-reciprociteitsuitzondering werd overigens, net als onder de conventie van 1886, niet verplicht gesteld (Bureau de l'Union, *DdA* 1910, p. 22; Wauwermans 1910, p. 89-90). Voorts werd in art. 7 lid 1 een vrijblijvende aanzet gegeven tot een uniforme beschermingsduur (het leven van de auteur en vijftig jaren na zijn dood). Later, tijdens de Brusselse conferentie in 1948, zou deze uniforme beschermingsduur tot een verplichting van ius conventionis stollen, waarmee het praktische belang van de onderhavige toets aan de lex originis afnam. Zie nader par. 6.3.2.

met deze uitzondering korte metten te maken.[65] Dit verklaart de tweede bijzin van artikel 4 lid 2, waarin expliciet wordt bepaald dat het genot en de uitoefening van de in het eerste lid genoemde rechten onafhankelijk zijn van het bestaan van bescherming in het land van oorsprong van het werk:

> "(…); cette jouissance et cet exercice sont indépendants de l'existence de la protection dans le pays d'origine de l'œuvre. (…)"

269. Elke mogelijke twijfel omtrent de ontoelaatbaarheid van de derde uitzondering werd daarmee weggenomen.[66]

270. ***Tussenbalans.*** Hiermee was de volledige onafhankelijkheid van het beginsel van nationale behandeling uitgeroepen – alleen voor de beschermingsduur kwam de lex originis nog in beeld.[67] Van de drie feitelijke lex originis-uitzonderingen waren er twee geëlimineerd en één beteugeld. Deze uitzondering daargelaten, was de nagestreefde onafhankelijkheid ten opzichte van de lex originis, onafhankelijkheid "à tous les points de vue" [68] geheel bereikt: onafhankelijkheid "qui fait disparaître tout lien entre la situation juridique de l'œuvre" in land van oorsprong en de andere Unielanden.[69]

271. Vanuit vreemdelingenrechtelijk perspectief was de onafhankelijkheid vrijwel volledig: de enige uitzondering was de (gemuilkorfde) uitzondering inzake de beschermingsduur, verder sloot het beginsel van nationale behandeling c.q. het non-discriminatiebeginsel in artikel 4 lid 1 elke andere consultatie van de lex originis bij wege van materiële-reciprociteitsuitzondering uit. Daarbovenop sneed de tweede bijzin van het tweede lid elke mogelijke sluiproute naar de lex originis inzake de bestaansvraag, dus ook vreemdelingenrechtelijke sluiproutes, expliciet af.

272. Vanuit conflictenrechtelijk perspectief was de absolute onafhankelijkheid bereikt. Enerzijds, immers, was toepasselijkheid van de wet van het land van import gegeven door het beginsel van nationale behandeling, anderzijds waren de uitzonderingen hierop uitgeschakeld: de conflictenrechtelijke uitzondering inzake for-

---

65 Actes BC 1908, p. 238 (Rapport de la Commission); Wauwermans 1910, p. 73. Was een dergelijk uitdrukkelijk verbod echt nodig, nu de twee expliciete lex originis-uitzonderingen van de conventie van 1886, waarlangs de sluiproutes naar de bestaansvraag liepen, waren afgeschaft dan wel beteugeld? Zeker, nog steeds was bijvoorbeeld de redenering denkbaar dat de duurvergelijking het bestaan van een beschermingsduur onder de lex originis, en daarmee het bestaan van het recht, impliceert. De Berlijnse verdragsopstellers hebben dat risico niet willen nemen.

66 Zo moest ook Pillet, voorstander van de lex originis-conflictregel, met tegenzin erkennen (Pillet 1924, p. 52-53 en p. 76 e.v.). Zie ook Röthlisberger 1910, p. 4.

67 Actes BC 1908, p. 243 (Rapport de la Commission): "En d'autres termes, c'est, pour la durée, le maintain de la dépendance, supprimée à d'autres points de vue, (…)." Zie ook Bureau de l'Union, *DdA* 1909 (*Conférence de Berlin*), p. 3; Wauwermans 1910, p. 87. In latere versies van de conventie zouden voor een aantal specifieke kwesties nieuwe materiële-reciprociteitsuitzonderingen worden ingevoerd, zie par. 6.3.

68 Actes BC 1908, p. 238 (Rapport de la Commission).

69 Actes BC 1908, p. 37 (voorstel Duitsland en Bureau); Bureau de l'Union, *DdA* 1921 (*Formalités*), p. 123 m.k.

maliteiten was geëlimineerd in lid 2, eerste bijzin, en elke mogelijke conflictenrechtelijke sluiproute naar de lex originis inzake de bestaansvraag werd geblokkeerd door de tweede bijzin van lid 2. In conflictenrechtelijk opzicht was derhalve de absolute hegemonie van de wet van het land van import gevestigd. Conflictenrechtelijk koos de conventie nu voor onversneden toepasselijkheid van de wet van het land van import. Van nu af aan was de wet van het land van import de enige toepasselijke wet.

(ii) Tweede volzin: exclusieve toepassing van de wet van het land van import

273. ***Insteek: duidelijkheid omtrent onafhankelijkheid.*** De Berlijnse verdragsherzieners lieten het hier niet bij. Hun insteek was, als gezegd, om elke mogelijke twijfel weg te nemen over de onafhankelijkheid ten opzichte van de lex originis. Die insteek verklaart niet alleen de zojuist besproken bepaling dat het genot en de uitoefening van de in lid 1 genoemde rechten onafhankelijk zijn van het bestaan van bescherming in het land van oorsprong. Zij verklaart ook de thans te bespreken tweede volzin van artikel 4 lid 2.

274. ***Exclusieve toepassing.*** Wij hebben gezien dat, alles tezamen genomen, in Berlijn elke toepassing (of beter gezegd: consultatie) van de lex originis langs vreemdelingenrechtelijke weg werd verboden, behalve voor de beschermingsduur. En elke toepassing (of beter gezegd: toepasselijkheid) van de lex originis langs conflictenrechtelijke weg werd eveneens verboden. De conclusie is dat de wet van het land van import exclusief van toepassing is. Die conclusie trokken de Berlijnse verdragsherzieners in de tweede volzin van artikel 4 lid 2:

> "(…). Par suite, en dehors des stipulations de la présente Convention, l'étendue de la protection ainsi que les moyens de recours garantis à l'auteur pour sauvegarder ses droits se règlent exclusivement d'après la législation du pays où la protection est réclamée." [70]

275. ***'Exclusivement'.*** Nu wordt ook duidelijk hoe deze bepaling moet worden geduid. Zij is geen conflictregel, zoals velen tegenwoordig menen.[71] De conflictregel van de Berner Conventie ligt immers al sinds de geboorte van de conventie besloten in het beginsel van nationale behandeling. Zij is daarentegen een 'exclusiviteitsregel', zij wil slechts de *exclusieve rol* van de wet van het land van import verankeren, en is ingegeven door de historisch verklaarbare angst voor een te grote invloed van de lex originis. Daarmee is ook het woord 'exclusivement' verklaard – een woord dat in de literatuur over deze bepaling vrijwel altijd onderbelicht blijft. De onderhavige bepaling bevestigt de exclusieve toepassing van de wet van het land van import, zowel op conflictenrechtelijk als op vreemdelingenrech-

70 Onderstrepingen toegevoegd.
71 Zie par. 5.1.1 onder (b)(i).

telijk vlak.[72] Daarmee bevestigt zij de onversneden toepassing van het beginsel van nationale behandeling in zijn beide facetten.

276. ***'Par suite'.*** Deze exclusieve toepassing is een uitvloeisel van de combinatie van het beginsel van nationale behandeling en het onafhankelijkheidsbeginsel. De bepaling is de consequentie van de bepalingen in artikel 4 die haar voorgaan, te weten het beginsel van nationale behandeling in lid 1, en de afschaffing van de uitzonderingen daarop in de eerste volzin van lid 2.[73] De onderhavige bepaling is derhalve illatief en dat verklaart ook waarom zij begint met het woord 'bijgevolg' – ook dat is een woord dat in de literatuur tegenwoordig vaak onverklaard blijft of weggemoffeld wordt.[74]

277. ***Ratio.*** Als illatieve bepaling is de exclusiviteitsregel strikt genomen overbodig: hij is immers niet meer dan de consequentie van de gecumuleerde toepassing van het beginsel van nationale behandeling en het beginsel van onafhankelijkheid. Dat deze exclusiviteitsregel toch in de conventie is opgenomen, moet dan ook worden bezien in het licht van de wens om elke twijfel over de uitbanning van de lex originis weg te nemen en de onafhankelijke, exclusieve toepassing van de wet van het land van import stevig in de conventie te verankeren. Door ervaring wijzer geworden, kozen de Berlijnse verdragsherzieners er voor in een aparte bepaling de exclusieve rol van de wet van het land van import nog eens uit te spellen.

278. ***Redactie.*** Voor de redactie van deze verduidelijkende bepaling grepen de Berlijnse verdragsopstellers terug naar een formule die in de negentiende-eeuwse bilaterale verdragen traditioneel volgde op het beginsel van nationale behandeling. In de bilaterale verdragen volgde op het beginsel van nationale behandeling gewoonlijk een bepaling die uitsprak dat, kort gezegd, de auteurs dezelfde bescherming genieten en dezelfde rechtsmiddelen hebben ter handhaving van hun rechten.[75] Deze traditionele referte aan bescherming en rechtsmiddelen was – "emp-

72 "Exclusieve toepassing van de wet van het land van import op vreemdelingenrechtelijk vlak" betekent dat op vreemdelingenrechtelijk vlak elke betrokkenheid van een andere wet (met name: toepassing (consultatie) van de lex originis via materiële-reciprociteitstoetsen) is uitgesloten. Vgl. ook Drexl 1990, p. 97-98. Wie in deze bepaling louter een conflictregel ziet (hetgeen dus onjuist is), miskent dus de vreemdelingenrechtelijke dimensie die zij ook heeft, namelijk exclusieve toepassing van de wet van het land van import op vreemdelingenrechtelijk vlak.

73 Denkschrift 1909, p. 31.

74 Zie bijvoorbeeld Koumantos 1988, p. 424, die zelfs zo ver gaat dat hij uitdrukkelijk elk belang van het woord 'bijgevolg' voor de interpretatie van het artikel ontkent.

75 In de eerste negentiende-eeuwse bilaterale verdragen werd na het beginsel van nationale behandeling gewoonlijk uitgesproken dat, kort gezegd, de auteurs dezelfde bescherming genieten en "dezelfde regtsvordering zullen hebben en dezelfde waarborgen zullen genieten tegen ongeoorloofden na- of herdruk (…)" (art. 1 van het Nederlands-Franse verdrag van 29 maart 1855; in de Franse tekst: " (…) que les auteurs de l'un des deux pays auront, devant les tribunaux de l'autre, la même action, et jouiront des mêmes garanties contre la contrefaçon ou la reproduction non-autorisée, que celle que la loi accorde ou pourrait accorder par la suite aux auteurs de ce dernier pays.") Ander voorbeeld: "the same legal remedies and protection against piracy and unauthorized republication." (art. 1 van het Brits-Pruisische verdrag van 13 mei 1846, zie 34 British and Foreign State Papers, p. 4 ("den gleichen gesetzlichen Rechtsmitteln und gleichem Schutze gegen Nachdruck und unbefugte Vervielfältigung."). In de latere bilaterale verdragen evolueerden deze formules tot de standaardbepaling dat de auteurs "auront la même protection que ceux-ci et le même recours légal contre toute atteinte portée à leurs droits." Vgl. art. 1 van het Frans-Duitse verdrag van 1883 (zie alinea 178 hiervoor). Deze formule kwam in bijna alle bilaterale verdragen voor (Soldan 1888, p. 16).

runtés à des traités internationaux" – ook opgenomen in artikel 2 van het Verdrag van Parijs van 1883.[76] En zij was ook opgenomen in de ontwerp-conventie van de Zwitserse Bondsraad van 1884:

> "(…) En conséquence, ils auront la même protection que ceux-ci et le même recours légal contre toute atteinte portée à leurs droits, (…)." [77]

279. ***Betekenis.*** Deze referte aan bescherming en rechtsmiddelen verduidelijkte dat uit het haar voorgaande beginsel van nationale behandeling voortvloeide dat dezelfde bescherming – de auteursrechtelijke bescherming die de wet van het land van import verleende – moest worden verleend en dat dezelfde juridische mogelijkheden tot handhaving van het recht, dus met name dezelfde rechtsvorderingen, ter beschikking moesten zijn.[78] Dat in één adem ook deze 'recours' werden vermeld, hangt samen met de oude negentiende-eeuwse visie dat de vordering (actie) de dynamisch expressie van het recht is.[79] Verlening van het auteursrecht zonder de bijbehorende vorderingen zou in die visie een lege huls kunnen zijn. Dat deze bepaling in feite overbodig is – zij volgt immers al uit het beginsel van nationale behandeling –, begreep men ook reeds in 1884. Men situeerde haar betekenis toen in het wegnemen van elke onzekerheid en twijfel over de effecten van het beginsel van nationale behandeling. Met algemene instemming van de Berner conferentie merkte de Franse gedelegeerde Lavollée toen immers op:

> "Cette stipulation, qui se retrouve dans presque toutes les conventions actuellement en vigueur, est, il est vrai, implicitement comprise dans le principe général consacré par le § 1er de l'article proposé; peut-être, en la formulant expressément, aurait-on prévenu toute incertitude et toute hésitation dans l'esprit des autorités qui seront chargées d'appliquer la convention." [80]

280. Anno 1884 schrapte men deze bepaling wegens haar overbodigheid, waarbij uitdrukkelijk werd opgemerkt dat deze redactionele wijziging geen inhoudelijke aanpassing impliceerde.[81] Anno 1908 moesten de Berlijnse verdragsherzieners echter vaststellen dat deze "incertitude et hésitation dans l'esprit des autorités" niet waren weggenomen: de derde lex originis-uitzondering knaagde immers aan het beginsel van nationale behandeling. Toen deze verdragsherzieners iedere twij-

---

76 Actes VP 1880, p. 32 (Procès-verbaux, opmerking Belgische gedelegeerde Demeur). Zie ook par. 4.2.1.

77 Actes BC 1884, p. 11 (ontwerp-conventie Zwitserse Bondsraad). Zie alinea 177 hiervoor.

78 Zie ook Cattreux 1889, p. 87; Bureau de l'Union, *DdA* 1895, p. 163 l.k.; Ladas 1938, p. 605; Bappert & Wagner 1956, p. 77; Spoendlin 1988, p. 19.

79 Vgl. Raynard 1990, p. 154, noot 613.

80 Actes BC 1884, p. 43 (Rapport de la Commission, opmerking Franse gedelegeerde Lavollée), onderstrepingen toegevoegd. Zie ook alinea 180 hiervoor.

81 Zie alinea 181 hiervoor. Zie ook Soldan 1887, p. 408; Dunant 1892, p. 216-217; Röthlisberger 1906, p. 98-99. Enkele jaren eerder werd bij de totstandkoming van het Verdrag van Parijs eveneens geconstateerd dat deze toevoeging nutteloos was, "inutile, comme faisant double emploi avec le premier paragraphe." De opstellers van het Verdrag van Parijs besloten haar echter te handhaven, concluderend "que le second alinéa complétait très utilement le premier dont il formait le commentaire, et qu'il y avait lieu de le maintenir." Om aan te geven dat deze bepaling een gevolgtrekking is, werd besloten de woorden "en conséquence" toe te voegen, zie Actes VP 1880, p. 35-36 (Procès-verbaux). Zie alinea 357 hierna.

fel over de exclusieve toepassing van de wet van het land van import wilden wegnemen, grepen zij dan ook terug naar de oude bezwerende formule en legden daar het element van de exclusiviteit in. De referte aan de beschermingsomvang en de rechtsmiddelen in het Berlijnse artikel 4 lid 2 is dus door de traditie bepaald, en haar doel is louter het voorkomen van "toute incertitude et toute hésitation" over de exclusieve rol van de wet van het land van import.

281. ***Beperking?*** Het is dan ook wrang dat deze bepaling, waarmee de Berlijnse verdragsherzieners definitief een eind wilden maken aan alle misverstanden rond de exclusieve toepassing van de wet van het land van import, tegenwoordig weer nieuwe misverstanden heeft gecreëerd. Eén van die moderne misverstanden betreft de omvang van de rol van de wet van het land van import: sommigen lezen tegenwoordig in de woorden "de omvang van de bescherming" en "de rechtsmiddelen die de auteur worden gewaarborgd ter handhaving van zijn rechten" een beperking van de rol van de wetgeving van het land waar de bescherming wordt gevraagd.[82] Dat zou betekenen, nu het hier om een illatieve bepaling gaat, dat er sprake is van een beperking van de reikwijdte van het beginsel van nationale behandeling – en daarmee dus een beperking van de omvang van de rol van de daarin besloten liggende wet van het land van import. Een dergelijke beperking is deze referte echter niet.[83] Waar een wijziging c.q. beperking in 1908 van de reikwijdte van dit beginsel ten opzichte van de conventie van 1886 is uitgesloten[84], zou dezelfde beperking dan immers ook voor de conventie van 1886 moeten hebben gegolden. Dat is niet het geval: in 1884 refereerde men in dit verband aan de 'bescherming', een ruimer begrip dan de in 1908 gebezigde referte aan de beschermings*omvang*.[85] Daarenboven kán de referte geen beperking zijn omdat zij dan onvolledig zou zijn. Zo wordt het bestaan van het recht niet genoemd, terwijl de Berlijnse conferentie, zo zagen wij reeds, de bestaansvraag nu juist uitdrukkelijk onder de exclusieve hoede van de wet van het land van import geschaard wenste te zien.

282. ***Beschermingsomvang.*** Resteert de vraag waarom de Berlijnse verdragsherzieners dan spraken over de 'beschermings*omvang*' en niet, zoals de traditie wilde, over de 'bescherming'. Het antwoord is dat men dacht in een tegenstelling tussen 'omvang in de tijd' (beschermingsduur) en 'omvang wat betreft de toegekende rechten'. Voor de 'omvang in de tijd' bleef de lex originis-uitzondering gehandhaafd, zoals wij zojuist zagen. Maar voor de 'omvang wat betreft de toegekende rechten' mocht er geen misverstand over bestaan dat hier gewoon de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling gold, de toepasselijkheid van

82 Zie alinea's 319 en 435 hierna.
83 Zo ook Raestad 1931, p. 94.
84 Een wijzing van (de reikwijdte van) het grondbeginsel van de conventie zou minst genomen in de travaux préparatoires moeten worden vermeld, en dat is niet het geval. Integendeel, deze documenten melden dat het beginsel van nationale behandeling, ook wat betreft zijn reikwijdte, ongewijzigd bleef, zie Actes BC 1908, p. 236 (Rapport de la Commission). Zie par. 3.2.2 onder (a).
85 Actes BC 1884, p. 43 (Rapport de la Commission). Zie ook art. 2 van de ontwerp-conventie van de Zwitserse Bondsraad (zie alinea 177 hiervoor).

de wet van het land van import dus. Daarom werd dit voor deze 'omvang' apart benadrukt. Het Bureau van de Berner Unie beschreef de Berlijnse gedachtegang als volgt:

> "Il devenait ainsi nécessaire de distinguer entre la durée du droit d'auteur et le contenu de celui-ci, entre l'étendue dans le temps et l'étendue quant aux prérogatives attribuées à l'auteur. Lorsque l'article 4 de l'Acte de Berlin parle de l'étendue de la protection, il entend désigner cette seconde étendue et non pas l'étendue dans le temps. Deux règles furent votées: pour la durée du droit d'auteur la comparaison des délais du pays d'origine et du pays'd'importation, avec prédominance du délai le plus court; pour l'étendue du droit d'auteur quant aux prérogatives, l'application de la loi du pays d'importation (…)." [86]

283. ***Conclusie: geen beperking.*** Een speciale, beperkende bedoeling hebben de Berlijnse verdragsherzieners met de woorden over de beschermingsomvang en de rechtsmiddelen dus niet gehad.[87] In hun travaux préparatoires zwijgen zij zelfs over deze formule.

284. ***'En dehors'.*** Continueren wij onze analyse van de tweede volzin van het Berlijnse artikel 4 lid 2. Deze exclusiviteitsbepaling bevat zelf één beperking: zij geldt buiten de bepalingen van de conventie zelf ("en dehors des stipulations de la présente Convention"). Dit geldt in tweeërlei opzicht. In de eerste plaats vindt de exclusiviteit haar grens waar materieelrechtelijk ius conventionis moet worden toegepast. Dit ligt voor de hand: exclusieve toepassing van de wet van het land van import sluit uiteraard niet het genot uit van de rechten die door de conventie worden verleend. In de tweede plaats kunnen de bepalingen van de conventie inbreuk maken op de exclusiviteit, door bijvoorbeeld een materiële-reciprociteitstoets toe te laten.[88]

285. ***'La législation du pays où la protection est réclamée'.*** Dat brengt ons bij het slot van de tweede volzin van artikel 4 lid 2. Hier namen de Berlijnse verdragsherzieners een referte op aan de wetgeving van het land waar de bescherming wordt ingeroepen: "la législation du pays où la protection est réclamée." Daarmee introduceerden zij deze formule in de Berner Conventie.[89] Zij was echter – ook in de context van de Berner Conventie – zeker niet nieuw: deze formule werd ook gebezigd tijdens de Berner conferenties in 1884 en 1885.[90] Het was reeds lang voor 1908 een gebruikelijke formule. De rapporteur van de Berlijnse conferentie,

---

86 Bureau de l'Union, Mémoire 1936, p. 76.

87 Vgl. Bureau de l'Union, *DdA* 1909 (*La Convention de Berne revisée*), p. 35.

88 Een dergelijke inbreuk treft men bijvoorbeeld aan in het Berlijnse art. 7 lid 2 (de materiële-reciprociteitsuitzondering inzake de beschermingsduur).

89 Zo ook in andere Berlijnse bepalingen, zie bijvoorbeeld art. 7 lid 2 en 3, art. 9 lid 2 en art. 18 lid 2. Deze formule is nadien consequent gebruikt in de conventie. Zij figureert ook in de tekst van het Verdrag van Parijs, waar zij in 1911 werd geïntroduceerd (zie alinea 360 hierna). De bepalingen in de huidige Berner Conventie en het huidige Verdrag van Parijs waarin deze formule wordt gebruikt, zijn genoemd in par. 5.3.2 onder (b)(ii).

90 Zie bijvoorbeeld Actes BC 1884, p. 30 (Procès-verbaux, vraag 2 van de Duitse delegatie), en p. 55 (Rapport de la Commission); Actes BC 1885, p. 41 (Rapport de la Commission).

Renault, gebruikte haar zelf reeds in 1878, dus al vóór de geboorte van de Berner Conventie.[91]

286. ***Betekenis.*** Bezien wij deze formule nader. Zoals wij hebben gezien, is de onderhavige bepaling een illatieve bepaling. Zij is de gevolgtrekking ("par suite") van de bepalingen in artikel 4 die aan haar voorafgaan, te weten het beginsel van nationale behandeling en de volzin waarin de lex originis-uitzonderingen worden geëlimineerd. De 'wet van het land waar de bescherming wordt ingeroepen' is dus de wet waar (de conflictregel in) het beginsel van nationale behandeling op doelt, dus de ingevolge het formele-territorialiteitsbeginsel toepasselijke wet: de formeel-territoriaal en materieel-territoriaal toepasselijke wet, die wij in deze studie 'de wet van het land van import' noemen. Op deze wet doelden de Berlijnse verdragsherzieners in de onderhavige bepaling. De consequentie van de invoering van het onafhankelijkheidsbeginsel is immers exclusieve toepassing van de door het beginsel van nationale behandeling aangewezen wet. De Berlijnse verdragsherzieners begrepen de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling heel goed – zij hadden er ook uitvoerig over gedebatteerd, zoals wij eerder hebben gezien. Anno 1908 was men dan ook nog vertrouwd met het formele-territorialiteitsbeginsel.[92]

287. ***Huidig onbegrip.*** Tegenwoordig ligt dat anders: de onderhavige bepaling wordt niet meer begrepen. Sommigen lezen er een verwijzing naar de 'lex fori *sec*' in (dus louter formele territorialiteit)[93], terwijl de heersende mening er een verwijzing in leest naar de wet van het land *waarvoor* de bescherming wordt ingeroepen (dus louter materiële territorialiteit).[94] En, gelet op deze onenigheid, wordt tegenwoordig algemeen aangenomen dat de Berlijnse verdragsherzieners in ieder geval een ongelukkige formule hebben gekozen.

288. Dit alles geeft blijk van onbegrip van de onderhavige bepaling. De Berlijnse verdragsherzieners doelden, als gezegd, op de ingevolge het formele-territorialiteitsbeginsel toepasselijke wet, en krachtens dit beginsel is het toepassingsbereik van de nationale auteurswet ruimtelijk afgebakend tot het eigen territoir (materiële territorialiteit) én past de rechter alleen zijn eigen auteursrecht toe (formele territorialiteit). De Berlijnse verdragsherzieners doelden dus niet op de lex fori *sec*, noch op de wet van het land waarvoor de bescherming wordt ingeroepen, maar op de cumulatie van die twee. In dat licht is hun formulering ook niet ongelukkig gekozen. Het formele-territorialiteitsbeginsel brengt immers mee dat de rechter

91 Renault 1878, p. 31.
92 Zie par. 5.1.3.
93 Zie par. 5.1.1. Met 'lex fori *sec*' wordt bedoeld de wet van het land van de geadieerde rechter ongeacht of de bescherming ook voor dat land wordt ingeroepen. Bijvoorbeeld: een in Frankrijk gepleegde inbreuk die wordt voorgelegd aan de Nederlandse rechter (die bijvoorbeeld bevoegd is omdat de gedaagde-inbreukmaker in Nederland woont) wordt beoordeeld naar Nederlands recht. Op dezelfde inbreuk is echter Italiaans recht van toepassing indien de inbreuk wordt voorgelegd aan de Italiaanse rechter.
94 Zie par. 5.1.1.

nooit over bescherming in den vreemde oordeelt, zodat de bescherming alleen kan worden ingeroepen bij de rechter van het land waarvoor de bescherming wordt ingeroepen. De ingevolge het formele-territorialiteitsbeginsel toepasselijke wet kan dus ook worden aangeduid als 'de wet van het land waar de bescherming wordt ingeroepen' (waarmee onder de vigeur van het formele-territorialiteitsbeginsel tevens wordt gedoeld op de wet van het land waarvoor de bescherming wordt ingeroepen, want de bescherming kan alleen bij de rechter van dat land worden ingeroepen).

289. ***Uitwisselbaar.*** Men ziet dan ook dat begrippen als 'wet van het land van import', 'wet van het land waar de bescherming wordt ingeroepen' en 'lex fori' destijds door elkaar werden gebruikt. Onder de vigeur van het formele-territorialiteitsbeginsel zijn zij uitwisselbaar.[95] Zo schreef bijvoorbeeld het Bureau van de Berner Unie in 1895 over "la loi du pays d'importation, c'est-à-dire du pays où la protection est sollicitée".[96] Een ander voorbeeld uit vele is Ruffini's referte – anno 1926 – aan "la lex fori, c'est-à-dire (…) la loi du pays d'importation." [97]

290. ***Conclusie.*** De hedendaagse verwarring over deze bepaling is dus niet gesticht door de Berlijnse verdragsherzieners. Voor hen was deze formulering – terecht – probleemloos, keurig in lijn met de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling. De oorzaak van de verwarring ligt bij ons, want wij begrijpen de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling tegenwoordig niet meer, wij miskennen het illatieve karakter van de onderhavige bepaling, en wij zijn vervreemd geraakt van het formele-territorialiteitsbeginsel. Deze kwesties laten wij in dit stadium van deze studie rusten, het komt uitvoerig aan de orde in hoofdstuk 5. Hier volstaan wij met de constatering dat de Berlijnse verdragsopstellers, ter bevestiging van de exclusieve rol van de door het beginsel van nationale behandeling aangewezen wet, in de onderhavige bepaling het formele-terri-

---

95 Zie ook alinea 128 hiervoor. Om deze reden kan men niet (zoals bijvoorbeeld Schneider-Brodtmann 1996, p. 108 doet) auteurs uit het verleden, zoals Hoffmann 1935, p. 12, zo maar toedichten dat zij in de onderhavige bepaling een verwijzing naar de lex fori *sec* lezen.

96 Bureau de l'Union, *DdA* 1895, p. 164.

97 Ruffini 1927, p. 525. Zie ook Röthlisberger 1910, p. 4: "la garantie et l'étendue de la protection se règlent uniquement d'après *la loi du pays d'importation, la loi du territoir où la protection est réclamée*."; Röthlisberger 1906, p. 25: "Nicht das Gesetz des Ursprungslandes ist im Rechtsleben der Union zur Abmessung des in einem andern Lande beanspuchten urheberrechtlichen Schutzes heranzuziehen, sondern materielles Recht für ein Verbandswerk vermittelt das Urheberrechtsgesetz *des Einfuhrlandes, die lex fori,* in Verbindung mit der Konvention." (cursiveringen toegevoegd). Potu 1914, p. 48: "Désormais, entre les pays qui ont ratifié l'Acte de Berlin, la *lex fori (loi du pays d'importation)* sera seule applicable (...)." Zie ook Röthlisberger 1906, p. 47; Actes BC 1908, p. 37 (voorstel Duitsland en Bureau); Bureau de l'Union, *DdA* 1909 (*La Convention de Berne revisée*), p. 35; Wauwermans 1910, p. 64 en p. 89; Bureau de l'Union, *DdA* 1921 (*Formalités*), p. 122 r.k. Ook in de travaux préparatoires van de Berner Conventie werden deze termen door elkaar gebruikt. Zo sprak men in Bern over de wet van het land waar de bescherming wordt ingeroepen (zie bijvoorbeeld Actes BC 1884, p. 30 (Procès-verbaux, vraag 2 van de Duitse delegatie) en Actes BC 1885, p. 41 (Rapport de la Commission)), in het Berlijnse voorstel over de wet van het land van import (Actes BC 1908, p. 37 (voorstel Duitsland en Bureau)), en in de Berlijnse verdragstekst weer over de wet van het land waar de bescherming wordt ingeroepen. Een enkeling voorzag terloops de (overigens theoretisch geachte) mogelijkheid van een onderscheid tussen de formeel-territoriaal en de materieel-territoriaal toepasselijke wet; zie Von Bar 1889, Bd. II, p. 236, noot 9, en De Beaufort 1909, p. 55.

torialiteitsbeginsel expliciet in de conventie vastlegden. Zo is de conventie aan ons overgeleverd.[98]

3.2.3. Resumé

291. ***Resumé.*** Resumeren wij het antwoord van de Berlijnse verdragsherzieners op de problemen die waren ontstaan rondom de lex originis-uitzonderingen in de conventie van 1886. Hun streven was om deze problemen definitief uit de weg te ruimen door alle lex originis-uitzonderingen te schrappen, door – anders gezegd – de absolute onafhankelijkheid van de wet van het land van import uit te roepen. Het lukte hen om dit zogeheten onafhankelijkheidsbeginsel vrijwel geheel in te voeren. De (conflictenrechtelijke) lex originis-uitzondering inzake formaliteiten werd geschrapt door simpelweg elke formaliteit te verbieden. De ongeschreven derde lex originis-uitzondering inzake de bestaansvraag werd expliciet verboden. En de exclusieve rol van de wet van het land van import werd benadrukt. Alleen over de schrapping van de (vreemdelingenrechtelijke) lex originis-uitzondering inzake de beschermingsduur kon geen overeenstemming worden bereikt, zodat deze uitzondering in ingedamde vorm gehandhaafd bleef. Op deze ene uitzondering na, werd het beginsel van nationale behandeling niet meer door enige lex originis-uitzondering ingeperkt – het was volledig geïmmuniseerd.

292. ***Derde ontwikkelingsstadium.*** Dit was een nieuwe mijlpaal, die kunnen wij kenschetsen als de intrede van het derde stadium in de ontwikkelingsgang van het beginsel van nationale behandeling, het stadium waarin de lex originis-uitzonderingen zijn bedwongen door de invoering van het onafhankelijkheidsbeginsel, en waarin het beginsel van nationale behandeling – en daarmee de wet van het land van import – in het zenit van zijn macht stond. Dit was de vervolmaking van het beginsel van nationale behandeling.

293. ***Huidig art. 5 lid 2.*** Het Berlijnse artikel 4 lid 2, waarin het onafhankelijkheidsbeginsel werd neergelegd, geldt tot op de dag van vandaag. De tekst is ongewijzigd overgenomen in het huidige artikel 5 lid 2. Zo hebben wij in deze par. 3.2 de genesis van het huidige artikel 5 lid 2 verklaard.

3.3. Het beginsel van nationale behandeling in het land van oorsprong: genesis van het huidige art. 5 lid 3

294. ***Land van oorsprong.*** De Berlijnse conferentie vervolmaakte het beginsel van nationale behandeling, zo hebben wij zojuist gezien, door het onafhankelijk-

98 Vooruitblikkend op hoofdstuk 5 wordt hier vast opgemerkt dat in par. 5.1.3 zal worden onderzocht in hoeverre de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling kan worden geconverteerd in een Savigniaanse conflictregel die verwijst naar het recht van het land waarvoor de bescherming wordt ingeroepen, de lex loci protectionis.

heidsbeginsel in te voeren. Daarnaast vervolmaakte zij het beginsel van nationale behandeling ook nog in een ander opzicht, namelijk in geografisch opzicht. In geografisch opzicht was er immers nog een blinde vlek: het land van oorsprong. Het beginsel van nationale behandeling gold immers in alle Unielanden, behalve in het land van oorsprong.

295. ***Nationale aangelegenheid.*** De conventie van 1886 liet de bescherming in dit land van oorsprong volledig ongemoeid. Men zag dit als een interne, nationale aangelegenheid, waar de conventie buiten diende te blijven.[99] Dit was ook de visie van de Berlijnse conferentie.[100]

296. ***Invoering nationale behandeling.*** Niettemin hadden de Duitse gastheren van de conferentie zorgen over de positie van vreemde auteurs in het land van oorsprong. Zij hadden het geval voor ogen dat een auteur zijn werk voor het eerst in een ander Unieland publiceert. Kon de wetgever van dat Unieland – het land van oorsprong – nu zijn vrijheid misbruiken tegen deze vreemde auteur? Kon bijvoorbeeld auteursrechtelijke bescherming worden ontzegd? Dit was natuurlijk niet de bedoeling.[101] Ook al betrof het een tamelijk theoretisch probleem – want welk land zou vreemde auteurs nu zo willen afschrikken? –, niettemin besloot de Berlijnse conferentie deze lacune voor de zekerheid te dichten.[102] Van de twee beschermingscomponenten waaruit de 'traitement unioniste lato sensu' was opgebouwd, te weten het beginsel van nationale behandeling (traitement national) en het ius conventionis (traitement unioniste sensu stricto), werd daarom de eerstgenoemde óók van toepassing verklaard in het land van oorsprong.[103] Aldus werd het beginsel van nationale behandeling doorgetrokken naar het land van oorsprong. Daarmee was in vreemdelingenrechtelijk opzicht non-discriminatie óók in dit land verzekerd, en werd in conflictenrechtelijk opzicht de conventionele conflictregel – toepasselijkheid van de formeel-territoriaal en materieel-territoriaal toepasselijke wet – consequent doorgevoerd. Dit werd in twee bepalingen geregeld. Voor vreemde auteurs uit Unielanden werd het geregeld in het Berlijnse artikel 5. Voor vreemde auteurs uit landen buiten de Unie werd het geregeld in het Berlijnse artikel 6. Een samenvoeging in één bepaling liet men in Berlijn omwille van de duidelijkheid bewust achterwege.[104] Deze Berlijnse bepalingen luidden als volgt:

> "Les ressortissants de l'un des pays de l'Union, qui publient pour la première fois leurs œuvres dans un autre pays de l'Union, ont, dans le dernier pays, les mêmes droits que les auteurs nationaux."

---

99 Röthlisberger 1906, p. 31-32.

100 In Berlijn werd de tekst van het Berner beginsel van nationale behandeling op het punt van het land van oorsprong aangescherpt. In de conventie van 1886 werd gesproken over "les autres pays", hetgeen voor meerdere uitleg vatbaar bleek te zijn (zie daarover Röthlisberger 1906, p. 126-128). Teneinde elk misverstand uit te weg te ruimen, kozen de Berlijnse verdragsopstellers voor "les pays autres que le pays d'origine de l'œuvre", zie Actes BC 1908, p. 236-237 (Rapport de la Commission).

101 Actes BC 1908, p. 241-243 (Rapport de la Commission).

102 Actes BC 1908, p. 241 (Rapport de la Commission).

103 Zie noot 176 van hoofdstuk 2 over deze terminologie.

104 Actes BC 1908, p. 242 (Rapport de la Commission); Wauwermans 1910, p. 80.

> "Les auteurs ne ressortissant pas à l'un des pays de l'Union, qui publient pour la première fois leurs œuvres dans l'un de ces pays, jouissent, dans ce pays, des mêmes droits que les auteurs nationaux, et dans les autres pays de l'Union, des droits accordés par la présente Convention." [105]

297. Daarmee was het beginsel van nationale behandeling in geografisch opzicht vervolmaakt: het gold nu in alle landen van de Berner Unie, óók in het land van oorsprong.

298. ***Herstructurering in Stockholm.*** De Berlijnse bepalingen bleven vervolgens bijna 60 jaar ongewijzigd, tot de conferentie in Stockhom in 1967. Tijdens deze conferentie werden diverse bepalingen van de conventie geherstructureerd, en in het kader van die herstructurering wilde men de situatie in het land van oorsprong in één bepaling vangen. Daartoe werd de volgende bepaling geconstrueerd, het huidige artikel 5 lid 3:

> "La protection dans le pays d'origine est réglée par la législation nationale. Toutefois, lorsque l'auteur ne ressortit pas au pays d'origine de l'œuvre pour laquelle il est protégé par la présente Convention, il aura, dans ce pays, les mêmes droits que les auteurs nationaux." [106]

299. ***Bedoeling.*** De achtergrond van deze bepaling wordt in de travaux préparatoires duidelijk gemaakt.[107] Daaruit blijkt dat de Stockholmse conferentie met de eerste volzin wilde expliciteren dat de conventie niet van toepassing is op de bescherming in het land van oorsprong. Deze regel lag, zo zagen wij, reeds in eerdere versies van de conventie besloten, maar in Stockholm wilde men haar toch uitdrukkelijk vastleggen.[108] Uitgangspunt is derhalve dat in dit land noch het ius

---

105 De officiële Nederlandse vertaling in Stb. 1912, 323 luidt als volgt:
"Art. 5. De onderdanen van een der Verbondslanden, die in een ander land van het Verbond voor het eerst hunne werken openbaar maken, hebben in dat laatste land dezelfde rechten als de auteurs die nationalen van dat land zijn.
Art. 6. De auteurs die, niet tot een der Verbondslanden behoorende, voor het eerst hunne werken openbaar maken in een land van het Verbond, genieten in dat land dezelfde rechten als de nationale auteurs en in de andere Verbondslanden de rechten door dit verdrag verleend."
Vgl. voorts art. 3 van de conventie van 1896. Zie ook Wauwermans 1910, p. 78 e.v.

106 Voor de Nederlandse vertaling, zie alinea 17 hiervoor.

107 Actes BC 1967, p. 1140, nr. 54 (Report Main Committee I), over art. 5 lid 3: "This last-mentioned new paragraph contains a rule, implicit but not expressly mentioned in the Brussels text, that protection, in the country of origin, of a work of which the author is a national of that country is governed solely by national legislation. Protection is therefore entirely outside the Convention. Other authors, of whose works that country is the country of origin, are entitled under the Convention to benefit from national treatment. This rule is applicable either in case where the author is a national of another country of the Union (as stipulated in Article 5 of the Brussels text) or in cases where he is not (as stipulated in Article 6(1) of the Brussels text)." Zie ook Ricketson & Ginsburg 2006, p. 310.

108 Zie ook *Kamerstukken II* 1980/81, 16 739, nr. 3, p. 7. Zie ook Ulmer 1980, p. 91-92. Ulmer was voorzitter van Main Committee I van de Stockholmse conferentie, welke commissie zich boog over onder meer art. 5 lid 3.

conventionis noch het beginsel van nationale behandeling geldt.[109] De tweede volzin maakt daar echter een uitzondering op: zij schrijft nationale behandeling van vreemde auteurs in het land van oorsprong voor, en gaat daarmee terug tot de artikelen 5 en 6 van de Berlijnse versie.[110]

300. ***Eerste volzin*.** De betekenis van artikel 5 lid 3 is dus de volgende: de eerste volzin geeft aan dat de conventie niet van toepassing is op de bescherming in het land van oorsprong, zijnde een internrechtelijke, nationale kwestie. Zij doet derhalve een uitspraak over het toepassingsbereik van de conventie; zij is geen conflictregel.[111]

301. ***Tweede volzin*.** Wél conflictenrechtelijke betekenis heeft de tweede volzin van artikel 5 lid 3, die als opvolger van de Berlijnse artikelen 5 en 6 toepassing van het beginsel van nationale behandeling – en daarmee van de in dat beginsel besloten liggende conflictregel – in het land van oorsprong afdwingt. De conflictregel in artikel 5 lid 3, tweede volzin, ligt derhalve in het logische verlengde van die in artikel 5 lid 1.[112]

302. ***Huidige art. 5 lid 3*.** Daarmee hebben wij ten slotte, in deze par. 3.3, ook de genesis van het huidige artikel 5 lid 3 verklaard.

3.4. Conclusies en misverstanden rond het Berner beginsel van nationale behandeling

303. ***Huidige tekst art. 5 lid 1-3*.** Wij hebben nu de genesis van het Berner beginsel van nationale behandeling onderzocht, en zijn aangekomen bij het huidige artikel 5 lid 1 tot en met 3. Deze bepalingen luiden in de Franse tekst:

---

109 Ondertussen is die bedoeling niet helemaal nauwkeurig in de toelichting in de travaux préparatoires verwoord (zie noot 107 van dit hoofdstuk 3). De toelichting op de eerste volzin heeft namelijk enkel betrekking op werken van eigen onderdanen van het land van oorsprong ("(...) protection, in the country of origin, of a work *of which the author is a national of that country* is governed solely by national legislation. Protection is therefore entirely outside the Convention." (cursivering toegevoegd)). Mag men hieruit dan concluderen dat de nontoepasselijkheid van de conventie in het land van oorsprong alleen betrekking heeft op de bescherming van werken van eigen onderdanen en dat de conventie a contrario wél van toepassing is op de bescherming van werken van vreemde auteurs, zodat in het land van oorsprong de vreemde auteurs wel de traitement unioniste (en daarmee in de gehele Unie) genieten, terwijl de eigen onderdanen van dat land daarvan verstoken blijven? Art. 3 lid 2 zou een dergelijke redenering slechts ten dele ondervangen, namelijk alleen voor wat betreft auteurs uit niet-Unielanden, die in het land van oorsprong wonen. Een dergelijke enigszins geforceerde interpretatie van de toelichting zou echter ingaan tegen de bedoeling van de verdragsopstellers en de tekst van de bepaling zelf, die immers in de eerste volzin zonder aanziens des persoons over de bescherming in het land van oorsprong spreekt en in de tweede volzin een tegenstelling aangeeft met de eerste volzin ("lorsque").

110 De stelling dat de conventie in het land van oorsprong niet van toepassing is (zo bijvoorbeeld Koumantos 1979, p. 637) doet derhalve tekort aan de door de conventie voorgeschreven toepasselijkheid van het beginsel van nationale behandeling in dat land. Zo ook Boytha 1988, p. 409.

111 Zo ook Drexl 1990, p. 39 en Siehr 1992, p. 31. Anders Koumantos 1988, p. 424, die in de eerste volzin een eenzijdige conflictregel leest, die hij tot fundament van zijn theorie maakt door haar tot een algemene lex originis-conflictregel om te vormen (zie daarover par. 5.1.1 onder (b)(iii)).

112 Zie ook Boytha 1988, p. 409.

"(1) Les auteurs jouissent, en ce qui concerne les œuvres pour lesquelles ils sont protégés en vertu de la présente Convention, dans les pays de l'Union autres que le pays d'origine de l'œuvre, des droits que les lois respectives accordent actuellement ou accorderont par la suite aux nationaux, ainsi que des droits spécialement accordés par la présente Convention.

(2) La jouissance et l'exercice de ces droits ne sont subordonnés à aucune formalité; cette jouissance et cet exercice sont indépendants de l'existence de la protection dans le pays d'origine de l'œuvre. Par suite, en dehors des stipulations de la présente Convention, l'étendue de la protection ainsi que les moyens de recours garantis à l'auteur pour sauvegarder ses droits se règlent exclusivement d'après la législation du pays où la protection est réclamée.

(3) La protection dans le pays d'origine est réglée par la législation nationale. Toutefois, lorsque l'auteur ne ressortit pas au pays d'origine de l'œuvre pour laquelle il est protégé par la présente Convention, il aura, dans ce pays, les mêmes droits que les auteurs nationaux." [113]

304. Resumeren wij in deze par. 3.4 onze bevindingen over de wordingsgeschiedenis van deze bepalingen, daarbij *en passant* een achttal van de belangrijkste misverstanden uit de weg ruimend, die in de loop der tijd ten aanzien van deze bepalingen zijn ontstaan.[114]

3.4.1. Conclusies en misverstanden rond lid 1: het beginsel van nationale behandeling en het ius conventionis

305. Het eerste lid is in essentie niet veranderd sinds de conventie van 1886. Deze bepaling wijst de bronnen aan waaruit de auteursrechtelijke bescherming moet worden geput, te weten het beginsel van nationale behandeling ('traitement national') en het ius conventionis ('traitement unioniste').[115] Het ius conventionis – het eenvormige auteursrecht in de conventie – heeft in de loop der tijd een belangrijke vlucht genomen, maar reeds vanaf het prille begin van de conventie is het beginsel van nationale behandeling het fundament van de conventie geweest: "la clef de voûte de la Convention." [116]

306. Dit beginsel is in de eerste helft van de negentiende eeuw ontwikkeld binnen het denkraam van het pre-Savigniaanse, statutistische conflictenrecht. Het vormde het antwoord op een toestand die gaandeweg als problematisch werd ervaren: de toestand van rechteloosheid waarin vreemde werken of vreemde auteurs in die tijd gewoonlijk verkeerden. Deze toestand was doorgaans het gevolg van een

113 De Nederlandse vertaling van deze bepalingen is weergegeven in alinea 17 hiervoor.
114 Zie ook de meningenoverzichten in par. 5.1.1.
115 Voor de tekst van art. 2 van de conventie van 1886, zie alinea 225 hiervoor. De wijzigingen die in de loop der geschiedenis zijn aangebracht, houden verband met nadere preciseringen en met aanpassingen van het toepassingsbereik van de conventie. De referte aan het ius conventionis werd in 1908 toegevoegd. Het ius conventionis is krachtens art. 5 lid 1 jo. lid 3, eerste volzin, dwingend voorgeschreven in alle landen van de Unie met uitzondering van het land van oorsprong.
116 Vaunois 1910, p. 14, nr. 17; Ruffini 1927, p. 518.

bepaalde, statutistisch-conflictenrechtelijke afbakening van het toepassingsbereik van de nationale wet, waardoor er ten aanzien van vreemde werken of vreemde auteurs geen toepasselijke wet was: zij verkeerden in een discriminatoir rechtsvacuüm. Het beginsel van nationale behandeling hief die toestand op door vreemde werken of vreemde auteurs, als ware zij van nationale komaf, onder de hoede van de nationale wet te brengen – door hen 'nationaal te behandelen.' Zo bevat dit beginsel twee met elkaar vervlochten regels: een conflictregel en een vreemdelingenrechtelijke regel: enerzijds stelt het, aan de hand van het formele-territorialiteitsbeginsel, een toepasselijke wet (de wet van het land van import) in de plaats van het eerdere rechtsvacuüm; anderzijds stelt het non-discriminatie in de plaats van de eerdere discriminatie.

307. Het beginsel van nationale behandeling is in de loop van de negentiende eeuw uitgegroeid tot het leidende beginsel in het internationale auteursrecht.[117] Het was de oplossing die werd gebruikt in vrijwel alle bilaterale verdragen; het was een beproefde oplossing, die in 1884-1886 door de Berner verdragsopstellers werd overgenomen. Daarmee bleven de verdragsopstellers dus binnen de traditie die in het internationale intellectuele-eigendomsrecht was gegroeid, en die was geworteld in de pre-Savigniaanse statutenleer. De paradigmawisseling die zich in de tweede helft van de negentiende eeuw in het conflictenrecht voltrok – de revolutie van Von Savigny –, ging in die tijd aan het internationale intellectuele-eigendomsrecht voorbij. Het intellectuele-eigendomsrecht werd in de negentiende eeuw geacht volledig buiten het bereik van het nieuwe, Savigniaanse conflictenrecht te vallen. De heersende leer was nog immer dat dit rechtsgebied werd beheerst door het formele-territorialiteitsbeginsel. Het is dus niet verwonderlijk dat de Berner verdragsopstellers vasthielden aan de oplossing van het beginsel van nationale behandeling, een oplossing die haar deugdelijkheid en effectiviteit bovendien toen al volop had bewezen.

308. Van de conflictenrechtelijke dimensie van die oplossing waren de verdragsopstellers zich terdege bewust. Het alternatief – toepasselijkheid van de lex originis – kwam in de verdragsgeschiedenis twee keer ter tafel, en werd beide keren bewust verworpen; de eerste keer bij de geboorte van de conventie in Bern in 1884, en de tweede keer bij de herziening in Berlijn in 1908.

309. Zo levert de Berner Conventie aan ons, in de eenentwintigste eeuw, een negentiende-eeuwse pre-Savigniaanse conflictregel over. Ziedaar het eerste hedendaagse misverstand:

> Misverstand 1: "Het beginsel van nationale behandeling in artikel 5 lid 1 bevat geen conflictregel, maar is louter een non-discriminatiebeginsel (gelijkstellingsbeginsel)."

117 Zo ook in het internationale industriële-eigendomsrecht, zo komt in hoofdstuk 4 aan de orde.

310. Dit is tegenwoordig een wijdverbreid en fundamenteel misverstand. Het wordt kort gezegd veroorzaakt doordat wij de statutistische oplossing van het beginsel van nationale behandeling met hedendaagse, Savigniaanse ogen bezien, waardoor een vertekend beeld ontstaat waarin de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling onzichtbaar is geworden. Dit probleem wordt uitvoerig behandeld in hoofdstuk 5. Voorts wordt dit misverstand in de hand gewerkt doordat men in de tweede volzin van artikel 5 lid 2 (ten onrechte) een conflictregel pleegt te lezen[118], zodat de gedachte zich opdringt dat in lid 1 sprake moet zijn van 'iets anders'.

3.4.2. Conclusies en misverstanden rond lid 2: het onafhankelijkheidsbeginsel

311. Dat brengt ons bij artikel 5 lid 2. De tekst van deze bepaling werd tijdens de Berlijnse conferentie in 1908 ontworpen, en is sedertdien niet gewijzigd. Deze bepaling vormt, in elk van haar onderdelen, de implementatie van het onafhankelijkheidsbeginsel. Dit beginsel vormde het antwoord op een situatie die was ontstaan onder de vigeur van de conventie van 1886. Wat was het geval? De conventie van 1886 kende een tweetal uitzonderingen op het beginsel van nationale behandeling, door welke uitzonderingen de lex originis een rol kreeg toebedeeld. De eerste uitzondering trof de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling: op formaliteiten werd de lex originis toepasselijk verklaard (dépeçage). De tweede uitzondering trof het non-discriminatiebeginsel in het beginsel van nationale behandeling: de beschermingsduur van de wet van het land van import mocht worden ingekort tot een kortere beschermingsduur van de lex originis (een vreemdelingenrechtelijke materiële-reciprociteitstoets). In de praktijk werd echter nóg een lex originis-uitzondering in de conventie gelezen, een ongeschreven derde lex originis-uitzondering: ook vragen rond het bestaan van auteursrechtelijke bescherming werden aan de lex originis getoetst. Dit leverde veel onduidelijkheden en chicanes op.

312. Tijdens de Berlijnse conferentie in 1908 wilde men deze problemen elimineren door alle lex originis-uitzonderingen op het beginsel van nationale behandeling af te schaffen; elke band met de lex originis moest worden verbroken. Dit werd het onafhankelijkheidsbeginsel genoemd. Men slaagde er in om twee van de drie lex originis-uitzonderingen te elimineren. In artikel 5 lid 2 zien wij dit terug.[119] In de eerste volzin worden deze lex originis-uitzonderingen geëlimineerd. Haar eerste bijzin – het formaliteitenverbod – schakelt de oude lex originis-uitzondering betreffende formaliteiten uit. Haar tweede bijzin schakelt de gevaarlijke, ongeschreven lex originis-uitzondering betreffende het bestaan van het recht expliciet uit. Ten slotte spelt de tweede volzin van artikel 5 lid 2 de consequentie van de haar voorgaande bepalingen in lid 1 en 2 uit, namelijk dat de wet van het

118 Zie alinea 315 hierna (misverstand 3).

119 Over afschaffing van de vreemdelingenrechtelijke lex originis-uitzondering betreffende de beschermingsduur kon men geen overeenstemming bereiken, zij bleef in ingedamde vorm gehandhaafd in (het huidige) art. 7 lid 8.

land waar de bescherming wordt ingeroepen, exclusief van toepassing is. De onafhankelijkheid werd dus geëffectueerd doordat in de eerste volzin twee van de drie lex originis-uitzonderingen worden uitgeschakeld, terwijl de tweede volzin de consequentie daarvan uitspelt. Zo staat elk onderdeel van artikel 5 lid 2 in het teken van de onafhankelijkheid van het beginsel van nationale behandeling. Daarmee stuiten wij op een tweede hedendaags misverstand:

> Misverstand 2: "Het onafhankelijkheidsbeginsel is neergelegd in de zinsnede dat genot en uitoefening onafhankelijk zijn van het bestaan van bescherming in het land van oorsprong; het heeft dus alleen betrekking op het bestaan van bescherming."

313. Dit is een misverstand omdat deze zinsnede slechts een *onderdeel* was van het streven om het beginsel van nationale behandeling "à tous les points de vue" onafhankelijk te maken van de lex originis. Zij was er op gericht om elke twijfel weg te nemen over de ontoelaatbaarheid van de impliciete derde uitzondering inzake de bestaansvraag. Die uitzondering had in de praktijk immers voor zoveel problemen gezorgd dat zij in de ogen van de verdragsopstellers een apart genadeschot verdiende. Men kan de onderhavige zinsnede dus als een – belangrijk – onderdeel van het onafhankelijkheidsbeginsel beschouwen, maar niet als het beginsel in totum. De werkelijke reikwijdte van het onafhankelijkheidsbeginsel is die van het beginsel van nationale behandeling. Het is immers een beschermende laag over het beginsel van nationale behandeling: het immuniseert het beginsel van nationale behandeling – dus zowel zijn conflictregel als zijn non-discriminatiebeginsel – voor uitzonderingen. Het voorkomt dat het beginsel van nationale behandeling door enige uitzondering wordt ingeperkt.

314. Tezamen genomen volgt uit het beginsel van nationale behandeling, versterkt door het onafhankelijkheidsbeginsel, dat de wet van het land van import *exclusief* van toepassing is. Dat betekent in vreemdelingenrechtelijk opzicht dat materiële-reciprociteitstoetsen, waarbij een andere wet (zoals de lex originis) wordt geconsulteerd ('toegepast'), verboden zijn.[120] En het betekent in conflictenrechtelijk opzicht dat dépeçage verboden is. Waar het beginsel van nationale behandeling van toepassing is, daar geldt zijn conflictregel. 'Deelconflictregels', die ander rechtsstelsel toepasselijk verklaren (zoals de lex originis), zijn verboden.[121] Dit een en ander wordt bevestigd door de tweede volzin van artikel 5 lid 2. En dat brengt ons bij een volgend misverstand:

> Misverstand 3: "De conflictregel van de Berner Conventie is neergelegd in de tweede volzin: 'Bijgevolg worden, buiten de bepalingen van dit verdrag, de omvang van de bescherming, zowel als de rechtsmiddelen, die de auteur worden gewaarborgd ter handhaving van zijn rechten, uitsluitend bepaald door de wetgeving van het land, waar de bescherming wordt ingeroepen.' "

120 Tenzij de conventie zelf een uitzondering toelaat, zie hierover hoofdstuk 6.

121 Dit is een belangrijke vaststelling; tegenwoordig gaan namelijk geregeld stemmen op om bepaalde aspecten, zoals de vraag wie de eerste rechthebbende is, aan bijvoorbeeld de lex originis te onderwerpen. De reikwijdte van het beginsel van nationale behandeling, en dus van zijn conflictregel, wordt behandeld in hoofdstuk 7.

315. Dit is tegenwoordig een wijdverbreid misverstand, dat in de hand wordt gewerkt doordat deze bepaling op het eerste gezicht de taal van een conflictregel lijkt te spreken. Wij hebben echter vastgesteld dat deze bepaling geen conflictregel is – de conflictregel van de Berner Conventie ligt al sinds de conventie van 1886 besloten in het beginsel van nationale behandeling. Het gaat in deze tweede volzin daarentegen om een 'exclusiviteitsregel', zij is het resultaat van de gecombineerde toepassing van het beginsel van nationale behandeling en het onafhankelijkheidsbeginsel (dat verklaart ook de woorden 'bijgevolg' en 'uitsluitend'). Uit die combinatie volgt immers de exclusieve toepassing van de wet van het land van import, zowel in conflictenrechtelijk als in vreemdelingenrechtelijk opzicht. Wel bevestigt deze illatieve bepaling de conflictenrechtelijke dimensie van het beginsel van nationale behandeling, de bedoeling van de verdragsopstellers om met het beginsel van nationale behandeling een toepasselijk rechtsstelsel aan te wijzen. Op zichzelf genomen leidt onafhankelijkheid immers nog niet tot exclusieve toepassing van een bepaalde wet. Het is de gecombineerde toepassing van onafhankelijkheidsbeginsel en beginsel van nationale behandeling die leidt tot exclusieve toepassing van de wet van het land van import, hetgeen niet het geval kan zijn zonder conflictregel in het beginsel van nationale behandeling.

316. De tweede volzin van artikel 5 lid 2 is dus een exclusiviteitsregel, en als zodanig is zij niet meer dan de gevolgtrekking van de bepalingen die haar voorgaan. Aldus is deze veel geplaagde bepaling haar ware betekenis teruggegeven.

317. Niettemin doen nog meer misverstanden over haar de ronde. Zo wordt tegenwoordig niet meer begrepen op welke wet wordt gedoeld in de formule "la législation du pays où la protection est réclamée."

> Misverstand 4: "Met 'de wetgeving van het land waar de bescherming wordt ingeroepen' doelden de verdragsopstellers op de lex fori."

> Misverstand 5: "Met 'de wetgeving van het land waar de bescherming wordt ingeroepen' doelden de verdragsopstellers op de wet van het land waarvoor de bescherming wordt ingeroepen."

318. Met de formule "la législation du pays où la protection est réclamée", die ook al voor de totstandkoming van de Berner Conventie in zwang was, doelden de Berlijnse verdragsherzieners op de door het beginsel van nationale behandeling aangewezen wet, dus: de ingevolge het formele-territorialiteitsbeginsel toepasselijke wet. Krachtens dit beginsel is het toepassingsbereik van de nationale auteurswet ruimtelijk afgebakend tot het eigen territoir (materiële territorialiteit) én past de rechter alleen zijn eigen auteursrecht toe (formele territorialiteit). De verdragsherzieners doelden dus niet op de lex fori *sec*, noch op de wet van het land waarvoor de bescherming wordt ingeroepen, maar op de cumulatie van die twee: de formeel-territoriaal en materieel-territoriaal toepasselijke wet, die wij in deze studie 'de wet van het land van import' noemen. Ingevolge het formele-territoriali-

teitsbeginsel kan de bescherming alleen worden ingeroepen bij de rechter van het land waarvoor de bescherming wordt ingeroepen.[122]

319. Ten slotte nog een ander misverstand over de tweede volzin:

> Misverstand 6: "De rol van de wet van het land waar de bescherming wordt ingeroepen, is beperkt tot de beschermingsomvang en de rechtsmiddelen."

320. Wij hebben gezien dat de Berlijnse verdragsherzieners de exclusieve rol van de wet van het land van import wilden benadrukken, zulks naar aanleiding van alle misverstanden rond de lex originis-uitzonderingen in de conventie van 1886. Daarvoor grepen zij terug naar de verduidelijking die in de negentiende-eeuwse bilaterale verdragen traditioneel volgde op het beginsel van nationale behandeling en die was bedoeld om "toute incertitude et toute hésitation dans l'esprit des autorités qui seront chargées d'appliquer la convention" te elimineren. Zij wilden dus de exclusieve rol van de wet van het land van import benadrukken, zij wilden niet de rol van die wet beperken.[123]

321. Al met al is het toch treurig dat deze tweede volzin van lid 2, die bedoeld was om misverstanden uit de wereld te helpen, zoveel nieuwe misverstanden in de wereld heeft gebracht.

3.4.3. Conclusies en misverstanden rond lid 3: het land van oorsprong

322. Ten slotte geeft artikel 5 lid 3 een regeling voor de bescherming in het land van oorsprong. De tekst werd tijdens de Stockholmse conferentie in 1967 ontworpen, maar zijn wortels gaan terug tot de artikelen 5 en 6 van de Berlijnse versie van 1908. De eerste volzin geeft aan dat de conventie niet van toepassing is op de bescherming in het land van oorsprong. Zij doet derhalve een uitspraak over het toepassingsbereik van de conventie, en zij is niet, zoals een enkeling tegenwoordig meent, een (eenzijdige) conflictregel. Ziedaar een volgend misverstand:

> Misverstand 7: "Artikel 5 lid 3, eerste volzin, is een conflictregel."

323. De tweede volzin maakt een uitzondering op het uitgangspunt in de eerste volzin dat de conventie niet van toepassing is op de bescherming in het land van oorsprong: voor auteurs die geen onderdaan zijn van dit land geldt het beginsel van nationale behandeling. Aldus gelden ook in het land van oorsprong de beide in dit beginsel besloten liggende aspecten, te weten zijn conflictregel en zijn non-

122 Deze misverstanden zijn behandeld in alinea's 287 e.v. hiervoor. In par. 5.3 wordt onderzocht in hoeverre het formele-territorialiteitsbeginsel kan worden geconverteerd in een Savigniaanse conflictregel die verwijst naar de wet van het land waarvoor de bescherming wordt ingeroepen (lex loci protectionis).

123 Dit misverstand is behandeld in alinea's 278 e.v. hiervoor.

discriminatiebeginsel. Dat brengt ons bij het laatste misverstand, dat parallel loopt aan het eerste misverstand:

> Misverstand 8: "Het beginsel van nationale behandeling in artikel 5 lid 3, tweede volzin, bevat geen conflictregel, maar is louter een non-discriminatiebeginsel (gelijkstellingsbeginsel)."

3.4.4. Slotbeschouwing: krachtenveld en ontwikkelingsstadia

324. ***Belang van ontwikkelingsgeschiedenis.*** Wij hebben nu artikel 5 lid 1 tot en met 3 van de Berner Conventie in elk onderdeel volledig en consistent verklaard. Zonder onderzoek naar zijn genesis was dit niet mogelijk geweest. Artikel 5 is immers het product van een lange ontwikkelingsgeschiedenis, die in de eerste helft van de negentiende eeuw is ontkiemd – een geschiedenis van onderhand twee eeuwen. Het is een bouwwerk dat stamt uit de tijd van het statutistische conflictenrecht en dat in de loop der tijd steeds is verbouwd. Dat verklaart de complexiteit van het eindresultaat: het is een oud, organisch gegroeid bouwwerk. Wie dat bouwwerk zonder begrip van zijn ontwikkelingsgeschiedenis beziet, zal het niet kunnen doorgronden.

325. ***Krachtenveld.*** In die geschiedenis is een aantal krachten zichtbaar, die op elkaar inwerken: de nationale-behandelingsgedachte, de (materiële-) reciprociteitsgedachte, en de unificatiegedachte. De unificatiegedachte – het streven naar eenvormig auteursrecht – kon zijn vleugels pas in de twintigste eeuw uitslaan, en heeft toen een belangrijke vlucht genomen. Enerzijds werkt zij in op de nationale-behandelingsgedachte: immers, hoe meer eenvormig auteursrecht, hoe kleiner het speelveld van het beginsel van nationale behandeling. Anderzijds werkt zij in op de reciprociteitsgedachte. Want hoe meer eenvormig auteursrecht de conventie kent, des te minder is in het algemeen de behoefte aan reciprociteitstoetsen. Dat wordt bijvoorbeeld treffend geïllustreerd door de stellingname van de 'Association Litéraire et Artistique Internationale' tijdens de Berlijnse herzieningsconferentie: zij pleitte vóór het behoud van de materiële-reciprociteitsuitzondering inzake de beschermingsduur zolang men niet tot een uniforme beschermingsduur kon komen.[124]

326. Dominant in het zojuist geschetste krachtenveld is echter de strijd tussen de nationale-behandelingsgedachte en de materiële-reciprociteitsgedachte. Deze strijd beheerst voor een groot deel de ontwikkelingsgeschiedenis van het beginsel van nationale behandeling. De materiële-reciprociteitsgedachte (kort gezegd: vreemde werken of auteurs krijgen niet méér bescherming van onze wet dan hun wet – de lex originis – verleent) is de inspiratiebron geweest voor het opnemen en oprekken van vele van de voorwaarden en uitzonderingen die in de loop der tijd ten aanzien van het beginsel van nationale behandeling zijn gemaakt. Als tegenkracht is

124 Actes BC 1908, p. 169 (Procès-verbaux, toespraak gedelegeerde Osterrieth namens gastland Duitsland).

zij verschillend geapprecieerd. Nu eens werd zij gepresenteerd als gezond en evenwichtig: "(…) principe qui de tous temps a démontré son utilité et son efficacité comme une base saine et équitable pour les relations internationales, à savoir celui de la réciprocité: do ut des." [125] Dan weer werd zij ontmaskerd als "un principe beaucoup plus fécond en apparence qu'en réalité" [126] of als "le principe funeste d'une réciprocité matérielle".[127] Hoe dan ook, in de loop der tijd is zij geleidelijk, doch met moeite, teruggedrongen. Die strijd heeft, zo hebben wij gezien, ook zijn sporen nagelaten in de tekst van de Berner Conventie, in het huidige artikel 5 lid 2.

327. ***Ontwikkelingsstadia.*** Met de geleidelijke terugdringing van de materiële-reciprociteitsgedachte kwam, omgekeerd evenredig, het beginsel van nationale behandeling verder tot wasdom. In de loop van ons onderzoek hebben wij aan de hand van het verloop van deze strijd tot nu toe drie stadia onderscheiden in de ontwikkelingsgang van het beginsel van nationale behandeling.

328. ***Ontwikkelingsstadium 1.*** In het eerste stadium werd het beginsel van nationale behandeling eenzijdig in de nationale wet afgekondigd onder voorwaarde van (materiële) reciprociteit: men ging pas over tot nationale behandeling voor zover aan deze reciprociteitsvoorwaarde was voldaan. Zo had de reciprociteitsgedachte in feite het gehele spectrum van de auteursrechtelijke bescherming in haar greep. In veel negentiende-eeuwse auteurswetten was zo'n voorwaardelijk beginsel van nationale behandeling opgenomen.

329. ***Ontwikkelingsstadium 2.*** In het tweede stadium ontdeed het beginsel van nationale behandeling zich van dergelijke reciprociteitsvoorwaarden. Het werd verheven naar een verdragsrechtelijk plan – eerst bilateraal, later multilateraal –, en daarmee viel de reden om nationale behandeling afhankelijk te stellen van een reciprociteitsvoorwaarde weg. Het beginsel van nationale behandeling werd onvoorwaardelijk. Maar zo gemakkelijk liet de materiële-reciprociteitsgedachte zich niet verslaan. Op het onvoorwaardelijke beginsel van nationale behandeling werden voor cruciale onderdelen uitzonderingen gemaakt waardoor op die punten niet méér bescherming door de nationale wet werd verleend dan de lex originis verleende. Zo maakten de bilaterale verdragen gewoonlijk de zogeheten 'pendant l'existence'-uitzondering, die in de praktijk zo werd uitgelegd dat zij niet alleen betrekking had op de duur en het bestaan van het recht, maar ook op de omvang van het recht. Men ziet, de materiële-reciprociteitsgedachte woekerde voort. De multilaterale Berner Conventie drong deze uitzondering vervolgens verder terug. Zij maakte alleen nog een materiële-reciprociteitsuitzondering voor de duur, en niet meer voor de omvang en het bestaan van het recht. Maar wederom liet de materiële-reciprociteitsgedachte zich niet gemakkelijk knevelen. Men twijfelde

125 Actes BC 1908, p. 177 (Procès-verbaux, opmerking Zweedse gedelegeerde Taube); Ruffini 1927, p. 526.
126 Villefort 1851, p. 53. Vgl. ook Lagarde 1978, p. 111: "face noble d'une réalité plus vulgaire".
127 Actes VP 1925, p. 415 (Rapport Sous-Commission I, opmerking Duitse delegatie).

over de bedoeling van de verdragsopstellers, en nam in de praktijk de ruimte om voor het bestaan van het recht – een cruciaal punt – tóch een uitzondering te maken: de 'impliciete' derde lex originis-uitzondering.

330. ***Ontwikkelingsstadium 3.*** In het derde stadium van zijn ontwikkelingsgang schudde het beginsel van nationale behandeling de grote uitzonderingen, zoals de 'impliciete' derde lex originis-uitzondering, van zich af. Dit stadium werd voor het Berner beginsel van nationale behandeling bereikt tijdens de Berlijnse herzieningsconferentie in 1908, toen het onafhankelijkheidsbeginsel werd ingevoerd. Alleen voor de beschermingsduur werd nog een uitzondering toegelaten, voor het overige was de strijd van de nationale-behandelingsgedachte tegen de materiële-reciprociteitsgedachte gestreden – en gewonnen. Later zou op een enkel punt nog een uitzondering worden toegelaten, vaak als noodoplossing voor een bijzonder onderwerp – als unificatie onbereikbaar bleek –, zoals het volgrecht of de toegepaste kunst.[128]

331. ***Slagveld.*** Deze drie stadia overziende, kunnen wij constateren dat de strijd tussen de nationale-behandelingsgedachte en de materiële-reciprociteitsgedachte zich grotendeels afspeelde op het slagveld van het vreemdelingenrecht. De tegenkracht van de reciprociteitsgedachte heeft zich vooral geuit op vreemdelingenrechtelijk vlak, dus als inslag op de vreemdelingenrechtelijke component van het beginsel van nationale behandeling (het non-discriminatiebeginsel). Dat ligt voor de hand, en de zojuist weergegeven schets van de ontwikkelingsstadia is dan ook daarop toegespitst. Toch heeft de reciprociteitsgedachte ook effect gesorteerd op de conflictenrechtelijke component van het beginsel van nationale behandeling. In het eerste stadium was bijvoorbeeld het beginsel van nationale behandeling *als geheel* aan een reciprociteitsvoorwaarde onderworpen; dat gold dus ook voor zijn conflictregel. Vanaf het tweede stadium verslapte de greep van de materiële-reciprociteitsgedachte op de conflictenrechtelijke component evenwel. Niettemin strekten haar tentakels zich ook in dit stadium nog uit op het conflictenrechtelijke vlak in de gedaante van een conflictenrechtelijke uitzondering: men herinnere zich de desbetreffende constructie voor de 'derde lex originis-uitzondering.' Zelfs de zeldzame – en vruchteloos gebleven – voorstellen om een lex originis-conflictregel in te voeren, laden de verdenking op zich te zijn geboren uit de materiële-reciprociteitsgedachte. Want die voorstellen kwamen uit de mond van hen, die er – gelet op hun eigen superieure auteurswet – geen terugslag van te duchten hadden, sterker nog: die er alleen garen bij zouden spinnen. Want aldus zouden vreemde werken worden afgescheept met hun altijd inferieure wet, terwijl de eigen werken overal de superieure bescherming van eigen wet zouden genieten. Hoe dan ook, ook deze voorstellen zijn in Berlijn van tafel geveegd.

128 Dit komt verder ter sprake in hoofdstuk 6.

332. ***Ontwikkelingsstadium 4.*** De grootste aanslag op de conflictenrechtelijke component zou na Berlijn komen, en kwam uit een geheel andere hoek. Want vanaf het tweede kwart van de twintigste eeuw begon het begrip van de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling te vervagen. Men begreep deze conflictregel niet meer. Men begon haar bestaan te ontkennen, en men begon het beginsel van nationale behandeling te duiden als een louter vreemdelingenrechtelijk non-discriminatiebeginsel. Dit is het vierde stadium van de 'Werdegang' van het beginsel van nationale behandeling, het stadium waarin wij thans nog verkeren: het stadium van de begripsverduistering ten aanzien van de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling. Dit zal worden behandeld in Deel II van deze studie. Eerst bezien wij nog, in het navolgende hoofdstuk 4, de ontwikkeling van het beginsel van nationale behandeling in het industriële-eigendomsrecht c.q. Verdrag van Parijs.

4. De genesis van het beginsel van nationale behandeling in het Verdrag van Parijs

333. ***Inleiding.*** In het internationale industriële-eigendomsrecht is een vergelijkbare ontwikkelingsgeschiedenis zichtbaar als in het internationale auteursrecht. In deze geschiedenis spelen met name de twee oudste industriële-eigendomsrechten een rol: het octrooirecht en het merkenrecht. Andere industriële-eigendomsrechten, zoals het tekeningen- en modellenrecht en het handelsnaamrecht, zijn pas later serieus tot ontwikkeling gekomen. Zij zijn, in ons onderzoeksveld, toen meegegaan in de reeds ingeslagen weg, en hebben daarin geen wijzigingen meer teweeg gebracht. In deze studie staan daarom het octrooirecht en het merkenrecht centraal, en daarmee (dus) ook het Verdrag van Parijs van 1883.[1] Dit is de industriële-eigendomsrechtelijke tegenhanger van de Berner Conventie. Net als de Berner Conventie kent ook het Verdrag van Parijs een lange geschiedenis van herzieningsconferenties. Zoals in de Inleiding al ter sprake kwam, werden deze conferenties gehouden in 1886 (Rome), in 1890 (Madrid), in 1897 en 1900 (Brussel), in 1911 (Washington), in 1925 (Den Haag), in 1934 (Londen), in 1958 (Lissabon) en in 1967 (Stockholm).[2]

334. ***Plan van behandeling.*** Bezien wij echter, voordat wij in par. 4.2 in de geschiedenis van het Verdrag van Parijs duiken, eerst de geschiedenis van het beginsel van nationale behandeling vóór de totstandkoming van dat verdrag (par. 4.1). Immers, de opstellers van het Verdrag van Parijs namen in 1883 – net als de opstellers van de Berner Conventie enkele jaren later – eenvoudigweg een reeds bestaande en beproefde oplossing over.

4.1. De ontwikkeling van het beginsel van nationale behandeling in het industriële-eigendomsrecht vóór het Verdrag van Parijs

335. ***Verschil octrooirecht-merkenrecht.*** Net als in het internationale auteursrecht, waren ook in het internationale industriële-eigendomsrecht van oudsher nationale

---

1 In zijn eerste versie, anno 1883, was het Verdrag van Parijs van toepassing op octrooien, merken, tekeningen en modellen van nijverheid, handelsnamen en (in beperkte mate) herkomstaanduidingen. Later zijn gebruiksmodellen en de bestrijding van oneerlijke mededinging in het Verdrag van Parijs toegevoegd. Nog later zijn, buiten het kader van het Verdrag van Parijs, het kwekersrecht en het topografierecht tot ontwikkeling gekomen. De nucleus van het industriële-eigendomsrecht is echter, zeker vanuit conflictenrechtelijk en vreemdelingenrechtelijk perspectief, altijd gevormd door het octrooirecht en het merkenrecht, die daarom – als gezegd – in deze studie centraal staan. Het tekeningen- en modellenrecht komt overigens zijdelings nog wel aan de orde. Zie over het Verdrag van Parijs met name Ladas 1975.

2 Zie alinea 24 hiervoor. De aanvullingen door de conferenties van 1886 (Rome) en 1890 (Madrid) zijn nooit in werking getreden.

politiek-economische belangen richtinggevend. Deze belangen vonden op het terrein van het octrooirecht (par. 4.1.1) een andere uitwerking dan op het terrein van het merkenrecht (par. 4.1.2).

4.1.1. Octrooirecht

336. ***Onvoorwaardelijke nationale behandeling.*** In het octrooirecht was de overheersende gedachte dat het belang van de nationale industrie het best is gediend wanneer óók aan vreemde uitvinders bescherming wordt verleend, opdat zoveel mogelijk kennis wordt aangetrokken waarmee de nationale industrie kan worden gevoed.[3] Dat levert immers (technische) vooruitgang en werkgelegenheid op. Vanuit die gedachte is nationale behandeling in het octrooirecht daarom van meet af aan het uitgangspunt geweest. Octrooien werden óók aan vreemdelingen verleend, en de pre-Savigniaanse nationale octrooiwetten waren, zonder voorwaarde van reciprociteit, in de regel gelijkelijk óók op vreemdelingen toepasselijk. Dat gold reeds voor een van de eerste moderne octrooiwetten, het Engelse 'Statute of Monopolies' van 1623.[4] En dat uitgangspunt gold ook in vrijwel alle andere landen met een octrooiwet: het was ofwel uitdrukkelijk vastgelegd in de wet, ofwel ontwikkeld in de jurisprudentie.[5] Anders dan in het auteursrecht was in het octrooirecht dus geen sprake van een discriminerende afbakening van het toepassingsbereik van de nationale wet, of van een beperking van de rechtsbevoegdheid van vreemdelingen. Een toestand van rechteloosheid c.q. een rechtsvacuüm deed zich hier niet voor. Alom gold eenzijdig en onvoorwaardelijk het beginsel van nationale behandeling.

337. ***Materieelrechtelijke valkuilen.*** Toch was de positie van de vreemde uitvinder niet rooskleurig. Zeker, hij trof in de regel geen vreemdelingenrechtelijke of conflictenrechtelijke valkuilen op zijn pad: hij was rechtsbevoegd, en de formeel- en materieelterritoriaal toepasselijke octrooiwet was gelijkelijk te zijnen aanzien

---

3 In de woorden van Lyon-Caen tijdens het internationale industriële-eigendomscongres te Parijs in 1878: "C'est dans l'intérêt de l'industrie nationale qu'il faut accorder une protection aux inventeurs, afin de les attirer en plus grand nombre dans le pays." (in: Comptes rendus Congrès 1878, p. 135). Zie ook Osterrieth & Axster 1903, p. 33; Bureau de l'Union, Mémoire 1933, p. 8.

4 Zie Ladas 1975, p. 6 (vgl. ook de aldaar genoemde Venetiaanse regeling van 1474). Over de geschiedenis van het octrooirecht, zie ook Huydecoper & Van Nispen 2002, p. 66 e.v.; Gerzon 1986, p. 1 e.v.; Drucker 1924, p. 1 e.v.

5 Comptes rendus Congrès 1878, p. 721 (toelichting van het uitvoerend comité van de Permanente Internationale Commissie van het internationale congres van 1878 bij zijn voorontwerp voor een internationale unie voor de bescherming van industriële eigendom); Osterrieth & Axster 1903, p. 33; Bureau de l'Union, Mémoire 1933, p. 7-8; Ladas 1975, p. 27. Zie voorts bijvoorbeeld de overzichten in Pataille & Huguet 1865; Klostermann 1876; Recueil général (propriété industrielle). Een duidelijk voorbeeld is te vinden in art. 27 en 28 van de Franse octrooiwet van 5 juli 1844 (Pataille & Huguet 1865, p. 25; zie alinea 338 hierna). Uiteraard treft men hier en daar wel ergens een afwijkende regeling aan, zoals bijvoorbeeld in de Pruisische regeling van 14 oktober 1815, zie daarover Pataille & Huguet 1865, p. 291. De latere Duitse octrooiwet van 25 mei 1877 ging daarentegen uit van nationale behandeling (Grothe 1877, p. 70-71; Bureau de l'Union, Mémoire 1933, p. 8). Anno 1878 stelde Lyon-Caen tijdens het internationale industriële-eigendomscongres te Parijs vast dat voor het octrooirecht in alle landen het beginsel van nationale behandeling onvoorwaardelijk gold (Comptes rendus Congrès 1878, p. 134).

toepasselijk.[6] De valkuilen waarin zijn bescherming wegviel, lagen niet zozeer op het vlak van de rechtsbevoegdheid of het conflictenrecht, maar eerder op materieelrechtelijk vlak. Het materiële octrooirecht, zoals dat gelijkelijk ook voor nationale uitvinders gold, kende een aantal vereisten die in de praktijk voor vreemde uitvinders nadelig uitpakten.[7] Dat gold bijvoorbeeld voor de vele, per land verschillende strenge formaliteiten, alsook voor de hoge kosten en instandhoudingstaksen. Ook zeer nadelig was de eis dat de uitvinding nieuw moest zijn: het indienen van een octrooiaanvrage in het ene land kon in het andere land al nieuwheidsschadelijk zijn.[8] Een prioriteitsrecht bestond nog niet. Fnuikend was vaak ook de verplichting om de uitvinding te exploiteren op het nationale territoir, zulks op straffe van verval van het octrooi. Die verplichting vormde een struikelblok voor vreemde uitvinders omdat vaak binnen een zeer korte periode aan die verplichting moest worden voldaan, en het voor vreemdelingen vrijwel onhaalbaar was om in die periode een dergelijke industrie op touw te zetten – zeker als het om meerdere landen ging.[9] Gezegd werd wel dat deze valkuil in werkelijkheid was aangelegd om – nu de kennis eenmaal was binnengehaald – het octrooi van de vreemdeling zo snel mogelijk onderuit te kunnen trekken opdat de uitvinding gratis kon worden geëxploiteerd door de nationale industrie.[10]

338. ***Materiële-reciprociteitsuitzondering.*** Wie het, ondanks alle belemmeringen, gelukt was om in een of meerdere landen een octrooi voor zijn uitvinding te verkrijgen, zag zich ten slotte in vrijwel elk land nog geconfronteerd met een materiële-reciprociteitsuitzondering op het beginsel van nationale behandeling. Deze uitzondering had betrekking op octrooien voor uitvindingen waarvoor elders ook al een octrooi was verleend (dit werden soms ook wel 'octrooien van invoer' ('brevets d'importation') genoemd). De materiële-reciprociteitsuitzondering hield in dat de beschermingsduur van zo'n octrooi de beschermingsduur van het eerdere, vreemde octrooi niet overschrijdt.[11] Op dat punt werd de bescherming door het toepasselijke materiële recht dus bijgesteld naar een inferieur niveau van een vreemde wet. Daarmee werd een uitzondering gemaakt op de vreemdelingenrechtelijke component van het beginsel van nationale behandeling, het non-discriminatiebeginsel. Vreemde uitvindingen (dat wil zeggen: reeds in den vreemde geoctrooieerde uitvindingen) worden immers achtergesteld. Zo bijvoorbeeld artikel 29 van de Franse octrooiwet van 1844:

---

6 Het materiële octrooirecht bevatte doorgaans niet veel vreemdelingenrechtelijke discriminatie. Gebruikelijk was wel de eis dat vreemdelingen, voor zover zij in den vreemde woonden, een nationale octrooigemachtigde moesten aanwijzen, opdat een lokaal aanspreekpunt voorhanden was. Zie Ladas 1975, p. 33. Voorts werd meestal een materiële-reciprociteitsuitzondering gemaakt voor de beschermingsduur, zie alinea 338 hierna.

7 Zie nader Ladas 1975, p. 20-28.

8 Ladas 1975, p. 22-23 en p. 26.

9 Bureau de l'Union, Mémoire 1933, p. 8; Ladas 1975, p. 25-27. Deze verplichting diende om de nationale economie en werkgelegenheid te bevorderen. In dat licht moet ook het verbod (in art. 32 lid 3 van de Franse octrooiwet van 5 juli 1844, zie Pataille & Huguet 1865, p. 25-26) worden gezien om goederen te importeren die in den vreemde zijn geproduceerd met toepassing van de uitvinding, zulks op straffe van verval van het octrooirecht (vgl. art. 5A lid 1 van het huidige Verdrag van Parijs).

10 Bureau de l'Union, Mémoire 1933, p. 8.

11 In sommige landen betrof de uitzondering niet alleen de beschermingsduur, maar ook de geldigheid van octrooi. Zie Bozérian 1877, p. 217-219; Ladas 1975, p. 27-28.

"27. Les étrangers pourront obtenir, en France, des brevets d'invention.
28. Les formalités et conditions déterminées par la présente loi seront applicables aux brevets demandés ou délivrés en exécution de l'article précédent.
29. L'auteur d'une invention ou découverte déjà brevetée à l'étranger pourra obtenir un brevet en France. Mais la durée de ce brevet ne pourra excéder celle des brevets antérieurement pris à l'étranger." [12]

339. ***Bilaterale verdragen.*** Het uitgangspunt in de nationale octrooiwetten was evenwel, als gezegd, het beginsel van nationale behandeling, dat eenzijdig en zonder voorwaarden werd afgekondigd. Dit uitgangspunt was algemeen aanvaard. Dat lijkt ook de reden te zijn waarom in de negentiende eeuw vrijwel geen bilaterale octrooirechtelijke verdragen zijn gesloten: de toestand van rechteloosheid deed zich niet voor, nationale behandeling was overal al gegarandeerd, zodat de behoefte aan verdragen ontbrak.[13] Natuurlijk was het mogelijk geweest om verdragen te sluiten om materieelrechtelijke valkuilen te dichten, bijvoorbeeld door de invoering van een prioriteitsrecht. Maar die stap, die een aanpassing van het interne octrooirecht zou vergen, werd waarschijnlijk een brug te ver gevonden.[14] Voor zover bekend zijn er slechts enkele octrooirechtelijke verdragen in de negentiende eeuw gesloten – terwijl in die tijd in de auteursrechtelijke hoek (en ook in de merkenrechtelijke hoek) een uitgebreid web van internationale regelingen werd gesponnen.[15] Bovendien zijn deze octrooirechtelijke regelingen van relatief late datum.[16]

340. ***Ontwikkelingsstadia.*** In het octrooirecht maakte het beginsel van nationale behandeling dus een iets andere ontwikkeling door dan in het auteursrecht: het hiervoor in par. 3.4.4 geschetste eerste stadium in de ontwikkelingsgang van het beginsel van nationale behandeling deed zich in het octrooirecht niet voor. De negentiende-eeuwse nationale octrooiwetten kenden immers al van meet af aan een eenzijdig en onvoorwaardelijk beginsel van nationale behandeling. In het octrooirecht lag het vertrekpunt in het tweede stadium, het stadium van het onvoorwaardelijke beginsel van nationale behandeling met materiële-reciproci-

12 Wet van 5 juli 1844, zie Pataille & Huguet 1865, p. 25. Zie ook art. 14 van de Belgische octrooiwet van 24 mei 1854 (Pataille & Huguet 1865, p. 166).
13 Vgl. Bureau de l'Union, Mémoire 1933, p. 12.
14 Zie ook noot 16 van dit hoofdstuk 4.
15 Zie par. 2.1.
16 Het oudste octrooirechtelijke verdrag lijkt pas van 3 december 1876 te zijn: het verdrag tussen Oostenrijk/Hongarije en Liechtenstein, welk verdrag overigens van gering belang was; tekst in Recueil des traités (propriété industrielle) 1904, p. 135 en p. 707. Ook in de relatie Oostenrijk/Hongarije en Duitsland was sprake van octrooirechtelijke regelingen; Ladas 1975, p. 45-46 en p. 53 maakt melding van een verdrag van 23 mei 1881, waarin reeds sprake was van een prioriteitsrecht (Ladas 1930, p. 57 en p. 67; Bureau de l'Union, Mémoire 1933, p. 12), Renault vermeldt een verdrag van 16 december 1878 tussen deze landen (Recueil des traités (propriété industrielle) 1904, p. 14), dat werd hernieuwd op 6 december 1891 (Recueil des traités (propriété industrielle) 1904, p. 87). Voorts maken Pelletier & Vidal-Naquet 1902, p. 4-5 nog melding van een (handels)verdrag tussen Frankrijk en Mexico van 27 november 1886 met een bepaling over (onder meer) octrooirecht, zie Recueil des traités (propriété industrielle) 1904, p. 192. Zie voorts het Duits-Zwitserse verdrag van 13 april 1892 in Recueil général (propriété industrielle), Tome IV, 1901, p. 671.

teitsuitzonderingen – waarbij doorgaans zelfs maar één zo'n uitzondering werd gemaakt (namelijk voor de beschermingsduur).[17]

4.1.2. Merkenrecht

341. ***Voorwaardelijke nationale behandeling.*** In het merkenrecht lagen de zaken anders. De nationale politiek-economische belangen dicteerden hier een andere koers. Terwijl in het octrooirecht het aantrekken van buitenlandse kennis voorop stond, was men in het merkenrecht er op uit om buitenlandse concurrentie buiten de deur te houden.[18] De leidende gedachte was doorgaans dat merkbescherming alleen was weggelegd voor waren die in eigen land waren geproduceerd. Dat trachtte men veelal te bereiken door de bescherming van de nationale merkenwet te beperken tot onderdanen en vreemdelingen die een inrichting van nijverheid of handel op het nationale territoir hebben.[19] Door die beperking werden onderdanen en vreemdelingen getroffen die een inrichting van nijverheid of handel in het buitenland hadden, hierna kortheidshalve tezamen aangeduid als 'buitenlandse ondernemers'. Zij konden voor hun waren geen merkbescherming krijgen. Hier deed zich eenzelfde toestand van rechteloosheid voor als in het auteursrecht: een discriminatoir rechtsvacuüm.[20] En, net als in het auteursrecht, werd ook hier doorgaans een remedie geboden in de vorm van het beginsel van nationale behandeling onder de voorwaarde van reciprociteit: de nationale merkenwet is van toepassing ten aanzien van buitenlandse ondernemers, mits in het desbetreffende buitenland de merkenwet ook van toepassing is ten aanzien van onze onderdanen.[21] Vergelijk artikel 6 van de Franse merkenwet van 1857:

> "Les étrangers et les Français dont les établissements sont situés hors de France jouissent également du bénéfice de la présente loi, pour les produits des ces établissements, si, dans les pays où ils sont situés, des conventions diplomatiques ont établi la réciprocité pour les marques françaises. (…)." [22]

342. ***Materieelrechtelijke valkuilen.*** Maar daarmee was de positie van de buitenlandse ondernemer zeker niet veiliggesteld. In het materiële merkenrecht zaten

---

17 Dat vertrekpunt lag bovendien in de nationale wetten, en niet op een verdragsrechtelijk plan.

18 Zie ook – in nauwelijks verhullende bewoordingen – Lyon-Caen tijdens het internationale industriële-eigendomscongres te Parijs in 1878 , die over eventuele merkrechten van buitenlandse ondernemers opmerkte: "Ces droits n'intéressent pas le développement de l'industrie nationale." (in: Comptes rendus Congrès 1878, p. 135).

19 Zie Pataille & Huguet 1865, p. 85; Bureau de l'Union, Mémoire 1933, p. 9 e.v.; Ladas 1975, p. 35 e.v.; Comptes rendus Congrès 1878, p. 721 (toelichting van het uitvoerend comité van de Permanente Internationale Commissie van het internationale congres van 1878 bij zijn voorontwerp voor een internationale unie voor de bescherming van industriële eigendom). Men kan zich overigens afvragen of met die beperking het beoogde doel wordt bereikt: wat nu bijvoorbeeld indien de buitenlandse ondernemer in den lande wel een inrichting van nijverheid of handel heeft, maar de desbetreffende waren in een fabriek in den vreemde produceert? Vgl. Bozérian 1890, p. 193.

20 Zie par. 1.1.

21 Bureau de l'Union, Mémoire 1933, p. 9 e.v.; Ladas 1975, p. 35 e.v.

22 Wet van 23 juni 1857, zie Pataille & Huguet 1865, p. 64; Recueil général (propriété industrielle), Tome I, 1896, p. 311. Vgl. voorts onder meer art. 6 van de Belgische merkenwet van 1 april 1879 (Recueil général (propriété industrielle), Tome I, 1896, p. 127) en art. 23 van de Duitse merkenwet van 12 mei 1894 (Recueil général (propriété industrielle), Tome I, 1896, p. 81).

nog verschillende valkuilen, die voor hem in de praktijk nadelig uitpakten. Met name fnuikend was het gebrek aan harmonisatie met betrekking tot de vraag wat een merk kan zijn. Wat in het ene land als merk beschermd werd, kon in het andere land geen merk zijn. Zo gebeurde het meer dan eens dat een rechthebbende lijdzaam moest toezien hoe zijn in eigen land beschermde merk in het buitenland straffeloos werd geïmiteerd en hoe van de goodwill werd geprofiteerd.[23]

343. ***Materiële-reciprociteitsuitzondering.*** Ten slotte werd, net als in het auteursrecht, doorgaans een ruime materiële-reciprociteitsuitzondering gemaakt. Zo werd in Frankrijk aangenomen dat de buitenlandse ondernemer onder de Franse wet niet méér merkbescherming kreeg dan hij genoot in zijn eigen land (het land waar hij zijn inrichting van nijverheid of handel had).[24] Vaak werd in dit verband de eis gesteld dat het merk in dit andere land werd beschermd.[25] Zo eiste de Duitse wet dat bewezen moest worden "dass in dem fremden Staat die Voraussetzungen erfüllt sind, unter welchen der Anmeldende dort einen Schutz für das Zeichen beanspruchen kann", terwijl alsdan een recht werd toegekend "nur insofern und auf so lange, als in dem fremden Staate der Anmeldende in der Benutzung des Zeichens geschützt ist." [26] De buitenlandse ondernemer moest dus een geldig merkrecht hebben in zijn eigen land, en hij kon niet méér merkbescherming krijgen dan hij in eigen land genoot. Men moet in dit verband de destijds gebruikelijke, sterk nationaal-gerichte situatie voor ogen houden.[27] Bijvoorbeeld: een Nederlandse fabrikant of handelaar ontwikkelt, gebruikt en registreert een merk eerst in Nederland, waar hij een fabriek of handelsinrichting heeft. Later wenst hij zijn waren ook te exporteren en onder hetzelfde merk op de buitenlandse markt af te zetten, en daarvoor vraagt hij registratie en bescherming in andere landen, waar zijn merk wordt gezien als een 'Nederlands merk'.

344. ***Bilaterale verdragen; beginsel van nationale behandeling.*** Net als in het auteursrecht, ontstond ook in het merkenrecht een web van internationale regelingen om rechteloosheid in den vreemde op te heffen en merkenrechtelijke bescherming veilig te stellen.[28] Na 1860 kwam een stroom van dergelijke regelingen op gang, vaak opgenomen in handels- en vriendschapsverdragen.[29] Doorgaans namen zij het beginsel van nationale behandeling tot uitgangspunt.[30]

---

23 Ladas 1975, p. 35.

24 Recueil général (propriété industrielle), Tome I, 1896, p. 312, noot 2 (ten aanzien van de Franse merkenwet van 23 juni 1857).

25 Zie ook Ladas 1975, p. 36.

26 Art. 20 van de Duitse merkenwet van 30 november 1874, zie Klostermann 1876, p. 449 en p. 475. Zie ook Osterrieth & Axster 1903, p. 44.

27 Net als in het auteursrecht, waar de gebruikelijke situatie was dat auteurs hun werken voor het eerst in eigen land publiceerden, zie par. 1.1.1.

28 Zie par. 2.1.

29 Bureau de l'Union, Mémoire 1933, p. 12. Een voorbeeld is het handelsverdrag tussen Frankrijk en het Verenigd Koninkrijk van 23 januari 1860 waarin in art. 12 werd bepaald: "Les sujets d'une des Hautes Puissances contractantes jouiront, dans les Etats de l'autre, de la même protection que les nationaux pour tout ce qui concerne la propriété des marques de commerce et des dessins de fabrique de toute espèce." (Pataille & Huguet 1865, p. 124). Later ontstonden ook aparte industriële-eigendomsverdragen, los van handelsverdragen, zie Ladas 1975, p. 44.

30 Bureau de l'Union, Mémoire 1933, p. 13; Ladas 1975, p. 48.

345. ***Vreemdelingenrechtelijke uitzonderingen.*** Maar politiek-economische belangen verzetten zich tegen nationale behandeling 'pur et simple'. Op het beginsel van nationale behandeling werden daarom vaak belangrijke uitzonderingen gemaakt. Zo werd vaak geëist dat het merk van de buitenlandse ondernemer in zijn eigen land was ingeschreven en dat het daar werd beschermd. Ook werden materiële-reciprociteitsuitzonderingen aangenomen wat betreft belangrijke aspecten van de bescherming, zoals de beschermingsduur en het bestaan van bescherming – uitzonderingen dus op de vreemdelingenrechtelijke component van het beginsel van nationale behandeling, het non-discriminatiebeginsel.[31] Deze uitzonderingen, die oorspronkelijk waren ingegeven door de weerzin tegen buitenlandse concurrentie op de eigen markt, werden naderhand vaak gerechtvaardigd door de theorie van het 'personeel statuut' van het merk.[32] Het merkrecht werd bestempeld tot een persoonlijkheidsrecht, dat, nadat het eenmaal ergens was ontstaan, overal elders erkenning moest vinden – maar dus ook verregaand afhankelijk (accessoir) was van het lot in zijn land van oorsprong. Kohler heeft die gedachte sterk gepropageerd.[33]

346. ***Conflictenrechtelijke uitzondering: 'telle quelle'.*** Naast deze vreemdelingenrechtelijke uitzonderingen werd er soms een conflictenrechtelijke uitzondering op het beginsel van nationale behandeling gemaakt, een uitzondering dus op de conflictregel in dit beginsel. Deze uitzondering betrof de vorm van het merk. Aanleiding voor deze uitzondering was het volgende. De vraag wat een merk kan zijn (welke vorm een merk kan zijn), werd per land verschillend beantwoord, zo kwam hiervoor reeds aan de orde.[34] Cijfers konden bijvoorbeeld in Oostenrijk/Hongarije geen merk zijn, in Frankrijk wel.[35] Het probleem werd voor het eerst als prangend ervaren in de relatie tussen Rusland en Frankrijk. In Rusland kon een merk alleen bestaan uit tekens in cyrillisch schrift, zodat bijvoorbeeld uit Frankrijk afkomstige merken in Rusland nooit beschermd zouden kunnen worden.[36] De oplossing voor dit probleem werd uiteindelijk gevonden in deeltoepasselijkheid

---

31 Osterrieth & Axster 1903, p. 39 e.v.; Ladas 1930, p. 64-65 (Ladas 1975, p. 52); Bureau de l'Union, Mémoire 1933, p. 12-15. Zie bijvoorbeeld. art. 16 van het verdrag tussen België en Portugal van 11 oktober 1866, waarin het beginsel van nationale behandeling werd gevolgd door een materiële-reciprociteitsuitzondering inzake de beschermingsduur: "Le droit exclusif (…) ne peut avoir au profit des Portugais en Belgique, et réciproquement au profit des Belges en Portugal, une durée plus longue que celle fixée par la loi du pays à l'égard des nationaux." En ook werd een materiële-reciprociteitsuitzondering ingebouwd inzake het bestaan van bescherming: indien het merk "appartient au domaine public dans la pays d'origine, il ne peut être l'objet d'une jouissance exclusive dans l'autre pays." Zie Recueil des traités (propriété industrielle) 1904, p. 154. Zie ook het Frans-Zweeds/Noorse verdrag van 30 december 1881, Recueil des traités (propriété industrielle) 1904, p. 204.

32 Zie ook Osterrieth & Axster 1903, p. 40.

33 Zie Kohler 1884, p. 412 en p. 446 e.v. Kohler ontkende dat het merkrecht een territoriaal begrensd monopolie is (zo ook Ladas 1930, p. 14-19, die daarop is teruggekomen, vgl. Ladas 1975, p. 11 e.v.). Later heeft Kohler deze gedachte verlaten, zie ook noot 538 van hoofdstuk 5.

34 Zie alinea 342 hiervoor.

35 Actes VP 1880, p. 56 (Procès-verbaux).

36 Actes VP 1880, p. 107 (Procès-verbaux, opmerking Franse gedelegeerde Jagerschmidt, opsteller van het voorontwerp).

van de lex originis.[37] Voor dit aspect van de merkenrechtelijke bescherming werd dan dus, in afwijking van de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling, de wet van het andere land (het 'land van oorsprong') toepasselijk verklaard. Dit aspect van de merkenrechtelijke bescherming werd aan de heerschappij van de wet van het land van import onttrokken, en onder de vigeur van de lex originis gesteld. Dépeçage dus.[38] Zo werd een probleem van in wezen materieelrechtelijke aard – namelijk gebrek aan harmonisatie met betrekking tot de vraag wat een merk kan zijn – ondervangen door een oplossing van conflictenrechtelijke aard. Vooral Frankrijk kwam dit vaak overeen. Een voorbeeld is het handelsverdrag tussen Frankrijk en Zweden/Noorwegen van 1881, waarin werd bepaald:

> "(…) que le caractère d'une marque de fabrique française doit être apprécié d'après la loi française, de même que celui d'une marque suédoise ou norvégienne doit être jugé d'après la loi de Suède ou de Norvège." [39]

347. Hier zien wij de eerste ontwikkeling van het zogenaamde 'telle quelle-beginsel', waarover later in het internationale merkenrecht veel te doen is geweest.[40]

348. ***Ontwikkelingsstadia.*** Tezamen genomen lijkt de tot nu toe bestudeerde ontwikkelingsgang van het beginsel van nationale behandeling in het merkenrecht dus meer op die in het auteursrecht dan op die in het octrooirecht. In het merkenrecht vonden de nationale politiek-economische belangen immers eenzelfde soort uitwerking als in het auteursrecht, en lag het vertrekpunt van die ontwikkelingsgang (dus), net als in het auteursrecht, in het eerste stadium.

4.2. Het beginsel van nationale behandeling in het Verdrag van Parijs

4.2.1. Het Parijse beginsel van nationale behandeling

a. Inleiding

349. ***Web van verdragen.*** Ondertussen nam het aantal bilaterale regelingen toe. Zo werd, net als in het auteursrecht, een web van bilaterale regelingen over met name Europa gesponnen. Dat web had, als gezegd, met name betrekking op het merkenrecht, maar er waren ook verdragen die betrekking hadden op het tekeningen- en modellenrecht, en – in nog mindere mate – op het octrooirecht, op het han-

---

37 Dit kwam onder de vigeur van het onduidelijk geredigeerde art. 19 van het Frans-Russische verdrag van 20 maart/1 april 1874 nog niet duidelijk uit de verf, zie Actes VP 1880, p. 56 (Procès-verbaux); Recueil des traités (propriété industrielle) 1904, p. 201-202). De hierna in deze alinea geciteerde toevoeging die bijvoorbeeld in het Frans-Zweeds/Noorse verdrag van 30 december 1881 werd gebezigd, maakt het duidelijker.

38 Vgl. par. 2.1.2.

39 Verdrag van 30 december 1881, art. 14 (zie Recueil des traités (propriété industrielle) 1904, p. 204). Zie voorts Ladas 1975, p. 51.

40 Zie hierna par. 4.2.2 onder (b)(i).

delsnaamrecht of op herkomstaanduidingen.[41] En, net als in het auteursrecht, bleek ook dit web geen effectieve oplossing. Op het internationale vlak bleef de bescherming van industriële eigendom onzeker, incompleet en inadequaat.[42] Steeds luider klonk de roep om verbetering door middel van een multilateraal verdrag. Wereldtentoonstellingen, de in de negentiende eeuw populaire podia waar technische en wetenschappelijke vooruitgang werd gepresenteerd, bleken een uitstekend platform voor deze oproep.

350. ***Congressen 1873 en 1878.*** Zo werd tijdens de Wereldtentoonstelling van 1873 in Wenen een congres over octrooirecht gehouden.[43] Belangrijker nog was het congres dat tijdens de Wereldtentoonstelling van 1878 in Parijs werd gehouden en dat op het gehele industriële-eigendomsrecht betrekking had.[44] Het congres koos voor het onvoorwaardelijke beginsel van nationale behandeling, óók voor het merkenrecht.[45] Verder werd gesproken over unificatie, en daartoe werd ook een concreet voorstel gedaan: er werd een gedetailleerd voorontwerp voor een multilateraal verdrag opgesteld, en het was de bedoeling dat een internationale conferentie zou worden bijeengeroepen die op basis hiervan zo'n verdrag tot stand zou brengen.[46]

351. ***Conferenties 1880 en 1883: Verdrag van Parijs.*** Het congres van 1878 had zijn werk gedaan, maar de tijd bleek nog niet rijp voor dergelijke verregaande unificatie. De internationale conferentie die in 1880 te Parijs volgde onder voorzitterschap van de Franse senator Bozérian, boog zich over een veel bescheidener voorontwerp, dat was opgesteld door de Fransman Jagerschmidt.[47] Dit was de conferentie die het Verdrag van Parijs heeft voortgebracht.[48] Het ontwerp-verdrag dat zij opstelde, werd ongewijzigd overgenomen en definitief vastgesteld tijdens de volgende conferentie te Parijs in 1883.[49] Het Verdrag van Parijs tot bescher-

---

41 Bureau de l'Union, Mémoire 1933, p. 12-15; Ladas 1975, p. 52-53. Ook Nederland sloot een aantal bilaterale verdragen, met name op het terrein van het merkenrecht, zie onder meer Stuyt 1953, p. 381-382.

42 Ladas 1975, p. 59 (en p. 43-55). Zie ook M. Plaisant 1932, p. 370; Bureau de l'Union, Mémoire 1933, p. 16 e.v. Soortgelijke problemen als in het internationale auteursrecht, deden zich hier gevoelen, zie par. 2.1.1.

43 Lyon-Caen 1873, p. 713; Bureau de l'Union, Mémoire 1933, p. 16-18; Ladas 1975, p. 60.

44 Comptes rendus Congrès 1878; Pelletier & Vidal-Naquet 1902, p. 9-10; Osterrieth & Axster 1903, p. ix-xi; Bureau de l'Union, Mémoire 1933, p. 18-22; Ladas 1975, p. 61-63.

45 Voor wat betreft het octrooirecht was nationale behandeling geen punt van discussie. Voor wat betreft het merkenrecht ontstond een interessant duel tussen de bekende jurist Clunet, die pleitte vóór onvoorwaardelijke nationale behandeling, en de eveneens bekende jurist Lyon-Caen, die nationale behandeling wilde stellen onder de voorwaarde van reciprociteit (merkrechten voor buitenlandse ondernemers "n'intéressent pas le développement de l'industrie nationale"). Clunet won het duel: bij de stemming werd het voorstel voor onvoorwaardelijke nationale behandeling aangenomen. Zie Comptes rendus Congrès 1878, p. 130-137.

46 Zie het voorontwerp voor een internationale unie voor de bescherming van industriële eigendom, opgesteld door het uitvoerend comité van de Permanente Internationale Commissie van het internationale congres van 1878, Comptes rendus Congrès 1878, p. 712 e.v. Dit voorontwerp werd naderhand enkele keren uitgedund en omgewerkt; zie Actes VP 1880, p. 18 (Procès-verbaux, openingsrede voorzitter Bozérian); Bureau de l'Union, Mémoire 1933, p. 22; Ladas 1975, p. 63.

47 Actes VP 1880, p. 23-25 (Avant-projet Jagerschmidt).

48 Zie hierover onder meer Pelletier & Vidal-Naquet 1902, p. 11-12; Osterrieth & Axster 1903, p. x-xi; Bureau de l'Union, Mémoire 1933, p. 25-37; Ladas 1975, p. 63-68.

49 Tijdens die conferentie werd één mineure wijziging doorgevoerd in art. 14 lid 3 (plaats en tijd van de volgende conferentie), alsook enkele wijzigingen in het slotprotocol.

ming van de industriële eigendom van 20 maart 1883 was een feit. Bijna anderhalf jaar later, op 7 juli 1884, trad het verdrag in werking voor veertien landen, waaronder belangrijke mogendheden als Frankrijk en Groot-Brittannië.[50]

352. ***Nederland en het Verdrag van Parijs.*** Ook Nederland trad toe.[51] Het mag enigszins opmerkelijk worden genoemd dat Nederland in de Parijse Unie werd toegelaten, omdat Nederland in die tijd feitelijk geen octrooiwet had.[52] Opmerkelijk, want op grond van het onvoorwaardelijke beginsel van nationale behandeling van het Verdrag van Parijs kon de Nederlandse uitvinder in de andere Unielanden octrooibescherming krijgen, maar de buitenlandse uitvinder stond in Nederland met lege handen. Het beginsel van nationale behandeling was voor hem een lege huls.[53] De conferentie was zich hier ten volle van bewust, en heeft deze consequentie aanvaard.[54] Maar het bleef wringen. Tijdens de parlementaire beraadslagingen over toetreding tot het Verdrag van Parijs vermeldde de Nederlandse gedelegeerde Verniers van der Loeff dat hem was gezegd: "Ah, mais vous, vous êtes une nation de brigands." [55]

b. De keuze voor het beginsel van nationale behandeling

353. ***Keuze voor beginsel van nationale behandeling.*** De Parijse verdragsopstellers kozen, zoals zojuist al werd aangesneden, voor het onvoorwaardelijke beginsel van nationale behandeling. Deze keuze was unaniem, en werd gemaakt zonder principiële discussies.[56] Het beginsel van nationale behandeling werd neergelegd in artikel 2, direct na de proclamatie van de Unie voor de bescherming van indus-

---

50 Om precies te zijn: het verdrag trad toen in werking voor België, Brazilië, Ecuador, Frankrijk, Groot-Brittannië, Guatemala, Italië, Nederland, Portugal, Salvador, Servië, Spanje, Tunesië en Zwitserland. Zie Ladas 1975, p. 67-68; Osterrieth & Axster 1903, p. xi. De Verenigde Staten traden niet lang daarna ook toe, op 30 mei 1887. Duitsland, een andere belangrijke mogendheid, trad pas later toe, op 1 mei 1903, zie daarover Osterrieth & Axster 1903, p. xvi-xx, en p. 298 e.v. ('Denkschrift' over toetreding).

51 *Stb.* 1884, 53 en 189. Nederland trad toe voor het rijk in Europa. Later volgde toetreding voor Nederlands-Indië (1 oktober 1888) en voor Suriname en de Nederlandse Antillen en Aruba, toen tezamen de kolonie Curaçao geheten (1 juli 1890).

52 De octrooiwet van 25 januari 1817 (*Stb.* 1817, 6) was buiten spel gezet door de wet van 15 juli 1869 (*Stb.* 1869, 126) waarin werd bepaald dat er geen octrooien meer werden verleend. In Nederland – maar ook in andere landen – was in die tijd een sterke anti-octrooibeweging, zie daarover Huydecoper & Van Nispen 2002, p. 67; Alexander 1993, p. 8; Gerzon 1986; Den Hertog 1976; Drucker 1924, p. 42 e.v. Een andere mede-oprichter van het Verdrag van Parijs, Zwitserland, kende eveneens geen octrooibescherming, maar daar had men een wetsontwerp in voorbereiding, zie Actes VP 1880, p. 98 (Procès-verbaux, opmerking Zwitserse gedelegeerde Kern). Ook Nederland ging uiteindelijk – bijna twintig jaar later – overstag: in 1912 trad een nieuwe octrooiwet in werking, de Rijksoctrooiwet 1910. Zie ook Drucker 1924, p. 43 e.v.

53 Vgl. ook noot 16 en 28 van hoofdstuk 2 over soortgelijke situaties in het internationale auteursrecht in de bilaterale verhoudingen.

54 Actes VP 1880, p. 28 (Procès-verbaux, opmerking Franse gedelegeerde Jagerschmidt, opsteller van het voorontwerp); vgl. ook Actes VP 1880, p. 19 en p. 29 (Procès-verbaux); Actes VP 1883, p. 22 en p. 33-34 (Procès-verbaux).

55 *Handelingen II* 1883/84, 75, p. 1229 ("Gij zijt een volk van struikrovers."). Zie ook Den Hertog 1976, p. 35; Gerzon 1986, p. 56. De internationale druk om serieus werk te maken van octrooibescherming werd nadien opgevoerd.

56 Actes VP 1880, p. 28-38 en p. 95-98 (Procès-verbaux). In het industriële-eigendomsrecht was (en is) een pleidooi voor een lex originis-conflictregel nog zeldzamer dan in het auteursrecht. Met een beroep op de verkregen-rechten-theorie is zo'n conflictregel later een enkele keer bepleit, zie Pillet 1903, p. 550 en Moorrees 1912, p. 43 en p. 53-55.

triële eigendom in artikel 1. Dit fundamentele uitgangspunt was, zoals wij hebben gezien, gebruikelijk in het auteursrecht en het industriële-eigendomsrecht.

354. ***Conflictenrechtelijke betekenis.*** Zijn conflictenrechtelijke betekenis werd algemeen en als vanzelfsprekend onderkend, ook door de Parijse verdragsopstellers, zo blijkt uit de discussies tijdens de conferentie. Dit blijkt bijvoorbeeld reeds uit de aanvaarding van de zojuist genoemde consequentie van het beginsel van nationale behandeling dat buitenlandse uitvinders in Nederland geen octrooibescherming krijgen omdat dit land nu eenmaal geen octrooiwet had.[57] Het blijkt uit de constatering dat, kort gezegd, het beginsel van nationale behandeling meebrengt dat in ieder land de nationale wet de beschermingsduur van een octrooi bepaalt, ook al gaat het om een 'buitenlands octrooi'.[58] Dat die conflictregel de verdragsopstellers voor ogen stond, blijkt ook uit een interpretatieve bepaling in het slotprotocol bij het Verdrag van Parijs, waarin de verdragsopstellers aangaven dat, behoudens een bepaalde (hierna te bespreken) deeltoepasselijkheid van de lex originis, "la législation intérieure de chacun des États recevra son application." [59] En het blijkt ook uit de travaux préparatoires van latere conferenties over het Verdrag van Parijs. Zo stelde men tijdens de conferentie in Washington in 1911 bijvoorbeeld vast dat artikel 2 de onderdanen van de Unielanden "le bénéfice de l'application de la législation du pays où la protection est demandée" verzekert.[60] Ook wordt in de travaux préparatoires van deze conferentie expliciet opgemerkt:

> "L'article 2 établit le principe fondamental de l'assimilation des ressortissants de l'Union aux nationaux et, par conséquent, le principe de l'application de la loi territoriale." [61]

355. Zo ook in de travaux préparatoires van de conferentie in Den Haag in 1925:

> "le traitement national (…) comprend (…) l'application des lois intérieures respectives, actuelles et futures (…)." [62]

356. ***Redactie.*** In hun formulering van het beginsel van nationale behandeling volgden de verdragsopstellers van 1880 de destijds in de bilaterale verdragen gebruikelijke redactie. De opsteller van het voorontwerp, de Franse gedelegeerde Jagerschmidt, had het beginsel van nationale behandeling in zijn voorontwerp als volgt verwoord:

---

57 Actes VP 1880, p. 28-29 (Procès-verbaux, opmerking Franse gedelegeerde Jagerschmidt, opsteller van het voorontwerp).

58 Een 'buitenlands octrooi' is een octrooi voor een uitvinding die eerder al in het buitenland is geoctrooieerd. Deze constatering blijkt uit de dialoog tussen Jagersmidt en de Turkse gedelegeerde Amassian, zie Actes VP 1880, p. 30-31 (Procès-verbaux).

59 Actes VP 1883, p. 59-60 (Protocole de clôture). Hierover nader in par. 4.2.1 onder (c).

60 Actes VP 1911, p. 42 (voorstel Bureau).

61 Actes VP 1911, p. 306 (Rapport d'ensemble). Voor nog een andere aanwijzing uit 1911, zie noot 73 van dit hoofdstuk 4.

62 Actes VP 1925, p. 222 (voorstel Nederland en Bureau).

> "Les sujets et citoyens de chacun des États contractants jouiront réciproquement, dans tous les autres États de l'Union, en matière de brevets d'invention, de dessins ou modèles industriels, de marques de fabrique ou de commerce et de nom commercial, des avantages que les lois respectives accordent actuellement ou accorderont par la suite aux nationaux. Ils auront la même protection que ceux-ci et le même recours légal contre toute atteinte portée à leurs droits, sous la seule condition de l'accomplissement des formalités imposées aux nationaux par la législation intérieure de chaque État." [63]

357. Aan deze tekst werd hier en daar geschaafd. Van belang is in dit verband in de eerste plaats dat het woord 'réciproquement' werd geschrapt om te voorkomen dat reciprociteitsgedachten de kop zouden opsteken.[64] Voorts werd gevraagd om de tweede volzin te schrappen; zij zou nutteloos zijn, "inutile, comme faisant double emploi avec le premier paragraphe." [65] Men besloot haar echter te handhaven want men was van mening "que le second alinéa complétait très utilement le premier dont il formait le commentaire, et qu'il y avait lieu de le maintenir." Om aan te geven dat deze zinsnede een gevolgtrekking is, werd besloten de woorden "en conséquence" toe te voegen.[66] Zoals wij eerder hebben gezien, zouden de verdragsopstellers van de Berner Conventie het enkele jaren later anders doen; zij vonden deze bepaling overbodig en schrapten haar om die reden.[67] Uiteindelijk werd artikel 2 op de Parijse tekentafel van 1880 als volgt geredigeerd:

> "Les sujets ou citoyens de chacun des États contractants jouiront, dans tous les autres États de l'Union, en ce qui concerne les brevets d'invention, les dessins ou modèles industriels, les marques de fabrique ou de commerce et le nom commercial, des avantages que les lois respectives accordent actuellement ou accorderont par la suite aux nationaux. En conséquence, ils auront la même protection que ceux-ci et le même recours légal contre toute atteinte portée à leurs droits, sous réserve de l'accomplissement des formalités et des conditions imposées aux nationaux par la Iégislation intérieure de chaque État." [68]

358. Deze tekst is door de slotconferentie van 1883 ongewijzigd overgenomen in (de eerste versie van) het Verdrag van Parijs, en hij heeft vervolgens de tand des

---

63 Actes VP 1880, p. 23 (Avant-projet Jagerschmidt).
64 Actes VP 1880, p. 33 en p. 35 (Procès-verbaux, voorstel van de Nederlandse gedelegeerde Verniers van der Loeff en de Hongaarse gedelegeerde Hérich).
65 Actes VP 1880, p. 35 (Procès-verbaux, voorstel Portugese gedelegeerde De Barros).
66 Actes VP 1880, p. 35-36 (Procès-verbaux). Zie ook Bodenhausen 1968, p. 31.
67 Zie alinea 280 hiervoor.
68 Actes VP 1880, p. 125 (Projet de Convention). De Nederlandse vertaling van art. 2 van het Verdrag van Parijs van 1883 in *Stb.* 1884, 189 luidt: "De onderdanen of burgers van elke der contracteerende Staten zullen in al de andere Staten der Vereeniging, ten opzichte der octrooien van uitvinding, de nijverheidsteekeningen of modellen, de fabrieks- of handelsmerken en den handelsnaam, de voordeelen genieten, welke de wederzijdsche wetten thans aan de nationalen toekennen of in het vervolg zullen toekennen. Dientengevolge zullen zij dezelfde bescherming als deze en hetzelfde wettelijke verhaal tegen elke inbreuk op hunne rechte hebben, mits zij de formaliteiten en voorwaarden nakomen, die bij de binnenlandsche wetgeving van iederen Staat aan de nationalen zijn opgelegd."

tijds – behoudens enkele hier niet terzake doende wijzigingen – tot op heden weten te doorstaan.[69]

359. ***Interpretatieve bepaling nr. 3 (huidig art. 2 lid 3).*** Daarnaast nam de conferentie van 1880 op verzoek van de Belgische gedelegeerde Demeur in het slotprotocol ook nog een interpretatieve bepaling over het beginsel van nationale behandeling op. Demeur was bevreesd dat het beginsel van nationale behandeling meebracht dat procesrechtelijke discriminatie van buitenlanders ook verboden werd – te denken valt aan de cautio iudicatum solvi en discriminerende beperkingen in het bevoegdheidsrecht. Men stelde hem gerust: het beginsel van nationale behandeling was altijd zo begrepen dat het niet zag op procesrechtelijke aangelegenheden.[70] Toch werd op instigatie van Demeur in het slotprotocol bij het Verdrag van Parijs een bepaling opgenomen om dit te expliciteren.[71] Later, door de Haagse conferentie in 1925, is deze bepaling enigszins gewijzigd en in het verdrag geschoven als het derde lid van artikel 2.[72]

360. ***Domicilieverbod (huidig art. 2 lid 2).*** Voorts werd door de Washingtonse conferentie van 1911 nog een bepaling aan het beginsel van nationale behandeling toegevoegd, waarin werd verboden de eis dat men een woonplaats of een inrichting heeft in het land waar de bescherming wordt ingeroepen. Ziedaar de welbekende formule "le pays où la protection est réclamée" – de formule die drie jaar eerder ook in verband met het *Berner* beginsel van nationale behandeling in gebruik was genomen in de verdragstekst van de Berner Conventie.[73] Later, door de Haagse conferentie in 1925, is deze bepaling enigszins gewijzigd en tot een apart lid 2 van artikel 2 gemaakt.[74]

---

69 De huidige tekst van art. 2 lid 1 is weergegeven in par. 4.3. Merk op dat art. 2 geen betrekking heeft op de nationale situatie, het spreekt immers over "dans tous les *autres* États de l'Union" (cursivering toegevoegd). Dat geldt dus óók voor de materieelrechtelijke bepalingen (het ius conventionis) van het Verdrag van Parijs, waarnaar art. 2 sinds de Haagse conferentie van 1925 eveneens verwijst ("le tout sans préjudice des droits spécialement prévus par la présente Convention"). Zie over die toevoeging Actes VP 1925, p. 222-224 (voorstel Nederland en Bureau). Onderdanen van een Unieland kunnen dus, voor de bescherming in eigen land, geen aanspraak maken op dit ius conventionis (tenzij de nationale wet dit mogelijk maakt); in deze zin ook Bodenhausen 1968, p. 30-31. Zie ook art. 5 lid 3 Berner Conventie, en alinea's 776 e.v. hierna.

70 Actes VP 1880, p. 32 (Procès-verbaux). De Franse gedelegeerde Jagerschmidt, opsteller van het voorontwerp, merkte op dat het beginsel van nationale behandeling niet zag op "formalités judiciaires. Cela a toujours été entendu ainsi." Zo ook voorzitter Bozérian: "L'assimilation ne va pas jusque-là.", zie Actes VP 1880, p. 32 (Procès-verbaux). Zie ook Demeurs samenvatting: "on est d'accord que l'assimilation ne doit porter que sur les conditions relatives à l'acquisition et à la conservation des droits, sans qu'il soit rien changé aux formes de la procédure concernant les étrangers.", zie Actes VP 1880, p. 95 (Procès-verbaux). Zie ook par. 7.4.3.

71 Actes VP 1880, p. 95-96 en p. 114 (Procès-verbaux); p. 128 (Projet de Protocole de clôture); Actes VP 1883, p. 59 (Protocole de clôture): "Il est entendu que la disposition finale de l'article 2 de la Convention ne porte aucune atteinte à la législation de chacun des États contractants, en ce qui concerne la procédure suivie devant les tribunaux et la compétence de ces tribunaux." (interpretatieve bepaling nr. 3).

72 De huidige tekst van art. 2 lid 3 is weergegeven in par. 4.3.

73 Art. 5 lid 2 Berner Conventie, ontworpen tijdens de Berlijnse conferentie van 1908. Zie par. 3.2.2 onder (b)(ii). Deze bepaling vormt nog een aanwijzing, uit 1911, voor de conflictenrechtelijke betekenis van het beginsel van nationale behandeling: door het beginsel van nationale behandeling was de wet van het land van import (de wet van het land waar de bescherming wordt ingeroepen) toepasselijk verklaard, en daarom kreeg *die* wet het onderhavige verbod opgelegd.

74 De huidige tekst van art. 2 lid 2 is weergegeven in par. 4.3.

c. De in het verdrag neergelegde uitzondering: de telle quelle-regeling

361. ***Uitzondering.*** Keren wij terug naar 1880-1883. De Parijse verdragsopstellers kozen, zoals wij zojuist hebben gezien, voor het beginsel van nationale behandeling. Maakten zij vervolgens uitzonderingen op dat uitgangspunt, zoals ook zou gebeuren in de Berner Conventie ten aanzien van formaliteiten en beschermingsduur?[75] Zij maakten slechts één uitzondering. Dit was een uitzondering op de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling, en deze werd gemaakt in de merkenrechtelijke context. Het ging om de eerder besproken problematiek rond de vraag wat een merk kan zijn.

362. ***Problematiek.*** Die problematiek was de volgende: een merkhouder gebruikt zijn merk in eigen land, en wenst het vervolgens ook in een ander land te gebruiken maar stuit daar op het probleem dat volgens de desbetreffende vreemde merkenwet zijn teken wegens zijn vorm geen merk kan zijn – bijvoorbeeld omdat cijfers geen merk kunnen zijn, of zoals in Rusland het geval was, omdat het niet in cyrillisch schrift is gesteld. Dit probleem, zo hebben wij gezien, werd in sommige bilaterale regelingen ondervangen door deeltoepasselijkheid van de lex originis: op de vraag wat een merk kan zijn, werd dan de lex originis toepasselijk verklaard.

363. ***Oplossing.*** De Parijse verdragsopstellers van 1880 wilden ook een oplossing bieden voor de onderhavige problematiek.[76] Ook zij zochten in de hoek van deeltoepasselijkheid van de lex originis: "(…) le caractère de la marque devra être apprécié d'après la législation du pays d'origine." [77] Uiteindelijk kwamen zij tot de volgende bepaling (artikel 6):

> "Toute marque de fabrique ou de commerce régulièrement déposée dans le pays d'origine sera admise au dépôt et protégée telle quelle dans tous les autres pays de l'Union." [78]

---

75 Zie par. 2.2.3.

76 Actes VP 1880, p. 55-61 en p. 105-108 (Procès-verbaux).

77 Actes VP 1880, p. 59 (Procès-verbaux, opmerking Italiaanse gedelegeerde Indelli). In eerste instantie had men de volgende oplossing in gedachten: "Le caractère des dessins ou modèles industriels et des marques de fabrique ou de commerce devra être apprécié dans tous les États de l'Union d'après la loi du pays d'origine. Sera considéré comme pays d'origine le pays où le déposant a son domicile ou son principal établissement. (…).", zie Actes VP 1880, p. 61 (Procès-verbaux). Vgl. ook de onduidelijke bepaling in het voorontwerp-Jagerschmidt (art. 5), zie Actes VP 1880, p. 23. Zoals uit deze ontwerp-bepaling blijkt, had men oorspronkelijk dezelfde oplossing in gedachten voor het modellenrecht (vgl. ook Actes VP 1880, p. 58 (Procès-verbaux, opmerking voorzitter Bozérian). Op verzoek van Zwitserland is dat echter afgeblazen, zie Actes VP 1880, p. 105 (Procès-verbaux). De reden daarvan blijkt niet uit de travaux préparatoires.

78 Het land van oorsprong werd vervolgens in het tweede en derde lid als volgt gedefinieerd: "(2) Sera considéré comme pays d'origine le pays où le déposant a son principal établissement. (3) Si ce principal établissement n'est point situé dans un des pays de l'Union, sera considéré comme pays d'origine celui auquel appartient le déposant." Voorts werd nog een veiligheidsklep ingebouwd (die hier verder onbesproken blijft): "(4) Le dépôt pourra être refusé, si l'objet pour lequel il est demandé est considéré comme contraire à la morale ou à l'ordre public."

364. Tijdens de conferentie van 1883 werd evenwel aangedrongen op verduidelijking van deze bepaling.[79] Om dit te bereiken werd in het slotprotocol bij het Verdrag van Parijs een interpretatieve bepaling ('interpretatieve bepaling nr. 4') opgenomen, luidende:

> "Le paragraphe 1er de l'article 6 doit être entendu en ce sens qu'aucune marque de fabrique ou de commerce ne pourra être exclue de la protection dans l'un des États de l'Union par le fait seul qu'elle ne satisferait pas, au point de vue des signes qui la composent, aux conditions de la législation de cet État, pourvu qu'elle satisfasse, sur ce point, à la législation du pays d'origine et qu'elle ait été, dans ce dernier pays, l'objet d'un dépôt régulier. Sauf cette exception, qui ne concerne que la forme de la marque, et sous réserve des dispositions des autres articles de la Convention, la législation intérieure de chacun des États recevra son application. (…)." [80]

365. Tezamen genomen kwam het dus op het volgende neer. Uitgangspunt was de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling: de formeel- en materieel-territoriale wet is toepasselijk op de bescherming van een merk, ook op vreemde merken. Zij beheerst dus óók de vraag wat (welke vorm) een merk kan zijn. Dat lijdt echter uitzondering in het geval dat volgens deze wet een bepaald teken geen merk kan zijn. In dat geval wordt de vraag wat een merk kan zijn, onderworpen aan de lex originis. Als het teken volgens de lex originis wel een merk kan zijn, en het is in zijn land van oorsprong ook daadwerkelijk en correct als merk gedeponeerd, dan moet het desbetreffende teken – in precies die vorm – als merk worden beschermd. Ziedaar de deeltoepasselijkheid van de lex originis. Maar deze deeltoepasselijkheid komt alleen in beeld indien de formeel- en materieel-territoriale wet het teken niet als merk erkent. Daarom kan men hier in hedendaagse terminologie over een conflictenrechtelijke herkansing spreken: een bepaalde wet is van toepassing, maar als die wet niet het gewenste antwoord geeft, is een andere wet van toepassing.

366. ***Bevestiging conflictregel.*** Dit alles wordt door de interpretatieve bepaling inderdaad verduidelijkt; zij was daarom zeker nuttig. En niet alleen op de uitzondering wierp zij licht, óók op de hoofdregel. Door de verduidelijking van de onderhavige conflictenrechtelijke uitzondering hebben de verdragsopstellers tegelijk nogmaals duidelijk gemaakt welke conflictenrechtelijke hoofdregel hen voor ogen stond. In de slotzin van de interpretatieve bepaling bepaalden zij immers: "Sauf cette exception (…), la législation intérieure de chacun des États recevra son application." Ziedaar nog een bevestiging van de (hoofd)conflictregel van het Verdrag van Parijs.[81]

---

79 Actes VP 1883, p. 24-33 (Procès-verbaux). Verduidelijking werd verlangd door Spanje, dat de conferentie in 1880 niet had bijgewoond.

80 Actes VP 1883, p. 32 (Procès-verbaux) en p. 59-60 (Protocole de clôture).

81 Zie alinea 354 hiervoor.

367. ***Bevoordeling.*** Ten slotte had deze conflictenrechtelijke uitzondering ook een vreemdelingenrechtelijke consequentie: in vreemdelingenrechtelijk opzicht kon zij bevoordeling van buitenlandse ondernemers veroorzaken. Zij kunnen immers tekens als merk beschermd krijgen die binnenlandse ondernemers niet als merk beschermd krijgen.[82]

4.2.2. Naar het onafhankelijkheidsbeginsel

368. ***Weerstand.*** Al met al hebben de Parijse verdragsopstellers van 1880-1883 een voor die tijd vooruitstrevend verdrag tot stand gebracht – vooruitstrevend, gelet op de keuze voor nationale behandeling 'pur et simple', met slechts één lex originis-uitzondering voor het merkenrecht (welke uitzondering bovendien in het voordeel van de buitenlandse ondernemer werkte) en gelet op een aantal regelingen op materieelrechtelijk vlak, zoals het prioriteitsrecht.[83] Dat laatste werd in octrooirechtelijke kringen als de grootste winst van het verdrag ervaren; onversneden nationale behandeling was in het octrooirecht immers al alom de standaard.[84] Voor het merkenrecht was de onversneden nationale behandeling in het Verdrag van Parijs echter een spectaculaire stap ten opzichte van de toenmalige praktijk in nationale wetten en bilaterale regelingen.[85] Niet overal werd het verdrag echter gunstig ontvangen. Er was ook ernstige kritiek op de verdragsopstellers, zij zouden de belangen van nationale industrie hebben verkwanseld.[86] En het heeft in de loop van de geschiedenis van het Verdrag van Parijs dan ook niet ontbroken aan pogingen om het beginsel van nationale behandeling van dit verdrag te ondergraven.

369. ***Frontale aanvallen.*** Tweemaal is een frontale aanval ingezet, beide keren door de Verenigde Staten, die materiële reciprociteit in het verdrag opgenomen wensten te zien. De eerste aanval geschiedde tijdens de conferentie in Brussel in 1897. De Verenigde Staten drongen toen aan op een materiële-reciprociteitsuit-

82 De voorzitter van de Parijse conferentie, Bozérian, onderstreepte dit aspect later in een artikel nog eens (Bozérian 1890, p. 204).

83 Zie nader Bureau de l'Union, Mémoire 1933, p. 26-39; Ladas 1975, p. 63 e.v.

84 Osterrieth & Axster 1903, p. 33; Bureau de l'Union, Mémoire 1933, p. 31.

85 Hetzelfde geldt voor de andere industriële-eigendomsrechten die toen door het Verdrag van Parijs werden gedekt, zoals het tekeningen- en modellenrecht en het handelsnaamrecht.

86 Zie bijvoorbeeld Donzel 1891, die hamerde op de belangen van nationale industrie en handel, en fel gekant was tegen het verdrag, ("Un seul article me paraît donc en harmonie avec les intérêts français; c'est l'article 18, qui permet de dénoncer la Convention un an d'avance", brief van Donzel aan de Parijse kamer van koophandel, opgenomen in Donzel 1891, p. 376). Zie ook Bureau de l'Union, Mémoire 1933, p. 42-43. In het voorwoord van Donzels boek uitte Weiss zijn bewondering voor de verdragscritici, die zijn verenigd "par la seule pensée de défendre l'industrie nationale et de lui conserver les avantages que lui font aujourd'hui nos lois." De gevaren van het verdrag achtte Weiss reëel, de voordelen te vaak illusoir (Donzel 1891, p. xvii). Het is al met al een heftige polemiek geweest. Pelletier & Vidal-Naquet 1902, p. 12 melden dat sommige critici in Frankrijk zelfs opriepen tot een onderzoek om te bezien of de Franse betrokkenen uit hun functies moesten worden ontheven wegens onnozelheid, of moesten worden berecht wegens landverraad.

zondering voor wat betreft de taksen en voor wat betreft de vraag welke uitvindingen octrooieerbaar zijn.[87] Dit voorstel werd unaniem verworpen.[88]

370. De tweede aanval vond plaats tijdens de conferentie in Den Haag in 1925. De Verenigde Staten stelden toen ijskoud voor om een algemene materiële-reciprociteitsuitzondering op het beginsel van nationale behandeling op te nemen.[89] Daarmee stelden zij dus voor "de substituer le principe de la réciprocité à celui du traitement national", en zij erkenden dat dat een "modification radicale de la base même de la Convention d'Union" te weeg zou brengen.[90] Het voorstel kwam niet ver. Het werd, onder leiding van Frankrijk, reeds in de desbetreffende subcommissie van tafel geveegd.[91]

371. ***Ondermijning.*** Naast deze mislukte openlijke aanvallen op het beginsel van nationale behandeling, is in de loop van de geschiedenis ook – en met meer succes – getracht om langs verschillende sluiproutes materiële-reciprociteitsgedachten in het verdrag te vlechten. Ziedaar hetzelfde krachtenveld, en dezelfde strijd tussen de nationale-behandelingsgedachte en de materiële-reciprociteitsgedachte die wij ook in het kader van de Berner Conventie hebben gezien.[92] Deze strijd is – net als in de Berner Conventie – uiteindelijk door de invoering van het onafhankelijkheidsbeginsel beslecht in het voordeel van de nationale-behandelingsgedachte.

372. ***Sluiproutes.*** Bezien wij thans welke sluiproutes naar materiële-reciprociteitsgedachten werden ontwikkeld, en hoe het remedie daartegen, het onafhankelijkheidsbeginsel, werd ingevoerd. In par. (a) wordt dit voor het octrooirecht onderzocht, in par. (b) voor het merkenrecht.

---

87 Actes VP 1897/1900, p. 95-97 en p. 143-144 (voorstel Verenigde Staten). Het voorstel hield in om de volgende bepaling toe te voegen aan het beginsel van nationale behandeling: "Toutefois, tout sujet ou citoyen de l'un des États contractants qui deposera, dans un autre État contractant, une demande de brevet d'invention, ou d'enregistrement d'une marque de fabrique ou de commerce ou d'un nom commercial, pourra être astreint, si l'État où le dépôt est effectuée le juge bon, pour la délivrance ou le maintien de la validité du brevet demandé, au payement de taxes égales au total des taxes exigées d'un sujet ou citoyen du pays dans lequel le brevet est demandé, pour la délivrance ou le maintien en vigueur d'une brevet d'invention, ou de l'enregistrement d'une marque de fabrique ou de commerce ou d'une nom commercial, dans l'État dont le déposant est sujet ou citoyen. En outre, toute invention non brevetable dans le pays d'origine pourra être exclue de la protection dans tout autre État de l'Union qui jugera bon de le faire. Sera considerée comme pays d'origine, le pays dont l'inventeur est sujet ou citoyen, ou celui dans lequel ledit inventeur est domicilié au moment de premier dépôt de la demande de brevet."

88 Actes VP 1897/1900, p. 195-196 (Procès-verbaux) en p. 304-305 (Procès-verbaux). Zie ook Bureau de l'Union, Mémoire 1933, p. 70-71.

89 Actes VP 1925, p. 333 (voorstel Verenigde Staten). Het voorstel hield in om de volgende bepaling in te voegen na het beginsel van nationale behandeling: "Toutefois, il est entendu que chacun des pays contractants se réserve le droit d'imposer, en matière de propriété industrielle, aux ressortissants de tout autre pays contractant l'accomplissement de certaines ou de toutes les conditions imposées en cette matière à ses ressortissants par cet autre pays."

90 Actes VP 1925, p. 414 resp. p. 413 (Rapport Sous-Commission I).

91 Actes VP 1925, p. 413-415 (Rapport Sous-Commission I). Zie ook M. Plaisant 1932, p. 380 e.v.; Bureau de l'Union, Mémoire 1933, p. 110-111.

92 Zie par. 3.4.4.

a. Octrooirecht

373. ***Sluiproute octrooirecht.*** Voor het octrooirecht liep de sluiproute via het prioriteitsrecht in artikel 4.

374. ***Rome 1886.*** Reeds bij de conferentie te Rome in 1886 werd dit probleem – dat toen overigens nog nergens in rechte was beslecht – aan de orde gesteld. Men vroeg zich af of een octrooi dat binnen de prioriteitstermijn van het Verdrag van Parijs was aangevraagd, moest worden beschouwd als een onafhankelijk octrooi, of als een 'octrooi van invoer' dat door middel van materiële-reciprociteitsuitzonderingen wat betreft beschermingsduur en/of geldigheid afhankelijk kan worden gesteld van het eerdere buitenlandse octrooi (of de eerdere buitenlandse octrooien).[93] Het Bureau van de Parijse Unie en de Italiaanse gastheren van de conferentie concludeerden dat dergelijke afhankelijkheid in strijd was met (de geest van) het verdrag, en zij stelden voor om een en ander te verduidelijken door de onafhankelijkheid in een interpretatieve bepaling vast te leggen.[94] Tot een inhoudelijke behandeling kwam het echter niet; de Romeinse conferentie besloot de vraag door te schuiven naar de volgende conferentie.[95]

375. ***Madrid 1890.*** Dat werd de conferentie te Madrid in 1890. Deze conferentie nam zonder veel discussie een interpretatieve bepaling over onafhankelijkheid aan.[96] Het protocol waarin deze bepaling was opgenomen, is echter nooit van kracht geworden.[97]

376. ***Brussel 1897-1900.*** Uiteindelijk is het onafhankelijkheidsbeginsel voor het octrooirecht vastgelegd door de volgende conferentie, die te Brussel werd gehouden in 1897 en 1900. Hier werd zonder problemen een artikel 4bis in het verdrag opgenomen, waarin in lid 1 kort gezegd werd bepaald dat een octrooi dat in een Unieland is aangevraagd door de in artikel 2 en 3 genoemde personen, onafhan-

---

93 Actes VP 1886, p. 16-18 (voorstel Italië en Bureau). Vgl. Osterrieth & Axster 1903, p. 104 e.v. en Ladas 1975, p. 505 e.v. Zie ook alinea 338 hiervoor. Het onafhankelijkheidsbeginsel was voor het octrooirecht overigens al omarmd door het congres van 1878, zie Comptes rendus Congrès 1878, p. 418.

94 Actes VP 1886, p. 16-18 en p. 23 (voorstel Italië en Bureau). Het voorstel luidde om de volgende interpretatieve bepaling als art. I.2 op te nemen in een uitvoeringsreglement bij het verdrag: "Lorsque, dans les délais fixés à l'article 4 de la Convention, une personne aura déposé dans plusieurs Etats de l'Union des demandes de brevets pour la même invention, les droits résultant des brevets ainsi demandés seront indépendants les uns des autres."

95 Actes VP 1886, p. 128-129 (Procès-verbaux). Zie ook Bureau de l'Union, Mémoire 1933, p. 45-46. De Romeinse conferentie was voor het overige ook geen succes; het uitvoeringsreglement werd ook niet geratificeerd, zie Bureau de l'Union, Mémoire 1933, p. 40 en p. 43.

96 Actes VP 1891, p. 15-17 (voorstel Spanje en Bureau); p. 135 (Procès-verbaux); p. 216 (Actes signés). Deze bepaling luidde: "1. Lorsque, dans les délais fixés à l'article 4 de la Convention, une personne aura déposé dans plusieurs Etats de l'Union des demandes de brevets pour la même invention, les droits résultant des brevets ainsi demandés seront indépendants les uns des autres. 2. Ils seront également indépendants des droits résultant des brevets qui auraient été pris pour la même invention dans des pays non adhérents de l'Union." (interpretatieve bepaling nr. III van het Protocole déterminant l'interprétation et l'application de la Convention du 20 mars 1883).

97 Zie Bureau de l'Union, Mémoire 1933, p. 60.

kelijk is van octrooien die voor dezelfde uitvinding zijn verleend in andere landen (onverschillig of deze tot de Parijse Unie behoren)[98]:

> "Les brevets demandés dans les différents États contractants par des personnes admises au bénéfice de la Convention aux termes des articles 2 et 3, seront indépendants des brevets obtenus pour la même invention dans les autres États adhérents ou non à l'Union." [99]

377. ***Onafhankelijkheidsbeginsel.*** Met de proclamatie van dit onafhankelijkheidsbeginsel werd dus uitdrukkelijk elke uitzondering op het beginsel van nationale behandeling verboden, dus zowel uitzonderingen op zijn conflictregel als uitzonderingen op zijn non-discriminatiebeginsel. In de praktijk ging het om deze laatste categorie: men wilde immers de materiële-reciprociteitsuitzonderingen uitbannen; deeltoepasselijkheid van een andere wet dan de formeel- en materieelterritoriaal toepasselijke wet speelde in de praktijk niet. Maar dat neemt niet weg dat het onafhankelijkheidsbeginsel het beginsel van nationale behandeling ook immuniseerde voor conflictenrechtelijke uitzonderingen. De in Brussel ontworpen tekst geldt, behoudens enkele kleine wijzigingen, tot op de dag van vandaag.[100]

378. ***Art. 4bis lid 2.*** Toch waren niet alle problemen weggenomen. Zo werd in België geleerd dat het onafhankelijkheidsbeginsel in artikel 4bis geen betrekking had op de beschermingsduur – voor dit aspect van de bescherming zou een materiële-reciprociteitsuitzondering mogen worden gemaakt.[101] Om dergelijke onjuiste interpretaties te elimineren werd door de conferentie te Washington in 1911 een interpretatieve bepaling als tweede lid van artikel 4bis opgenomen, waarmee men tot uitdrukking wilde brengen dat de in het eerste lid geproclameerde onafhankelijkheid volledig (absoluut) is. Deze bepaling is tot op de dag van vandaag ongewijzigd gebleven:

---

98 Zie Actes VP 1897/1900, p. 41-42 en p. 146 (voorstel Bureau); p. 181-183, p. 311 en p. 331-333 (Procès-verbaux); p. 342 (Premier Protocole final); p. 359 (Tableau); p. 411 (Actes adoptés). Vgl. ook Pelletier & Vidal-Naquet 1902, p. 127-132, en p. 426; Osterrieth & Axster 1903, p. 109 e.v.

99 Actes VP 1897/1900, p. 411 (Actes adoptés). Deze tekst ging verder dan de Romeinse en Madrileense teksten, zij betrof immers niet alleen octrooien die binnen de prioriteitstermijn van het verdrag waren aangevraagd, maar *alle* octrooien die waren aangevraagd door de personen genoemd in art. 2 en 3; vgl. Actes VP 1897/1900, p. 41 (voorstel Bureau). Zie ook Bureau de l'Union, Mémoire 1933, p. 74-75; Ladas 1975, p. 508.

100 Het huidige art. 4bis lid 1 luidt in de Nederlandse vertaling: "De octrooien, aangevraagd in de verschillende landen der Unie door onderdanen der Unie-landen, zullen onafhankelijk zijn van de octrooien, verkregen voor dezelfde uitvinding in de andere landen, onverschillig of deze al dan niet tot de Unie zijn toegetreden."

101 In België werd geleerd dat – ook onder de vigeur van het Verdrag van Parijs – een octrooi van een vreemdeling moest worden aangemerkt als een 'octrooi van invoer' indien voor dezelfde uitvinding in den vreemde reeds een octrooi was verleend; en voor de beschermingsduur van dit 'octrooi van invoer' werd een materiële-reciprociteitsuitzondering gemaakt. Art. 14 van de toenmalige Belgische octrooiwet luidde: "(…) La durée de ce brevet n'excèdera pas celle du brevet antérieurement concédé à l'étranger pour le terme le plus long, et dans aucun cas, la limite fixée par l'art. 3." Zie Osterrieth 1912, p. 11. Over de (onjuiste) onderbouwing van deze leer, zie Ladas 1975, p. 509.

> "Cette disposition doit s'entendre d'une façon absolue, notamment en ce sens que les brevets demandés pendant le délai de priorité sont indépendants, tant au point de vue des causes de nullité et de déchéance, qu'au point de vue de la durée normale." [102]

379. ***De 'Italiaanse' uitzondering?*** Tijdens de Washingtonse conferentie had Italië nog getracht hierop een uitzondering te maken voor een bijzonder soort 'octrooi van invoer', dat alleen in Italië bestond. In Italië kon men een 'octrooi van invoer' verkrijgen voor kort gezegd een uitvinding die in het buitenland is geoctrooieerd, en die niet meer als nieuw kan worden aangemerkt, mits deze uitvinding nog niet in Italië wordt geëxploiteerd.[103] Italië was van mening dat artikel 4bis niet van toepassing was op deze bijzondere 'octrooien van invoer', en dat voor hun beschermingsduur een materiële-reciprociteitsuitzondering mocht worden gemaakt. Zijn voorstel om deze uitzondering op het absolute onafhankelijkheidsbeginsel in het verdrag vast te leggen, werd door de conferentie uiteindelijk niet gevolgd.[104] Daarop verklaarde de Italiaanse delegatie eenzijdig dat artikel 4bis lid 2 haars inziens zo moet worden uitgelegd dat het onafhankelijkheidsbeginsel geen betrekking heeft op de beschermingsduur van octrooien die na de prioriteitstermijn van artikel 4 worden aangevraagd.[105] Hier zou dus een materiële-reciprociteitsuitzondering mogen worden gemaakt. De conferentie bevestigde noch ontkende de juistheid van deze uitleg.[106] Dit een en ander heeft voor enige misverstanden gezorgd. Moest artikel 4bis inderdaad zo worden uitgelegd? Gold dat dan niet alleen voor de bijzondere Italiaanse 'octrooien van invoer', maar ook voor andere (invoer)octrooien?[107] Deze uitleg moet voor onjuist worden gehouden. Daargelaten de vraag welke waarde aan de eenzijdige Italiaanse verklaring moet worden gehecht, is deze verklaring immers duidelijk onverenigbaar met de aangenomen bepaling (artikel 4bis lid 2), die het absolute karakter van het onafhankelijkheidsbeginsel wil onderstrepen, en daarbij slechts een voorbeeld weergeeft ("notamment"), en geen beperking aanlegt. Artikel 4bis lid 2 maakt geen uitzondering op het onafhankelijkheidsbeginsel in het eerste lid – integendeel. Dit is, zoals Ladas terecht

---

102 Actes VP 1911, p. 332 (Actes adoptés). De Belgische delegatie werkt overigens loyaal mee aan deze interpretatieve bepaling, vgl. Ladas 1975, p. 510, noot 29. In de Nederlandse vertaling: "Deze bepaling moet volstrekt worden opgevat, met name in deze zin, dat de octrooien aangevraagd gedurende de termijn van voorrang onafhankelijk zijn, zowel uit een oogpunt van gronden van nietigheid en verval, als uit een oogpunt van gewone duur." Voor wat betreft de beschermingsduur nam de Londense conferentie van 1934 nóg een verduidelijking aan: art. 4bis lid 5. Deze bepaling verduidelijkt dat de beschermingsduur niet mag lopen vanaf de prioriteitsdatum (de indieningsdatum van het vreemde, eerste octrooi), maar dat zij pas mag lopen vanaf de indieningsdatum voor het 'lokale' octrooi. Het beginsel van nationale behandeling en het onafhankelijkheidsbeginsel brengen dit reeds mee (in deze zin reeds Osterrieth & Axster 1903, p. 110), maar met name het Verenigd Koninkrijk trok zich daar niets van aan. Uiteindelijk ging het toch overstag, en dat is bezegeld met art. 4bis lid 5. Zie ook Ladas 1975, p. 512-513; Huydecoper & Van Nispen 2002, p. 100.

103 Zie Actes VP 1911, p. 249 e.v. (Procès-verbaux); Osterrieth 1912, p. 11; Ladas 1975, p. 508.

104 Actes VP 1911, p. 312 (Rapport d'ensemble); p. 249 e.v. en p. 259 (Procès-verbaux). Deze uitzondering was als volgt ontworpen: "Toutefois, en ce qui concerne la durée, les dispositions des lois intérieures conserveront leurs effets pour les seuls brevets demandés après le délai de priorité, et dont la validité serait admise, en vertu d'une disposition particulière desdites lois, malgré des faits de publicité et d'exploitation préalables."

105 Actes VP 1911, p. 259 (Procès-verbaux).

106 Vgl. Bureau de l'Union, Mémoire 1933, p. 96.

107 In die zin Belgisch Hof van Cassatie 8 juli 1926, *PI* 1928, p. 21 e.v. (Viscose/Tubize), vgl. ook Capitaine 1926, p. 21; Hof van Beroep Brussel 15 april 1931, *PI* 1932, p. 67-68 (Tetra/Huysmans). Zie Ladas 1975, p. 511, noot 32.

aangeeft, de enige zinnige uitleg van het tweede lid.[108] De Italiaanse verklaring is bovendien te ruim geformuleerd – de Italianen waren er immers alleen op uit om de materiële-reciprociteitsuitzondering voor hun eigen bijzondere soort 'octrooien van invoer' te redden. Die beperking had ook in hun verklaring moeten worden opgenomen.[109] Dat had één misverstand gescheeld, maar het had de Italianen niet gebaat. Op grond van artikel 2 van het toenmalige slotprotocol (het huidige artikel 1 lid 4 van het Verdrag van Parijs) moet onder 'octrooi' immers ook dit soort octrooien worden begrepen.[110]

380. ***Conclusie.*** Zo werd in het Verdrag van Parijs voor het octrooirecht elke mogelijke materiële-reciprociteitsgedachte uitgebannen door het onafhankelijkheidsbeginsel: elke uitzondering – conflictenrechtelijk en vreemdelingenrechtelijk – op het beginsel van nationale behandeling werd verboden, en dat verbod moet volstrekt worden opgevat. Het octrooirecht was daarmee het eerste intellectueleeigendomsrecht waarvoor het onafhankelijkheidsbeginsel werd uitgeroepen.[111] In het octrooirecht bereikte het beginsel van nationale behandeling dus voor het eerst het derde stadium van zijn ontwikkelingsgang, het stadium waarin dit beginsel de (voornaamste) uitzonderingen van zich af heeft geschud door de invoering van het onafhankelijkheidsbeginsel.[112]

b. *Merkenrecht*

(i) Het Verdrag van Parijs

381. ***Sluiproute merkenrecht.*** In het merkenrecht werd een andere sluiproute naar de materiële-reciprociteitsgedachte gebruikt. De oude reflex – weerzin tegen buitenlandse concurrentie op de eigen markt[113] – was niet zo maar verdwenen door de komst van het Verdrag van Parijs en zijn beginsel van nationale behandeling. Men zocht naar mogelijkheden om het de buitenlandse ondernemer moeilijk te maken, naar constructies – al dan niet verpakt in theorieën over het accessoire karakter en het 'personeel statuut' van het merk – waardoor de bescherming op de een of andere manier afhankelijk kon worden gesteld van de bescherming in het land van oorsprong.[114]

382. ***Kapstok: telle quelle-bepaling.*** Daarvoor werd met name het telle quellebeginsel in artikel 6 gebruikt, of beter gezegd: misbruikt.[115] Zoals hiervoor al is

108 Ladas 1975, p. 510-511.
109 Zo ook Osterrieth 1912, p. 11 r.k., noot 2.
110 Dit ziet Ladas 1975, p. 511 over het hoofd.
111 Het auteursrecht volgde in 1908 (Berlijnse conferentie van de Berner Conventie, zie par. 3.2), het merkenrecht pas in 1934, zoals hierna aan de orde komt.
112 Zie par. 3.4.4.
113 Zie alinea's 341 e.v. hiervoor.
114 Zie alinea 345 hiervoor.
115 Osterrieth & Axster 1903, p. 40 maken ook nog melding van een andere misbruikroute, namelijk het argument dat het Verdrag van Parijs het accessoire karakter van vreemde merken niet zou hebben opgeheven. Dat is, zoals Osterrieth terecht aangeeft, onzin: het beginsel van nationale behandeling doet dat nu juist wel.

besproken, was deze bepaling bedoeld voor een specifieke situatie, namelijk de situatie dat een merkhouder tegen het probleem aanloopt dat hij zijn in zijn eigen land gebruikte merk in een ander land niet als merk beschermd kan krijgen omdat het teken volgens de desbetreffende vreemde merkenwet wegens zijn vorm geen merk kan zijn. Voor dat probleem bood artikel 6 de oplossing van een conflictenrechtelijke herkansing: als het teken volgens de lex originis wél een merk kan zijn, en het is in zijn land van oorsprong ook daadwerkelijk en correct als merk gedeponeerd, dan moet het desbetreffende teken – in precies die vorm ('telle quelle') – als merk worden beschermd.[116]

383. Hoe werd deze bepaling nu misbruikt? Welnu, men verhief haar tot de merkenrechtelijke hoofdregel van het verdrag, en extrapoleerde daarmee de eis dat het merk in zijn land van oorsprong correct is gedeponeerd, tot *alle* gevallen waarin een buitenlandse ondernemer een merk wenst te deponeren. Aan buitenlandse ondernemers werd dan dus altijd een extra eis gesteld, namelijk de eis dat het merk in het land van oorsprong correct is gedeponeerd.[117] Dat is vreemdelingenrechtelijke discriminatie en flagrant in strijd met het beginsel van nationale behandeling, alsmede met (de bedoeling van de verdragsopstellers ten aanzien van) artikel 6 en met de interpretatieve bepaling nr. 4 in het slotprotocol.[118] Toch was deze praktijk wijdverbreid.[119] Daarmee werd deze bepaling, die was bedoeld als een verruiming van de merkenrechtelijke bescherming van buitenlandse ondernemers, juist tot het tegendeel gemaakt, namelijk tot een beperking van die bescherming.

384. En men ging ook wel nóg een stap verder. De eis dat het merk in het land van oorsprong correct moest zijn gedeponeerd werd dan opgepompt tot de eis dat het merk daar daadwerkelijk beschermd en geldig moest zijn.[120] Als dat niet het geval was, dus als het merk in het land van oorsprong om welke reden dan ook niet (meer) werd beschermd, werd merkbescherming onthouden. Zo was in feite cumulatieve toepasselijkheid van de formeel- en materieelterritoriaal toepasselijke wet (de wet van het land van import) en de lex originis gecreëerd – een conflictenrechtelijke constructie die hetzelfde effect heeft als een vreemdelingenrechtelijke materiële-reciprociteitsuitzondering: de voor de buitenlandse ondernemer ongunstigste wet is bepalend voor het materiële eindresultaat.[121] Ook deze ver-

116 Zie par. 4.2.1 onder (c).

117 Osterrieth & Axster 1903, p. 40 en p. 148 e.v.; Ladas 1975, p. 1208-1209. Die eis kon waarschijnlijk des te gemakkelijker binnensluipen nu zij ook in de nationale merkenwetten en de oude bilaterale verdragen vaak werd gesteld, zie par. 4.1.2. Dat verklaart wellicht ook waarom in het merkenrecht niet dezelfde sluiproute als in het octrooirecht werd gebruikt (prioriteit): men hobbelde voort in een traditie.

118 De voorzitter van de Parijse conferentie van 1880, Bozérian, heeft dit later nog eens duidelijk gemaakt: "Mais la convention n'a pas, n'a jamais voulu que dans tous les cas et alors même que la marque présentée au dépôt serait conforme à la législation du pays, le dépôt réclamé par un étranger fût précédé d'un dépôt dans son pays." (Bozérian 1890, p. 201).

119 Osterrieth 1912, p. 14; Ladas 1975, p. 1208.

120 Zo bijvoorbeeld uitvoerig Pelletier & Vidal-Naquet 1902, p. 205 e.v. Zie ook Osterrieth & Axster 1903, p. 41, die terecht hiertegen stelling nemen. Zie ook de interpretatieve bepaling V.2 van het (nooit van kracht geworden) Madrileense protocol van 1890, waarover Bureau de l'Union, Mémoire 1933, p. 59-60.

121 Zie voor een soortgelijke constructie in de Berner Conventie, alinea 241 hiervoor.

dergaande stap was uiteraard in strijd met (de bedoeling van de opstellers van) artikel 6.[122]

385. ***Washington 1911.*** Tijdens de conferentie te Washington in 1911 stelde Duitsland voor om aan deze dwaalwegen een einde te maken door de volgende bepaling, inclusief onafhankelijkheidsbeginsel, in het verdrag op te nemen:

> "Le dépôt d'une marque de fabrique ou de commerce au pays d'origine n'est pas nécessaire si la marque est conforme à la législation du pays où la protection est demandée. La protection d'une marque déposée dans un des pays de l'Union sera indépendante de la protection obtenue pour la même marque dans les autres pays." [123]

386. Deze heldere bepaling werd door een ruime meerderheid gesteund, maar Frankrijk blokkeerde de aanname ervan met een beroep op de theorie van het 'personeel statuut' van het merk, en op de belangen van de Franse industrie.[124] Uiteindelijk maakte de Washingtonse conferentie de zaak troebeler. Enerzijds schrapte zij de duidelijke interpretatieve bepaling nr. 4 van het slotprotocol, anderzijds verving zij de woorden "régulièrement déposée dans le pays d'origine" door de woorden "régulièrement enregistrée dans le pays d'origine".[125] Met het woord "enregistrée" moest tot uitdrukking worden gebracht dat het merk in zijn land van oorsprong in ieder geval een vermoeden van geldigheid moest hebben.[126] Een en ander maakte de situatie alleen maar onduidelijker. Osterrieth, die zelf tijdens de Washingtonse conferentie gedelegeerde was namens Duitsland (dat pleitte voor invoering van het onafhankelijkheidsbeginsel), concludeerde naderhand dat de vraag of het Verdrag van Parijs nu wel of niet uitgaat van een accessoir karakter van merken, als een open vraag kon worden beschouwd.[127]

387. ***Londen 1934.*** Pas tijdens de Londense conferentie in 1934 werd een onafhankelijkheidsbeginsel voor het merkenrecht ingevoerd. Dat ging evenwel niet zonder slag of stoot. Er kwam een compromis uit de bus, dat inhield dat wanneer een merk op regelmatige wijze is ingeschreven in het land van oorsprong en vervolgens in andere landen van de Unie, ieder van deze nationale merken vanaf de

---

122 Merk in dit verband op dat de Parijse verdragsopstellers de geldigheid nu juist uitdrukkelijk op geen enkele manier aan de lex originis wilden laten toetsen; zie ook Actes VP 1880, p. 107 (Procès-verbaux, opmerking Franse gedelegeerde Jagerschmidt, opsteller van het voorontwerp), en de interpretatieve bepaling in het slotprotocol. De verdragsopstellers wijzigden om die reden ook de oorspronkelijk voorgestelde tekst "valablement déposée dans le pays d'origine" in "régulièrement déposée dans le pays d'origine", zie Actes VP 1880, p. 105-108 (Procès-verbaux). Zie ook Pillet 1911, p. 351.

123 Actes VP 1911, p. 92-93 (voorstel Duitsland); p. 300 e.v. (Rapport III de la Sous-Commission Marques).

124 Actes VP 1911, p. 301 (Rapport III de la Sous-Commission Marques).

125 Actes VP 1911, p. 252-253 (Procès-verbaux) resp. p. 296-297 (Rapport III de la Sous-Commission Marques); Ladas 1975, p. 1218.

126 Ladas 1975, p. 1218 merkt terecht op dat dat alleen opgaat voor landen die een aan registratie voorafgaande toetsing van het merk kennen. Vgl. ook Actes VP 1911, p. 297 (Rapport III de la Sous-Commission Marques).

127 Osterrieth 1912, p. 14-16. Tijdens de Haagse conferentie in 1925 werd onafhankelijkheid opnieuw voorgesteld door Duitsland en door het Verenigd Koninkrijk. Het werd wederom met ruime meerderheid omarmd en wederom door Frankrijk geblokkeerd, zie Actes VP 1925, p. 340 (voorstellen Duitsland en Verenigd Koninkrijk), p. 442-444 (Rapport Sous-Commission III), p. 522-523 (Rapport Commission générale).

dag waarop het is ingeschreven, wordt beschouwd als onafhankelijk van het merk in het land van oorsprong, mits het voldoet aan de vereisten van de wet van het land waar die volgende inschrijving heeft plaatsgehad.[128] Daarmee was de sluiproute naar de materiële-reciprociteitsgedachte via de eerder vermelde conflictenrechtelijke cumulatieve-toepasselijkheidsconstructie in ieder geval in de ban gedaan.[129] Na inschrijving in het land van import is het lot van het merk in het land van oorsprong immers niet meer relevant.[130] Maar de vreemdelingenrechtelijke discriminatie in de vorm van de eis dat het merk in het land van oorsprong regelmatig is ingeschreven, werd niet weggenomen. Deze uitzondering op (de vreemdelingenrechtelijke component van) het beginsel van nationale behandeling bleef kennelijk bestaan.[131]

388. ***Lissabon 1958.*** Pas in de jaren vijftig draaide Frankrijk, naar aanleiding van enkele rechterlijke uitspraken, bij.[132] Zo kon deze eis uiteindelijk door de conferentie te Lissabon in 1958 worden geëlimineerd.[133] Er werd een duidelijk onderscheid gemaakt tussen telle quelle-merken en gewone merken. Zij werden voortaan in aparte bepalingen geregeld – bepalingen die na Lissabon tot op heden ongewijzigd zijn gebleven.

389. De telle quelle-regeling, die tot dan toe in artikel 6 was neergelegd, verhuisde naar een nieuw artikel 6 quinquies. Bepaald werd dat merken die met gebruikmaking van de telle quelle-regeling zijn ingeschreven, afhankelijk blijven van de merkregistratie in het land van oorsprong.[134] In de eerste plaats geldt de eis dat het merk moet zijn ingeschreven in het land van oorsprong. In de tweede plaats werd uitdrukkelijk besloten dat het merk in het land van oorsprong ingeschreven moet *blijven*: het telle quelle-merk wordt niet (meer) beschermd als het merk in het land van oorsprong om wat voor reden dan ook niet (meer) is ingeschreven.[135] Dit is

128 Art. 6D van de Londense versie luidt: "Lorsqu'une marque de fabrique ou de commerce aura été régulièrement enregistrée dans le pays d'origine, puis dans un ou plusieurs autres pays de l'Union, chacune de ces marques nationales sera considérée, dès la date à laquelle elle aura été enregistrée, comme indépendante de la marque dans le pays d'origine, pourvu qu'elle soit conforme à la législation intérieure du pays d'importation." Zie ook Actes VP 1934, p. 463 (Rapport général).

129 Dat gold alleen voor gewone merken, niet voor telle quelle-merken, want zij voldoen niet aan de vereisten van de wet van het land waar die volgende inschrijving heeft plaatsgehad.

130 Vgl. ook Actes SvM 1957, p. 73 (voorstel Frankrijk en Bureau).

131 Hierover bestond verwarring, zie Actes VP 1958, p. 591, alinea 3 (voorstel Nederland). Tijdens de Londense conferentie was door de Britse gastheren, met steun van Duitsland, in eerste instantie een volledig onafhankelijkheidsbeginsel voorgesteld (Actes VP 1934, p. 179-183 en p. 186 (voorstel Verenigd Koninkrijk en Bureau)), waarbij deze eis voor gewone merken ook zou worden afgeschaft. Dit voorstel werd met ruime meerderheid omarmd maar door Frankrijk geblokkeerd, zie Actes VP 1934, p. 268 (voorstel Frankrijk), p. 391-393 (Rapport Sous-Commission III), p. 462 (Rapport général).

132 Zie nader Ladas 1975, p. 1209. Vgl. ook Actes VP 1958, p. 588 (voorstel Frankrijk). Zo ook België, dat dezelfde koers volgde.

133 Actes VP 1958, p. 565-620 (Art. 6, travaux et rapports).

134 Zie art. 6 quinquies A lid 1 (het oude art. 6 lid 1) en art. 6 quinquies D ("Nul ne pourra bénéficier des dispositions du présent article si la marque dont il revendique la protection n'est pas enregistrée au pays d'origine.").

135 De woorden "n'est pas enregistrée " in art. 6 quinquies D brengen mee dat een continue inschrijving in het land van oorsprong is vereist, zie Actes VP 1958, p. 615 (Discussie in Commission III). Het voorstel om (ook) voor telle quelle-merken een onafhankelijkheidsbeginsel in te voeren, is meerdere keren in stemming gebracht, maar dat voorstel haalde het echter niet, ook niet in temporeel afgezwakte vorm (onafhankelijkheid na vijf jaar), zie Actes VP 1958, p. 602-603 en p. 612-616 (Discussie in Commission III).

dus een vreemdelingenrechtelijke materiële-reciprociteitstoets betreffende de inschrijving.[136] Deze toets, zo moge duidelijk zijn, geldt alléén voor telle quelle-merken.

390. Voor gewone merken werd daarentegen een volledig onafhankelijkheidsbeginsel vastgelegd in een nieuw artikel 6, waarin ook de eis van voorafgaande registratie in het land van oorsprong uitdrukkelijk in de ban werd gedaan. Artikel 6 kwam als volgt te luiden:

> "(1) Les conditions de dépôt et d'enregistrement des marques de fabrique ou de commerce seront déterminées dans chaque pays de l'Union par sa législation nationale.
>
> (2) Toutefois, une marque déposée par un ressortissant d'un pays de l'Union dans un quelconque des pays de l'Union ne pourra être refusée ou invalidée pour le motif qu'elle n'aura pas été déposée, enregistrée ou renouvelée au pays d'origine.
>
> (3) Une marque régulièrement enregistrée dans un pays de l'Union sera considérée comme indépendante des marques enregistrées dans les autres pays de l'Union, y compris le pays d'origine."[137]

391. Deze bepaling is, zoals Ladas terecht opmerkt, in feite niet meer dan een bevestiging van het beginsel van nationale behandeling voor het merkenrecht.[138] Dat geldt (dus) ook voor het eerste lid, dat de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling voor het merkenrecht bevestigt. Daarmee wordt tegelijk ook bevestigd dat theorieën over het accessoire karakter en het 'personeel statuut' van het merk in strijd zijn met het Verdrag van Parijs.

(ii) De Schikking van Madrid

392. ***Schikking van Madrid*.** Bezien wij ten slotte de Schikking van Madrid van 14 april 1891 betreffende de internationale inschrijving van merken.[139] Deze Schikking is een 'subverdrag' van het Verdrag van Parijs, een bijzondere overeenkomst

136 Zie nader over deze toets in par. 6.4. De telle quelle-toets, ooit een conflictenrechtelijke toets, is dus in de loop der tijd omgebouwd tot een vreemdelingenrechtelijke toets.

137 Actes VP 1958, p. 619 (Art. 6, texte de Lisbonne 1958).

138 Ladas 1975, p. 1210. Zie ook Actes VP 1958, p. 591, met name alinea 3 (voorstel Nederland).

139 De volledige titel luidt: Schikking van Madrid betreffende de internationale inschrijving van merken, van 14 april 1891 (*Stb.* 1893, 55), zoals herzien te Brussel op 14 december 1900, te Washington op 2 juni 1911, te Den Haag op 6 november 1925, te Londen op 2 juni 1934, te Nice op 15 juni 1957 en te Stockholm op 14 juli 1967, *Trb.* 1969, 143 (Nederlandse vertaling in *Trb.* 1970, 186); zie laatstelijk *Trb.* 2006, 159. Na 1967 is de Schikking nog gewijzigd op 28 september 1979. Deze wijziging is doorgevoerd op de voet van art. 13 van de Schikking. Deze wijziging betreft art. 10 lid 2 onder a (v), en lid 4 onder a; zij trad op 23 oktober 1983 in werking (zie *Trb.* 1980, 33 (rubriek J) en Madrid (Marks) Notification No. 33 op <www.wipo.int>). Eveneens op de grondslag van art. 13 is voorts op 1 oktober 2003 een wijziging van art. 10 en 12 aangenomen (zie *Trb.* 2006, 159); deze wijziging is evenwel nog niet in werking getreden, zie ook *Kamerstukken I en II* 2007/08, 31 424 (R 1854), A en nr. 1.

in de zin van artikel 19 van het Verdrag van Parijs[140]: de bij de Madrileense Schikking aangesloten landen vormen een 'Union restreinte'. De Schikking werd tijdens de conferentie te Madrid in 1891 door een aantal Unielanden tot stand gebracht teneinde de verkrijging van merkbescherming in de aangesloten landen te vergemakkelijken.[141]

393. ***Madrileens systeem.*** Dat werkt kort gezegd als volgt. Wie beschikt over een merkinschrijving in zijn land van oorsprong (de 'basisinschrijving'), kan, via de nationale administratie van dat land, bij het Bureau van de Parijse Unie een internationale inschrijving aanvragen. Deze internationale inschrijving werkt als een bundel van nationale inschrijvingsverzoeken in de verschillende aangesloten landen. Zo bespaart men zich de moeite van verschillende nationale inschrijvingen. Vanaf het tijdstip van deze internationale inschrijving is de bescherming van het merk in de aangesloten landen dezelfde als ware dit merk daar rechtstreeks gedeponeerd. De bundel valt aldus uiteen in verschillende nationale merkrechten, die ieder door het lokale merkenrecht worden beheerst. Deze merkrechten zijn evenwel afhankelijk van de basisinschrijving in het land van oorsprong. In de Schikking van Madrid van 1891 werd in artikel 6 bepaald:

> "La protection résultant de l'enregistrement au Bureau international durera 20 ans à partir de cet enregistrement, mais ne pourra être invoquée en faveur d'une marque qui ne jouirait plus de la protection légale dans le pays d'origine." [142]

394. Aldus werd voor merken die krachtens deze Schikking zijn verkregen, een materiële-reciprociteitsuitzondering ingebouwd betreffende het bestaan van het recht.[143]

395. ***Nice 1957: voorstel onafhankelijkheid.*** Deze tekst is gedurende de opeenvolgende conferenties tot 1957 ongewijzigd gebleven.[144] In dat jaar werd te Nice

---

140 Art. 15 van het Verdrag van Parijs van 1883.

141 Reeds tijdens de Romeinse conferentie in 1886 werd hiertoe een voorstel gedaan, zie hierover Bureau de l'Union, Mémoire 1933, p. 49 e.v.

142 Actes VP 1891, p. 33 (voorstel Zwitserland); p. 100 en 108 (Procès-verbaux); p. 196 (Actes signés). Vgl. in dit verband ook art. 9 lid 1 ("L'Administration du pays d'origine notifiera au Bureau international les annulations, radiations, renonciations, transmissions et autres changements qui se produiront dans la propriété de la marque.")

143 Vgl. ook Bureau de l'Union, Mémoire 1933, p. 64. Ook voor tekeningen en modellen is later, door de conferentie te Den Haag van 1925, een verdrag tot stand gebracht dat er toe strekt de verkrijging van bescherming in de aangesloten landen te vergemakkelijken: de Overeenkomst van Den Haag van 6 november 1925 betreffende het internationale depot van tekeningen of modellen van nijverheid (*Stb.* 1928, 196), herzien te Londen op 2 juni 1934, te Den Haag op 28 november 1960, aangevuld door de Aanvullende Akte van Monaco van 18 november 1961 en door de Aanvullende Akte van Stockholm van 14 juli 1967 (zie laatstelijk *Trb.* 2006, 160), en te Genève op 2 juli 1999 (*Trb.* 2000, 102 en *Trb.* 2008, 55). Nadere gegevens zie *Trb.* 2000, 102 in rubriek J. De opstellers van dit verdrag kozen anno 1925 echter niet voor het Madrileense systeem, dat is gebouwd op een nationale basisinschrijving in een land van oorsprong, maar voor een direct internationaal depot bij het Bureau van Parijse Unie, en daarmee kozen zij ook -zonder discussie- voor volledige onafhankelijkheid van de verschillende nationale modelrechten die uit dit internationale depot voortvloeien, zie Actes VP 1925, p. 502-504 (Rapport Sous-Commission VI); Ladas 1975, p. 914-917.

144 Zulks behoudens een kleine, in dit verband niet relevante toevoeging.

een conferentie gehouden, waarbij artikel 6 op de schop werd genomen. Gastland Frankrijk, dat wat betreft onafhankelijkheid in het merkenrecht ondertussen was omgegaan[145], stelde samen met het Bureau van de Parijse Unie voor om het onafhankelijkheidsbeginsel in de Schikking van Madrid in te voeren.[146]

396. ***Belang van de 'central attack'.*** Dat voorstel werd echter verworpen. Men was weliswaar niet gekant tegen het onafhankelijkheidsbeginsel, maar men wilde een bepaalde mate van afhankelijkheid behouden in verband met de zogenaamde 'central attack', een aanval in rechte op de geldigheid van de basisinschrijving. Als een merk ten gevolge van zo'n aanval in zijn land van oorsprong geen bescherming meer geniet, kan aan de internationale inschrijving en de daarop berustende nationale inschrijvingen krachtens artikel 6 (ook) geen bescherming meer worden ontleend. De pijler onder de internationale inschrijving is dan weggeslagen. Deze mogelijkheid wilde men behouden. Tegenover de mogelijkheid voor de deposant om in één keer een bundel van nationale inschrijvingsverzoeken in te dienen, moest – zo vond men – voor concurrenten de mogelijkheid blijven bestaan om in één keer de geldigheid van al die inschrijvingen aan te vallen.[147]

397. ***Compromis Nice.*** Besloten werd tot een compromis, dat in artikel 6 werd neergelegd. Deze Niçoise regeling, die tot op heden niet is gewijzigd[148], houdt kort gezegd in dat gedurende de eerste vijf jaar afhankelijkheid bestaat, en dat de internationale inschrijving en de daarop berustende nationale inschrijvingen daarna onafhankelijk zijn van het in het land van oorsprong ingeschreven merk.[149] In de Schikking van Madrid is dus een substantiële materiële-reciprociteitsuitzondering blijven bestaan.

(iii) Conclusie

398. ***Synthese.*** Tezamen genomen bestaan, onder de vigeur van het Verdrag van Parijs en de Schikking van Madrid, in het merkenrecht tegenwoordig dus twee (vreemdelingenrechtelijke) materiële-reciprociteitstoetsen.

399. ***Verdrag van Parijs: telle quelle-merken.*** De eerste reciprociteitstoets geldt voor telle quelle-merken: een telle quelle-merk wordt niet (meer) beschermd indien het 'basismerk' in het land van oorsprong om wat voor reden dan ook niet

145 Zie alinea 388 hiervoor.
146 Actes SvM 1957, p. 73-74 en p. 82 (voorstel Frankrijk en Bureau).
147 Actes SvM 1957, p. 134-138 (tegenvoorstellen); p. 200-201 (Compte rendu de la Commission).
148 Zulks behoudens een kleine, in dit verband niet relevante schrapping.
149 Ook na deze vijfjaarsperiode kan nog sprake zijn van afhankelijkheid, namelijk indien het merk in het land van oorsprong geen bescherming meer geniet ten gevolge een vóór het verstrijken van de vijfjaarstermijn ingestelde rechtsvordering (art. 6 lid 3). Zie voorts Actes SvM 1957, p. 201-206 (Compte rendu de la Commission) over de problematiek van de basisinschrijving die tijdens de vijfjaarsperiode wordt overgedragen aan iemand in een ander land, dat dan het nieuwe land van oorsprong wordt.

(meer) is ingeschreven (artikel 6 quinquies A lid 1, en D van het Verdrag van Parijs).

400. ***Schikking Madrid-merken.*** De tweede toets geldt voor internationale merkinschrijvingen onder de Schikking van Madrid: zo'n internationale inschrijving (en de daarop berustende nationale inschrijvingen) wordt niet (meer) beschermd indien het 'basismerk' in het land van oorsprong om wat voor reden dan ook niet (meer) wordt beschermd (artikel 6 van de Schikking van Madrid). Deze tweede uitzondering is temporeel begrensd, zij geldt slechts tot vijf jaar na de internationale inschrijving.

401. ***Geen andere materiële-reciprociteitstoetsen.*** Andere reciprociteitstoetsen zijn niet toegelaten – noch voor telle quelle-merken, noch voor internationale merkinschrijvingen, noch voor gewone merken. Voor die laatste categorie is dit uitdrukkelijk vastgelegd in het onafhankelijkheidsbeginsel (artikel 6 van het Verdrag van Parijs).

402. ***Ontwikkelingsstadia.*** Al met al is in het merkenrecht de onafhankelijkheidsstrijd, dus de strijd van de nationale-behandelingsgedachte tegen de materiële-reciprociteitsgedachte, moeizaam geweest. Het onafhankelijkheidsbeginsel is pas in 1934 ingevoerd en daarmee bereikte het beginsel van nationale behandeling ook in het merkenrecht zijn derde ontwikkelingsstadium. Niettemin zijn, voor twee categorieën merken, twee substantiële materiële-reciprociteitstoetsen uiteindelijk tot op heden gehandhaafd gebleven.

4.3. Conclusies en misverstanden rond het beginsel van nationale behandeling in het Verdrag van Parijs

403. ***Huidige tekst art. 2 Verdrag van Parijs.*** Daarmee hebben wij de genesis van het beginsel van nationale behandeling in het Verdrag van Parijs onderzocht en zijn wij aangekomen bij het huidige artikel 2, luidende:

> "(1) Les ressortissants de chacun des pays de l'Union jouiront dans tous les autres pays de l'Union, en ce qui concerne la protection de la propriété industrielle, des avantages que les lois respectives accordent actuellement ou accorderont par la suite aux nationaux, le tout sans préjudice des droits spécialement prévus par la présente Convention. En conséquence, ils auront la même protection que ceux-ci et le même recours légal contre toute atteinte portée à leurs droits, sous réserve de l'accomplissement des conditions et formalités imposées aux nationaux.
>
> (2) Toutefois, aucune condition de domicile ou d'établissement dans le pays où la protection est réclamée ne peut être exigée des ressortissants de l'Union pour la jouissance d'aucun des droits de propriété industrielle.
>
> (3) Sont expressément réservées les dispositions de la législation de chacun des pays de l'Union relatives à la procédure judiciaire et administrative et à la compétence, ainsi qu'à l'élection de

domicile ou à la constitution d'un mandataire, qui seraient requises par les lois sur la propriété industrielle." [150]

404. In verschillende opzichten is de gelijkenis met (de ontwikkeling van) het beginsel van nationale behandeling in de Berner Conventie groot.

405. ***Zelfde conclusie.*** Ten aanzien van het beginsel van nationale behandeling in het Verdrag van Parijs komen wij tot dezelfde centrale conclusie als ten aanzien van zijn evenknie in de Berner Conventie, namelijk dat het ook twee met elkaar vervlochten regels bevat: een conflictregel en een vreemdelingenrechtelijke regel. Enerzijds stelt het, aan de hand van het formele-territorialiteitsbeginsel, een toepasselijke wet in de plaats van het eerdere rechtsvacuüm (conflictenrecht), anderzijds stelt het non-discriminatie in de plaats van de eerdere discriminatie (vreemdelingenrecht).

406. ***Zelfde misverstand.*** Ten aanzien van het beginsel van nationale behandeling in het Verdrag van Parijs doet zich tegenwoordig hetzelfde fundamentele misverstand voor als ten aanzien van zijn evenknie in de Berner Conventie, namelijk dat het beginsel van nationale behandeling slechts wordt begrepen in zijn vreemdelingenrechtelijke component, dus als non-discriminatiebeginsel. Dat misverstand wordt kort gezegd veroorzaakt doordat men tegenwoordig de statutistische oplossing van het beginsel van nationale behandeling met hedendaagse, Savigniaanse ogen beziet, waardoor een vertekend beeld ontstaat; dit wordt uitvoerig behandeld in hoofdstuk 5.

407. ***Zelfde geschiedenis en krachtenveld.*** Ten slotte hebben wij gezien dat ook het beginsel van nationale behandeling in het Verdrag van Parijs zich niet laat doorgronden zonder begrip van zijn ontwikkelingsgeschiedenis, en dat deze ontwikkelingsgeschiedenis grotendeels gelijkloopt aan die van het beginsel van nationale behandeling in de Berner Conventie. In die ontwikkelingsgeschiedenis hebben wij hetzelfde krachtenveld gezien tussen de nationale-behandelingsgedachte, de (materiële-)reciprociteitsgedachte en de unificatiegedachte, waarbij – ook hier – met name de strijd tussen de eerste twee krachten dominant was. En in

---

150 De officiële Nederlandse vertaling luidt (zie ook alinea 19 hiervoor):
"(1) De onderdanen van elk van de landen der Unie zullen in alle andere landen der Unie, wat betreft de bescherming van de industriële eigendom, de voordelen genieten, welke de onderscheidene wetten op dit ogenblik aan de nationalen toekennen, dit alles onverminderd de rechten, welke door dit Verdrag in het bijzonder worden toegekend. Dientengevolge zullen zij dezelfde bescherming hebben als dezen en hetzelfde wettelijk verhaal tegen elke inbreuk op hun rechten, mits zij de voorwaarden en formaliteiten nakomen, aan de nationalen opgelegd.
(2) Echter kan voor het genot van geen der rechten van industriële eigendom van hen, die tot de Unie behoren, geëist worden, dat zij een woonplaats of inrichting hebben in het land, waar op de bescherming aanspraak wordt gemaakt.
(3) De bepalingen der wetgeving van elk van de landen der Unie met betrekking tot de rechterlijke of administratieve procesgang en de bevoegdheid, benevens tot de keuze van domicilie of het stellen van een gemachtigde, indien de wetten op de industriële eigendom zulks zouden vorderen, worden uitdrukkelijk voorbehouden."

die strijd kunnen wij dezelfde drie tot nu toe behandelde ontwikkelingsstadia onderscheiden, waarbij opvalt dat in het octrooirecht het eerste stadium is overgeslagen.

408. ***Derde ontwikkelingsstadium.*** Zo bereikte het beginsel van nationale behandeling uiteindelijk in het gehele intellectuele-eigendomsrecht het derde stadium van zijn ontwikkelingsgang – in het octrooirecht in 1900, in het auteursrecht in 1908 en in het merkenrecht in 1934 –, het stadium waarin het de (voornaamste) uitzonderingen van zich af heeft geschud: het stadium van de 'onafhankelijkheid'.[151]

409. ***Vierde ontwikkelingsstadium.*** Dit brengt ons dan bij het vierde stadium van zijn ontwikkelingsgang, het stadium van de begripsverduistering ten aanzien van de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling. Want vanaf het tweede kwart van de twintigste eeuw begon het begrip van de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling te vervagen. Men begreep deze conflictregel niet meer. Men begon haar bestaan te ontkennen, en men begon het beginsel van nationale behandeling te duiden als een louter vreemdelingenrechtelijk non-discriminatiebeginsel. Dit is het stadium waarin wij thans nog verkeren. Daarmee zijn wij aangekomen in het heden, en is ons onderzoek naar de genesis van het beginsel van nationale behandeling in de Berner Conventie en het Verdrag van Parijs – het onderzoek van Deel I van deze studie – volbracht.

151 Zie par. 3.4.4. Voor het tekeningen- en modellenrecht is geen uitdrukkelijke onafhankelijkheidsbepaling in het Verdrag van Parijs opgenomen. Kennelijk heeft er geen behoefte aan zo'n bepaling bestaan, kennelijk ondervond men op dit terrein geen hinder van door de materiële-reciprociteitsgedachte ingeblazen sluiproutes. Onafhankelijkheid was dus al met het beginsel van nationale behandeling zelf gegeven, een uitdrukkelijke bepaling waarin het onafhankelijkheidsbeginsel werd geproclameerd, was niet nodig. Onafhankelijkheid in het tekeningen- en modellenrecht lijkt onder de vigeur van het Verdrag van Parijs ook weinig aanleiding tot discussie te hebben opgeleverd (vgl. Pelletier & Vidal-Naquet 1902, p. 281-283; Ladas 1975, p. 900-902). Dat de telle quelle-regeling niet op tekeningen- en modellen van toepassing is verklaard (zie noot 77 van dit hoofdstuk 4), zal daar zeker toe hebben bijgedragen. Men herinnere zich voorts dat bij de totstandkoming van de Overeenkomst van Den Haag van 1925 betreffende het internationaal depot van tekeningen of modellen van nijverheid onafhankelijkheid zonder discussie werd aanvaard (zie noot 143 van dit hoofdstuk 4). Dit alles neemt overigens niet weg dat onafhankelijkheid niet altijd de regel is geweest in het tekeningen- en modellenrecht: in sommige negentiende-eeuwse bilaterale verdragen treft men in dit verband wel materiële-reciprociteitsuitzonderingen op het beginsel van nationale behandeling aan (zie Ladas 1975, p. 52-53). In de loop van de geschiedenis heeft een enkele auteur zich uitgesproken voor dergelijke afhankelijkheid in het tekeningen- en modellenrecht (Pillet 1911, p. 331 e.v.).

DEEL II

HET BEGINSEL VAN NATIONALE BEHANDELING IN HET HEDEN

DEEL II.
HET BEGINSEL VAN NATIONALE BEHANDELING IN HET HEDEN

410. ***Introductie.*** In het voorgaande Deel I is de ontwikkelingsgeschiedenis van het beginsel van nationale behandeling in de Berner Conventie en het Verdrag van Parijs onderzocht. Dat onderzoek heeft ons geleerd dat dit beginsel twee met elkaar vervlochten regels bevat: een conflictregel en een vreemdelingenrechtelijke regel – dit is wat deze verdragen aan ons, in de eenentwintigste eeuw, overleveren. In het onderhavige Deel II wenden wij de blik naar het heden, en bezien wij, gewapend met deze kennis, deze twee regels in het beginsel van nationale behandeling nader.

411. ***Plan van behandeling.*** Deel II is als volgt opgebouwd:

Hoofdstuk 5. De conflictregel in het beginsel van nationale behandeling
Hoofdstuk 6. De vreemdelingenrechtelijke regel in het beginsel van nationale behandeling
Hoofdstuk 7. De reikwijdte van het beginsel van nationale behandeling
Hoofdstuk 8. Herformulering en hervorming

412. ***Auteursrecht en industriële eigendom.*** In dit deel worden auteursrecht en industriële-eigendomsrecht parallel behandeld. Daarbij is de aandacht, conform de in de Inleiding geschetste onderzoeksopzet, primair gericht op het beginsel van nationale behandeling in het auteursrecht c.q. de Berner Conventie. Voor het beginsel van nationale behandeling in het industriële-eigendomsrecht c.q. het Verdrag van Parijs geldt doorgaans m.m. hetzelfde; waar nodig wordt ingegaan op bijzonderheden voor het industriële-eigendomsrecht.

5. De conflictregel in het beginsel van nationale behandeling

413. ***De conflictregel in het beginsel van nationale behandeling.*** Als gezegd heeft het onderzoek in Deel I ons geleerd dat het beginsel van nationale behandeling in de Berner Conventie en het Verdrag van Parijs niet alleen een non-discriminatiebeginsel, maar ook een conflictregel bevat, namelijk een pre-Savigniaanse, statutistische conflictregel die aan de hand van het formele-territorialiteitsbeginsel een toepasselijke wet stelt in de plaats van het rechtsvacuüm. Het beginsel van nationale behandeling vormt aldus het sluitstuk, en daarmee tegelijk de verankering, van het formele-territorialiteitsbeginsel in het internationale intellectuele-eigendomsrecht.

414. Als toepasselijke wet wijst de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling dus de ingevolge het formele-territorialiteitsbeginsel toepasselijke wet aan, anders gezegd: de formeel-territoriaal en materieel-territoriaal toepasselijke wet, die in deze studie de 'wet van het land van import' wordt genoemd. Vertaald in hedendaagse terminologie: de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling verwijst naar de combinatie van de lex loci protectionis (materiële territorialiteit) en de lex fori (formele territorialiteit). Het zal duidelijk zijn – maar het wordt in dit Deel II nog uitgewerkt – dat die conflictregel dwingend en exclusief is (de verdragen laten geen andere conflictregels toe; geen 'Auflockerung' dus) en dat zij alle aspecten van de bescherming van het desbetreffende intellectuele-eigendomsrecht bestrijkt (de verdragen laten geen dépeçage toe; geen 'Zersplitterung' dus); zij bestrijkt dus beschermingsaspecten zoals de inhoud van de bescherming (ontstaan, omvang, einde), de vraag wat wordt beschermd ('object-vraag') en de vraag ten gunste van wie het recht ontstaat ('subject-vraag').[1]

415. ***Heden.*** Het is deze vroeg negentiende-eeuwse conflictenrechtelijke oplossing die de Berner Conventie van 1886 en het Verdrag van Parijs van 1883 aan ons in de eenentwintigste eeuw doorgeven. Deze verdragen zijn immers nog altijd geldend recht.[2] Zij zijn tegenwoordig zelfs veruit de belangrijkste verdragen op dit

---

1 De term 'Auflockerung' wordt in de Duitse literatuur gebruikt (zie bijvoorbeeld Kreuzer 1998, p. 2253; 'Auflockern' is 'losser maken'). Daarmee wordt bedoeld dat de conflictregel niet dwingend en exclusief is, maar dat zij in bepaalde gevallen wijkt voor een andere conflictregel. Het begrip 'Zersplitterung' (dépeçage) wordt in deze studie gebruikt in de betekenis van 'versplintering' van – Savigniaans gezegd – de verwijzingscategorie in subverwijzingscategorieën met ieder een eigen conflictregel.

2 En, zo wordt hier volledigheidshalve opgemerkt, de latere conferenties hebben de conflictenrechtelijke betekenis van het beginsel van nationale behandeling nooit ontkend. Integendeel, zij hebben die betekenis juist bevestigd: zo is duidelijk dat de verdragsopstellers van de Berner Conventie tijdens de laatste inhoudelijke conferentie, gehouden te Stockholm in 1967, de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling onderkenden (ook al konden zij die conflictregel waarschijnlijk niet precies meer verklaren); zie noot 51 van hoofdstuk 3.

terrein, en zij gelden vrijwel overal ter wereld. Zo geldt de pre-Savigniaanse, statutistische conflictregel in het beginsel van nationale behandeling tot op de dag van vandaag. Maar dat is niet zonder problemen. Want tegenwoordig wordt deze conflictregel niet meer begrepen, en daardoor wordt haar bestaan vaak ontkend. Daarnaast rijst de vraag in hoeverre deze oude, statutistische conflictregel nog wel strookt met de hedendaagse rechtsopvattingen en rechtspraktijk.

416. ***Plan van behandeling.*** Deze problemen vormen de hoofdthema's van dit hoofdstuk 5, dat als volgt is opgebouwd. Eerst wordt, in par. 5.1, vastgesteld dat de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling tegenwoordig niet meer wordt begrepen en wordt gezocht naar een verklaring daarvoor. Met die verklaring is voor het geldende recht de conflictenrechtelijke puzzel volledig opgelost: er is dan immers verklaard dat en waarom het beginsel van nationale behandeling een conflictregel bevat, en welke conflictregel dat is (hoofdstukken 1 tot en met 4), en er is verklaard waarom wij die conflictregel tegenwoordig niet meer begrijpen (par. 5.1). Deze onderzoeksresultaten, en hun verdere implicaties, worden in par. 5.2 geëvalueerd. Vervolgens wordt in par. 5.3 onderzocht in hoeverre de statutistische conflictregel in het beginsel van nationale behandeling nog strookt met de hedendaagse rechtsopvattingen en rechtspraktijk, en of zij eventueel kan worden gemoderniseerd binnen de marges van het geldende recht. Ten slotte wordt een en ander kort geresumeerd in par. 5.4.

5.1. De begripsverduistering ten aanzien van de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling

417. ***Begripsverduistering.*** Onderzoeken wij dus eerst de 'begripsverduistering'. Tegenwoordig wordt de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling in de Berner Conventie en het Verdrag van Parijs niet meer begrepen. Dit fenomeen, dat al even ter sprake kwam in par. 1.2.2, wordt in deze studie de 'begripsverduistering' ten aanzien van de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling genoemd. Deze begripsverduistering heeft zich in de twintigste eeuw voltrokken, met name in het tweede kwart van die eeuw, en duurt sedertdien voort. Zoals al eerder werd opgemerkt, kan dit worden geduid als het vierde stadium in de ontwikkelingsgang van het beginsel van nationale behandeling.[3] Daarbij dienen wij ons wel te realiseren dat dit vierde stadium zich geheel buiten de verdragen om heeft aangediend. De *verdragen* zijn niet veranderd, maar *wij* zijn veranderd – en daardoor begrijpen wij de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling niet meer.[4] Door dit onbegrip wordt deze conflictregel door velen miskend, vaak zelfs uitdrukkelijk ontkend. Door het onbegrip kon de opvatting ontstaan dat het beginsel van nationale behandeling louter een non-discriminatiebeginsel ('gelijkstellingsbeginsel') is, welke opvatting tegenwoordig terrein lijkt te winnen.

3 Zie par. 3.4.4 en par. 4.3.
4 Dit komt uitvoerig aan de orde in par. 5.1.2.

Maar ook zij die het bestaan van de conflictregel wel erkennen, kunnen haar niet meer verklaren. Gesteld kan dus worden dat deze conflictregel tegenwoordig alom niet meer wordt begrepen. Dit is een eigenaardige ontwikkeling, die wij al eerder in deze studie hebben gesignaleerd: terwijl de conflictregel voor de negentiende-eeuwers, waaronder haar ontwerpers, zonder meer vanzelfsprekend was ("cela est évident et aucune dérogation n'a été apportée à cette déduction logique"[5]), is tegenwoordig "heftig umstritten"[6] of het beginsel van nationale behandeling überhaupt een conflictregel bevat. Deze begripsverduistering hebben wij tot dusver nog niet verklaard. Het raadsel van het internationale intellectuele-eigendomsrecht is dus nog niet helemaal opgelost.

418. ***Plan van behandeling.*** In deze par. 5.1 wordt de begripsverduistering onderzocht. Eerst, in par. 5.1.1, wordt de begripsverduistering geïnventariseerd aan de hand van de meningen die heden ten dage in omloop zijn over het conflictenrechtelijke gehalte van de Berner Conventie en het Verdrag van Parijs. Vervolgens wordt in par. 5.1.2 behandeld *waarom* deze begripsverduistering zich heeft voltrokken, en ten slotte, in par. 5.1.3 komt aan de orde *hoe* deze begripsverduistering zich heeft voltrokken.

5.1.1. De begripsverduistering: meningenoverzicht

419. ***Meningenoverzicht.*** In de loop der tijd is een waaier van uiteenlopende opvattingen ontstaan over het conflictenrechtelijke gehalte van de Berner Conventie en het Verdrag van Parijs. In deze par. 5.1.1 is getracht deze waaier te inventariseren. Eerst is, in par. (a) en (b), de hedendaagse literatuur en rechtspraak onderzocht. Par. (a) heeft betrekking op de stroming die erkent dat het beginsel van nationale behandeling (mede) een conflictregel bevat, par. (b) op de uiteenlopende stromingen die dat ontkennen. Vervolgens wordt in par. (c) hedendaagse nationale en Europese regelgeving onderzocht. In par. (d) wordt een en ander geresumeerd.[7]

a. De opvatting dat het beginsel van nationale behandeling mede een conflictregel bevat

420. ***Erkenning conflictregel.*** Aan de ene kant is er de stroming die erkent dat het beginsel van nationale behandeling zowel een conflictregel als een non-discriminatiebeginsel omvat. Dit is, zoals wij in Deel I hebben vastgesteld, de juiste visie. Dit was – in ieder geval vroeger – de heersende mening, maar tegenwoordig lijkt zij terrein te verliezen.[8]

---

5 Darras 1887, p. 606, zie ook alinea's 3 en 94 hiervoor.

6 Von Hoffmann 2001, p. 586, nr. 375.

7 Uiteraard wordt in deze paragraaf geen volledigheid gepretendeerd. Onder 'hedendaagse' literatuur, rechtspraak en wetgeving wordt hier verstaan: literatuur, rechtspraak en wetgeving vanaf het midden van de twintigste eeuw, toen het proces van begripsverduistering goeddeels was voltrokken. De eerste helft van de twintigste eeuw komt aan de orde in par. 5.1.3; de negentiende-eeuwse opvattingen zijn reeds behandeld in Deel I.

8 Volgens Von Hoffmann 2001, p. 586, nr. 375, is zij nog steeds de heersende mening; zo ook Drexl 2006, p. 836-837, nr. 53-56. Die constatering lijkt in ieder geval voor Duitsland correct. Zie ook Fezer & Koos 2006, p. 428-429 (die zelf deze conflictregel ontkennen).

421. ***Niettemin onbegrip.*** Hoe dan ook, erkenning van de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling betekent, als gezegd, nog niet dat deze conflictregel ook wordt begrepen. Zelfs een prominent pleitbezorger als Ulmer kon haar niet meer verklaren.[9] Meestal wordt haar bestaan intuïtief onderkend, en geponeerd zonder onderbouwing. Onbegrip blijkt ook uit de nadere interpretatie van de conflictregel: zij wordt opgevat als een wat moeizaam geformuleerde materieel-territoriale conflictregel (een lex loci protectionis-verwijzing) onder miskenning van haar formeel-territoriale component.

422. ***Literatuur.*** In de literatuur kunnen onder meer de volgende auteurs tot deze stroming worden gerekend: Bappert & Wagner[10]; Beatson[11]; Beier[12]; Bodenhausen[13]; De Boer[14]; Bouche[15]; Boytha[16]; Burghardt[17]; Cornish[18]; Desbois[19]; Drexl[20]; Fawcett & Torremans[21]; Françon[22]; Geller[23]; Gerbrandy[24]; Hilty[25]; Joos[26]; Katzenberger[27]; Keller & Siehr[28]; Khadjavi-Goutard[29]; Kreuzer[30]; Kropholler[31]; Ladas[32]; Mackensen[33]; Nimmer[34]; Nordemann, Vinck & Hertin[35]; M. Plaisant[36];

9 Zie noot 42 van dit hoofdstuk 5. Zo ook Joos, zie noot 26 van dit hoofdstuk 5. Vgl. ook Siehr 1988, die ook een eind in de goede richting kwam, maar de kern niet raakte, en deze richting later weer verliet (Siehr 1992, p. 31; zie ook noot 81 van dit hoofdstuk 5).
10 Bappert & Wagner 1956, p. 41 (Berner Conventie).
11 Beatson 1995, p. 63.
12 Beier 1983, p. 343 (Verdrag van Parijs).
13 Bodenhausen 1968, p. 12 en p. 29 (Verdrag van Parijs).
14 De Boer twijfelt. Hij lijkt het Berner beginsel van nationale behandeling primair te beschouwen als een vreemdelingenrechtelijke regeling, maar "vertaald naar het IPR" levert het beginsel van nationale behandeling volgens hem "een territoriale aanknopingsmaatstaf op: de graad van de auteursrechtelijke bescherming wordt bepaald door het recht van de plaats van inbreuk, althans door het recht van de plaats waar de bescherming wordt ingeroepen", aldus De Boer 1993, p. 4-5; zie ook De Boer 1977, p. 675-676. De conflictregel heeft z.i. een beperkte reikwijdte: zo zou zij bijvoorbeeld niet de subject-vraag bestrijken (zie daarover noot 92 van hoofdstuk 7). Vgl. ook De Boer 1977, p. 690.
15 Bouche 2002 (*Territorialité*), p. 512-525 en p. 539-541.
16 Boytha 1988, p. 409 (Berner Conventie).
17 Burghardt 1973, p. 601 (Verdrag van Parijs).
18 Cornish 1996, p. 287; Cornish 1995, p. 64.
19 Desbois 1978, p. 921; Desbois, Françon & Kerever 1976, p. 13, noot 1, en p. 150-151 (Berner Conventie).
20 Drexl 2006, p. 836-837, nr. 53-56; Drexl 2001, p. 467; Drexl 1990, p. 38-39 (Berner Conventie).
21 Fawcett & Torremans 1998, p. 461, p. 477-478, p. 485. Deze auteurs zien in het beginsel van nationale behandeling geen volwaardige conflictregel, maar onderkennen wel een zekere conflictenrechtelijke relevantie; zij zien in dit beginsel een 'eerste indicatie' voor een (beperkte) conflictregel. Vgl. ook Torremans 1998, p. 498. Torremans 2001, p. 39 lijkt een conflictregel evenwel te betwijfelen. Cheshire, North & Fawcett 2008, p. 815 stellen dat "there are no specific and clear-cut choice of law rules in these conventions."
22 Françon 1969, p. 681 (Berner Conventie); zie ook noot 19 van dit hoofdstuk 5.
23 Geller 2003, par. 3(1)(a) (Berner Conventie).
24 Gerbrandy lijkt in het Berner beginsel van nationale behandeling een 'Gesamtverweisung' naar de lex fori te zien, Gerbrandy 1988, p. 411-412; zo bezien heeft het beginsel van nationale behandeling netto geen zelfstandige conflictenrechtelijke betekenis.
25 Hilty 1986, p. 202-203 (Berner Conventie).
26 Joos 1991, p. 126-127 (Berner Conventie).
27 Katzenberger 2006, p. 2120 e.v. (Berner Conventie).
28 Keller & Siehr 1986, p. 88 en p. 140. Over Siehr, zie echter ook noot 81 van dit hoofdstuk 5.
29 Khadjavi-Goutard 1977, p. 18-19 (Berner Conventie).
30 Kreuzer 2004, p. 42; Kreuzer 1998, p. 2249 en p. 2284; Kreuzer 1991, p. 153-154.
31 Kropholler 2006, p. 546.
32 Vgl. Ladas 1975, p. 231 en p. 266 (Verdrag van Parijs).

Raynard[37]; Sandrock[38]; Spoor, Verkade & Visser[39]; Stewart[40]; Ullmann[41]; Ulmer.[42] Zo ook de Duitse Raad voor het IPR.[43]

423. ***Rechtspraak.*** Dit is ook de heersende leer in veel hogere rechtspraak; zo bijvoorbeeld in de rechtspraak van de Nederlandse Hoge Raad[44], het Duitse Bundesgerichtshof[45], het Oostenrijkse Oberste Gerichtshof[46], en – in ieder geval tot voor kort – de Franse Cour de cassation.[47]

---

33 Mackensen 1965, p. 41 e.v. en p. 60-65 (Berner Conventie en Universele Auteursrechtconventie (over laatstgenoemde conventie, zie noot 21 van de Inleiding)).

34 Nimmer 1973, p. 302 (Berner Conventie).

35 Nordemann, Vinck & Hertin 1977, p. 55 (Berner Conventie).

36 M. Plaisant 1949, p. 24 (Verdrag van Parijs).

37 Raynard 1990, p. 414 e.v. en p. 461-462 (Berner Conventie).

38 Sandrock 1985, p. 512-513; Sandrock 1983, p. 386-407.

39 Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 694 (Berner Conventie). Spoor lijkt de reikwijdte van de conflictregel niettemin beperkt te achten; zo sluit hij de subject-vraag uit (zie daarover noot 92 van hoofdstuk 7).

40 Stewart 1989, p. 38 (Berner Conventie).

41 Ullmann 2006, p. 38 (Verdrag van Parijs).

42 Ulmer 1985, p. 258; Ulmer 1980, p. 83; Ulmer 1977, p. 487; Ulmer 1975, p. 1 en p. 6 e.v., met name p. 10.

43 Zie Deutscher Rat für Internationales Privatrecht 2002, p. 33-34, waarin (wederom) het standpunt wordt ingenomen dat uit de multilaterale verdragen "sich die zwingende ausschließliche Anwendbarkeit der *lex loci protectionis* (Schutzlandprinzip) ableiten lässt", zulks onder verwijzing naar Deutscher Rat für Internationales Privatrecht 1983, p. 24 (Begründung) en p. 380 e.v. (rapport; Sandrock 1983, zie noot 38 van dit hoofdstuk 5), in welk rapport de conflictenrechtelijke betekenis van het beginsel van nationale behandeling van de Berner Conventie en het Verdrag van Parijs uitdrukkelijk wordt onderkend. Zie ook Kreuzer 1991, p. 148-155.

44 HR 13 februari 1936, *NJ* 1936, 443 m.nt. EMM (Tuschinski/Gema; 'Das Blaue Licht II'), zie noot 130 van hoofdstuk 2. Bevestigd in HR 27 januari 1995, *NJ* 1995, 669 m.nt. JHS (Bigott-Batco/Doucal), r.o. 3.3 jo. alinea 22 van de conclusie van A-G Strikwerda. Zie voorts, expliciet: Hof Amsterdam 5 juni 1986, *BIE* 1987, nr. 65; *IER* 1986, nr. 48 m.nt. J.H. Spoor (Stig Ravn/Koopman), r.o. 4.3; Rb. Alkmaar 23 juni 1983, *NIPR* 1983, nr. 366, p. 331 (Jordan). Meestal worden de conflictenrechtelijke aspecten in de lagere rechtspraak in het midden gelaten, zie bijvoorbeeld Hof Den Haag 23 maart 1988, *BIE* 1988, nr. 85 (Butter Ghee); Pres. Rb. Dordrecht 8 september 1998, *Informatierecht/AMI* 1999, p. 7 m.nt. Van Eechoud (KPN/Kapitol), r.o. 5.

45 BGH 17 juni 1992, *GRUR Int.* 1993, p. 257-259 (ALF); zie ook Drexl 2006, p. 836. Vgl. ook Oberlandesgericht Koblenz 14 juli 1967, *GRUR Int.* 1968, p. 164-165 ('Liebeshändel in Chiogga') en de rechtspraak genoemd in Kreuzer 1998, p. 2249, noot 5. Deze als lex loci protectionis-verwijzing opgevatte conflictregel is volgens vaste rechtspraak van het Bundesgerichtshof dwingend: rechtskeuze is niet toegelaten, zie het zojuist genoemde ALF-arrest, alsook BGH 2 oktober 1997, *GRUR Int.* 1998, p. 427-431 (Spielbankaffaire); vgl. ook BGH 24 mei 2007, *GRUR* 2007, p. 691-693; *IPRax* 2008, p. 271-274, r.o. 21 (Staatsgeschenk). De lex loci protectionis beheerst alle aspecten van de bescherming van het intellectuele-eigendomsrecht (vgl. Drexl 2006, p. 837), zoals bestaan, werking en object-vraag (BGH 26 juni 2003, *GRUR* 2003, p. 876-878 (Sendeformat)), alsook de subject-vraag en de vraag of het recht overdraagbaar is (BGH 2 oktober 1997, *GRUR Int.* 1998, p. 427-431 (Spielbankaffaire)).

46 OGH 17 juni 1986, *GRUR Int.* 1986, p. 728-735 (p. 729) m.nt. Hodik (Hotel-Video). In die zaak ging het om de Universele Auteursrechtconventie, maar de desbetreffende overwegingen van het Oberste Gerichtshof zijn breder opgezet en hebben betrekking op het beginsel van nationale behandeling in internationale verdragen. De bepaling van art. 34 van de Oostenrijkse IPR-Wet (verwijzing naar de lex loci protectionis; zie alinea 449 hierna) is daaraan aangepast, aldus het hof. De lex loci protectionis beheerst alle aspecten van het intellectueleeigendomsrecht ("auch die Frage, in wessen Person das Urheberrecht entsteht").

47 De Franse Cour de cassation heeft lang vastgehouden aan de opvatting dat in het beginsel van nationale behandeling een conflictregel ligt besloten (vgl. Cass. crim. 5 januari 1988, *RIDA* 1989, p. 204-207 (Suire/SACEM), over het beginsel van nationale behandeling in de Universele Auteursrechtconventie, zie ook Lucas & Lucas 2006, p. 936, noot 132 (over deze conventie, zie noot 21 van de Inleiding); zie ook Raynard 1990, p. 420 met lagere rechtspraak). Thans lijkt de Cour de cassation de conflictregel van de Berner Conventie eerder te zoeken in art. 5 lid 2, daarbij in het midden latend of die regel dan voortvloeit uit het beginsel van nationale behandeling: vgl. Cass. civ. I 5 maart 2002, *Rev. crit. DIP* 2003, p. 440-446 m.nt. Bischoff (Sisro/Ampersand); Bouche 2002 (*Contrefaçon*). Zie ook Cass. civ. I 30 januari 2007, *Rev. crit. DIP* 2007, p. 769-784 m.nt. Azzi (Lamore/Universal; 'Waterworld'). De Parijse Cour d'appel oordeelde in zijn arrest van 8 oktober 1988, *Cahiers du droit d'auteur* 1989, p. 27 dat het Berner beginsel van nationale behandeling de lex loci protectionis-verwijzing impliceert, welke conflictregel de gehele bescherming inclusief de subject-vraag bestrijkt (zie evenwel ook noot 95 van dit hoofdstuk 5).

424. ***Lex loci protectionis.*** De conflictregel in het beginsel van nationale behandeling wordt binnen deze stroming vrijwel unaniem opgevat als een verwijzing naar de lex loci protectionis, voor alle aspecten van de bescherming van het desbetreffende intellectuele-eigendomsrecht, op welke conflictregel geen uitzonderingen zijn toegelaten. In artikel 5 lid 2, tweede volzin, van de Berner Conventie ziet men (terecht) een nadere bevestiging van deze conflictregel.

b. De opvatting dat het beginsel van nationale behandeling geen conflictregel bevat

425. ***Ontkenning conflictregel.*** Aan de andere kant is er de stroming die ontkent dat het beginsel van nationale behandeling een conflictregel bevat of enige conflictenrechtelijke betekenis heeft. Zij stelt dat dit beginsel slechts een non-discriminatiebeginsel is; dit wordt dan meestal geponeerd zonder onderbouwing.[48]

426. ***Literatuur.*** In de literatuur kunnen onder meer de volgende auteurs tot deze stroming worden gerekend: Audit[49]; Von Bar[50] ; Batiffol & Lagarde[51]; Bergé[52]; Bergsma[53]; Boschiero[54]; Carrascosa González[55]; Dessemontet[56]; Dinwoodie[57]; Drobnig[58]; Van Eechoud[59]; Van Engelen[60]; Fentiman[61]; Fezer & Koos[62]; Gins-

48 Sommigen proberen deze stelling kracht bij te zetten door de negentiende-eeuwse verdragsopstellers onbekwaam te verklaren. De verdragsopstellers zouden het conflictenrecht te moeilijk hebben gevonden en zouden het daarom ongeregeld hebben gelaten. Zo stelt Batiffol 1971, p. 273: "les négociateurs redoutent les problèmes de conflits de lois comme trop complexes. La réalité se charge de montrer qu'on ne résoud pas les problèmes en les ignorant, du moment qu'ils sont réels." (zie ook noot 78 van hoofdstuk 2). Dit is een (volkomen ongefundeerd) ad hominem-argument, dat zich als een boemerang tegen Batiffol keert – hijzelf heeft immers het conflictenrechtelijke probleem niet begrepen. Neuhaus 1976 (*Freiheit*), p. 193 lijkt op zijn beurt te suggereren dat de verdragsopstellers van de Berner Conventie en het Verdrag van Parijs waren bevangen door een tijdgeest van neomercantilisme (protectionisme) en rechtspositivisme, en dat de verdragen daarom geen IPR maar alleen vreemdelingenrecht c.q. non-discriminatie bevatten. Beide onderdelen van deze suggestie/stelling zijn onjuist, en een logisch verband ontbreekt (non sequitur; men kan zelfs van innerlijke tegenstrijdigheid spreken waar protectionisme doorgaans haaks staat op non-discriminatie). Het is een schromelijke miskenning van de vooruitstrevendheid van de verdragsopstellers, die hun nek ver hadden uitgestoken (in Frankrijk werden de Franse opstellers van het Verdrag van Parijs naderhand zelfs van landverraad beschuldigd, zie alinea 368 hiervoor). De tijdgeest mag protectionistisch zijn geweest, de verdragen waren allesbehalve protectionistisch – zij waren hun tijd vooruit (zo ook Ladas 1975, p. 67; Beier 1983, p. 342-343).
49 Audit 2006, p. 623-624.
50 Von Bar 1991, p. 509 e.v.
51 Batiffol & Lagarde 1983, p. 199.
52 Bergé 1996, p. 112 en p. 204 (Berner Conventie)
53 Bergsma 1990, p. 37, noot 35 (Berner Conventie).
54 Boschiero 2007, p. 94-99.
55 Carrascosa González 2004, p. 107-110 (Berner Conventie).
56 Dessemontet 2001, p. 488-489 (Berner Conventie).
57 Dinwoodie 2005, p. 201 (Berner Conventie).
58 Drobnig 1976, p. 196-199 (Berner Conventie).
59 Van Eechoud 2005 (*Overleefde territorialiteit*), p. 51 e.v.; Van Eechoud 2003, p. 47 e.v.; Van Eechoud 1999, p. 11 (Berner Conventie).
60 Impliciet: vgl. Van Engelen 2007, p. 16, p. 85 e.v. en p. 195 e.v.
61 Fentiman 2005, p. 133-137 (niettemin dicht hij het beginsel van nationale behandeling in zoverre conflictenrechtelijke betekenis toe, dat het z.i. een lex originis-verwijzing uitsluit). Vgl. ook Fentiman 2004, nr. 9.23 waar hij de conflictenrechtelijke implicaties van de verdragen onzeker acht.
62 Fezer & Koos 2006, p. 427 e.v.

burg[63]; Kegel[64]; Koumantos[65]; Locher[66]; Lucas & Lucas[67]; Moura Vicente[68]; Neuhaus[69]; Obergfell[70]; Patry[71]; Pertegás Sender[72]; R. Plaisant[73]; Pontier[74]; Quaedvlieg[75]; Raape[76]; Schack[77]; Schikora[78]; Schneider-Brodtmann[79]; Seignette[80]; Siehr[81]; Strömholm[82]; Troller[83]; Vischer[84]; Wadlow[85]; Walter[86]; Zweigert & Puttfarken.[87] Ook de WIPO heeft zich in die zin uitgelaten.[88]

427. ***Rechtspraak.*** In de hogere rechtspraak wordt de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling met name expliciet ontkend door de Amerikaanse Court of appeals (2nd Circuit).[89]

---

63 Ginsburg 2000, p. 98; vgl. ook Ginsburg 1999, p. 254, p. 276 en p. 323 (Berner Conventie). In Ricketson & Ginsburg 2006, p. 1297 e.v. lijkt Ginsburg overigens iets minder stellig.
64 Kegel 1996, p. 534 (Berner Conventie).
65 Koumantos 1988, p. 419 (Berner Conventie).
66 Locher 1993, p. 6 e.v. en p. 96 e.v. (Berner Conventie).
67 Lucas & Lucas 2006, p. 935 e.v. (Berner Conventie).
68 Moura Vicente 2008, p. 220 en p. 255.
69 Neuhaus 1976 (*Freiheit*), p. 193; zie ook noot 48 van dit hoofdstuk 5.
70 Obergfell 2005, p. 12.
71 Patry 2000, p. 402-409 (Berner Conventie).
72 Pertegás Sender 2006, p. 227; Pertegás Sender 2005, p. 160-162; Pertegás Sender 2002, p. 220-224 en p. 231 (Verdrag van Parijs).
73 R. Plaisant & Boutet 1953, nr. 42 e.v. (Berner Conventie).
74 Pontier 2001, p. 94-96.
75 Quaedvlieg 1997, p. 157 (Berner Conventie).
76 Raape 1961, p. 643-644.
77 Schack 2008, p. 661; Schack 2007, p. 458; Schack 1989, p. 276-277; Schack 1979, p. 28-33 (Berner Conventie).
78 Schikora 1968, p. 57-58 (Verdrag van Parijs); p. 77-78 (Berner Conventie).
79 Schneider-Brodtmann 1996, p. 106-107 (Berner Conventie).
80 Seignette 1990, p. 197 (Berner Conventie); vgl. ook Seignette 1997, p. 309 e.v.
81 Siehr 1992, p. 31-32 (Berner Conventie); vgl. ook Siehr 2002, p. 205-206 en Siehr 1988.
82 Strömholm 2001, p. 534-535; vgl. echter ook Strömholm 1985, p. 270.
83 Troller wordt soms gerekend tot de auteurs die een conflictregel in het beginsel van nationale behandeling zien (zo bijvoorbeeld Vischer 1987, p. 676 verwijzend naar Troller 1952, p. 26). Dat is echter niet terecht. Zie Troller 1952, p. 8, noot 2: volgens Troller is het beginsel van nationale behandeling *theoretisch gezien* louter vreemdelingenrecht (maar bepaalt dit beginsel *in de praktijk* ook het toepasselijke recht).
84 Vischer 1987, p. 676.
85 Wadlow 1998, p. 11-14 (hoewel hij zich uitvoerig beroept op Ulmer en Cornish, die nu juist wel de conflictenrechtelijke betekenis van het beginsel van nationale behandeling onderkennen).
86 Walter 2003, p. 962 e.v.; Walter 1976, p. 47 (Berner Conventie). Volgens Walter is het beginsel van nationale behandeling op zichzelf beschouwd louter vreemdelingenrecht, maar gaat dit beginsel impliciet uit van de toepasselijkheid van de lex loci protectionis ("Die Anwendung des Rechts im Schutzland wird zwar vorausgesetzt, sie folgt aber nicht unmittelbar aus dem fremdenrechtlichen Diskriminierungsverbot (…)", Walter 2003, p. 962). Deze onuitgesproken conflictregel is z.i. in 1908 in art. 5 lid 2 geëxpliciteerd.
87 Zweigert & Puttfarken 1973, p. 575 (Berner Conventie).
88 WIPO Publication nr. 856, p. 82, waar kort wordt opgemerkt: "Neither does the national treatment principle reflect a private international law approach, as it does not purport to designate the law of any particular country that is to govern an intellectual property issue involving a foreigner, but merely states that foreigners should not be treated differently than nationals with respect to intellectual property issues." Vroeger zag het toenmalige Bureau van de Berner Unie dat anders (Bureau de l'Union, *DdA* 1895, p. 164-165; zie ook alinea 202 hiervoor). Aan het eind van de jaren dertig van de twintigste eeuw raakte het Bureau het conflictenrechtelijke spoor echter bijster (zie alinea 555 hierna).
89 US Court of appeals for the Second Circuit 27 augustus 1998, 153 *F.3d* 82 (2d Cir. 1998); *GRUR Int.*1999, p. 639-647 m.nt. Schack (Itar Tass/Russian Kurier). Het hof heeft daarbij sterk geleund op de amicus curiae brief van Patry (over Patry, zie noot 71 van dit hoofdstuk 5). De uitspraak is (terecht) fel bekritiseerd door onder meer Geller 2003, par. 3(1)(a)(i) (INT-43 noot 11 met verdere verwijzingen); de uitspraak kreeg bijval van Schack 1999, p. 639-647. Zie voorts noot 94 van dit hoofdstuk 5; zie voorts ook alinea 442 hierna over HvJ EG 30 juni 2005, nr. C-28/04, *Jur.* 2005, p. I-5781 (Tod's/Heyraud).

428. ***Wat dan wel?*** Nu betekent ontkenning van de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling natuurlijk nog niet dat men tot een andere conflictregel komt. Veel auteurs die de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling ontkennen, komen langs een andere weg tot dezelfde lex loci protectionis-conflictregel die anderen in het beginsel van nationale behandeling vinden. Dat brengt ons bij de vraag wat de aanhangers van deze stroming dan wél vinden. Hier kan een onderverdeling in een aantal subgroepen worden gemaakt. Daarbij is het voor de overzichtelijkheid dienstig om een onderscheid te maken tussen de Berner Conventie en het Verdrag van Parijs.

429. In het kader van de Berner Conventie kan men drie subgroepen onderscheiden, namelijk
– de opvatting dat de tweede volzin van artikel 5 lid 2 een conflictregel bevat (par. (i)),
– de opvatting dat de Berner Conventie in het geheel geen conflictregel bevat (par. (ii)), en
– andere opvattingen (par. (iii)).

430. Wat de aanhangers van deze stroming vinden over het Verdrag van Parijs komt aan de orde in par. (iv).

(i) Berner Conventie: de opvatting dat art. 5 lid 2 een conflictregel bevat

431. ***Eerste subgroep: art. 5 lid 2.*** De eerste subgroep is veruit dominant binnen deze stroming. Volgens deze subgroep bevat de tweede volzin van artikel 5 lid 2 een zelfstandige conflictregel. Zoals wij al hebben gezien, wordt die opvatting in de hand gewerkt doordat deze volzin op het eerste gezicht de taal van een verwijzingsregel lijkt te spreken:

> "Bijgevolg worden, buiten de bepalingen van deze Conventie, de omvang van de bescherming, zowel als de rechtsmiddelen, die de auteur worden gewaarborgd ter handhaving van zijn rechten, uitsluitend bepaald door de wetgeving van het land, waar de bescherming wordt ingeroepen."

432. Deze opvatting is onjuist, omdat kort gezegd de conflictregel van de conventie besloten ligt in het beginsel van nationale behandeling, en de onderhavige volzin slechts een illatieve bepaling is – een gevolgtrekking van de bepalingen die haar voorgaan. Zij is een 'exclusiviteitsregel', het gevolg van de gecombineerde toepassing van het beginsel van nationale behandeling en het onafhankelijkheidsbeginsel. Dit is in Deel I al uitvoerig besproken, zodat hier kan worden volstaan met een verwijzing naar hoofdstuk 3.[90]

90 Meer specifiek par. 3.2.2 onder (b)(ii), en par. 3.4.4.

433. ***Problemen.*** Wie de conventionele conflictregel in artikel 5 lid 2 situeert, weet zich geconfronteerd met een aantal problemen.

434. ***Probleem 1: bijgevolg en uitsluitend.*** Het eerste probleem betreft de woorden 'bijgevolg' en 'uitsluitend'. Deze woorden – kernwoorden in deze bepaling – komen in het luchtledige te hangen. Hiervoor pleegt men stilzwijgend de ogen te sluiten, en aldus miskent men de strekking van deze bepaling.[91]

435. ***Probleem 2: reikwijdte.*** Het tweede probleem betreft de reikwijdte van de in artikel 5 lid 2 ontwaarde conflictregel. Wat moet worden verstaan onder "de omvang van de bescherming, zowel als de rechtsmiddelen, die de auteur worden gewaarborgd ter handhaving van zijn rechten"? Hierover verschillen de meningen. De overheersende opvatting is dat hiermee de auteursrechtelijke bescherming in al haar aspecten wordt bedoeld.[92] Sommigen verdedigen echter dat niet alle aspecten van de auteursrechtelijke bescherming hieronder vallen – zij bepleiten dépeçage ('splitsing'). Dit wordt met name verdedigd ten aanzien van de subject-vraag (de vraag ten gunste van wie het recht ontstaat)[93]; dat pleidooi heeft hier en daar gehoor gevonden in rechtspraak, met name in de Verenigde Staten[94] en in Frankrijk.[95] Zo wordt de vrijheid gecreëerd om naar eigen inzicht een deelconflictregel

---

91 Zie ook alinea's 275 en 276 hiervoor.

92 Zie onder meer Bergsma 1990, p. 32-33; Bergé 1996, p. 295 e.v. en p. 299; Bouche 2002 (*Contrefaçon*), p. 3001; Lucas & Lucas 2006, p. 949 e.v. (zie ook Lucas & Lucas 2004, p. 1538); R. Plaisant & Boutet 1953, nr. 61; Quaedvlieg 1997, p. 157; Schneider-Brodtmann 1996, p. 108-110; Walter 2003, p. 972-973. Dit wordt voorts ook onderschreven door vrijwel allen die de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling onderkennen en in art. 5 lid 2 de nadere bevestiging daarvan zien (par. 5.1.1 onder (a), met name alinea 424 hiervoor).

93 Zie Drobnig 1976, p. 196-199; Ginsburg in Ricketson & Ginsburg 2006, p. 1315, vgl. ook p. 319-320 (zie ook Ginsburg 1999, p. 350); Carrascosa González 2004, p. 113-116; Locher 1993, p. 98; Patry 2000, p. 407-409; Seignette 1990, p. 197 (althans: zij acht dit niet duidelijk geregeld in de conventie). Zie ook noot 169 van dit hoofdstuk 5.

94 Zie US Court of appeals for the Second Circuit 27 augustus 1998, 153 *F.3d* 82 (2d Cir. 1998); *GRUR Int.*1999, p. 639-647 m.nt. Schack (Itar Tass/Russian Kurier), dat de subject-vraag onderwierp aan het recht van het land met 'the most significant relationship', zijnde in casu de lex originis in de zin van art. 5 lid 4 van de Berner Conventie (dat zal vaak zo zijn, aldus Goldstein 2001, p. 103). Het hof is beïnvloed door de amicus curiae brief van Patry. Patry stelde vier jaar eerder in zijn handboek ten aanzien van het conflictenrecht vast dat toepassing van de lex loci protectionis-conflictregel op de subject-vraag de Amerikaanse industrie kan hinderen in haar streven om het Amerikaanse recht inzake work-for-hire in het buitenland door te zetten, zie Patry 1994, p. 1093: "(…) this approach may be inconsistent with efforts of U.S. industries to have U.S. work-for-hire law apply in foreign countries." Zie ook Drexl 2006, p. 822, noot 38. Zie voorts ook noot 60 van hoofdstuk 2, en par. 8.2.1 onder (b)(ii).

95 De Parijse Cour d'appel heeft wel geoordeeld dat de subject-vraag buiten de reikwijdte van art. 5 lid 2 valt, zie bijvoorbeeld (min of meer) Cour d'appel 14 maart 1991, *RIDA* 1991, p. 231-244 (Almax); Cour d'appel 9 februari 1995, *RIDA* 1995, p. 310-316. Maar zij heeft ook anders beslist, zie Cour d'appel 8 oktober 1988, *Cahiers du droit d'auteur* 1989, p. 25-30; Bouche 2002 (*Territorialité*), p. 526, noot 1307; Bouche 2004, p. 1896 (met rechtspraakverwijzingen in noot 16). Een deel van de Franse literatuur leest in een arrest van de Cour de cassation uit 1959 dat volgens het Franse *commune* conflictenrecht (onder meer) de subject-vraag wordt beheerst door de lex originis (Cass. civ. 22 december 1959, *Rev. crit. DIP* 1960, p. 361 m.nt. F. Terré ('Le Chant du Monde')), zie Lucas & Lucas 2006, p. 842 e.v.; Lucas & Lucas 2004, p. 1536 e.v. Wat daar ook van zij, de Cour de cassation lijkt thans te gaan in de richting van de opvatting dat de lex loci protectionis óók de subject-vraag beheerst, vgl. Cass. civ. I 9 december 2003, *JCP G* 2004, p. 1536-1540 m.nt. Lucas & Lucas (Universal Music/SNAM) over naburige rechten.

voor het afgesplitste aspect te ontwerpen.[96] Ten slotte menen enkelen dat de tweede volzin van artikel 5 lid 2 een conflictregel bevat die alleen procesrechtelijke aangelegenheden op het oog heeft.[97] Daarmee ontkennen zij dus het bestaan van een conflictregel voor het auteursrecht, en komen zij dicht in de buurt van de hierna in par. (ii) te bespreken tweede subgroep, die stelt dat de conventie in het geheel geen conflictregel bevat.

436. ***Probleem 3: aangewezen recht.*** Een derde probleem binnen de onderhavige subgroep betreft de vraag welk rechtsstelsel wordt aangewezen ("de wetgeving van het land, waar de bescherming wordt ingeroepen"). Wij hebben al gezien dat dat een gevolg is van de miskenning van het formele-territorialiteitsbeginsel, dat in moderne terminologie een samenval van lex loci protectionis en lex fori behelst.

437. Tegenwoordig wordt, onder miskenning van de formele-territorialiteitscomponent van de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling, vrijwel unaniem aangenomen dat met deze formule de lex loci protectionis wordt bedoeld, dus: "de wetgeving van het land, *waarvoor* de bescherming wordt ingeroepen."[98] De verdragsopstellers, zo luidt de gedachte, hebben de lex loci protectionis wat ongelukkig geformuleerd omdat zij hun oren hebben laten hangen naar het in de praktijk meest voorkomende geval, namelijk het geval dat wordt geprocedeerd in het land waarvoor de bescherming wordt gevraagd.

438. Enkelen stellen echter dat in de tweede volzin van artikel 5 lid 2 de lex fori *sec* is bedoeld.[99] Dat zou natuurlijk tot een ongerijmd resultaat leiden, en

---

96 Zo bijvoorbeeld het American Law Institute, dat conflictregels ontwikkelde die afwijken van de Berner Conventie en het Verdrag van Parijs, onder meer voor de subject-vraag; zie ALI Principles 2008 (§ 313). In dit rapport wordt weinig aandacht besteed aan (de gebondenheid aan) geldend verdragsrecht. Aan art. 5 lid 2 van de Berner Conventie wordt conflictenrechtelijke betekenis toegekend inzake bestaan en omvang (p. 120-121), maar tegelijkertijd merken de rapporteurs Ginsburg, Dreyfuss en Dessemontet op: "The international conventions on intellectual property, when applicable, do not characterize with certainty the connecting factor or factors, nor do they, as a general matter, clearly set forth a choice-of-law approach.", waarna vervolgens wordt verwezen naar auteurs volgens wie "art. 5(2) of the Berne Convention should not be construed as a rule on conflicts of law." (p. 127). De omstreden vraag of het beginsel van nationale behandeling in de verdragen een conflictregel bevat, wordt niet genoemd. Over Ginsburg en Dessemontet, zie ook noot 63 resp. noot 56 en noot 102 van dit hoofdstuk 5. Over het ALI-project, zie ook Dessemontet 2004.

97 Koumantos 1988, p. 424; Schack 2007, p. 459 (zie ook Schack 1979, p. 28-33). Deze misvatting is ooit door Bartin in de wereld geholpen (vgl. Bartin 1934, p. 805-806, noot 41; Bartin 1935, p. 78, noot 9). Zij hangt doorgaans samen met de hierna te bespreken lex fori-interpretatie (zie alinea 438 hierna).

98 Zie onder meer Audit 2006, p. 624; Bergsma 1990, p. 32-33, p. 90 en p. 103; Bergé 1996, p. 296; Drobnig 1976, p. 196-199; Carrascosa González 2004, p. 111-112; Locher 1993, p. 6 e.v. en p. 96 e.v.; Lucas & Lucas 2006, p. 947 e.v.; R. Plaisant & Boutet 1953, p. 15, nr. 42 e.v. (vgl. ook p. 19, nr. 60); Pontier 2001, p. 94-96; Quaedvlieg 1997, p. 157; Schneider-Brodtmann 1996, p. 107-108; Seignette 1990, p. 196-197; Siehr 1992, p. 31-32; Troller 1952, p. 49; Walter 2003, p. 962 e.v. Vgl. Cass. civ. I 5 maart 2002, *Rev. crit. DIP* 2003, p. 440-446 m.nt. Bischoff (Sisro/Ampersand). Dit wordt voorts ook onderschreven door vrijwel allen die de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling onderkennen en in art. 5 lid 2 de nadere bevestiging daarvan zien; zie alinea 424 hiervoor. Zie ook de hierna in par. 5.1.1 onder (c) vermelde nationale IPR-wetten en art. 8 lid 1 van de zogenoemde Rome II-Verordening ("het recht van het land waarvoor de bescherming wordt gevorderd").

99 Schack 2007, p. 459 (zie ook Schack 1979, p. 30); Koumantos 1988, p. 426. Ginsburg lijkt de lex fori te prefereren teneinde op verschillende nationale inbreuken één recht te kunnen toepassen, zulks in samenhang met het vermoeden dat in de andere landen tenminste de verdragsrechtelijk voorgeschreven minimumstandaarden van eenvormig auteursrecht gelden (Ricketson & Ginsburg 2006, p. 1313-1314; Ginsburg 1999, p. 336-338 en p. 348). Over een dergelijk (gelijkheids)vermoeden, zie Polak 1998 (*Preadvies*), p. 96 (zie ook alinea 1182 hierna).

om dat te vermijden zijn binnen deze stellingname twee redeneringen ontwikkeld.

439. De eerste redenering marginaliseert de reikwijdte van artikel 5 lid 2, tweede volzin, tot procesrechtelijke aangelegenheden.[100] Dan heeft men de volgende conflictregel te voorschijn getoverd: de procesrechtelijke aangelegenheden worden beheerst door de lex fori. Aldus reduceert men de conflictenrechtelijke betekenis van de Berner Conventie tot een open deur (en heeft men de handen vrij om naar eigen inzicht een conflictregel voor het auteursrecht te ontwerpen).

440. Volgens de tweede redenering is de verwijzing naar de lex fori een 'Gesamtverweisung', dus een verwijzing naar de lex fori inclusief het conflictenrecht van dat rechtsstelsel.[101] Zo maakt men de conventie in conflictenrechtelijk opzicht irrelevant (en heeft men de handen vrij om naar eigen inzicht een conflictregel te ontwerpen).

(ii) Berner Conventie: de opvatting dat de Berner Conventie in het geheel geen conflictregel bevat

441. ***Tweede subgroep: geen conflictregel.*** De tweede subgroep ontkent dat artikel 5 van de Berner Conventie überhaupt conflictenrechtelijke betekenis heeft. Noch het beginsel van nationale behandeling noch (de tweede volzin van) het tweede lid zou een conflictregel bevatten. Volgens deze stroming behelst artikel 5, naast een referte aan het ius conventionis, louter vreemdelingenrecht. Het zou alleen non-discriminatie eisen. Deze subgroep is veruit in de minderheid.[102]

442. ***HvJ EG: Tod's/Heyraud.*** In dit verband dient melding te worden gemaakt van het arrest van het Hof van Justitie EG van 30 juni 2005 in de zaak Tod's/Heyraud.[103] Deze zaak betrof de vraag of de materiële-reciprociteitstoets in artikel 2 lid 7 van de Berner Conventie (betreffende het tekeningen- en modellenrecht) verenigbaar is met het non-discriminatiebeginsel in artikel 12 EG.[104] Blijkens r.o. 30 van het arrest was door de Franse regering aangevoerd dat artikel 2 lid 7 geen betrekking heeft op de wijze waarop het auteursrecht wordt uitgeoefend, maar op de wet die van toepassing is op de kwalificatie als werk van letterkunde of kunst (de 'object-vraag'). Wanneer een creatie door de lex originis niet als werk van kunst wordt gekwalificeerd, bestaat zij niet als werk van kunst, zodat zij niet op die grond kan worden beschermd in de andere landen van de Berner Conventie,

---

100 Koumantos 1988, p. 424; Schack 2007, p. 459 (zie ook Schack 1979, p. 28-33), zie alinea 435 hiervoor.

101 Zo'n redenering treft men aan in Court of Appeal Londen 21 januari 1999, [1999] *FSR* 525 (559); *GRUR Int.* 1999, p. 787-791 (Pearce/Ove Arup).

102 Meestal blijft het bij een blote ontkenning dat de conventie geen conflictenrecht bevat, zo Batiffol & Lagarde 1983, p. 199; Dessemontet 2001, p. 489; Dinwoodie 2005, p. 201; Kegel 1996, p. 534; Neuhaus 1976 (*Freiheit*), p. 193; Pertegás Sender 2006, p. 227; Raape 1961, p. 643; Strömholm 2001, p. 534-535. Uitgebreider: Boschiero 2007, p. 94-99; Van Eechoud 2003, p. 47 e.v.; Fentiman 2005, p. 133-137.

103 HvJ EG 30 juni 2005, nr. C-28/04, *Jur.* 2005, p. I-5781 (Tod's/Heyraud). De zaak is berecht zonder conclusie van een advocaat-generaal; en dat is, zoals Bergé 2006, p. 646, opmerkt, "sans doute une erreur dans le cas présent." Over dit arrest zie onder meer Bergé 2006, p. 643-651; Lucas 2006 (*Tod's*), p. 1367-1368.

104 Over art. 2 lid 7, zie nader par. 6.3.3.

zo werd betoogd. Er werd dus gesteld dat sprake is van een conflictenrechtelijke deelverwijzing (depéçage): de object-vraag zou worden beheerst door de lex originis (die stelling, zo komt nog ter sprake in par. 6.3.3, is onjuist; artikel 2 lid 7 behelst een vreemdelingenrechtelijke materiële-reciprociteitsuitzondering).

443. Het hof respondeert op deze stelling in r.o. 32. Het overwoog dat de Berner Conventie, blijkens artikel 5 lid 1, niet tot doel heeft te bepalen welke wet inzake de bescherming van werken van letterkunde en kunst van toepassing is, maar dat zij als algemene regel een stelsel van nationale behandeling van de bij deze werken horende rechten invoert. In de originele procestaal luidt deze overweging als volgt:

> "En effet, ainsi qu'il ressort de l'article 5, paragraphe 1, de la convention de Berne, celle-ci n'a pas pour objet de déterminer la loi applicable en matière de protection des œuvres littéraires et artistiques, mais elle instaure, en tant que règle générale, un système de traitement national des droits afférents à celles-ci."

444. Wat bedoelt het hof? Moet deze overweging worden gelezen als een weerlegging van (niet meer dan) bovengenoemde stelling dat sprake is van een deelverwijzing? Dan zou het hof dus bedoeld hebben dat de conventie blijkens artikel 5 lid 1 niet een dergelijke deelverwijzing kent, maar dat zij daarentegen als algemene regel een stelsel van nationale behandeling invoert. Dat zou een juist oordeel zijn. Maar dat staat er niet. De letterlijke tekst van de onderhavige overweging lijkt (zeer) veel verder te gaan – ook veel verder dan nodig is voor de weerlegging van de aangevoerde stelling. Er staat immers dat de conventie, blijkens artikel 5 lid 1, niet tot doel heeft te bepalen welke wet inzake de bescherming van werken van letterkunde en kunst van toepassing is. Zou het hof daarmee werkelijk hebben willen zeggen dat de Berner Conventie naar zijn oordeel in het geheel geen conflictenrechtelijke betekenis heeft? Zou het hof de "heftig umstritten" vraag naar het conflictenrechtelijke gehalte van artikel 5 lid 1 zo achteloos hebben willen beslechten? Zou het, *en passant,* in één zin, en zonder voorgaande conclusie van een advocaat-generaal, hebben willen ingaan tegen de wereldwijd en in Europa gevestigde opvatting dat de Berner Conventie, hetzij in artikel 5 lid 1 hetzij in artikel 5 lid 2, een verwijzing naar de lex loci protectionis inhoudt – tegen de opvatting van de hoogste rechterlijke colleges van onder meer Duitsland, Frankrijk en Nederland? Het lijkt niet goed voorstelbaar.[105] 's Hofs Tweede Kamer, die dit arrest heeft gewezen, laat ons achter met een groot vraagteken.[106]

---

105 Los hiervan, is het *eindresultaat* van het arrest correct: het non-discriminatiebeginsel in art. 12 EG verzet zich immers inderdaad tegen toepassing van de materiële-reciprociteitsuitzondering in art. 2 lid 7 van de Berner Conventie. Zie par. 6.3.1 onder (b), en par. 6.3.3 onder (d).

106 Een volgende vraag is of het Hof van Justitie EG bevoegd is tot uitlegging van de Berner Conventie voor de Europese lidstaten. Daarover is twijfel mogelijk. Volgens Drexl 2006, p. 838 e.v. is het hof daartoe bevoegd op grond van zijn uitleggingsbevoegdheid ten aanzien van de TRIPs-Overeenkomst (zie ook noot 22 van de Inleiding). Drexl wijst in dat verband op HvJ EG 16 november 2004, nr. C-245/02, *Jur.* 2004, p. I-10989; *NJ* 2006, 569 (Anheuser-Busch), zie ook de conclusie van A-G Tizzano, alinea 110 e.v. Het laatste woord komt, aldus Drexl, evenwel toe aan de Beroepsinstantie ('Appelate Body') van het WTO-Orgaan voor Geschillenbeslechting ('DSB'), zie Drexl 2006, p. 833 en p. 839. Wat daar ook van zij, het allerlaatste woord komt in ieder geval toe aan het Internationaal Gerechtshof, zie art. 33 Berner Conventie en art. 28 Verdrag van Parijs; die route is volgens Drexl 2006, p. 832, evenwel nog nooit gebruikt.

(iii) Berner Conventie: andere opvattingen

445. ***Derde subgroep: andere opvattingen*.** De derde subgroep, ten slotte, vormt de restgroep met nog andere opvattingen over het conflictenrechtelijke gehalte van de Berner Conventie. Met name Koumantos valt hier op: hij leest een lex originis-verwijzing in de Berner Conventie.[107] Hoe komt hij tot dat opmerkelijke resultaat? In de eerste plaats ontzegt hij het beginsel van nationale behandeling conflictenrechtelijke betekenis.[108] Vervolgens minimaliseert hij de rol van artikel 5 lid 2. De tweede volzin reduceert hij tot een zeer beperkte verwijzingsregel: volgens Koumantos is hier sprake van een verwijzing naar de lex fori voor wat betreft louter de 'gevolgen' van een inbreuk ("omvang van de bescherming") en het procesrecht ("de rechtsmiddelen, die de auteur worden gewaarborgd ter handhaving van zijn rechten").[109] Deze (onjuiste) stappen, waarmee Koumantos artikel 5 lid 1 en 2 conflictenrechtelijk tracht te ontkrachten, kwamen in het voorgaande al aan de orde. En dan gaat Koumantos verder: het onafhankelijkheidsbeginsel in de eerste volzin – dat de lex originis in de ban doet – wuift hij weg: volgens Koumantos heeft het onafhankelijkheidsbeginsel alleen betrekking op formaliteiten.[110] Daarmee ligt de weg open naar wat volgens Koumantos de algemene verwijzingsregel in de Berner Conventie is: een verwijzing naar de lex originis. Die verwijzingsregel construeert hij aan de hand van de eerste volzin van artikel 5 lid 3, dat bepaalt dat de bescherming in het land van oorsprong wordt geregeld door de nationale wetgeving. Dat is volgens Koumantos een eenzijdige conflictregel die moet worden gegeneraliseerd – en wel in dier voege dat overal de lex originis-verwijzing geldt.[111] Het moge duidelijk zijn dat een nog onjuistere uitleg van de conventie nauwelijks denkbaar lijkt. Koumantos heeft dan ook geen navolging gekregen.[112]

(iv) Verdrag van Parijs

446. ***Verdrag van Parijs*.** In het kader van het Verdrag van Parijs ligt de zaak veel eenvoudiger – hier spelen niet de interpretatieproblemen en de bijbehorende verdeeldheid die zich in het kader van artikel 5 lid 2 van de Berner Conventie voordoen, want het Verdrag van Parijs kent een dergelijke bepaling niet. Hier is de stel-

---

107 Koumantos 1988.

108 Het is niet helemaal duidelijk over welke boeg hij de conflictenrechtelijke betekenis weggooit. Enerzijds lijkt hij het beginsel van nationale behandeling als louter vreemdelingenrecht te kwalificeren (Koumantos 1988, p. 419), anderzijds lijkt hij er een Gesamtverweisung naar de lex fori in te lezen (Koumantos 1988, p. 427). Hoe dan ook, in beide gevallen wordt het beginsel van nationale behandeling zelfstandige conflictenrechtelijke betekenis ontzegd.

109 Koumantos 1988, p. 426 en p. 424.

110 Koumantos 1988, p. 423-424.

111 Koumantos 1988, p. 424-425. Als men in art. 5 lid 3 een conflictregel wenst te zien, zou men haar ook tot een lex loci protectionis-verwijzing kunnen generaliseren (vgl. Lucas & Lucas 2006, p. 948). Maar in werkelijkheid is deze bepaling helemaal geen conflictregel; zij geeft alleen aan dat de conventie niet van toepassing is op de bescherming in het land van oorsprong, zie par. 3.3.

112 Later heeft Koumantos verklaard dat hij nooit heeft willen beweren dat de lex originis ook op de inbreuk zou moeten worden toegepast, zie Koumantos 1997, p. 340.

lingname tamelijk eenduidig: zij die de conflictregel in het Parijse beginsel van nationale behandeling niet zien, achten het Verdrag van Parijs in conflictenrechtelijk opzicht niet relevant. Een bepaling die zou kunnen worden aangezien voor een conflictregel – zoals de tweede volzin van artikel 5 lid 2 van de Berner Conventie – treffen zij in het Verdrag van Parijs immers niet aan.[113] Daarom zoeken zij de conflictregel buiten het verdrag, in het ongeschreven recht, en zij concluderen dan doorgaans dat in dat domein 'het territorialiteitsbeginsel' de lex loci protectionis-conflictregel meebrengt.

c. Regelgeving

447. ***Regelgeving.*** In literatuur en rechtspraak, zo blijkt uit het voorgaande, heersen tegenwoordig dus onbegrip en verwarring over de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling. Dat beeld ziet men weerspiegeld in hedendaagse regelgeving: in de tweede helft van de twintigste eeuw – toen de begripsverduistering een feit was – is een aantal nationale wetgevers conflictregels voor het intellectuele-eigendomsrecht gaan vastleggen (par. (i)). Recentelijk heeft de Europese wetgever dat ook gedaan (par. (ii)).

(i) Nationale regelgeving

448. ***Eenzijdige conflictregels.*** Nationale conflictregels zijn geen nieuw fenomeen in het intellectuele-eigendomsrecht. Zoals wij in Deel I van deze studie hebben gezien, waren zij van oudsher vastgelegd in de nationale intellectuele-eigendomswetten: de eenzijdige conflictregels die het toepassingsbereik van de nationale wet afbakenen, zoals bijvoorbeeld artikel 47 Auteurswet.[114] Deze conflictregels pasten in het systeem van het beginsel van nationale behandeling.

449. ***Moderne IPR-codificaties.*** In de tweede helft van de twintigste eeuw kwam een golf van nationale IPR-wetten op gang; verschillende nationale wetgevers gingen hun internationaal privaatrecht c.q. conflictenrecht codificeren. Sommige wetgevers, zoals de Duitse en de Japanse, hebben daarbij bewust afgezien van een

---

113 Hooguit wordt geconstateerd dat het verdrag voor het merkenrecht en het octrooirecht uitgaat van territorialiteit, gelet op het onafhankelijkheidsbeginsel in art. 4bis en art. 6. Zie bijvoorbeeld Fezer & Koos 2006, p. 427.

114 Art. 47 lid 1 Auteurswet luidt: "Deze wet is van toepassing op alle werken van letterkunde, wetenschap of kunst, welke hetzij vóór, hetzij na haar in werking treden voor de eerste maal, of binnen dertig dagen na de eerste uitgave in een ander land, zijn uitgegeven in Nederland, alsmede op alle zodanige niet of niet aldus uitgegeven werken, welker makers Nederlanders zijn." (zie voorts ook lid 2 tot en met 6). Deze bepaling gaat terug tot art. 36 van het wetsontwerp voor de Auteurswet (*Kamerstukken II* 1911/12, 227, nr. 2). Daarover werd in de memorie van antwoord opgemerkt: "Dat nu in eene auteurswet eene bepaling behoort voor te komen aangaande de nationaliteit – sit venia verbo – der werken, waarop zij van toepassing is, is niet te ontkennen. Niet voor elk werk, waar ter wereld en door wien ook gewrocht, moet men de hulp der Nederlandsche wet kunnen inroepen. Eene dergelijke bepaling is hier evenzeer onmisbaar als in het Strafwetboek de artikelen van den Eersten Titel van het Eerste Boek. Volgens de gedachte bepaling zullen dus alleen Nederlandsche werken de bescherming der Nederlandsche wet genieten." (*Kamerstukken II* 1911/12, 227, nr. 5, p. 28).

conflictregel voor het intellectuele-eigendomsrecht.[115] Een aantal andere wetgevers heeft daarentegen wél conflictregels voor het intellectuele-eigendomsrecht vastgelegd.[116] Daarbij is meestal gekozen voor de lex loci protectionis-verwijzing, zo bijvoorbeeld in België[117], Bulgarije,[118] Estland[119], Hongarije[120], Italië[121], Zuid-Korea[122], Liechtenstein[123], Litouwen[124], Macau[125], Oostenrijk[126] , Roemenië[127], Turkije[128] en Zwitserland.[129] Aldus hebben deze wetgevers waarschijnlijk vaak de oude eenzijdige conflictregels in hun intellectuele-eigendomswetten miskend. Die bepalingen worden nu vaak versleten voor vreemdelingenrecht.[130] Of zij zich altijd bewust zijn geweest van de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling van de Berner Conventie en het Verdrag van Parijs is moeilijk na te gaan –

115 De Duitse wetgever heeft bewust afgezien van een conflictregel voor het intellectuele-eigendomsrecht omdat hij, onder verwijzing naar onder meer Ulmer 1975, een regeling overbodig achtte: "Eine ausdrückliche Regelung erscheint im Hinblick auf die allgemeine Geltung des Schutzlandprinzips entbehrlich, das im übrigen auch keinen Raum für eine vorrangige Anknüpfung etwa an das von den Beteiligten gewählte Recht oder an den gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthaltsort läßt.", zie BT-Drucksache 14/343, p. 10, van 1 februari 1999. Zie ook Deutscher Rat für IPR 2002, p. 34; BGH 7 november 2002, *GRUR* 2003, p. 328-331 (Sender Felsberg); BGH 24 mei 2007, *GRUR* 2007, p. 691-693; *IPRax* 2008, p. 271-274 (Staatsgeschenk). De Japanse wetgever heeft bij de recente herziening van zijn IPR-wetgeving bewust afgezien van een conflictregel voor het intellectuele-eigendomsrecht omdat hij de materie nog niet voldoende uitgekristalliseerd achtte, zie Takahashi 2006, p. 329; *IPRax* 2007, p. 560-564. De IPR-codificatie van 2001 in het Burgerlijk Wetboek van Rusland bevat ook geen conflictregel voor het intellectuele-eigendomsrecht (zie *IPRax* 2002, p. 327-332).

116 Zie Bijlage I (op p. 489 e.v.). Vgl. ook Sandrock 1983, p. 412-423. In de Volksrepubliek China wordt momenteel gewerkt aan een IPR-codificatie in het Burgerlijk Wetboek waarin ook conflictregels voor het intellectuele-eigendomsrecht zijn opgenomen, zie daarover Zhu 2007, p. 283, noot 5, en p. 297-299.

117 IPR-Wet van 16 juli 2004 (art. 93 en 94).

118 IPR-Wet van 4 mei 2005 (art. 71 en 74).

119 IPR-Wet van 27 maart 2002 (§ 23).

120 IPR-Wet van 31 mei 1979 (§ 19-20).

121 IPR-Wet van 31 mei 1995 (art. 54).

122 IPR-Wet van 7 april 2001 (art. 24). In haar Duitse vertaling luidt deze bepaling: "Der Schutz geistiger Eigenthumrechte unterliegt dem Recht des Ortes der Verletzung dieser Rechte." Deze lex causae wordt in de literatuur niet alleen voor de inbreuk, maar voor alle vragen betreffende de bescherming van intellectuele-eigendomsrechten maatgevend geacht, zie *RabelsZ* 2006, p. 305.

123 IPR-Wet van 19 september 1996 (art. 38).

124 Art. 1.53 Burgerlijk Wetboek.

125 Art. 47 Burgerlijk Wetboek.

126 IPR-Wet van 15 juni 1978 (§ 34).

127 IPR-Wet van 22 september 1992 (art. 61, industriële eigendom), zie echter ook alinea 450 hierna.

128 IPR-Wet van 27 november 2007 (art. 23 lid 1). Hier past een kanttekening. Blijkens de beschikbare vertalingen bepaalt art. 23 lid 1 dat intellectuele-eigendomsrechten worden beheerst door het recht van het land "volgens welks recht de bescherming wordt ingeroepen" ("Rights on intellectual property shall be governed by the law of the country pursuant to whose law protection is sought.", zo luidt de vertaling in Yearbook PIL 2007, p. 590; "Die Rechte auf Grund geistigen Eigentums unterliegen dem Recht des Landes, nach dem Schutz beansprucht wird.", aldus de vertaling in *IPRax* 2008, p. 285). Dat zou een ongelukkig gekozen formulering zijn: men kan daar immers wellicht ook een eenzijdige rechtskeuzemogelijkheid in lezen. Dat zal echter niet de bedoeling zijn geweest. Aangenomen mag worden dat de Turkse wetgever in art. 23 lid 1 de lex loci protectionis-verwijzing heeft willen vastleggen. De Turkse bepaling is immers geïnspireerd door art. 110 van de Zwitserse IPR-Wet, die voor de lex loci protectionis kiest (zie Tekinalp 2007, p. 329, en noot 129 van dit hoofdstuk 5). Bovendien is de rechtskeuzemogelijkheid uitdrukkelijk geregeld in art. 23 lid 2 van de Turkse IPR-Wet.

129 IPR-Wet van 18 december 1987 (art. 110 lid 1).

130 Zo lijkt de Oostenrijkse wetgever thans de oude eenzijdige conflictregels in § 94 e.v. van de Oostenrijkse auteurswet (Urheberrechtgesetz van 9 april 1936) over het hoofd te zien; deze bepalingen merkt hij thans aan als vreemdelingenrecht: "Die §§ 94 bis 100 enthalten das sg. urheberrechtliche Fremdenrecht; zum Kollisionsrecht, siehe hingegen § 34 IPRG, BGBl. Nr. 304/1978.", zie Rechtsinformationssystem des Bundes, <www.ris.bka.gv.at/bundesrecht> (Anmerkung 1 bij § 94); *DdA* 1936 (Législation intérieure, Autriche), p. 89 e.v. Vgl. ook Mezger 1936 (*Loi autrichienne*), p. 105-113 (zie alinea 556 hierna).

sommigen lijken zich ervan bewust te zijn geweest en zullen deze conflictregel dan waarschijnlijk hebben willen bevestigen.[131]

450. Hoe dan ook, met hun lex loci protectionis-conflictregel wijken zij af in ieder geval van de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling waar het de formele-territorialiteitscomponent betreft. Maar vaak is er meer aan de hand, en worden er, in strijd met de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling, beperkingen en uitzonderingen op de lex loci protectionis-conflictregel aangebracht. Beperkingen treft men bijvoorbeeld aan in de Belgische en de Bulgaarse IPR-codificaties, die de subject-vraag (gedeeltelijk) afsplitsen en aan een ander rechtsstelsel onderwerpen.[132] Zo ook, althans in ieder geval voor een specifieke categorie werken, de US Copyright Act.[133] Daarnaast worden verschillende uitzonderingen op de lex loci protectionis-conflictregel gemaakt. Daarbij valt in de eerste plaats te denken aan algemeen toepasselijke uitzonderingen, zoals een algemene-exceptieclausule.[134] Maar er worden ook specifiek voor het intellectueleeigendomsrecht geldende uitzonderingen uitgemaakt. Zo openen de IPR-codificaties van Zwitserland, Litouwen en Turkije de mogelijkheid voor een ex-post rechtskeuze voor de lex fori (in de praktijk dus Zwitsers, Litouws respectievelijk Turks recht).[135] Sommige wetgevers zijn nog verder weggedreven door (vrijwel) volledig andere conflictregels te codificeren. Zo heeft de Portugese wetgever in zijn IPR-codificatie voor een lex originis-verwijzing gekozen[136], en heeft de

131 Wellicht is de Zwitserse wetgever zich bijvoorbeeld wel bewust geweest van het conflictenrechtelijke gehalte van het beginsel van nationale behandeling in de verdragen, zie Locher 1993, p. 15-16. Over Oostenrijk, zie noot 46 van dit hoofdstuk 5.

132 Art. 93 lid 2 van de Belgische IPR-Wet van 16 juli 2004 bepaalt, in afwijking van art. 94, voor industriële-eigendomsrechten (niet voor het auteursrecht en de naburige rechten) dat de subject-vraag wordt beheerst door het recht van de Staat waarmee de intellectuele activiteit de nauwste banden heeft. In de Bulgaarse IPR-Wet van 4 mei 2005 lijkt art. 72, in afwijking van art. 74, te bepalen dat de subject-vraag ten aanzien van in dienstverband geschapen intellectuele eigendom wordt beheerst door het recht dat op de arbeidsovereenkomst van toepassing is.

133 Section 104A(b) jo. (h)(8) US Copyright Act bevat een lex originis-verwijzing voor de subject-vraag ten aanzien van een specifieke categorie werken, namelijk 'restored works' (dat zijn kort gezegd werken die om bepaalde redenen in de Verenigde Staten geen bescherming genoten, maar die naderhand vanwege internationale verplichtingen toch worden beschermd, vgl. section 104A(h)(6); zie daarover nader Joyce e.a. 2006, p. 336 e.v.). Het is niet duidelijk of deze regel moet worden beschouwd als een uitzondering op de hoofdregel, of juist als een bevestiging van de hoofdregel (aldus Goldstein 2001, p. 103).

134 Vgl. art. 19 van de Belgische IPR-Wet, welke clausule volgens de memorie van toelichting bij art. 93 ook kan worden toegepast in de context van het intellectuele-eigendomsrecht; vgl. ook section 12 van de Engelse Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act 1995, Wadlow 1998, p. 341, zie noot 510 van dit hoofdstuk 5.

135 Art. 110 lid 2 van de Zwitserse IPR-Wet; art. 1.53 lid 2 Litouws Burgerlijk Wetboek; art. 23 lid 2 van de Turkse IPR-Wet. Kreuzer 1991, p. 153, noot 56, meldt dat de Zwitserse rechtskeuzemogelijkheid niet door de deskundigen was voorgesteld, maar in de loop van de parlementaire fase in het wetsvoorstel is opgenomen. De rechtskeuze wordt beperkt opgevat, zij betreft alleen de rechtsgevolgen van de inbreuk (Fezer & Koos 2006, p. 442).

136 Art. 48 Portugees Burgerlijk Wetboek. Deze soep lijkt in de praktijk echter niet zo heet te worden gegeten als zij wordt opgediend. De Portugese bepaling wijkt, zo geeft zij zelf aan, voor specifieke regelingen; daarbij is te denken aan de verdragen en aan andersluidende nationale bepalingen (zo'n bepaling is bijvoorbeeld art. 64 Auteurswet 1985, dat bepaalt dat op de bescherming in Portugal van vreemde werken en werken van vreemde auteurs Portugees recht van toepassing is; deze bepaling 'halveert' dus de lex originis-verwijzing van voormeld art. 48, in dier voege dat in Portugal zelf geen vreemde lex originis van toepassing is; hoe dan ook, in de praktijk zal de lex loci protectionis-verwijzing van de verdragen doorgaans prevaleren). Zie over voormeld art. 48 ook Moura Vicente 2008, p. 229-230.

Griekse wetgever datzelfde gedaan in zijn auteurswet.[137] Een interessant geval is ook de regeling in de Roemeense IPR-codificatie.[138] Naast een lex loci protectionis-conflictregel voor industriële-eigendomsrechten (artikel 61), bevat zij voor het auteursrecht een lex originis-verwijzing (artikel 60), en voor intellectuele-eigendomsrechtelijke schadevorderingen wordt de lex loci delicti-verwijzing gestipuleerd (artikel 62). Maar intellectuele-eigendomsrechten (dus ook auteursrechten) van buitenlanders, zo bepaalt artikel 64, worden in Roemenië beheerst door Roemeens recht.[139]

451. ***Belang.*** Het praktische belang van dergelijke nationale conflictregels is, gelet op de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling van het Verdrag van Parijs en de Berner Conventie, gering. De genoemde landen zijn immers allemaal bij de beide verdragen aangesloten, en die verdragen dekken ”virtually all the inhabited territoiries of the globe.”[140] De desbetreffende nationale conflictregels hebben dus alleen betekenis in het zeer kleine speelveld buiten het toepassingsgebied van deze verdragen.[141] De nationale conflictregels van de lidstaten van de Europese Gemeenschap krijgen op dit marginale speelveld bovendien ook nog te maken met een communautaire conflictregel, die zo dadelijk in par. (ii) wordt besproken.

452. ***Wet conflictenrecht onrechtmatige daad.*** De hedendaagse Nederlandse wetgever heeft géén specifieke conflictregel voor het intellectuele-eigendomsrecht vastgelegd. Ook de Wet conflictenrecht onrechtmatige daad van 11 april 2001 bevat geen specifieke conflictregel voor het intellectuele-eigendomsrecht.[142] Deze wet zwijgt in het geheel over het intellectuele-eigendomsrecht (terwijl zij in art. 4 wél een conflictregel bevat voor de oneerlijke mededinging). Wat betekent dit stilzwijgen? Heeft de wetgever bedoeld dat deze wet niet van toepassing is op verbintenissen die voortvloeien uit de schending van een intellectuele-eigendoms-

137 Art. 67 van de Griekse Wet betreffende het auteursrecht, de naburige rechten en culturele aangelegenheden 1993, dat een vrijwel volledige lex originis-verwijzing voor het auteursrecht behelst, geeft in lid 4 evenwel nadrukkelijk aan dat deze conflictregel niet mag worden toegepast voor zover zij in strijd is met internationale verdragen waar Griekenland bij is aangesloten (de oude Griekse regeling staat vermeld in Koumantos 1979, p. 626). Vgl. ook Drexl 2001, p. 464.

138 IPR-Wet van 22 september 1992 (art. 60-64).

139 Kennelijk wenst men in eigen land niet te gemakkelijk op een vreemde lex originis te worden getrakteerd. Bij dergelijke ‘scheve’ lex originis-verwijzingen kan men zich de vraag stellen of zij (ook) niet in strijd zijn met het non-discriminatiebeginsel in art. 12 EG.
Ook een interessant geval is Koeweit. Afgaande op Makarov 1978, p. 161 kent de Koeweitse IPR-Wet van 14 februari 1961 een volledige lex originis-verwijzingsregel voor alle intellectuele-eigendomsrechten (art. 57 en 58). Of die wet nog van kracht is, viel niet te achterhalen. Wel is duidelijk dat in het onderhavige verband ondertussen ook nieuwe bepalingen van kracht zijn geworden, zie bijvoorbeeld (art. 43 van) de auteurswet van 29 december 1999 (zie <www.wipo.int>). Koeweit is tot op heden noch bij de Berner Conventie, noch bij het Verdrag van Parijs aangesloten, maar is wél aangesloten bij de WTO, en is dus op grond van art. 9 resp. art. 2 TRIPs-Overeenkomst gebonden aan de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling in de Berner Conventie en het Verdrag van Parijs (zie alinea 14 hiervoor).

140 Ricketson 2004, p. 219.

141 De vraag naar de doorwerking van verdragsrecht in de nationale rechtsorde blijft hier buiten beschouwing.

142 Wet van 11 april 2001, houdende regeling van het conflictenrecht met betrekking tot verbintenissen uit onrechtmatige daad (Wet conflictenrecht onrechtmatige daad), *Stb.* 2001, 190.

recht? Of heeft de wetgever bedoeld dat in dit verband gewoon de algemene regels van deze wet van toepassing zijn?[143] Dit laatste is onwaarschijnlijk. In de eerste plaats zwijgen de wettekst en de parlementaire geschiedenis hierover: zowel in de memorie van toelichting, als in het advies van de Staatscommissie voor het internationaal privaatrecht, dat aan deze wet ten grondslag ligt, wordt met geen woord over intellectuele-eigendomsrechten gerept.[144] Niettemin is er in de parlementaire geschiedenis één aanwijzing: de Minister van Justitie heeft zich in een nota terloops laten ontvallen "dat de onrechtmatige daad op het internet zich in verschillende gedaanten kan voordoen, zoals (…) schending van het auteursrecht (…)."[145] Maar uit deze ene terloopse opmerking kan m.i. niet worden afgeleid dat de Wet conflictenrecht onrechtmatige daad ook moet worden toegepast op verbintenissen die voortvloeien uit de schending van een intellectuele-eigendomsrecht. Dat klemt te meer wanneer men zich rekenschap geeft van de consequenties, die er op neer komen dat dan óók de rechtsgevolgen-uitzondering (artikel 3 lid 3), de accessoire aanknoping (artikel 5) en de rechtskeuzebevoegdheid (artikel 6) zich laten gelden. Het is onaannemelijk dat de wetgever die positie heeft willen innemen – dat zou immers in internationaal opzicht een uitzonderlijke positie zijn, en een radicale breuk met de huidige praktijk in Nederland –, en het is al helemaal onaannemelijk dat de wetgever dat zonder enige toelichting zou doen. Aangenomen moet derhalve worden dat de Wet conflictenrecht onrechtmatige daad niet van toepassing is op verbintenissen die voortvloeien uit de schending van een intellectuele-eigendomsrecht.[146] Waarschijnlijk heeft de wetgever ófwel – terecht – een regeling overbodig geacht gelet op de conflictregels van de Berner Conventie en het Verdrag van Parijs, ófwel deze materie als zijnde te controversieel ongeregeld willen laten. Hoe dan ook, de Wet conflictenrecht onrechtmatige daad heeft haar betekenis recentelijk vrijwel geheel verloren door de kersverse communautaire conflictregel die wij nu onder de loep zullen nemen.

(ii) Europese regelgeving: de Rome II-Verordening

453. ***Rome II-Verordening.*** Recentelijk is op Europees niveau een conflictregel voor het intellectuele-eigendomsrecht gecodificeerd, namelijk in de zogenoemde 'Rome II-Verordening' betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen, welke verordening op 11 januari 2009 in werking treedt.[147]

---

143 Daarvan gaat bijvoorbeeld Van Eechoud 2005 (*Overleefde territorialiteit*) uit. Expliciet: Pontier 2008, p. 106 (zie evenwel ook Pontier 2001, p. 95-96).

144 *Kamerstukken II* 26 608, 1998/99, nr. 3; advies van de Staatscommissie IPR van 23 december 1996, opgenomen in: De Boer 1998, p. 57-77.

145 *Kamerstukken II* 26 608, 2000/01, nr. 5, p. 3.

146 Zie in dit verband ook par. 5.3.3 onder (b)(i). Vgl. ook Van der Weide 2008, p. 219.

147 Verordening (EG) nr. 864/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 11 juli 2007, betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen (*PbEU* 2007, L 199/40), ook wel de "Rome II-Verordening" genoemd (zie ook Schaafsma 2008, p. 998 e.v.). In de jaren zeventig was eerder een poging tot unificatie van het conflictenrecht inzake niet-contractuele verbintenissen gedaan. In het kader van het streven in die tijd om het Europese IPR te unificeren werd onder auspiciën van de Europese Commissie een 'Voorontwerp van een Verdrag nopens de wetten die van toepassing zijn op verbintenissen uit overeenkomsten en op niet-contractuele verbintenissen' opgesteld (zie *WPNR* 1974, p. 417-444; European PIL of →

Deze conflictregel is opgenomen in hoofdstuk II (Onrechtmatige daad) van de verordening, en luidt als volgt:

> "Artikel 8 - Inbreuk op intellectuele-eigendomsrechten
> (1) De niet-contractuele verbintenis die voortvloeit uit een inbreuk op een intellectuele-eigendomsrecht, wordt beheerst door het recht van het land waarvoor de bescherming wordt gevorderd.
> (2) De niet-contractuele verbintenis die voortvloeit uit een inbreuk op een unitair communautair intellectuele-eigendomsrecht, wordt, voor alle aangelegenheden die niet door het desbetreffende communautaire instrument zijn geregeld, beheerst door het recht van het land waar de inbreuk is gepleegd.
> (3) Van het recht dat krachtens dit artikel van toepassing is, kan niet bij overeenkomst op grond van artikel 14 worden afgeweken."[148]

454. De Europese wetgever heeft zich in de totstandkomingsgeschiedenis van de Rome II-Verordening niet duidelijk uitgelaten over de vraag of de Berner Conventie en het Verdrag van Parijs zijns inziens een conflictregel bevatten.[149] De vraag of het beginsel van nationale behandeling in deze verdragen een conflictregel bevat, heeft hij al helemaal onbeantwoord gelaten. Wel heeft hij verklaard "het algemeen erkende beginsel" van de lex loci protectionis te willen handhaven ten aanzien van inbreuken op intellectuele-eigendomsrechten.[150]

455. ***Conformiteit met verdragen.*** Heeft hij met artikel 8 ook de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling gehandhaafd? Ten dele.[151]

Obligations 1975). Dit voorontwerp bevatte geen specifieke conflictregel voor het intellectuele-eigendomsrecht – men ging geheel aan het intellectuele-eigendomsrecht voorbij (zie evenwel Von Overbeck & Volken, p. 172, die opmerken: "Pour la propriété intellectuelle (…), il existe déjà un système de protection basé sur les conventions multilatérales. Si ces questions étaient englobées par la version définitive de la Convention CEE, des conflits de convention ne manqueraient pas de se produire."). Waarschijnlijk beschouwde men het intellectuele-eigendomsrecht als een geheel ander rechtsgebied. Ulmer werd gevraagd daarover een rapport te schrijven. Dat heeft hij gedaan (Ulmer 1975; Ulmer 1981), waarbij hij tevens een regeling voorstelde. Uiteindelijk is alleen een regeling voor contractuele verbintenissen van de grond gekomen: het EVO-Verdrag (het Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, Rome 19 juni 1980, *Trb.* 1980, 156), welk verdrag zal worden vervangen door Verordening (EG) nr. 593/2008 (*PbEU* 2008, L 177/6; de "Rome I-Verordening").

148 In de verordening wordt onder intellectuele-eigendomsrechten bijvoorbeeld verstaan het auteursrecht, de naburige rechten, het databankenrecht en de industriële-eigendomsrechten (zie overweging 26). In deze paragraaf wordt art. 8 lid 1 besproken; lid 2 komt ter sprake in par. 5.3.3 onder (b)(ii).

149 COM/2003/0427 def. (toelichting bij art. 8). Zie ook Hamburg Group 2003, p. 21-24, toelichting op art. 6a van het voorstel van de zogeheten 'Hamburg Group', waardoor de Europese Commissie zich naar verluidt heeft laten inspireren (zie Drexl 2005, p. 157).

150 Overweging 26: "Ten aanzien van inbreuken op intellectuele-eigendomsrechten dient het algemeen erkende beginsel *lex loci protectionis* te worden gehandhaafd." In een ander verband heeft de Europese Commissie opgemerkt dat de lex loci protectionis-verwijzing in art. 5 lid 2 van de Berner Conventie wordt bevestigd: "Van oudsher is de wetgeving van de plaats van exploitatie van toepassing op de exploitatie van een recht. Dit beginsel wordt bevestigd in art. 5, lid 2, van de Berner Conventie en erkend door de nationale rechtsstelsels." Par. 1.2.1 van COM/2004/0261 def. (Mededeling over het beheer van auteursrechten en naburige rechten in de interne markt).

151 Opgemerkt zij dat, gelet op zijn gebondenheid aan de TRIPs-Overeenkomst, de Europese wetgever (minstgenomen in volkenrechtelijk opzicht) is gebonden aan de Berner Conventie en het Verdrag van Parijs, zie Drexl 2006, p. 840, nr. 66, en noot 22 van de Inleiding.

456. Wat het aangewezen recht betreft wijkt artikel 8, net als de zojuist besproken nationale lex loci protectionis-verwijzingsregels, af van de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling: formele territorialiteit ontbreekt. Wat de exclusiviteit van de conflictregel betreft, bestaat daarentegen wel overeenstemming met de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling: uitzonderingen worden immers niet gemaakt – integendeel, zij worden uitgesloten.[152]

457. Maar wat de reikwijdte van de conflictregel betreft, verschilt artikel 8 lid 1 van de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling: artikel 8 heeft alleen betrekking op "de niet-contractuele verbintenis die voortvloeit uit een inbreuk op een intellectuele-eigendomsrecht." Op welke aspecten van de bescherming is de lex loci protectionis van artikel 8 dan van toepassing? Artikel 15 verklaart het aangewezen recht onder meer van toepassing op "de grond en de omvang van de aansprakelijkheid" (onder a), "de gronden tot uitsluiting van aansprakelijkheid" (onder b) en "de maatregelen die de rechter, binnen de grenzen van zijn procesrechtelijke bevoegdheid, kan treffen om letsel of schade te voorkomen, te beperken of te laten vergoeden" (onder d). Daarmee lijken de inhoud van de bescherming (ontstaan, omvang en einde van de rechten) alsmede de handhaving van de bescherming (de 'rechtsmiddelen' en de sancties) te worden bestreken.[153] Maar belangrijke andere aspecten van de bescherming, zoals de object-vraag en de subject-vraag, kan men daar niet onder schuiven.[154] Zij worden dus niet bestreken door de lex loci protectionis van artikel 8.[155] Mogelijk heeft de Europese wetgever de lex loci delicti (inbreuk) en de lex loci protectionis

152 Rechtskeuze is uitdrukkelijk uitgesloten (art. 8 lid 3), en de uitzonderingen in art. 4 zijn niet van toepassing. In art. 13 wordt de lex loci protectionis-verwijzing óók voorgeschreven in het kader van ongerechtvaardigde verrijking, zaakwaarneming en precontractuele aansprakelijkheid. Een verbintenis die is gebaseerd op ongerechtvaardigde verrijking die ontstaat in het kader van een inbreuk op een intellectuele-eigendomsrecht, wordt dus bijvoorbeeld, net als de inbreuk zelf, beheerst door de lex loci protectionis. Verder is renvoi uitgesloten, het is dus een 'Sachnormverweisung' (art. 24). De uitsluiting van de rechtskeuze is overigens niet zonder slag of stoot gegaan: de rapportrice van het Europees Parlement insisteerde tot tweemaal toe op invoering van een rechtskeuzemogelijkheid (eerste lezing: A6-0211/2005, p. 19 en 41; tweede lezing: A6-0481/2006, p. 16).

153 Anders Kur 2005 (*Alternative proposal*), p. 961 die meent dat "Article 8 is confined to infringements, i.e. it has no direct bearing upon matters like existence and validity, let alone initial ownership of the right."

154 De subject-vraag kan m.i. ook niet worden geschaard onder art. 15 onder f: zie COM/2003/0427 def., p. 27. Zie ook Obergfell 2005, p. 12-13.

155 Zie ook Van Eechoud 2005 (*Overleefde territorialiteit*), p. 50, die echter óók het bestaan en de omvang van de bescherming niet bestreken acht. Aan het andere einde van het spectrum zitten Basedow & Metzger 2004, p. 162 (van de Hamburg Group), die art. 15 zeer ruim uitleggen en menen dat alle aspecten van de bescherming worden besteken. Er zijn daarnaast wel andere argumenten denkbaar om art. 8 lid 1 van toepassing te achten op alle aspecten van de bescherming. Bijvoorbeeld: de Europese wetgever heeft niet voor de lex loci delicti gekozen (welke wet alleen op de inbreuk betrekking heeft), maar voor de lex loci protectionis (zoals blijkt uit de totstandkomingsgeschiedenis, de considerans, en art. 8 lid 1 dat spreekt over "het land waarvoor de bescherming wordt gevraagd") – en de lex loci protectionis heeft betrekking op alle aspecten van de bescherming. Vgl. ook de bepaling die de Hamburg Group voorstelde en waardoor de Europese Commissie zich naar verluidt heeft laten inspireren (zie noot 149 van dit hoofdstuk 5). Deze bepaling sprak eveneens alleen over de niet-contractuele verbintenis die voortvloeit uit een inbreuk op een intellectuele-eigendomsrecht, maar uit de toelichting blijkt dat men méér voor ogen had ("Ownership and infringement are a matter for legislation in the country where protection is claimed."). Maar de Europese wetgever zwijgt over dit alles in zijn eigen toelichting. Deze argumenten moeten het m.i. daarom toch afleggen tegen de tekst van art. 8 lid 1, die duidelijk spreekt over (niet meer dan) "de niet-contractuele verbintenis die voortvloeit uit een inbreuk op een intellectuele-eigendomsrecht".

(bescherming) niet duidelijk onderscheiden.[156] Hier laat de Verordening ongelukkigerwijs dus ruimte voor redeneringen waarbij in strijd met de Berner Conventie en/of het Verdrag van Parijs op andere aspecten van de bescherming een ander rechtsstelsel wordt toegepast – voor dépeçage dus.[157]

458. ***Verhouding met verdragen.*** Dat brengt ons bij de vraag hoe artikel 8 van de Rome II-Verordening zich verhoudt tot de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling van de Berner Conventie en het Verdrag van Parijs, bij welke verdragen de EG- en EER-landen op grond van Europese regelgeving verplicht zijn aangesloten.[158] De verordening geeft het antwoord zelf: zij wijkt voor de Berner Conventie en het Verdrag van Parijs.[159] Ingevolge artikel 28 lid 1 laat de verordening immers onverlet de toepassing van internationale overeenkomsten waarbij één of meer lidstaten op het tijdstip van de vaststelling van de verordening partij zijn en die regels bevatten inzake het toepasselijke recht op niet-contractuele verbintenissen – en aan die beide eisen voldoen de Berner Conventie en het Verdrag van Parijs.[160] Deze verdragen prevaleren óók tussen de Europese lidstaten.[161] Ergo: de bepaling van artikel 8 is praktisch gesproken overbodig.[162] Zij komt alleen in beeld in het zeer kleine speelveld buiten het toepassingsgebied van de wereldwijde Berner Conventie en het wereldwijde Verdrag van Parijs.[163]

459. ***Nut.*** Ligt daar dan de enige betekenis van artikel 8 lid 1? Neen. Zijn verdienste is met name dat de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling in een aantal opzichten beter zal worden nageleefd – althans in Europa.[164] Want ook

156 Dit komt nog ter sprake in par. 5.3.3 onder (b)(i).

157 Vgl. ook Drexl 2006, p. 857, nr. 110.

158 Alle landen die behoren tot de Europese Gemeenschap en/of tot de Europese Economische Ruimte, zijn (verplicht) aangesloten bij de Berner Conventie in haar Parijse versie van 1971 en het Verdrag van Parijs in zijn Stockholmse versie van 1967. Zie art. 300 lid 7 EG jo. art. 5 lid 1 onder a en b van Protocol 28 bij het EER-Verdrag (*PbEG* 1994, L 1/194). Vgl. ook HvJ EG 19 maart 2002, nr. C-13/00, *Jur.* 2002, p. I-2943; *NJ* 2002, 477 (Commissie/Ierland).

159 De vraag of de Rome II-Verordening moet worden beschouwd als een bijzondere overeenkomst in de zin van art. 20 Berner Conventie en art. 19 Verdrag van Parijs, kan hier dus in het midden blijven.

160 In dit verband is niet relevant of deze verdragen worden genoemd in de lijst van art. 29 Rome II-Verordening. Deze lijst is immers louter bedoeld om de toegankelijkheid te verbeteren (overweging 36), niet om het bereik van art. 28 te definiëren.

161 Art. 28 lid 2 van de verordening mist toepassing omdat de Berner Conventie en het Verdrag van Parijs niet uitsluitend tussen de Europese lidstaten gesloten overeenkomsten zijn.

162 Zie ook Kreuzer 2004, p. 42; Drexl 2006, p. 857, nr. 109; Azzi 2007, p. 776.

163 Dus bijvoorbeeld wanneer het gaat om een inbreuk in één van de schaarse landen op aarde die niet is gebonden aan de Berner Conventie of het Verdrag van Parijs, zoals Afghanistan; of wanneer het gaat om de bescherming van een in Afghanistan ontsprongen werk van een Afghaanse auteur; of wanneer het gaat om één van de schaarse intellectuele-eigendomsrechten die niet wordt bestreken door de Berner Conventie of het Verdrag van Parijs (een en ander daargelaten andere internationale overeenkomsten die terzake een conflictregel bevatten).

164 De verordening is óók van toepassing in het Verenigd Koninkrijk en Ierland; niet in Denemarken (overwegingen 40 resp. 39). Zwitserland (zie alinea 450 hiervoor over de Zwitserse rechtskeuzemogelijkheid) is geen lid van de Europese Unie. Overigens is niet gezegd dat art. 8 onveranderlijk is. De verordening zal te zijner tijd worden herzien en mogelijk worden aangepast (art. 30). Denkbaar is dus dat zij zo wordt aangepast dat zij meer in de pas komt te lopen met de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling van de Berner Conventie en het Verdrag van Parijs (bijvoorbeeld door schrapping van art. 8 wegens overbodigheid, of anders door uitbreiding van de reikwijdte van de lex loci protectionis); maar denkbaar is ook dat verder wordt afgeweken van de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling van de verdragen, bijvoorbeeld door invoering van een rechtskeuzemogelijkheid (vgl. alinea 456 van dit hoofdstuk 5).

degenen in Europa die de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling in de Berner Conventie en het Verdrag van Parijs miskennen, zullen nu meer in lijn met deze conflictregel moeten komen: uitzonderingen, zoals algemene-exceptie-clausules en rechtskeuzemogelijkheden, zullen verdwijnen, en dat geldt ook voor de lex originis-verwijzingen in de Portugese, Griekse en Roemeense wet.

460. ***Onduidelijkheden.*** Dat neemt niet weg dat artikel 8 lid 1 ook verwarring zaait.

461. Zo is er in de eerste plaats de vraag of de Europese wetgever nu wel of niet van mening is dat de Berner Conventie en het Verdrag van Parijs (c.q. hun beginsel van nationale behandeling) een conflictregel bevat. Heeft de Europese wetgever gemeend dat deze verdragen géén conflictregel bevatten, en heeft hij dáárom een conflictregel vastgelegd? – immers: wie maakt er nu een overbodige regeling? Of heeft hij onderkend dat deze verdragen c.q. hun beginsel van nationale behandeling wél een conflictregel bevatten, en heeft hij deze conflictregel, gelet op alle controverse, juist willen bevestigen of verduidelijken? – maar waarom heeft hij dat dan niet duidelijker uitgesproken?[165] En waarom heeft hij dat alleen bevestigd voor de inbreuk, en niet voor haar volledige reikwijdte? Ziet hij dan slechts een beperkte conflictregel in de verdragen?

462. Dat brengt ons bij een tweede punt waar verwarring is ontstaan: welk recht is van toepassing op de niet geregelde aspecten van de bescherming, zoals de subject-vraag? Is artikel 8 lid 1 op deze andere aspecten inderdaad niet van toepassing? Vindt de Europese wetgever dan – als hij zou hebben gemeend dat de verdragen géén of slechts een beperkte conflictregel bevatten – dat de lidstaten vrij zijn om op deze andere aspecten een andere conflictregel toe te passen, zoals in de Belgische en de Bulgaarse IPR-wet gebeurt?

463. ***Conclusie Rome II.*** Zo heeft ook de Rome II-Verordening, alle goede bedoelingen ten spijt, bijgedragen aan de verwarring die op het snijvlak van het conflictenrecht en het intellectuele-eigendomsrecht al zo rijkelijk aanwezig is.

d. Conclusie

464. ***Verdeeldheid over conflictregel in beginsel van nationale behandeling.*** Men ziet: tegenwoordig is de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling omstreden, is het begrip van die conflictregel alom verdwenen, en is een waaier van uiteenlopende onjuiste interpretaties ontwikkeld. Het debat over het conflic-

165 De Hamburg Group lijkt verduidelijking te hebben gewenst: "The Paris Union Convention for industrial property of 1883 is founded on the principle of national rights having a territorial scope. (…) The conventions do not state the principle of territoriality in explicit words." – daarom biedt de samenloopbepaling van (thans) art. 28 Rome II-Verordering volgens de Hamburg Group niet voldoende houvast (idem ten aanzien van de Berner Conventie), zie Hamburg Group 2003, p. 21-24.

tenrechtelijke gehalte van het Verdrag van Parijs en (met name) de Berner Conventie is moeizaam en verwarrend. Meningen worden vaak slechts geponeerd zonder onderbouwing, inconsistenties worden gebagatelliseerd, en soms lijkt men zich te laten leiden door een wenselijk geacht eindresultaat.

465. ***Overeenstemming lex loci protectionis.*** Tegelijk zien wij een opmerkelijke tegenstelling: tegenover deze grote verdeeldheid over de grondslag van de conflictregel voor het intellectuele-eigendomsrecht, staat grote overeenstemming over de toe te passen conflictregel. Of zij nu wordt gevonden in het verdragsrechtelijke beginsel van nationale behandeling, elders in de verdragen (artikel 5 lid 2 van de Berner Conventie), in een nationale wet of in een ongeschreven territorialiteitsbeginsel, wereldwijd gaat men uit van de toepasselijkheid van de lex loci protectionis.

466. ***Formele territorialiteit.*** Deze lex loci protectionis-conflictregel is in resultaat hetzelfde als de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling, met dien verstande dat de bij die conflictregel horende formele territorialiteit – de rechter past alleen zijn eigen intellectuele-eigendomsrecht toe – niet meer wordt toegepast.[166] Formele territorialiteit blijkt volledig te zijn verlaten in het intellectuele-eigendomsrecht. In zoverre is de thans algemeen aanvaarde lex loci protectionis-conflictregel dus, strikt genomen, in strijd met de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling.[167]

467. ***Toenemend gemorrel aan lex loci protectionis.*** Maar daar is het niet bij gebleven. Omdat de grondslag van deze conflictregel niet meer duidelijk is, is ruimte ontstaan voor verdergaande misvattingen: in toenemende mate wordt tegenwoordig aan de hegemonie van de lex loci protectionis-conflictregel geknabbeld, in de veronderstelling dat men niet, of slechts ten dele, is gebonden aan een verdragsrechtelijke conflictregel. Daarbij wordt niet zozeer een volledig alternatief voor deze verwijzingsregel voorgesteld.[168] Eerder acht men zich vrij om haar reikwijdte te beperken, of om uitzonderingen toe te staan.

468. Het eerste is met name terug te zien in de roep om – vooral in het auteursrecht – de subject-vraag aan de heerschappij van de lex loci protectionis te onttrekken en

166 Een van de laatste rechterlijke uitspraken waarbij nog formele territorialiteit werd toegepast in de context van het intellectuele-eigendomsrecht, lijkt een arrest van de Franse appelrechter te zijn: Cour d'appel Douai 20 maart 1967, *Rev. crit. DIP* 1968, p. 691-695 m.nt. Y. Loussouarn te zijn. Tegenwoordig wordt formele territorialiteit in Frankrijk niet meer toegepast, zie bijvoorbeeld Cass. civ. I 5 maart 2002, *Rev. crit. DIP* 2003, p. 440-446 m.nt. Bischoff (Sisro/Ampersand), en Bouche 2002 (*Contrefaçon*). Voor Japan, zie Petersen 2001, p. 85. De ontmanteling van de formele territorialiteit in de common law-wereld komt ter sprake in par. 5.1.3 onder (b).

167 In par. 5.3 wordt onderzocht in hoeverre de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling kan worden gemoderniseerd door haar te ontdoen van haar formeel-territoriale component.

168 Zelfs Koumantos is van zijn voorstel voor een algemene lex originis-verwijzing teruggekomen, zie noot 112 van dit hoofdstuk 5.

te onderwerpen aan één rechtsstelsel. Die roep klinkt steeds luider in de literatuur, en hij heeft hier en daar in rechtspraak en wetgeving gehoor gekregen.[169]

469. Het tweede – de tendens om uitzonderingen op de lex loci protectionis-conflictregel toe te staan – uit zich met name in de roep om een rechtskeuzemogelijkheid. Ook die roep vindt gehoor.[170]

470. Zo wordt steeds meer aan de poten van de lex loci protectionis-conflictregel gezaagd – en daarbij wordt de vraag of alternatieven, beperkingen en uitzonderingen *wenselijk* zijn, niet altijd goed onderscheiden van de vraag of zij onder geldend recht ook *mogelijk* zijn. Dat laatste zijn zij in ieder geval niet, zo moge ondertussen duidelijk zijn: zij zijn in strijd met de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling van de wereldwijd geldende Berner Conventie en het wereldwijd geldende Verdrag van Parijs. Maar daarvan wil niet iedereen weten; met een beroep op mondialisering en internet wordt de druk om te sleutelen aan de lex loci protectionis-conflictregel steeds verder opgevoerd. Zo drijven wij steeds verder weg van de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling.

5.1.2. Waarom de begripsverduistering zich voltrok

471. ***Inleiding.*** Dit brengt ons bij de vraag *waarom* de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling tegenwoordig niet meer wordt begrepen. Die vraag klemt te meer nu, als gezegd, deze conflictregel voor de negentiende-eeuwers zonder meer vanzelfsprekend was. Deze vraag – dus de vraag naar het *waarom* van de begripsverduistering – staat centraal in de onderhavige paragraaf.[171] Daarna, in par. 5.1.3, wordt onderzocht *hoe* deze begripsverduistering zich in de loop der geschiedenis heeft voltrokken.

472. De oorzaken van de begripsverduistering hebben wij in par. 1.2.2 al even aangestipt. In de eerste plaats vinden wij weinig expliciete houvast in het negentiende-eeuwse bronnenmateriaal. Dat komt doordat de conflictenrechtelijke oplossing van het beginsel van nationale behandeling in de negentiende eeuw zó vanzelfsprekend was dat zij nauwelijks werd uitgesproken – evident, logisch en nooit bestreden.[172] Was de conflictregel destijds in literatuur of verdragsgeschiedenis duidelijker geëxpliciteerd, dan had de begripsverduistering wellicht nooit plaatsge-

169 Zie (vanuit de invalshoek dat art. 5 lid 2 een beperkte reikwijdte heeft) de literatuur en rechtspraak in noot 93 van dit hoofdstuk 5, alsook (vanuit andere invalshoeken) De Boer 1977, p. 675-676; De Boer 1993, p. 5; Van Eechoud 2005 (*Alternatives*), Van Eechoud 2003; Klass 2007; Obergfell 2005 (voor cinematografische werken); Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 694 en p. 709-710; Hof 's-Hertogenbosch 8 juni 2004, *NJ* 2004, 515 (Lancôme/Kecofa), r.o. 4.14-4.15 (zonder conflictenrechtelijke onderbouwing). In wetgeving, zie alinea 450 hiervoor. Vgl. voorts de verschillende opvattingen in AIPPI Annuaire 2007/2 (Question 194 inzake "The Impact of Co-ownership of Intellectual Property Rights on their Exploitation) over vraag I.9.

170 In de literatuur wordt een rechtskeuzemogelijkheid onder meer bepleit door Van Eechoud 2005 (*Overleefde territorialiteit*), pleitend voor beperkte rechtskeuzemogelijkheid; en Steyn 1998, p. 117, pleitend voor een eenzijdige ex ante-rechtskeuze voor de digitale omgeving. In wetgeving, zie alinea 450 hiervoor.

171 Deze paragraaf is toegespitst op het auteursrecht. Voor het industriële-eigendomsrecht geldt m.m. hetzelfde.

172 Darras 1887, p. 606 (zie alinea 94 hiervoor).

vonden.[173] Maar de eigenlijke oorzaak van de begripsverduistering is een systeemwijziging en een daardoor gewijzigd perspectief. Die systeemwijziging betreft het conflictenrecht. Het beginsel van nationale behandeling is, zoals wij hebben gezien, ontwikkeld binnen het negentiende-eeuwse statutistische conflictenrecht. Tegenwoordig wordt ons conflictenrechtelijke denken echter niet meer door deze statutenleer bepaald, maar door (een geëvolueerde vorm van) het model van Von Savigny. Wij benaderen de onderhavige problematiek vanuit die andere, Savigniaanse denkwereld. Anders gezegd: wij bezien het statutistische beginsel van nationale behandeling door een Savigniaanse bril – en daardoor, zo komt in deze paragraaf aan de orde, ontstaat een vertekend beeld, waarin de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling onzichtbaar is geworden.

473. ***Plan van behandeling.*** Daarmee zijn de drie thema's genoemd die wij in deze par. 5.1.3 gaan onderzoeken: ten eerste de statutistisch-conflictenrechtelijke oplossing in het beginsel van nationale behandeling (par. (a)), ten tweede onze Savigniaanse bril (par. (b)), en ten slotte de vraag waarom de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling buiten het Savigniaanse blikveld valt (par. (c)).

a. De statutistisch-conflictenrechtelijke oplossing in beginsel van nationale behandeling

474. ***Statutistische oplossing.*** De statutistisch-conflictenrechtelijke oplossing in het beginsel van nationale behandeling is in hoofdstuk 1 reeds uitvoerig geanalyseerd. Resumeren wij hier, om het geheugen op te frissen, deze analyse in vogelvlucht.

475. Het beginsel van nationale behandeling is geboren in de eerste helft van de negentiende eeuw. Dit was de tijd van de pre-Savigniaanse statutenleer, welk conflictenrechtelijk systeem de vraag naar het toepasselijke recht beantwoordde door het toepassingsbereik van de interne rechtsregels af te bakenen. Het beginsel van nationale behandeling werd in deze tijd ontwikkeld als een antwoord op een bepaald probleem – en wij begrijpen dit antwoord pas wanneer we het probleem begrijpen. Dat probleem was de toestand van rechteloosheid waarin vreemde werken of auteurs tot dan toe gewoonlijk verkeerden. Deze toestand van rechteloosheid kent twee aspecten: er is sprake van discriminatie (vreemdelingenrecht) en er is een rechtsvacuüm (conflictenrecht). Spiegelbeeldig kent het beginsel van nationale behandeling dus ook deze twee aspecten. Het stelt, aan de hand van het formele-territorialiteitsbeginsel, een toepasselijke wet in de plaats van het eerdere rechtsvacuüm (conflictenrecht), en het stelt non-discriminatie in de plaats van de eerdere discriminatie (vreemdelingenrecht). Zo bevat het beginsel van nationale behandeling twee met elkaar vervlochten regels: een conflictregel en een vreemdelingenrechtelijke regel.

---

173 Dat wil overigens niet zeggen dat er in de toenmalige literatuur geen houvast te vinden is. In diverse bronnen wordt de conflictregel expliciet genoemd; zie ook alinea 92 hiervoor.

476. ***Begrip rechtsvacuüm vereist.*** De conflictregel in het beginsel van nationale behandeling kan, zo volgt hieruit, alleen worden begrepen wanneer men het *rechtsvacuüm* in de toestand van rechteloosheid onderkent.

477. ***Kwalificatie van de beperking tot nationale werken/auteurs.*** Cruciaal voor het begrip van het rechtsvacuüm is de kwalificatie van de beperking tot nationale werken of auteurs, die in nagenoeg alle negentiende-eeuwse nationale auteurswetten was opgenomen. Wij hebben gezien dat deze beperking ofwel een afbakening van het toepassingsbereik van de nationale wet was, ofwel een beperking van de rechtsbevoegdheid van vreemdelingen.

478. Meestal ging het om een afbakening van het toepassingsbereik van de nationale auteurswet. Daarmee werd dit toepassingsbereik dan in totaal in drie opzichten afgebakend. Twee afbakeningen lagen besloten in het algemene uitgangspunt van het toenmalige conflictenrecht: het formele-territorialiteitsbeginsel. Dit beginsel bracht mee dat het toepassingsbereik van de auteurswet materieel-territoriaal beperkt was (haar bescherming strekte zich (slechts) uit tot het nationale territoir), en dat het toepassingsbereik formeel-territoriaal beperkt was (de rechter had enkel zijn eigen auteurswet toe te passen). De derde afbakening was de beperking tot nationale werken of auteurs (de nationale wet was alleen van toepassing op werken die voor het eerst op het nationale territoir waren gepubliceerd, of op werken van nationale auteurs). Het gevolg van deze drie afbakeningen was dat vreemde werken of auteurs in een rechtsvacuüm achterbleven: er was géén toepasselijke wet.

479. Soms was het rechtsvacuüm niet het gevolg van deze afbakening van het toepassingsbereik van de nationale auteurswet, maar was zij het gevolg van een rechtsbevoegdheidsbeperking: vreemdelingen konden eenvoudigweg geen drager van auteursrecht zijn. Alsdan kwam de vraag welke auteurswet van toepassing is op de bescherming van hun werken, niet meer aan bod. Ook in deze constellatie was er derhalve géén toepasselijk recht; er was sprake van een rechtsvacuüm.

480. ***Statutistische denkwereld.*** Dit alles overziende moge duidelijk zijn dat men, om de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling te kunnen begrijpen, zich dient te verplaatsen in de denkwereld van de eerste helft van de negentiende eeuw, met name in het toenmalige conflictenrechtelijke paradigma, de pre-Savigniaanse statutenleer.[174] In het bijzonder is begrip vereist van de volgende drie elementen uit deze denkwereld: het rechtsvacuüm; en twee daarmee samenhangende elementen: de beperking tot nationale werken of auteurs, en het formele-territorialiteitsbeginsel.

174 Zie daarover ook par. 1.1.2 onder (a).

b. Het Savigniaanse conflictenrecht

481. ***Savigniaanse denkwereld.*** Tegenwoordig denken wij binnen een ander conflictenrechtelijk paradigma, namelijk binnen het conflictenrecht dat Friedrich Carl von Savigny in 1849 heeft ontwikkeld, en dat in (grofweg) de tweede helft van de negentiende eeuw de statutenleer heeft verdrongen.[175] Dit Savigniaanse conflictenrecht verschilt fundamenteel van het statutistische conflictenrecht – zowel qua grondslag als qua methode.[176]

482. ***Grondslag.*** Von Savigny zoekt de grondslag van het conflictenrecht niet, zoals de statutisten doorgaans deden, in de staatssoevereiniteit.[177] Dat leidt zijns inziens alleen maar tot toepassing van de lex fori, tot "eifersüchtigen Handhabung der ausschliessenden eigenen Herrschaft." [178] Voor Von Savigny wordt daarentegen de grondslag van het conflictenrecht gevormd door de internationale rechtsgemeenschap, de steeds groeiende "völkerrechtlichen Gemeinschaft der mit einander verkehrenden Nationen." [179] Daarmee tilt hij het conflictenrecht naar een bovenstatelijk plan. Niet de nationale soevereiniteit, maar de eisen van de internationale rechtsgemeenschap moeten het conflictenrecht vormen. Deze internationalistische grondslag brengt mee dat alle rechtsstelsels gelijkwaardig zijn. De lex fori kan de bevoorrechte positie die zij in de statutenleer bekleedde, niet meer behouden.[180] Ook volgt volgens Von Savigny uit deze grondslag dat "die Rechtsverhältnisse, in Fällen einer Collision der Gesetze, dieselbe Beurtheilung zu erwarten haben, ohne Unterschied, ob in diesem oder jenem Staate das Urtheil gesprochen werde." [181] De conflictenrechtelijke vraag moet, anders gezegd, overal hetzelfde antwoord krijgen – dit is het ideaal van de internationale beslissingsharmonie ('Entscheidungsharmonie'). Aldus heeft Von Savigny met deze grondslag het fundament gelegd voor een conflictenrecht met universele geldigheidspretenties.[182]

483. ***Methode.*** De methode die Von Savigny voor dat conflictenrecht vervolgens voorstelt, is wel als een 'kopernikanische Wende' gekenschetst.[183] Von Savigny beantwoordt de vraag naar het toepasselijke recht namelijk niet, zoals de statutisten deden, door het toepassingsbereik van de rechtsregel vast te stellen. Von

175 Von Savigny 1849. In de common law-wereld staat het conflictenrecht minder sterk in de Savigniaanse traditie; dit komt aan de orde in par. 5.1.3 onder (b).
176 Zie hierover uitvoerig Strikwerda 1978, p. 112 e.v.
177 Het pre-Savigniaanse, statutistische conflictenrecht stond op dit punt onder de invloed van de zogeheten Hollandse School. Zie Story 1841; Foelix 1843; Strikwerda 1978, p. 118.
178 Von Savigny 1849, p. 128; zie ook p. 26.
179 Von Savigny 1849, p. 27. Von Savigny constateert dat deze internationale rechtsgemeenschap zich ontwikkelt: "(…) dieser Standpunkt hat im Fortschritt der Zeit immer allgemeinere Anerkennung gefunden, unter dem Einfluss theils der gemeinsamen christlichen Gesittung, theils des wahren Vortheils, der daraus für alle Theile hervorgeht." (Von Savigny 1849, p. 27).
180 Von Savigny 1849, p. 28.
181 Von Savigny 1849, p. 27, vgl. ook p. 29.
182 Vgl. Gutzwiller 1923, p. 44.
183 Neuhaus 1949, p. 366.

Savigny keert de conflictenrechtelijke rechtsvinding om: hij zoekt vanuit de concrete rechtsverhouding naar het toepasselijke rechtsstelsel. Niet de rechtsregel, maar de rechtsverhouding is het vertrekpunt in de conflictenrechtelijke rechtsvinding. Het gaat er om, aldus Von Savigny, "dass bei jedem Rechtsverhältniss dasjenige Rechtsgebiet aufgesucht werde, welchem dieses Rechtsverhältniss seiner eigenthümlichen Natur nach angehört oder unterworfen ist (worin dasselbe seinen Sitz hat)." – dit is de beroemde Sitz-formule van Von Savigny.[184]

484. ***Implicaties omkering.*** Deze omkering heeft een aantal belangrijke implicaties.

485. ***Entpolitisierung.*** Zo spelen inhoud, strekking en aard van de rechtsregel – dus: statelijke belangen – geen rol meer bij de vraag naar het toepasselijke recht. Rechtspolitieke overwegingen worden aldus uit het conflictenrecht gebannen; het conflictenrecht is 'entpolitisiert'.[185] Bepalend is enkel nog de 'eigenthümliche Natur' van de rechtsverhouding – en daarmee treden de belangen van het individu op de voorgrond.

486. ***Grenzeloosheid.*** Een andere implicatie van Von Savigny's omkering is de 'grenzeloosheid' van (privaatrechtelijke) rechtsregels. Het statutistische conflictenrecht kent de vooronderstelling dat rechtsregels een beperkt toepassingsbereik hebben; de conflictenrechtelijke vraag wordt immers opgelost door het toepassingsbereik van rechtsregels af te bakenen. En waar het statutistische conflictenrecht in de sleutel van de staatssoevereiniteit is gezet, valt die afbakening in beginsel samen met de grenzen van de staatssoevereiniteit: ziedaar het formele-territorialiteitsbeginsel. Wie daarentegen, zoals Von Savigny, de conflictenrechtelijke rechtsvinding omkeert, kiest bij de rechtsverhouding de toepasselijke rechtsregels. Dat impliceert dat alle rechtsregels een onbeperkt toepassingsbereik hebben; zij zijn 'grenzeloos' en uitwisselbaar. Een keuze is immers alleen denkbaar indien alle ter keuze staande rechtsregels, "jedenfalls der Idee nach" [186], in beginsel zouden kunnen worden toegepast.[187] Aldus ligt, zoals Vogel terecht heeft opgemerkt,

184 Von Savigny 1849, p. 108. Von Savigny zelf wekt de suggestie dat deze omkering volgt uit de grondslag van de internationale rechtsgemeenschap. Zo schrijft hij dat het juridische denken steeds meer "gerade umgekehrt auf die Förderung einer wahren Rechtsgemeinschaft gerichtet ist, also auf die Beurteilung der Collisionsfälle nach dem inneren Wesen und Bedürfnis eines jeden einzelnen Rechtsverhältnisses, ohne Rücksicht auf die Gränzen der Staaten und ihrer Rechtsgebiete.", zie Von Savigny 1849, p. 128 (onderstreping toegevoegd). Zie ook Von Savigny 1849, p. 27: "Auf diesem Wege kommen wir dahin (…)." Een onderbouwing geeft hij evenwel niet. In werkelijkheid zijn grondslag en methode, zoals Gutzwiller heeft opgemerkt, "durch keine juristische Konstruktion in Beziehung gesetzt" (Gutzwiller 1923, p. 44). De omkering laat zich wel verklaren vanuit Von Savigny's rechtsbronnenleer en zijn begrip van de rechtsverhouding en het daaronder liggende rechtsinstituut, en – nog een laag dieper – vanuit Von Savigny's staatsbegrip; zie daarover Strikwerda 1978, p. 121 e.v.

185 Neuhaus 1949, p. 372; Vogel 1965, p. 217, noot 17.

186 Vogel 1965, p. 92.

187 Strikwerda 1978, p. 114. Terzijde: Von Savigny begint zijn betoog met de vaststelling dat men de statutistische vraagstelling ("over welke rechtsverhoudingen heerst de rechtsregel?") kan omkeren ("welke rechtsregels beheersen de rechtsverhouding?"), terwijl de vraag hetzelfde blijft: "Beide Arten, die Frage aufzufassen, sind nur im Ausgangspunkte verschieden. Die Frage selbst ist hier und dort dieselbe, und die Entscheidung kann in beiden Fällen nicht verschieden ausfallen.", zie Von Savigny 1849, p. 3. Men heeft Von Savigny wel →

in het Savigniaanse conflictenrecht "eine radikale Absage an die überkommene Lehre von der 'Territorialität' der Privatrechtsgesetze." [188] In het Savigniaanse conflictenrecht is geen plaats meer voor het formele-territorialiteitsbeginsel.

487. ***Uitzonderingen.*** Daarmee stuiten wij op de grenzen van het Savigniaanse model. Men kan immers niet volhouden dat *alle* rechtsregels een onbeperkt toepassingsbereik hebben. Er zijn rechtsregels die door hun bijzondere aard en strekking onmiskenbaar een territoriaal beperkt toepassingsbereik hebben ('Gesetze von streng positiver, zwingender Natur'), en er zijn rechtsregels die betrekking hebben op rechtsfiguren die niet in alle rechtsstelsels bekend zijn.[189] Dit zijn dan ook de uitzonderingen in het Savigniaanse conflictenrecht. Von Savigny plaatst deze twee categorieën rechtsregels als 'anomaal recht' buiten zijn conflictenrechtelijke model.[190] Hen acht hij onderworpen aan formele territorialiteit: "Bei solchen Gesetzen wird der Richter das einheimische Recht ausschliessender anzuwenden haben (…), das fremde Recht dagegen unangewendet lassen müssen (…)." [191]

c. Begripsverduistering door het Savigniaans-conflictenrechtelijke denken

488. Keren wij, na deze korte schets van het model van Von Savigny, terug naar de vraag waarom het Savigniaanse denken ons belemmert om de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling te onderkennen.[192] Het is duidelijk dat het

---

verweten dat hij aldus beide beschouwingswijzen ten onrechte op één lijn stelt en daarmee de implicaties van zijn eigen omkering miskent – het maakt immers wel degelijk verschil, zoals blijkt uit de implicatie inzake de grenzeloosheid van rechtsregels (vgl. Vogel 1965, p. 92, noot 17). Dit lijkt mij een misverstand. Met deze opmerking, die op zichzelf beschouwd logisch gezien juist is, heeft Von Savigny immers nog niet gezegd dat de conflictenrechtelijke oplossing ook vanuit de rechtsverhouding moet worden gezocht. Want dán maakt het inderdaad wel verschil; dát maakt, zoals wij zagen, logisch gezien een verschil (en niet slechts psychologisch gezien, zoals Kegel & Schurig 2004, p. 184 menen). Maar die stap zet Von Savigny pas later in zijn betoog (op p. 28, terwijl die stap al onvermijdelijk wordt wanneer hij de persoon als middelpunt van de rechtsverhouding voorop stelt, p. 10; vgl. Gutzwiller 1923, p. 41, noot 6). Om misverstanden te voorkomen wordt in deze studie daarom gesproken over de omkering van de conflictenrechtelijke *rechtsvinding* (niet: vraagstelling). We moeten Von Savigny's opmerking bezien in de context van (de opbouw van) zijn betoog: zij is slechts een voorbereidende manoeuvre, een openingszet, een opstapje naar de formulering van de conflictenrechtelijke probleemstelling (p. 18), vanwaaruit Von Savigny zijn theorie ontrolt.

188 Vogel 1965, p. 92.

189 Strikwerda 1978, p. 115; Von Savigny 1849, p. 32-39.

190 Von Savigny 1849, p. 38.

191 Von Savigny 1849, p. 32. Von Savigny heeft, zo moet worden aangenomen, hier louter formele territorialiteit op het oog, hij doelt niet op de combinatie van formele en materiële territorialiteit (welke combinatie in deze studie het formele-territorialiteitsbeginsel wordt genoemd). Dit blijkt bijvoorbeeld bij zijn betoog over het onrechtmatige-daadsrecht, dat hij "von streng positiver, zwingender Natur" achtte. Hier concludeert hij "dass in solchen Fällen sehr häufig eine bedeutende Macht in die Hände des Klägers gelegt wird, indem dieser oft die Wahl zwischen mehreren Gerichten hat, also dadurch bestimmen kann, welches unter mehreren örtlichen Rechten zur Anwendung kommen soll.", zie Von Savigny 1849, p. 280. De soep wordt volgens Von Savigny niet zo heet gegeten als ze wordt opgediend, want "die Gefahr für den Beklagten [wird] vermindert durch die sehr beschränkende Bedingungen, an welche jeder Gerichtsstand der Obligation gebunden ist." Hoe dan ook, in deze formeel-territoriale benadering is Von Savigny niet gevolgd: zij heeft in het midden van de negentiende eeuw in Duitsland korte tijd invloed gehad, en is vervolgens geheel verlaten, zie Dubbink 1947, p. 34.

192 Voor de volledigheid: de (meest waarschijnlijke) visie van Von Savigny zelf op het intellectuele-eigendomsrecht komt later aan de orde (par. 5.1.3).

gaat om twee verschillende conflictenrechtelijke systemen, met verschillende grondslagen en verschillende methodes. Maar wat is nu precies de oorzaak van de begripsverduistering, van ons huidige onbegrip van de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling?

489. Welnu, de crux is dat het Savigniaanse denken ons belemmert om het rechtsvacuüm in de toestand van rechteloosheid te onderkennen – en wie het rechtsvacuüm niet onderkent, begrijpt als gezegd de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling niet.[193]

490. Waarom zien wij het rechtsvacuüm niet meer? Kort gezegd spelen twee kwesties ons parten: dat is ten eerste de onbestaanbaarheid van een rechtsvacuüm in het Savigniaanse universum (par. (i)), en ten tweede de kwalificatie van de beperking tot nationale werken of auteurs (par. (ii)). Bovendien zijn wij vervreemd geraakt van het formele-territorialiteitsbeginsel (par. (iii)). Ziedaar de drie eerdergenoemde, essentiële elementen uit de statutistische denkwereld.[194] Deze kwesties liggen niet aan de oppervlakte. Om ons onbegrip te begrijpen moeten wij diep doordringen in de Savigniaanse denkwereld.

(i) De onbestaanbaarheid van het rechtsvacuüm

491. ***Statutenleer.*** In het pre-Savigniaanse, statutistische conflictenrecht is een rechtsvacuüm denkbaar. Het gaat in dat conflictenrechtelijke systeem immers om het – eenzijdig afgebakende – toepassingsbereik van nationale wetten, en het is denkbaar dat de verschillende toepassingsbereiken niet op elkaar aansluiten, met als gevolg dat daartussen een rechtsvacuüm achterblijft. Het kan gebeuren dat een casus buiten elk toepassingsbereik valt. Het rechtsvacuüm is, anders gezegd, in het pre-Savigniaanse statutistische model óók een conflictenrechtelijke mogelijkheid. Het zal zich in de negentiende eeuw niet vaak meer hebben voorgedaan, omdat meestal wel de normstellende interesse van een staat zal zijn gewekt.[195] Maar juist als het ging om een 'gunst' – en intellectuele-eigendomsrechten werden destijds gezien als gunsten – was een normstellende interesse vis-à-vis vreemde werken of auteurs duidelijk afwezig. Hier liet men een rechtsvacuüm ontstaan.

492. ***Savigniaans conflictenrecht.*** In het Savigniaanse conflictenrecht is een rechtsvacuüm daarentegen onbestaanbaar. Dit conflictenrecht kent de premisse dat er altijd een toepasselijk rechtsstelsel valt aan te wijzen. Von Savigny heeft die premisse niet geëxpliciteerd. Het is een verborgen premisse, die besloten ligt in verschillende lagen van zijn gedachtewereld: zij ligt besloten in zijn conflicten-

193 Zie par. 5.1.2 onder (a).
194 Zie alinea 480 hiervoor.
195 Vgl. Strikwerda 1978, p. 156-157. Terzijde: een rechtsvacuüm kan zich niet voordoen in het moderne (twintigste-eeuwse) neostatutistische conflictenrecht van Currie, omdat in dat systeem de prima-facie-toepasselijkheid van de lex fori als grondregel geldt.

rechtelijke model, in zijn daaronder liggende rechtsbegrip en in zijn daaraan ten grondslag liggende mens- en maatschappijbeeld.

493. ***Von Savigny's rechtsbegrip.*** In het rechtsbegrip van Von Savigny staat het privaatrecht ten dienste van het individu: doel van het (privaat)recht is het op positieve wijze dienen van de vrijheid van de individuele mens, de vrije ontplooiing van het menselijk individu in het licht van de "sittliche Bestimmung der menslichen Natur" – een rechtsbegrip dat wortelt in de vroeg-liberale gedachtewereld van de negentiende eeuw, waarin vrijheid, gelijkheid en zedelijke verantwoordelijkheid voor de eigen persoon centraal staan.[196] Het zal duidelijk zijn dat een rechtsvacuüm in een dergelijk rechtsbegrip niet past.

494. ***Von Savigny's conflictenrechtelijke model.*** Ook in het conflictenrechtelijke model van Von Savigny ligt (dus) de premisse besloten dat er altijd een toepasselijk rechtsstelsel is – hier is zij concreet aanwijsbaar. Von Savigny zelf heeft haar als volgt ingebakken in zijn conflictenrechtelijke systeem. Uitgaande van zijn zojuist geschetste rechtsbegrip stelt Von Savigny voorop dat de mens – de persoon – het middelpunt van de rechtsverhouding is. De rechtsverhouding is slechts een attribuut van de persoon, een modificatie, een "künstliche Erweiterung ihres Daseins." [197] De persoon is volgens Von Savigny gebonden aan een (territoriaal geordende) rechtsgemeenschap, hij is onderworpen aan een bepaald rechtsgebied – en dus aan een bepaald rechtsstelsel.[198] Verder in zijn betoog blijkt dat de band tussen persoon en rechtsgebied wordt gevormd door de woonplaats, en dat *iedere* persoon een woonplaats heeft.[199] Von Savigny bedenkt een sluitend systeem waarin iedereen een woonplaats heeft – tot de vondeling aan toe.[200] Aldus kan iedereen worden thuisgebracht bij een rechtsgebied; er bestaan in het universum van Von Savigny geen personen die niet bij een rechtsgebied horen. Vervolgens springt Von Savigny van de persoon naar de rechtsverhouding "für welche wir nunmehr eine ähnliche Verknüpfung mit einer bestimmten Örtlichkeit, mit einem einzelnen Rechtsgebiet, festzustellen haben." [201] Net als de persoon, is ook de rechtsverhouding – die het attribuut van de persoon is – verbonden met een bepaald rechtsgebied, zo stelt Von Savigny. Zoals de persoon een 'Wohn-Sitz' heeft, zo heeft de rechtsverhouding een 'Sitz'.[202] En zoals *iedere* persoon via zijn woonplaats in een rechtsgebied kan worden thuisgebracht, zo kan ook *iedere* rechtsverhouding via haar Sitz in een rechtsgebied worden thuisgebracht. Een rechtsvacuüm is derhalve ondenkbaar.

---

196 Vgl. Rehbinder 1973, p. 153; Pontier 1997, p. 174 e.v.
197 Von Savigny 1849, p. 10, p. 12-13, p. 118. Vgl. ook Gutzwiller 1923, p. 42, noot 8.
198 Von Savigny 1849, p. 10-17.
199 Von Savigny 1849, p. 39-106.
200 Vgl. Von Savigny 1849, p. 101-105.
201 Von Savigny 1849, p. 108-109. Dat is, zoals Gutzwiller 1923, p. 43 opmerkt, een "kühne Analogie".
202 Von Savigny spreekt ook wel over de 'Heimath' van de rechtsverhouding, vgl. Von Savigny 1849, p. 120.

495. Ziedaar de gedachtegang van Von Savigny achter de premisse dat er altijd een toepasselijk rechtsstelsel valt aan te wijzen – een gedachtegang waarvan de schakels niet alle zijn geëxpliciteerd, terwijl zij bovendien ook nog verspreid liggen in zijn betoog.[203]

496. ***Premisse ook in probleemstelling geweven.*** En deze premisse ligt niet alleen onder de Sitz-formule. Zij is zelfs – en dat bemoeilijkt haar demasqué – reeds ingevoerd in de probleemstelling vanwaaruit Von Savigny zijn model opbouwt. Want Von Savigny formuleert de conflictenrechtelijke probleemstelling uitdrukkelijk als volgt: "Welches unter den verschiedenen örtlichen Rechten, mit denen das streitige Rechtsverhältniss in irgend einer Berührung steht, soll bei der Entscheidung des Streites zur Anwendung kommen?" [204] Door de conflictenrechtelijke vraag voor te stellen als een keuze uit verschillende rechtsstelsels, ecarteert Von Savigny op voorhand het rechtsvacuüm als conflictenrechtelijke mogelijkheid. Want wie vanuit deze probleemstelling begint te denken, zal nooit op een rechtsvacuüm uitkomen. Zo is het gehele model van Von Savigny van meet af aan doordesemd met de premisse dat er altijd een toepasselijk rechtsstelsel valt aan te wijzen.

497. ***Latere betekenis Von Savigny.*** En zo is het Savigniaanse model nadien ook opgevat. Von Savigny's bespiegelingen over de persoon als middelpunt van de rechtsverhouding zijn in de loop der tijd vervluchtigd, maar de probleemstelling en het hapklare Sitz-antwoord zijn beklijfd. Men stelt zich de vraag welke van de verschillende rechtsstelsels van toepassing is, en men lost dat op aan de hand van de Sitz-formule, die ons vertelt dat bij iedere rechtsverhouding, "bei *jedem* Rechtsverhältniss dasjenige Rechtsgebiet aufgesucht werde, welchem dieses Rechtsverhältniss seiner eigenthümlichen Natur nach angehört oder unterworfen ist (worin dasselbe seinen Sitz hat)."[205] In zo'n stramien is geen plaats voor de gedachte dat

---

203 Ook de volgende, meer praktische overweging zal voor Von Savigny een rol hebben gespeeld: een rechtsvacuüm treft in de praktijk meestal alleen vreemdelingen (want als het om eigen onderdanen gaat, is de normstellende interesse van de wetgever al snel gewekt), en dat is in strijd met Von Savigny's non-discriminatiepostulaat; hierover nader in par. (ii).

204 Von Savigny 1849, p. 18 ("Das ist der Sinn der Collisionsfrage"), vgl. ook p. 24. Von Savigny ontwikkelt in een lange aanloop (p. 1-18) deze conflictenrechtelijke probleemstelling. De eerste stap van die aanloop, de 'technische' omkering van de statutistische vraagstelling (p. 2-3; zie noot 187 van dit hoofdstuk 5), sluit een rechtsvacuüm nog niet uit. Immers, de vraag "welke rechtsregels beheersen de rechtsverhouding?" laat nog ruimte voor het antwoord dat er geen rechtsregels zijn die de rechtsverhouding beheersen. Het is Von Savigny's tweede stap die een rechtsvacuüm impliciet uitsluit: Von Savigny stelt de persoon centraal als uitgangs- en middelpunt van alles wat rechtens relevant is (vgl. Gutzwiller 1923, p. 42), en – maar dat blijkt pas later in zijn betoog – de persoon, en dus ook de rechtsverhouding, valt altijd in een rechtsgebied te localiseren.

205 Von Savigny 1849, p. 108, cursivering toegevoegd. Strikt op zichzelf beschouwd – losgesneden uit Von Savigny's gedachtewereld – volgt uit de omkering van de conflictenrechtelijke rechtsvinding niet noodzakelijkerwijs dat een rechtsvacuüm onbestaanbaar is. Theoretisch is immers denkbaar dat men concludeert dat bij een bepaalde rechtsverhouding geen toepasselijke rechtsregels worden gevonden. Maar dat is buitengewoon onwaarschijnlijk, want welke rechtsverhouding hoort nu uit haar aard ("seiner eigenthümlichen Natur nach") nergens thuis? Die gedachte is dan ook nooit opgekomen. Terzijde: wél is de gedachte ontwikkeld dat rechtsverhoudingen zich niet laten localiseren (vgl. Gutzwiller 1923, p. 45), maar dat is fundamenteel iets anders. In het ene geval zet men zich af tegen de idee dat rechtsverhoudingen überhaupt kunnen worden gelocaliseerd, ("kunnen *niet* worden gelocaliseerd"); in het andere geval localiseert men een bepaalde rechtsverhouding in het niets ("kan *nergens* worden gelocaliseerd").

een bepaalde rechtsverhouding nergens thuishoort. Er valt altijd een toepasselijk rechtsstelsel aan te wijzen – wij vinden het tegenwoordig vanzelfsprekend. Het is een verborgen premisse van het Savigniaanse systeem, een premisse die in de literatuur merkwaardig genoeg on(der)belicht is gebleven. Anders dan in het statutistische conflictenrecht, is in het Savigniaanse conflictenrecht een rechtsvacuüm eenvoudigweg onbestaanbaar.

498. ***Intellectuele-eigendomsrecht.*** Dit breekt ons op wanneer wij nu, door onze Savigniaanse bril, de (statutistische) toestand van rechteloosheid bestuderen waarin het vreemde werk of de vreemde auteur in de eerste helft van de negentiende eeuw verkeerde: wij zien het rechtsvacuüm over het hoofd. Een rechtsvacuüm komt niet als mogelijkheid in ons op, het is een onmogelijke uitkomst. Wij zijn er niet op bedacht. Het is voor ons niet voorstelbaar dat er géén wet van toepassing is. Zo vertekent de Savigniaanse bril ons beeld van de statutistische werkelijkheid – en dit is de eerste reden waarom wij het rechtsvacuüm in de toestand van rechteloosheid tegenwoordig niet meer onderkennen: Savigniaanse ogen zien geen rechtsvacuüm.

(ii) De kwalificatie van de beperking tot nationale werken of auteurs

499. ***De beperking tot nationale werken/auteurs.*** De tweede reden waarom wij tegenwoordig het rechtsvacuüm niet meer zien, betreft de beperking tot nationale werken of auteurs, welke beperking in de meeste negentiende-eeuwse auteurswetten was opgenomen. Meestal was die beperking, zoals wij zagen, een conflictenrechtelijke afbakening van het toepassingsbereik van de nationale wet; soms was zij een beperking van de rechtsbevoegdheid van vreemde auteurs. Tegenwoordig kwalificeren wij die beperking echter noch als het één, noch als het ander. Wij bezigen een andere kwalificatie, een derde kwalificatie, en door die (onjuiste) andere kwalificatie komen wij niet toe aan het rechtsvacuüm.

– De beperking als conflictenrechtelijke afbakening; de Savigniaanse scheiding van conflictenrecht en vreemdelingenrecht

500. ***Statutenleer.*** Zoals wij al zagen, was de beperking tot nationale werken of auteurs meestal een conflictenrechtelijke aangelegenheid: het gaat om een afbakening van het toepassingsbereik van de nationale wet – dat was dé manier waarop in het pre-Savigniaanse, statutistische conflictenrecht de vraag naar het toepasselijke recht wordt beantwoord. Dat de demarcatielijn wordt getrokken tussen nationale en vreemde werken, of tussen nationale en vreemde auteurs – dat er met andere woorden wordt afgebakend langs een vreemdelingenrechtelijke lijn – doet daar niet aan af. Ook dát is een mogelijke afbakening; in het statutistische conflictenrecht zijn vreemdelingenrechtelijke overwegingen niet uitgesloten, zeker niet waar dat conflictenrecht in de sleutel van de staatssoevereiniteit is geplaatst.

Conflictenrecht en vreemdelingenrecht waren in de tijd vóór Von Savigny niet strikt gescheiden.[206]

501. ***Savigniaans conflictenrecht.*** In de Savigniaanse gedachtewereld ligt dat fundamenteel anders.

502. ***Grondslag.*** Von Savigny, voor wie de mensen "durch ihre Natur und Bestimmung" gelijk zijn[207], legt het non-discriminatiebeginsel expliciet aan zijn conflictenrecht ten grondslag:

> "Dahin führt die wünschenswerthe Gegenseitigkeit in der Behandlung der Rechtsverhältnisse, und die daraus hervorgehende Gleichheit in der Beurtheilung der Einheimischen und Fremden, die in Ganzen und Großen durch den gemeinsamen Vortheil der Völker und der Einzelnen geboten wird. Denn diese Gleichheit muss in vollständiger Ausbildung dahin führen, dass nicht bloß in jedem einzelnen Staate der Fremde gegen den Einheimischen nicht zurückgesetzt werde (worin die Gleiche Behandlung der Personen besteht), sondern dass auch die Rechtsverhältnisse, in Fällen einer Collision der Gesetze, dieselbe Beurtheilung zu erwarten haben, ohne Unterschied, ob in diesem oder jedem Staate das Urtheil gesprochen werde. Der Standpunkt, auf den wir durch diese Erwägung geführt werden, ist der einer völkerrechtlichen Gemeinschaft der mit einander verkehrenden Nationen (…)."[208]

503. Met andere woorden, de grondslag van het Savigniaanse conflictenrecht is de internationale rechtsgemeenschap, en die gemeenschap brengt volgens Von Savigny in tweeërlei opzicht gelijkheid mee: onderdanen en vreemdelingen worden gelijk behandeld (non-discriminatie), en rechtsverhoudingen worden conflictenrechtelijk overal hetzelfde beoordeeld ('Entscheidungsharmonie').

504. ***Methode.*** Maar het non-discriminatiebeginsel is niet alleen uitdrukkelijk verwerkt in de grondslag van het Savigniaanse conflictenrecht, het volgt ook dwingend uit de omkering van de conflictenrechtelijke rechtsvinding. Bepalend voor de conflictenrechtelijke rechtsvinding is immers de 'eigenthümliche Natur' van de rechtsverhouding geworden – en het kan niet zo zijn dat daaruit voor een vreemdeling een ander antwoord op de conflictenrechtelijke vraag wordt geput dan voor een eigen onderdaan. De methode van het Savigniaanse conflictenrecht (rechts-

---

206 Dat geldt ook op terminologisch vlak: "*'Droits des étrangers'* und *'conflit des lois'* werden oft einfach synonym gebraucht.", zo meldde Kahn nog anno 1899 (Kahn 1899, p. 263). Vgl. ook Putter 1845, p. 1, die opmerkt dat het vreemdelingenrecht ("Fremdenrecht") "neuerdings auch am liebsten internationales Privatrecht genannt" wordt. Vgl. in dit verband ook Von Wächter 1842, p. 34, noot 239: "Denn die s.g. Lehre von der Collision der Gesetze versch. Staaten ist nichts Anderes, als ein Theil der Lehre von der Anwendung der Gesetze, da sie blos die Fragen beantwortet, ob und in wie weit unsere Gesetze auch auf Handlungen unserer Bürger, die sie in Auslande vornehmen auf ihre in Auslande gelegenen Sachen, und *auf Ausländer und deren Verhältnisse* anzuwenden sind, *oder ob und in wie weit* hier unsere Richter andere Gesetze in Anwendung zu bringen hat." (cursivering toegevoegd).

207 Von Savigny 1840, p. 331. Dit ligt ook geheel in lijn met zijn hiervoor geschetste rechtsbegrip en de onderliggende, vroeg-liberale negentiende-eeuwse gedachtewereld, waarin vrijheid, gelijkheid en zedelijke verantwoordelijkheid voor de eigen persoon centraal staan.

208 Von Savigny 1849, p. 26-27.

vinding 'aus der Natur der Sache') impliceert met andere woorden noodzakelijkerwijs het non-discriminatiebeginsel in het conflictenrecht. Vreemdelingenrechtelijke overwegingen zijn uitgesloten – dat is een aspect van de 'Entpolitisierung' van het conflictenrecht.[209] Aldus heeft Von Savigny de rol van het vreemdelingenrecht in het conflictenrecht uitgeschakeld, en daarmee heeft hij het conflictenrecht en het vreemdelingenrecht uit elkaar getrokken.[210] Dit is, wederom, een consequentie van de Savigniaanse omkering die tot op heden on(der)belicht lijkt te zijn gebleven.[211]

505. ***Huidige perceptie.*** Zo zijn sinds Von Savigny conflictenrecht en vreemdelingenrecht gescheiden – een scheiding die zich, mét de geleidelijke receptie van het model van Von Savigny sedert de tweede helft van de negentiende eeuw, ongemerkt heeft voltrokken. Het conflictenrecht hield zich voortaan bezig met de vraag naar het toepasselijke recht, zonder daarbij een onderscheid te maken tussen onderdanen en vreemdelingen. En het vreemdelingenrecht werd het rechtsgebied dat zich bezighield met de (privaatrechtelijke) rechtspositie van de vreemdeling ten opzichte van de eigen onderdaan, zonder zich daarbij in te laten met de vraag naar het toepasselijke recht. Die scheiding, en het daaraan ten grondslag liggende conflictenrechtelijke non-discriminatiebeginsel, is tegenwoordig zo vanzelfsprekend en zo vast verankerd in ons rechtsbewustzijn, dat wij ons nauwelijks meer kunnen voorstellen dat het ooit anders is geweest. Wij beschouwen het als een bezonken cultuurgoed in het conflictenrecht.

506. ***Exclusieve disjunctie.*** Derhalve zijn conflictenrecht en vreemdelingenrecht voor ons – in termen van formele logica – exclusief disjunct (contravalent), dat wil zeggen: een rechtsregel is óf conflictenrechtelijk óf vreemdelingenrechtelijk, maar kan niet beide tegelijk te zijn. Wij zien het dus zo: een rechtsregel die het toepasselijke recht betreft, geldt per definitie voor iedereen gelijk; en een rechtsregel die vreemdelingen betreft, zegt per definitie niets over het toepasselijke recht. Vergelijk Kahn: "Und doch scheint nichts klarer zu sein, als daß die Art, wie man die Person des Fremden behandelt, an und für sich mit die Anwendung fremden Rechts gar nichts zu tun hat."[212]

---

209 Zie alinea 485 hiervoor. Voor de volledigheid: vreemdelingenrechtelijke overwegingen zijn uitgesloten, uiteraard met uitzondering van het non-discriminatiebeginsel zelf, dat volgens onze definitie per slot van rekening ook tot het vreemdelingenrecht behoort (zie alinea 16 hiervoor).

210 Overigens lijkt Von Savigny zelf zich niet ten volle bewust te zijn geweest van deze scheiding. Dat is, nog daargelaten de toenmalige terminologische wazigheid, ook wel begrijpelijk. Von Savigny wilde namelijk *elke* ongelijke behandeling van vreemdelingen elimineren, dus niet alleen in het conflictenrecht. Aldus bezien is er geen sprake van een *scheiding* van conflictenrecht en vreemdelingenrecht, maar van een algehele *eliminatie* van het vreemdelingenrecht. De werkelijkheid is echter anders gebleken: non-discriminatie wordt weliswaar alom aanvaard als uitgangspunt in het materiële privaatrecht, maar zij is geen onaantastbaar dogma. Nog altijd zijn er, zij het sporadisch, vreemdelingenrechtelijke regels te vinden in de verschillende privaatrechtsstelsels. Daarentegen is het non-discriminatiebeginsel in ons conflictenrecht wél een ijzeren dogma geworden. Dat kon ook niet anders: het is, zoals wij al zagen, inherent aan het Savigniaanse systeem.

211 Het andere, on(der)belicht gebleven aspect van het Savigniaanse conflictenrecht is de zojuist besproken premisse dat er altijd een toepasselijk rechtsstelsel valt aan te wijzen en een rechtsvacuüm dus onbestaanbaar is (zie par. (i)).

212 Kahn 1899, p. 264.

507. ***Intellectuele-eigendomsrecht.*** Keren wij terug naar de beperking tot nationale werken of auteurs zoals die figureerde in de meeste auteurswetten in de eerste helft van de negentiende eeuw, dan wordt nu duidelijk waarom wij deze beperking tegenwoordig niet als een conflictenrechtelijke afbakening kwalificeren. Wij zijn in de eerste plaats niet meer gewend aan een afbakening als antwoord op de conflictenrechtelijke vraag. Maar zelfs als wij ons daar over heen zetten, kan hier in onze Savigniaanse ogen geen sprake zijn van conflictenrecht. Er wordt immers – zo luidt onze gedachtegang – een onderscheid gemaakt tussen onderdanen en vreemdelingen (of tussen eigen werken en vreemde werken), er is dus sprake van vreemdelingenrecht, en *dus* is er geen sprake van conflictenrecht. De denkfout moge duidelijk zijn: in de Savigniaanse gedachtewereld is het inderdaad uitgesloten dat iets tegelijk vreemdelingenrecht en conflictenrecht is, maar in het statutistische systeem is dat wél mogelijk – en dát is maatgevend, want binnen dat systeem is de beperking tot nationale werken of auteurs ontwikkeld. Ziedaar waarom wij deze beperking tegenwoordig niet als een conflictenrechtelijke afbakening kwalificeren.[213] Wederom vertekent de Savigniaanse bril ons beeld van de statutistische werkelijkheid.

– De beperking als rechtsbevoegdheidskwestie; algemene rechtssubjectiviteit

508. ***Rechtsbevoegdheid.*** In sommige landen, zo kwam eerder ter sprake, werd de beperking van de wettelijke bescherming tot nationale auteurs geplaatst in de sleutel van de rechtsbevoegdheid. Vreemdelingen konden dan dus überhaupt geen drager van auteursrecht zijn; de vreemde auteur werd niet als rechtssubject erkend. Wij hebben al gezien dat de vreemdeling, ooit volledig verstoken van rechtsbevoegdheid, in de loop der eeuwen een steeds grotere rechtsbevoegdheid verkreeg. Voor steeds meer gebieden van het privaatrecht werd de vreemdeling als rechtssubject erkend.[214] Die ontwikkeling mag ondertussen als voltooid worden beschouwd. In onze tijd, waarin de gedachte van universele mensenrechten in grote delen van de wereld is omarmd, speelt de vraag naar de rechtsbevoegdheid van vreemdelingen niet meer. Voor ons is het vanzelfsprekend dat alle mensen – vreemdeling of niet – volledig rechtsbevoegd zijn. Natúúrlijk is de vreemdeling rechtssubject.

509. ***Een vergeten vraag.*** Dat is zelfs zo vanzelfsprekend geworden dat wij de preliminaire vraag naar de rechtsbevoegdheid overslaan. Wij zien deze vraag over het hoofd, en daardoor is voor ons de conflictenrechtelijke vraag de eerste vraag geworden die zich aandient in een internationaal geval.[215] Zoals Audit constateert: "De nos jours en France (…) la question de la jouissance des droits privés est pres-

213 Dezelfde denkfout wordt gemaakt ten aanzien van het beginsel van nationale behandeling. Dat is een vreemdelingenrechtelijke regel en *dus* geen conflictenrechtelijke, zo luidt de redenering dan.

214 Zie par. 1.1.2 onder (b).

215 Ook het Savigniaanse conflictenrecht heeft met zijn sterke gelijkheidsinslag daar aan bijgedragen. In dat systeem past geen (beperkte) rechtsonbevoegdheid van vreemdelingen. Von Savigny zelf postuleert gelijke rechtsbevoegdheid dan ook vóórdat hij zijn grondslag en zijn methode ontwikkelt (Von Savigny 1849, p. 25).

que toujours résolue dans le sens de la reconnaissance, de sorte que les problèmes de conflits de lois se présentent le plus souvent seuls. Mais il n'en a pas toujours été ainsi."[216] Zo komt het dat wij de beperking van de rechtsbevoegdheid van vreemde auteurs, zoals die beperking in sommige auteurswetten in de eerste helft van de negentiende eeuw was opgenomen, tegenwoordig niet meer als zodanig kwalificeren. Wij zien de preliminaire vraag naar de rechtsbevoegdheid domweg over het hoofd.

– Huidige kwalificatie: de beperking als discriminatie door een toepasselijk rechtsstelsel

510. ***Driefasen-structuur.*** Wij hebben nu gezien waarom wij de beperking tot nationale werken of auteurs, welke beperking in vrijwel alle auteurswetten in (de eerste helft van) de negentiende eeuw figureerde, tegenwoordig niet meer op de juiste wijzen weten te kwalificeren. Dit belet ons het rechtsvacuüm in de toestand van rechteloosheid van vreemde werken of auteurs te zien. Zetten wij de zaken gefaseerd op een rij.

511. ***Eerste fase: rechtsbevoegdheid.*** De eerste fase betreft de rechtsbevoegdheidsvraag: kan de vreemdeling überhaupt drager van auteursrecht zijn? Bij deze preliminaire vraag staan wij tegenwoordig niet meer stil. Wij zien haar over het hoofd, omdat het voor ons vanzelfsprekend is dat iedere mens volledig rechtsbevoegd (rechtssubject) is. Daardoor zien wij niet dat de beperking tot nationale auteurs in sommige gevallen een beperking van de rechtsbevoegdheid van vreemdelingen was. En daardoor zien wij het achter die beperking liggende rechtsvacuüm niet: wij zien niet dat, omdat de vreemde auteur überhaupt geen auteursrecht kon hebben, er te zijnen aanzien geen toepasselijke auteurswet was.

512. ***Tweede fase: conflictenrecht.*** Voor ons is de vraag naar het toepasselijke recht de vraag die zich als eerste aandient. Wij beginnen dus te denken in de tweede fase, de conflictenrechtelijke fase. Daarbij benaderen wij de conflictenrechtelijke vraag vanuit onze huidige Savigniaanse gedachtewereld, en binnen dat denkraam sluiten conflictenrecht en vreemdelingenrecht elkaar uit. Daardoor zien wij niet dat de beperking tot nationale werken of auteurs in de meeste gevallen een conflictenrechtelijke afbakening van het toepassingsbereik van de nationale auteurswet was. Want deze beperking maakt een vreemdelingenrechtelijk onderscheid, en in onze Savigniaanse ogen, die bovendien niet zijn gewend aan een afbakening als conflictenrechtelijke oplossing, kan zij dan eenvoudigweg geen conflictenrecht zijn. Daardoor zien wij het achter deze beperking liggende rechtsvacuüm niet: wij zien niet dat, door de combinatie van deze afbakening met het formele-territorialiteitsbeginsel, het toepassingsbereik van de nationale auteurswet zo is afgebakend dat het vreemde werk of de vreemde auteur tussen wal en schip valt, dat te dien aanzien respectievelijk te zijnen aanzien géén recht van toepassing is.

---

216 Audit 2006, p. 15.

513. Wat wij in de conflictenrechtelijke fase wél zien, is het 'territorialiteitsbeginsel', zoals het in de huidige literatuur vaak ongespecificeerd wordt genoemd. De vraag naar het toepasselijk recht werd in onze ogen destijds beantwoord door het algemene 'territorialiteitsbeginsel' en zo bezien is er geen rechtsvacuüm.

514. ***Derde fase: materieel recht.*** Nu wordt ook duidelijk hoe wij de beperking tot nationale werken of auteurs tegenwoordig dan wel duiden. In onze ogen is er wél een toepasselijk rechtsstelsel (en dus geen rechtsvacuüm), maar het als toepasselijk aangewezen recht discrimineert het vreemde werk of de vreemde auteur door hen uit te sluiten. Wij situeren de beperking dus, post-conflictenrechtelijk, in de derde fase, de fase van het materiële recht. Wij zien er discriminatie door het (toepasselijke) materiële recht in. De toestand van rechteloosheid waarin het vreemde werk of de vreemde auteur in de negentiende eeuw verkeerde, is in onze ogen een louter (post-conflictenrechtelijke) vreemdelingenrechtelijke toestand. Dit is de tegenwoordig wijdverbreide kwalificatie – een grotendeels onbewuste kwalificatie want zij is, zoals wij eerder zagen, gestoeld op een aantal onbewuste uitgangspunten. Door deze onjuiste kwalificatie – discriminatie door het toepasselijke materiële recht – komen wij nooit op het rechtsvacuüm uit. En wie het rechtsvacuüm niet onderkent, begrijpt de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling niet.

(iii) De vervreemding van het formele-territorialiteitsbeginsel

515. ***Nog een invloed.*** Wij hebben nu de twee valkuilen besproken, die ons belemmeren om de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling te onderkennen: de verborgen Savigniaanse premisse dat een rechtsvacuüm onbestaanbaar is, en de door de Savigniaanse scheiding van conflictenrecht en vreemdelingenrecht veroorzaakte onjuiste kwalificatie van de beperking tot nationale werken of auteurs. Hiermee is evenwel nog niet alles gezegd over de invloed van het Savigniaanse denken op de begripsverduistering ten aanzien van de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling. Het huidige Savigniaanse denken heeft ons namelijk óók nog vervreemd van een ander element dat in de onderhavige materie een belangrijke rol speelt, te weten het formele-territorialiteitsbeginsel, het destijds geldende algemene uitgangspunt dat het toepassingsbereik van het recht is afgebakend tot het eigen territoir (materiële territorialiteit) en dat de rechter slechts zijn eigen recht toepast (formele territorialiteit).

516. ***Rol formele-territorialiteitsbeginsel.*** Dit beginsel speelde, zoals wij eerder hebben gezien, een rol bij zowel het ontstaan van het probleem (het rechtsvacuüm), als bij de oplossing van dat probleem (de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling).[217] Voor het ontstaan van het probleem was het formele-territorialiteitsbeginsel doorgaans mede-verantwoordelijk; het rechtsvacuüm werd

217 Zie par. 1.1.2.

in de meeste gevallen immers veroorzaakt door de combinatie van enerzijds de afbakening(en) door het formele-territorialiteitsbeginsel en anderzijds de afbakening tot nationale werken of auteurs.[218] En de rol van het formele-territorialiteitsbeginsel bij de oplossing van het probleem moge ondertussen duidelijk zijn; de oplossing is het opvullen van het rechtsvacuüm door het formele-territorialiteitsbeginsel. Het beginsel van nationale behandeling elimineerde immers de afbakening tot nationale werken of auteurs, en breidde aldus het toepassingsbereik van de formeel- en materieel-territoriaal toepasselijke wet uit tot vreemde werken of auteurs. Het beginsel van nationale behandeling is in conflictenrechtelijk opzicht de vervollediging van het formele-territorialiteitsbeginsel.[219]

517. ***Vervreemding.*** Tegenwoordig zijn wij, als gezegd, van het formele-territorialiteitsbeginsel vervreemd geraakt. In de Savigniaanse denkwereld heeft het formele-territorialiteitsbeginsel afgedaan als conflictenrechtelijke oplossing.[220]

518. ***Wel bestaanbaar.*** Maar het formele-territorialiteitsbeginsel is in de Savigniaanse denkwereld zeker niet onbestaanbaar. De beide bestanddelen waaruit het formele-territorialiteitsbeginsel bestaat (materiële en formele territorialiteit), zijn in de Savigniaanse denkwereld denkbaar. Materiële territorialiteit is denkbaar. Sterker nog, hiermee zijn wij volkomen vertrouwd, zeker in het aan de orde zijnde onderzoeksveld: tegenwoordig acht de heersende mening het materiële territorialiteitsbeginsel van toepassing op het intellectuele-eigendomsrecht (de lex loci protectionis-verwijzing). En formele territorialiteit is denkbaar. Von Savigny zelf erkende haar, hij plaatste immers bepaalde rechtsregels bij wijze van uitzondering buiten zijn model, en achtte hen onderworpen aan formele territorialiteit.[221] Dat wij tegenwoordig minder vertrouwd zijn met formele territorialiteit (zij is namelijk grotendeels 'opgelost' in andere leerstukken zoals dat van de voorrangsregels), doet daar niet aan af. Formele territorialiteit was voor Von Savigny de antithese van zijn model; reeds daarom is zij wel degelijk bestaanbaar in het Savigniaanse universum. In de Savigniaanse denkwereld zijn materiële en formele territorialiteit dus niet uitgesloten. Denkbaar is dat zij, tezamen het formele-territorialiteitsbeginsel vormende, op een bepaald rechtsgebied van toepassing zijn.

519. ***Geen systeembeletsel.*** Dat wij tegenwoordig zijn vervreemd van het formele-territorialiteitsbeginsel, is dus niet inherent aan het Savigniaanse denken. Het

---

218 Dit geldt voor de constellatie dat de beperking tot nationale werken of auteurs was vormgegeven als een afbakening van het toepassingsbereik van de nationale wet (par. 1.1.2 onder (a)), hetgeen meestal het geval was (par. 1.1.2 onder (c)). In sommige gevallen was echter sprake van een beperking tot nationale auteurs die niet was vormgegeven als afbakening van het toepassingsbereik van de nationale wet, maar als beperking van de rechtsbevoegdheid van vreemdelingen (par. 1.1.2 onder (b)); in die gevallen speelde het formele-territorialiteitsbeginsel geen rol bij het ontstaan van het probleem (maar wel bij de oplossing).

219 Dat geldt – langs een andere weg – ook voor de gevallen waarin de beperking tot nationale auteurs was vormgegeven als een beperking van de rechtsbevoegdheid van vreemdelingen, zie par. 1.1.2 onder (b).

220 Zie par. 5.1.2 onder (b).

221 Zie par. 5.1.2 onder (b). Von Savigny 1849, p. 32: "Bei solchen Gesetzen wird der Richter das einheimische Recht ausschliessender anzuwenden haben (…), das fremde Recht dagegen unangewendet lassen müssen (…)."

formele-territorialiteitsbeginsel valt anders gezegd binnen de Savigniaanse denkwereld, zodat wij het kunnen kennen zonder te hoeven uitstijgen boven die denkwereld – zulks in tegenstelling tot bijvoorbeeld het fenomeen van het rechtsvacuüm. Het rechtsvacuüm is door de Savigniaanse bril niet zichtbaar, het formele-territorialiteitsbeginsel wel. Het formele-territorialiteitsbeginsel ligt dus op zich binnen ons handbereik ('denkbereik'), maar het is in de vergetelheid geraakt. Er is sprake van vervreemding, niet van onkenbaarheid.

520. ***Consequentie 1.*** Een gevolg van deze vervreemding is, zo moge duidelijk zijn, dat het (nog) moeilijker wordt om de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling te ontwaren.

521. Daarbij moet worden aangetekend dat die moeilijkheid niet zozeer op zuiver-begripsmatig vlak ligt, want het vergeten van het formele-territorialiteitsbeginsel hoeft in dit verband strikt genomen niet onoverkomelijk te zijn. Dat komt door het volgende. Om het rechtsvacuüm (en daarmee de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling) te begrijpen, is begrip van het materiële territorialiteitsbeginsel voldoende, want het is strikt genomen de materieel-territoriale afbakening (en niet de formeel-territoriale afbakening) die in combinatie met de afbakening tot nationale werken of auteurs het rechtsvacuüm veroorzaakt.[222] Materiële territorialiteit is het 'werkzame bestanddeel'. En juist met dit bestanddeel zijn wij heden ten dage volkomen vertrouwd. Met andere woorden: dat wij vervreemd zijn geraakt van het formele-territorialiteitsbeginsel hoeft, gelet op het feit dat wij het intellectuele-eigendomsrecht aan materiële territorialiteit onderworpen achten, ons strikt genomen niet te verhinderen de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling te onderkennen. Op zuiver-begripsmatig vlak is onze vervreemding van het formele-territorialiteitsbeginsel derhalve niet fataal voor het begrip van deze conflictregel.[223]

522. Maar de vervreemding maakt het ons wel op een ander vlak moeilijker om de conflictregel in dat beginsel te onderkennen: het wordt immers moeilijker om de toenmalige literatuur te begrijpen, en om door te dringen in de toenmalige denkwereld rond het beginsel van nationale behandeling.

523. ***Consequentie 2.*** Een ander gevolg van de vervreemding van het formele-territorialiteitsbeginsel is dat wij de formule "de wetgeving van het land waar de bescherming wordt ingeroepen" ("la législation du pays où la protection est réclamée") in de Berner Conventie en het Verdrag van Parijs niet meer begrijpen.[224]

---

222 Het gaat hier nu om de denkbaarheid ('strikt genomen'), niet om de praktische waarschijnlijkheid. Overigens gaat deze vlieger niet op in de enkele gevallen waarin een beperking tot nationale auteurs moet worden gekwalificeerd als rechtsbevoegdheidsbeperking.

223 De grootste begripsmatige valkuilen zijn daarom – zoals zojuist besproken – de onjuiste kwalificatie van de beperking tot nationale werken of auteurs en de onbestaanbaarheid van het rechtsvacuüm in de Savigniaanse denkwereld.

224 Denk aan de controverse rond art. 5 lid 2, tweede volzin Berner Conventie (zie par. 3.2.2 onder (b)(ii) en par. 3.4.2). Deze formule komt in beide verdragen op verschillende plaatsen voor (zie par. 5.3.2 onder (b)(ii)).

Want wie het formele-territorialiteitsbeginsel niet onderkent, dissocieert lex fori en lex loci protectionis, en ziet zich bij de interpretatie van deze bepaling bijgevolg (ten onrechte) gesteld voor een keuze tussen die twee.[225]

524. ***Conclusie.*** Zo heeft, naast de twee hiervoor behandelde valkuilen, ook de door Von Savigny veroorzaakte vervreemding van het formele-territorialiteitsbeginsel bijgedragen aan de hier onderzochte begripsverduistering.[226]

d. Conclusie

525. ***Synthese.*** Nemen wij het voorgaande tezamen. Het Savigniaanse model bepaalt in zo sterke mate ons huidige conflictenrechtelijke en vreemdelingenrechtelijke denken dat wij het rechtsvacuüm in de toestand van rechteloosheid, en daardoor de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling, niet meer onderkennen. Enerzijds maakt de verborgen Savigniaanse premisse dat er altijd een toepasselijk rechtsstelsel valt aan te wijzen, ons blind voor het rechtsvacuüm. Anderzijds is het met name het Savigniaanse non-discriminatiepostulaat, en de daaruit voortvloeiende onopgemerkte Savigniaanse scheiding van conflictenrecht en vreemdelingenrecht, die maakt dat wij de negentiende-eeuwse beperking tot nationale werken of auteurs onjuist kwalificeren, waardoor wij niet bij het rechtsvacuüm uitkomen.

526. Deze tweede reden wordt overigens versterkt door de eerste: omdat in onze Savigniaanse denkwereld geen rechtsvacuüm bestaat, zijn wij al snel geneigd de toestand van rechteloosheid zo te interpreteren dat een rechtsvacuüm zich ook niet voordoet – men redeneert niet snel naar een onmogelijk geachte uitkomst. Zo doen wij aan 'hinausinterpretieren'. Deze twee redenen zijn de twee valkuilen, die maken dat wij het rechtsvacuüm – en daarmee de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling – tegenwoordig niet meer begrijpen.

527. Daarnaast heeft ook de door Von Savigny veroorzaakte vervreemding van het formele-territorialiteitsbeginsel bijgedragen aan deze begripsverduistering.

528. Zo worden wij langs drie wegen gehinderd door ons Savigniaanse denken. Wij bezien een statutistisch probleem en de bijbehorende statutistische oplossing door een Savigniaanse bril, en daardoor valt de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling buiten beeld. Ondertussen zijn wij ons er niet eens van *bewust* dat wij door een Savigniaanse bril kijken en dat die bril ons blikveld vernauwt – en dat maakt deze conflictregel voor ons onbereikbaar.

---

225 Zie bijvoorbeeld Lucas & Lucas 2006, p. 954; Lucas & Lucas 1994, p. 889 e.v.

226 De vervreemding van het formele-territorialiteitsbeginsel heeft er daarnaast ook toe geleid dat men de formele-territorialiteitscomponent van dit beginsel onjuist is gaan duiden; mede daardoor is deze component in het industriële-eigendomsrecht uiteindelijk *buiten* de context van het conflictenrecht gedeeltelijk gereïncarneerd. Dit komt ter sprake in par. 5.1.3.

529. Dit alles is *ons* probleem; de verdragsopstellers treft geen blaam. *Ons* onbegrip wordt veroorzaakt doordat *wij* anders zijn gaan denken. Men herinnere zich de beeldspraak van Bozérian. Bozérian, de voorzitter van de Parijse conferentie waar het Verdrag van Parijs werd geschreven, vergeleek in zijn openingsrede in 1880 het werk van de conferentie met het schrijven van een boek: "C'est la préface d'un livre qui va s'ouvrir et qui ne sera peut-être fermé que dans de longues années." [227] Welnu, die tekst, hún tekst – die zij nog in de taal van de statutenleer schreven – lezen wij tegenwoordig met de verkeerde, want Savigniaanse, bril.

5.1.3. Hoe de begripsverduistering zich voltrok

530. ***Inleiding.*** In de vorige paragraaf hebben wij verklaard waarom de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling thans niet meer wordt begrepen. Bij deze verklaring hebben wij tot nu toe twee denkwerelden ('universums') in juxtapositie geplaatst: de statutistische en de modern-Savigniaanse. Dat is afdoende. Want het is een feit dat het beginsel van nationale behandeling is ontwikkeld in de statutistische denkwereld, en het is ook een feit dat wij dit beginsel tegenwoordig (onbewust) benaderen vanuit de huidige Savigniaanse denkwereld. Nu heeft deze begripsverduistering natuurlijk niet van de ene op de andere dag plaatsgevonden. Er is sprake geweest van een geleidelijke en onbewuste verschuiving in het conflictenrechtelijke denken over het intellectuele-eigendomsrecht, waardoor de begripsverduistering kon plaatsvinden. In deze paragraaf wordt onderzocht hoe de begripsverduistering zich heeft voltrokken. Daarmee wordt een nadere verklaring voor het hedendaagse onbegrip geleverd – maar dat is, als gezegd, niet noodzakelijk om het hedendaagse onbegrip te kunnen begrijpen.

531. ***Reconstructie hoofdlijnen.*** Het moge duidelijk zijn dat het moeilijk is om zo'n proces van begripsverschuivingen te reconstrueren aan de hand van hard bewijs in literatuur en jurisprudentie. Het gaat immers om denkwijzen en vooronderstellingen die doorgaans niet worden geëxpliciteerd. Terwijl derhalve het beginpunt (statutistische denkwereld) en het eindpunt (de huidige Savigniaanse denkwereld) duidelijk zijn, is het niet gemakkelijk om een exact beeld te geven van de verschuiving daartussen. Laten wij, met dat voorbehoud, de meest aannemelijke reconstructie van de hoofdlijnen van deze verschuiving trachten te schetsen.[228]

a. Reconstructie van het begripsverduisteringsproces

532. ***Intellectuele eigendom in statutistisch spoor.*** Von Savigny maakte zijn nieuwe conflictenrecht in 1849 wereldkundig. Zijn model heeft in het continentale conflictenrecht de statutenleer verdrongen in (grofweg) de tweede helft van de negentiende eeuw. Dat gold evenwel niet voor het terrein van het intellectuele-

227 Actes VP 1880, p. 18-19 (Procès-verbaux). Zie alinea 32 hiervoor.

228 Ongetwijfeld zal men in rechtspraak en literatuur afwijkingen van deze hoofdlijnen kunnen aanwijzen, gevallen waarin bijvoorbeeld voorop gelopen werd, of waarin andere wegen werden bewandeld. Het is echter ondoenlijk om een compleet beeld te schetsen, daarom is het navolgende beperkt tot de hoofdlijnen.

eigendomsrecht. De Savigniaanse denkwereld heeft het intellectuele-eigendomsrecht lange tijd onaangeroerd gelaten. Voor dit rechtsgebied ging men in de tweede helft van de negentiende eeuw voort in de oude, statutistische traditie. Aan een andere koers werd niet gedacht; het intellectuele-eigendomsrecht werd daarvoor te zeer als publiekrecht ervaren. Deze publiekrechtelijke karakterisering kan vanuit twee (samenhangende) invalshoeken worden verklaard.

533. In de eerste plaats werd, vanuit het conflictenrecht, het intellectuele-eigendomsrecht een zekere verwantschap met het (publiekrechtelijke) strafrecht toegedacht. Hetzelfde gold voor het onrechtmatige-daadsrecht.[229] Zo behandelt Foelix anno 1843 in zijn standaardwerk deze drie rechtsgebieden in één titel die is genaamd "Des actes illicites de l'homme, ou du droit criminel international." Het hoofdstuk over het intellectuele-eigendomsrecht is ingeklemd tussen een hoofdstuk over de tenuitvoerlegging van buitenlandse strafvonnissen en een hoofdstuk over uitlevering.[230] En Von Bar merkt anno 1889 over het intellectuele-eigendomsrecht nog op: "Man kann also in gewissen Sinne auch sagen, hier gelte Territorialprincip wie im Strafrecht."[231]

534. In de tweede plaats werd de (gedeeltelijk) publiekrechtelijke karakterisering van het intellectuele-eigendomsrecht óók – en waarschijnlijk nog sterker – veroorzaakt door de nationale politiek-economische belangen die, zo kwam al eerder aan de orde, in de negentiende eeuw een dominante rol speelden op dit rechtsgebied.[232] Men was er met name op gespitst de nationale industrie te bevoordelen.

535. ***Politiek-economische belangen richtinggevend.*** Deze politiek-economische belangen werpen een verhelderend licht op de weg die het internationale intellectuele-eigendomsrecht in de tweede helft van de negentiende eeuw is gegaan.

536. Er waren landen die belang hadden bij de oude situatie, bij de toestand van rechteloosheid, want hierdoor kon een nationale industrietak floreren. Men herinnere zich de opmerking van Klostermann anno 1867: "Das Eigenthum und die Schuldforderungen des Auslandes zu schützen, lehrte das eigene handgreifliche Interesse des inländischen Handels, weil ohne diese Bedingung ein Verkehr mit dem Auslande nicht möglich war." Maar voor intellectuele eigendom lag dat anders: "Die Literatur einer fremden Nation unentgeltlich auszubeuten gilt aber noch heute in den Augen gewisser Staatsmänner und Nationalökonomen für angemessen und erlaubt."[233] Andere landen waren (dus) niet snel geneigd om van hun kant deze toestand van rechteloosheid op te geven, al was het alleen maar om een hefboom in handen te hebben vis-à-vis de 'piratenlanden'. Zo dicteerden nationa-

229 Het onrechtmatige-daadsrecht begon men vanuit het conflictenrecht echter reeds in het laatste kwart van de negentiende eeuw los te zien van het strafrecht, vgl. bijvoorbeeld Asser 1880, p. 65; Kosters 1917, p. 791. Voor het intellectuele-eigendomsrecht zou dat langer duren.
230 Foelix 1843, p. 575 e.v. (vgl. Foelix 1843, p. 528-529 over definities en indelingen).
231 Von Bar 1889, Bd. II, p. 236.
232 Zie par. 1.1.1 en par. 4.1.
233 Klostermann 1867, p. 5-6. Zie par. 1.1.1.

le politiek-economische belangen de handhaving van de traditionele toestand van rechteloosheid, en daarmee dus ook van (de conflictregel in) het beginsel van nationale behandeling als remedie – want dat was het gebruikelijke remedie dat bovendien volledig aansloot op deze belangen: want áls men dan overging tot bescherming van vreemde werken of auteurs dan hield men dat zoveel mogelijk in eigen hand, dat wil zeggen: bescherming door de eigen wet en de eigen rechter. In het intellectuele-eigendomsrecht bestond een sterke 'controlebehoefte'. Het is niet zonder reden dat Fliniaux anno 1878 moest constateren dat zijn lex originis-voorstel "une révolution complète dans les idées généralement reçues" was.[234] Het intellectuele-eigendomsrecht duldde geen andere benadering.

537. In de lijn van deze politiek-economische belangen past ook de toenmalige, gebruikelijke keuze voor het (bilaterale) verdrag als vehikel voor het beginsel van nationale behandeling. Aldus hield men de regie van de eigen belangen in handen, waarbij bescherming van intellectuele eigendom ook in een breder kader kon worden uitgeruild tegen andere handelsconcessies.[235]

538. Dit was de toestand in het midden van de negentiende eeuw. Terwijl het Savigniaanse conflictenrecht zich vanaf 1849 ontrolde over vele rechtsgebieden, ging het intellectuele-eigendomsrecht voort in zijn eigen oude spoor. Met name na het midden van de negentiende eeuw kwam de stroom van bilaterale verdragen, gebaseerd op nationale behandeling, pas goed op gang.[236] Ergo: het intellectuele-eigendomsrecht had, op grond van specifieke politiek-economische belangen, zijn eigen problematiek (de toestand van rechteloosheid), waarvoor een eigen conflictenrechtelijke oplossing (het beginsel van nationale behandeling) en een eigen modus operandi (het bilaterale verdrag) was ontwikkeld.

539. ***Von Savigny zelf.*** Tegen deze achtergrond wordt ook begrijpelijk waarom Von Savigny anno 1849 in zijn conflictenrechtelijke magnum opus, de achtste band van zijn 'System des heutigen Römischen Rechts', in het geheel niet over het intellectuele-eigendomsrecht spreekt: Von Savigny plaatste het intellectuele-eigendomsrecht niet eens, zoals het onrechtmatige-daadsrecht, als 'anomaal privaatrecht' buiten zijn eigenlijke conflictenrechtelijke model, hij plaatste het buiten het privaatrecht, net als bijvoorbeeld het strafrecht, dat hij ook onbesproken heeft gelaten.[237] Voor het intellectuele-eigendomsrecht ging men, wat Von Savigny betreft, in het oude spoor voort.

---

234 Fliniaux 1879, p. 143.

235 De bilaterale regelingen over intellectuele eigendom waren dikwijls (accessoir) verbonden aan handelsverdragen (zie alinea's 123 en 344 hiervoor).

236 Zie par. 2.1.1 en par. 4.2.1 onder (a).

237 Voor zover Neuhaus suggereert dat Von Savigny de intellectuele-eigendomsrechten over het hoofd heeft gezien (zulks wellicht omdat zij in het Romeinse recht nog niet bestonden), lijkt dat derhalve onjuist (Neuhaus 1976 (*Freiheit*), p. 193). Het is overigens ook zeer onwaarschijnlijk dat Von Savigny het intellectuele-eigendomsrecht over het hoofd heeft gezien: hij was namelijk goed ingevoerd in deze materie – onder zijn leiding is de Pruisische auteurswet van 11 juni 1837 uitgewerkt. Zie Recueil des conventions (propriété littéraire) 1904, p. XIX; Klostermann 1867, p. 55; *Beiträge zur Erläuterung des Nachdruck-Gesetzes* 1864, p. 242 e.v. Zie ook noot 66 van hoofdstuk 1.

540. ***Berner Conventie en Verdrag van Parijs.*** In dat oude statutistisch-conflictenrechtelijke spoor is men nog lang voortgegaan. In de jaren tachtig van de negentiende eeuw gingen de verdragsopstellers van de Berner Conventie en het Verdrag van Parijs er in voort.[238] En ook de verdragsopstellers van de daaropvolgende conferenties dachten nog bewust in dit spoor. Dat geldt voor de verdragsopstellers van het Verdrag van Parijs ten tijde van de conferentie te Washington in 1911: "L'article 2 établit le principe fondamental de l'assimilation des ressortissants de l'Union aux nationaux et, par conséquent, le principe de l'application de la loi territoriale."[239] En dat geldt ook voor de verdragsopstellers van de Berner Conventie ten tijde van de Berlijnse herzieningsconferentie in 1908: "le système du traitement national, qui impliquait l'application pure et simple de la loi territoriale."[240] Anno 1908 kerfden laatstgenoemde verdragsopstellers bovendien ook nog, na een uitvoerige conflictenrechtelijke discussie, het formele-territorialiteitsbeginsel in het toenmalige artikel 4 (thans artikel 5) lid 2, tweede volzin, als consequentie van het beginsel van nationale behandeling: "Bijgevolg worden, buiten de bepalingen van deze Conventie, de omvang van de bescherming, zowel als de rechtsmiddelen, die de auteur worden gewaarborgd ter handhaving van zijn rechten, uitsluitend bepaald door de wetgeving van het land, waar de bescherming wordt ingeroepen." [241] In 1908 en 1911 werd de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling dus nog erkend door een maatgevend gezelschap als de verdragsopstellers van de Berner Conventie en die van het Verdrag van Parijs.

541. ***Kentering: twee ontwikkelingen.*** Maar na die tijd begonnen de erkenning en het begrip van deze conflictregel sluipenderwijs steeds meer af te kalven. Twee ontwikkelingen, die overigens al in de tweede helft van de negentiende eeuw waren ontkiemd, begonnen zich steeds duidelijker af te tekenen – en deze twee ontwikkelingen hebben ons uiteindelijk gebracht in de huidige situatie van onbegrip.

542. ***Ontwikkeling 1: expansie Savigniaans denken.*** In de eerste plaats was er de verdere expansie van het Savigniaanse universum, waardoor het begrip van de statutistische denkwereld in de vergetelheid werd weggedrukt, met name waar het ging om een 'systemfremd' fenomeen als het rechtsvacuüm. De Savigniaanse denkwijze, die vanaf het midden van de negentiende eeuw was opgerukt, begon de statutistische denkwereld zozeer te verdringen dat het begrip van het rechtsvacuüm, en daarmee van de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling, begon te vervagen.

543. ***Ontwikkeling 2: civilisatie intellectuele-eigendom.*** In de tweede plaats werd tegelijk het intellectuele-eigendomsrecht vanuit het conflictenrecht steeds meer

238 Zie ook par. 2.2.2 onder (a), en par. 4.2.1 onder (b).
239 Actes VP 1911, p. 306 (Rapport d'ensemble), zie alinea 354 hiervoor.
240 Actes BC 1908, p. 160 (Procès-verbaux, toespraak gedelegeerde Osterrieth namens gastland Duitsland), zie alinea 203 hiervoor.
241 Zie par. 3.2.2 onder (b)(ii).

als normaal privaatrecht ervaren[242], waardoor steeds minder schroom bestond om te dien aanzien het eigenlijke Savigniaanse model toe te passen. Het intellectueleeigendomsrecht verloor anders gezegd zijn conflictenrechtelijke uitzonderingspositie.[243]

544. ***Schaarbeweging.*** Zo is het huidige onbegrip ten aanzien van de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling uiteindelijk het gevolg van een dubbele schaarbeweging: enerzijds is het conflictenrecht Savigniaans geworden, anderzijds is het intellectuele-eigendomsrecht 'geciviliseerd'.

545. ***Begin twintigste eeuw.*** In het eerste kwart van de twintigste eeuw bleef dit alles nog versluierd. Of de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling nu wel of niet werd begrepen, de praktijk handelde zoals zij altijd had gehandeld: procedures werden aanhangig gemaakt bij de rechter van het land waar de inbreuk plaatsvond, en deze rechter paste zijn nationale wet toe. Er deden zich niet veel gevallen voor waarin conflictenrechtelijke vragen rezen. De vraag naar het toepasselijk recht was dus niet nijpend; zij riep in de praktijk geen problemen op.[244] Zo kabbelde het in het eerste kwart van de twintigste eeuw voort, terwijl zich onder de oppervlakte de twee zojuist genoemde ontwikkelingen ontrolden. Maar eens moest het groeiende onbegrip ten aanzien van de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling wel naar de oppervlakte komen. En aldus geschiedde in het tweede kwart van de twintigste eeuw: in de jaren dertig ontbrandde een debat over conflictenrecht en intellectuele-eigendomsrecht, in welk debat het begrip van de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling bleek te zijn afgekalfd.

546. ***Fokker-zaak.*** Het lijkt er op dat een Nederlands vonnis in 1926 in belangrijke mate heeft bijgedragen aan het op gang komen van dit internationale debat en het naar de oppervlakte komen van het sluimerende onbegrip.[245] Het betrof een octrooizaak. Een Duitse octrooihouder had een Nederlander – de heer Fokker, die destijds in Duitsland woonde – voor de Duitse rechter gedagvaard ter zake van inbreuk in Duitsland op een Duits octrooi. Fokker werd veroordeeld, maar was ondertussen geremigreerd naar Nederland. Het Duitse vonnis kon niet tegen hem worden tenuitvoergelegd: in Duitsland niet, omdat daar geen verhaal meer mogelijk was; in Nederland niet, omdat het vonnis bij ontstentenis van een executie-

242 Vgl. Bureau de l'Union, *PI* 1930, p. 17; Boucher 1932, p. 38. Anno 1948 merkt Riezler 1948, p. 17, over industriële-eigendomsrechten op dat "(…) sie ihrer Natur nach zweifellos dem Privatrecht zugehören (…)."

243 Von Savigny heeft voorspeld dat de uitzonderingen die hij op zijn conflictenrechtelijke model maakte (zie alinea 487 hiervoor), geleidelijk zouden verminderen: "Es ist aber zu erwarten dass diese Ausnahmefälle, in Folge der natürlichen Rechtsentwickelung der Völker, sich fortwährend vermindern werden." (Von Savigny 1849, p. 38). Waarschijnlijk had hij niet kunnen bevroeden dat zijn model zelfs zou worden toegepast op een rechtsgebied dat hij geheel buiten het privaatrecht plaatste (vgl. alinea 539 hiervoor).

244 Nog anno 1936 constateert bijvoorbeeld Mezger 1936 (*Loi autrichienne*), p. 110, dat het zeer zeldzaam is dat de nationale (i.c. Oostenrijkse) rechter wordt geroepen om te oordelen over bescherming in het buitenland. Voor die tijd voorzag slechts een enkeling terloops de (overigens theoretisch geachte) mogelijkheid van een onderscheid tussen de formeel-territoriaal en de materieel-territoriaal toepasselijke wet, zie noot 97 van hoofdstuk 3.

245 Rb. Amsterdam 25 januari 1926, *NJ* 1926, p. 378 (Dittmar q.q./Fokker). Zie ook noot 250 van dit hoofdstuk 5.

verdrag niet in Nederland kon worden erkend. Uit arren moede begon de rechthebbende dus maar een nieuwe procedure in Nederland, voor het Nederlandse forum rei, terzake van de inbreuk op het Duitse octrooi.[246] Dit was dus een zaak die niet, zoals tot dan toe gebruikelijk was, speelde bij de rechter van het land waar de inbreuk plaatsvond; zij was aanhangig gemaakt bij een andere rechter, zodat de vraag naar het toepasselijke recht niet langer kon worden veronachtzaamd.

547. De overwegingen in het vonnis van de Amsterdamse rechtbank onthullen de verschuivende denkwereld van die tijd. Enerzijds begreep de rechtbank de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling in artikel 2 van het Verdrag van Parijs niet meer: deze bepaling werd over het hoofd gezien. Anderzijds ervoer de rechtbank het octrooirecht nog niet geheel als normaal privaatrecht. Zij overwoog dat hier geen sprake was van een gewone onrechtmatige daad:

> "dat echter de vordering wegens inbreuk op een octrooi een bijzonder karakter draagt;
> O. immers, dat het octrooi is afhankelijk van de verleening door den Octrooiraad en van het geregeld betalen van een recht dat geheven wordt, waardoor krachtens speciale wetsbepalingen een monopolie wordt verworven, hetwelk uit den aard der zaak geen extraterritoriale werking beoogt;
> dat toch het octrooirecht niet zonder meer geeft een recht aan den uitvinder dat aan dien uitvinder overal toekomt, maar dit recht slechts geeft aan hem die zich bij den octrooiraad aanmeldt en die bij verleening van het octrooi, de voorgeschreven belasting geregeld betaalt en blijft betalen;
> dat aan den octrooihouder, die aan deze voorwaarden voldoet, bescherming wordt verleend;
> dat deze bescherming echter niet kan gaan buiten het bereik der machtsmiddelen van den wetgever, die het heeft ingesteld;
> O. dat de Nederlandse rechter dus geen vordering kan toewijzen, gegrond op buiten het Nederlandsche grondgebied verworven octrooien (…);
> O. dat eischer dus niet-ontvankelijk moet worden verklaard (…);"

548. De rechtbank oordeelde dus overeenkomstig het formele-territorialiteitsbeginsel, zulks niet ingevolge de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling, maar omdat het naar haar oordeel om een bijzondere onrechtmatige daad ging. Het conflictenrechtelijke eindresultaat is, zo moge duidelijk zijn, evenwel hetzelfde. En de rechthebbende stond machteloos.

549. Deze schrijnende zaak trok internationaal veel aandacht.[247] Dat zal mede zijn veroorzaakt doordat de internationale kamer van koophandel ('ICC') zich, (mede) naar aanleiding van het Amsterdamse vonnis, met deze materie ging bemoeien.[248] Zo werd de Fokker-zaak een 'cause célèbre'. Enerzijds moest men vaststellen dat

---

246 Voor de feiten van de zaak, zie met name ook Salomonson 1929, p. 58 e.v.

247 Bureau de l'Union, *PI* 1930, p. 15 e.v. Zie ook Van der Flier 1927, p. 117-119; Salomonson 1928, p. 25-26; Salomonson 1929, p. 58-69; M. Plaisant 1932, p. 472 e.v.; Zeijlemaker 1938, p. 17 e.v.; Ostertag 1942, p. 113; R. Plaisant 1945, p. 182; Troller 1952, p. 262, noot 3; AIPPI Annuaire 1957(NS4), p. 281-283 (rapport Nederlandse AIPPI-groep); Stauder 1973, p. 510. Zie ook Ulmer 1975, p. 16; Raynard 1990, p. 384, noot 154.

248 Bureau de l'Union, *PI* 1930, p. 15 e.v. Zie ook Troller 1952, p. 261 e.v.; AIPPI Annuaire 1957(NS4), p. 281-283 (rapport Nederlandse AIPPI-groep). De bemoeienis van de ICC komt hierna nog aan de orde.

de door het formele-territorialiteitsbeginsel bepaalde benadering van de rechtbank geheel in lijn was met de buitenlandse jurisprudentie – van die tijd en van vroeger tijden.[249] Anderzijds werd de uitkomst onbevredigend geacht en begon men te zoeken naar oplossingen. Het onderwerp stond nu prominent op de agenda.[250]

550. ***Debat.*** Zo ontspon zich, in het krachtenveld van de twee eerdergenoemde ontwikkelingen, een debat over conflictenrecht en intellectuele-eigendomsrecht waarin het begrip van de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling bleek te zijn geërodeerd. Veelzeggend is de constatering over dit debat van Erlanger in 1937:

> "Si les questions de la protection internationale des auteurs étrangers (conditions des étrangers) ont été beaucoup discutées depuis l'existence de la Convention de Berne (…), on doit constater que les problèmes du conflit de lois n'ont retenu l'attention que depuis peu d'années. C'est, nous paraît-il, le mérite de M. le Prof. Ghiron d'avoir mis en lumière le premier dans une étude magistrale, les problèmes de droit international privé en notre matière." [251]

551. De genoemde studie van Ghiron dateert uit 1931.[252]

552. ***Erkenning zonder begrip.*** In dat debat waren er auteurs die onderkenden dat in het beginsel van nationale behandeling een conflictregel besloten ligt. Maar vaak bleef het bij een loutere constatering, zodat niet goed valt na te gaan of zij deze conflictregel ook werkelijk begrepen.[253] Dat valt in zijn algemeenheid echter te betwijfelen, want bij de auteurs die hun standpunt wel uitwerkten, is zichtbaar

---

249 Bureau de l'Union, *PI* 1930, p. 16 (met rechtspraakverwijzingen); Salomonson 1928, p. 25-26; noot in *NJ* 1926, p. 378; M. Plaisant 1932, p. 472 e.v.

250 Overigens is daarmee niet gezegd dat het probleem niet al eerder gesignaleerd was. Zo had Jungmann 1924, p. 47 (die de conflictregel van het industriële-eigendomsrecht in het (formele-) territorialiteitsbeginsel *sec* leek te situeren) in 1924 als sluiproute voorgesteld dat het wel mogelijk moest zijn dat een Duitser op grond van § 823 BGB (dus buiten het octrooirecht om) bij de Duitse rechter een verbod en schadevergoeding kan vragen wegens schending van zijn buitenlandse octrooi in het buitenland (anders: Kent 1906, p. 365-366). Maar het werd vóór de Fokker-zaak waarschijnlijk meer als hypothetisch ervaren.

251 Erlanger 1937, p. 302. Veelzeggend, omdat Erlanger hier er blijk van geeft de conflictregel in het Berner beginsel van nationale behandeling niet te onderkennen.

252 Ghiron 1931, p. 299 e.v. (vgl. p. 301-303). Ghiron zocht de conflictregel voor het (grootste deel van het) auteursrecht in de impliciete territorialiteit van het materiële auteursrecht ("tali regole sono adunque a ritenersi, per natura loro, (…) strettamente territoriali", p. 301) en zag in de Berner Conventie kennelijk geen conflictregel; vgl. Ghiron 1931, p. 303, waar hij, na onder meer de Berner Conventie te hebben aangestipt, opmerkte: "Come si vede, nei tre casi suaccennati si rimane sempre sotto l'impero di una norma di applicazione italiana, implicitamente contenuta in tutte le regole oggettive sostanziali (comunque individuate) per virtù quella loro territorialità dianzi rilevata." Ook blijkt niet dat hij de conflictregel in het voorwaardelijke eenzijdige beginsel van nationale behandeling in art. 69 van de Italiaanse auteurswet onderkende (vgl. p. 302); voor de tekst van dit art. 69, zie *Rivista di Diritto internazionale* 1926, p. 417; *DdA* 1926 (Législation intérieure, Italie), p. 2.

253 Vgl. bijvoorbeeld Bureau de l'Union, *DdA* 1926, p. 50; Ruffini 1927, p. 518; Malaplate 1931, p. 316-317; Raestad 1931, p. 93 e.v; Bureau de l'Union, Mémoire 1936, p. 49; Mitteis 1936, p. 16; Ladas 1938, p. 262. Hoffmann 1935, p. 4 lijkt een eindje in de goede richting te komen; vgl. ook Hoffmann 1940, p. 76 r.k.; Hoffmann 1941, p. 146 e.v.; twijfel is echter mogelijk over Hoffmann 1938, p. 185 (zie hierover ook noot 262 van dit hoofdstuk 5) waarin Hoffmann deze problematiek links laat liggen – dat is merkwaardig, want zijn artikel was een reactie op een hierna te bespreken studie in 'Le Droit d'Auteur' in 1937 waarin de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling expliciet werd ontkend.

dat zij de conflictregel niet goed meer begrepen – hun denkraam was daarvoor reeds te Savigniaans geworden. Men kon de conflictregel niet goed meer verklaren.

553. Een aardig voorbeeld is Baum. Baum onderkende in een toonaangevende studie (die hijzelf als "ein tastender Versuch" omschreef[254]) dat in het Berner beginsel van nationale behandeling een conflictregel besloten ligt; maar hij zal deze conflictregel waarschijnlijk niet werkelijk hebben begrepen, want hij percipieerde haar à la Savigny als een – in Baums eigen woorden – "Pseudo-Anknüpfung." [255] Veelzeggend is ook de typering die Boucher gaf aan de conflictregel in (onder meer) het Berner beginsel van nationale behandeling: "étrange, très eloignée des règles habituelles, déconcertante pour les jurisconsultes qui n'y découvrent que contradictions." [256] En Bartin onderkende anno 1930 expliciet de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling (van het Verdrag van Parijs), maar betreurde het dat men ter regeling van het conflictenrecht een formulering had gebruikt die doet denken dat men alleen het vreemdelingenrecht op het oog had:

> "(…) il est, dès lors, tout à fait regrettable d'employer, pour résoudre la première, des formules qui donneraient à penser que c'est la seconde que l'on a en vue. Par example, l'art. 2 de la convention de 1883 dispose que les sujets de chacun des Etats signataires *jouissent*, dans tous les autres, des mêmes droits que les nationaux: formule qui est celle même de notre art. 11 [Code civil], et qui paraît dès lors ne trancher que la question de la condition civile des ressortisants de l'un quelconque des Etats signataires sur le territoire des autres, pour leur conférer, en matière de propriété industrielle, l'égalité des droits avec les nationaux. Pas du tout: cette disposition est, en même temps, une solution de conflit: elle fixe, en effet, implicitement, dans une mesure qu'il n'y a pas lieu de préciser ici, la loi applicable, dans l'un des Etats signataires, aux ressortisants d'un autre, en matière de propriété industrielle." [257]

554. Bartin erkende de conflictregel dus wel, maar begreep haar goed niet meer. Enkele jaren later zou hij het spoor (dan ook) bijster raken en omgaan.[258]

555. ***Ontkenning door onbegrip.*** Zijn omgaan is tekenend: het beeld begon te kantelen. Zonder onderliggend begrip werd erkenning van de conflictregel pro-

---

254 Baum 1932, p. 922.

255 Baum 1932, p. 937-938. Satter 1935, p. 253, die ook in termen van 'Anknüpfung' lijkt te denken, lijkt ook een conflictregel in het Berner beginsel van nationale behandeling te onderkennen, maar hij begreep haar duidelijk niet: volgens hem is er sprake van een 'Gesamtverweisung' naar het recht (dus inclusief de nationale conflictregels) van het land waarin de bescherming wordt verlangd.

256 Boucher 1932, p. 29. Met deze 'jurisconsultes' heeft Boucher met name Pillet op het oog, verwijzend naar Pillet 1924, p. 78 (zie alinea 259 hiervoor).

257 Bartin 1930, p. 88-89 (zie ook p. 9 e.v.), gevolgd door De Naurois 1934, p. 57. De scheiding, onder invloed van het Savigniaans-conflictenrechtelijke denken (zie par. 5.1.2 onder (c)(ii)), van conflictenrecht en vreemdelingenrecht lijkt in die tijd al te zijn voltrokken, vgl. bijvoorbeeld (reeds in 1899) Kahn 1899, p. 263-264: "(…) die beiden Materien seien überhaupt nicht zu trennen, eigentlich miteinander identisch - so lautet die zwar nicht allgemein, aber doch vorwiegend herrschende Meinung. (…). Und doch scheint nichts klarer zu sein, als daß die Art, wie man die Person des Fremden behandelt, an und für sich mit die Anwendung fremden Rechts gar nichts zu tun hat." (zie ook p. 267). Vgl. ook Neumeyer 1936, p. 86.

258 Zie noot 260 van dit hoofdstuk 5.

blematisch. Er gingen stemmen op die glashard ontkenden dat in het beginsel van nationale behandeling een conflictregel besloten ligt. Ongetwijfeld de belangrijkste onder hen was het Bureau van de Berner Unie. Deze gezaghebbende autoriteit – hoedster van de Berner Conventie – publiceerde in 1937 in haar orgaan 'Le Droit d'Auteur' een studie waarin expliciet werd gesteld dat het Berner beginsel van nationale behandeling alléén vreemdelingenrecht (non-discriminatie) bevat en de conflictenrechtelijke vraag onbeantwoord laat.[259] De conflictregel van de Berner Conventie, aldus het Bureau, is artikel 4 (thans artikel 5) lid 2, tweede volzin, welke conflictregel niet naar de lex fori, maar naar de lex loci protectionis verwijst.[260] Deze opvatting won terrein. Men begon buiten het beginsel van nationale behandeling te zoeken naar de conflictregel in het intellectuele-eigendomsrecht. Men zocht naar een 'Sitz', men trachtte te localiseren.

556. ***Nationale conflictregels.*** Aldus miskende men niet alleen de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling, maar óók – daarmee corresponderend – de eenzijdige conflictregels in de nationale intellectuele-eigendomswetten.[261] Zo stelde Erlanger: "Et il faut avouer que les lois nationales contiennent généralement des dispositions en ce qui concerne la condition des étrangers, mais non pas une stipulation expresse en ce qui concerne la loi applicable." [262] En Mezger constateerde dat de bepalingen in het hoofdstuk "Anwendungsbereich des Gesetzes" van de Oostenrijkse auteurswet "op het eerste gezicht" eenzijdige conflictregels lijken te zijn, maar dat niet (kunnen) zijn – zo ging hij op zoek naar hun "ware aard" en kwam tot de conclusie dat het om vreemdelingenrecht ging. Mezger had de oplossing dus in zijn handen, maar hij zag haar niet.[263]

557. ***Scheiding auteursrecht – industriële-eigendomsrecht.*** Zo kwam er, als gezegd, buiten het beginsel van nationale behandeling een zoektocht op gang naar de conflictregel in het intellectuele-eigendomsrecht. Daarbij begonnen de wegen van het auteursrecht en het industriële-eigendomsrecht zich te scheiden.

---

259 Bureau de l'Union, *DdA* 1937 (*La condition civile*). Het artikel vertegenwoordigde de visie van het toenmalige Bureau, en viel onder de verantwoordelijkheid van haar toenmalige Directeur, Ostertag. Het artikel wordt ook toegeschreven aan Ostertag persoonlijk, vgl. Mezger 1938, p. 661-662, Troller 1952, p. XXII. Overigens sprak het Bureau in 1936, in een mémoire ter gelegenheid van het vijftigjarig bestaan van de conventie, nog over het "principe de l'assimilation entraînant l'application rigoureuse de la loi du pays où la protection était demandée." (Bureau de l'Union, Mémoire 1936, p. 49; vgl. ook p. 76). Vgl. ook Bureau de l'Union, *DdA* 1926, p. 50.

260 Zie ook Neumeyer 1936, p. 90, noot 13 (bijgevallen door Mezger 1936 (*Das Blaue Licht II*), p. 403; vgl. ook Neumeyer 1923, p. 27); Erlanger 1937, p. 302 e.v.; Mezger 1938, p. 661-662. Bartin, die in 1930 de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling nog expliciet had erkend (zie alinea 553 hiervoor), ging enkele jaren later op zoek naar de locus van intellectuele eigendom – een tamelijk Savigniaanse expeditie –, en verklaarde ijskoud dat de door hem gevonden oplossing (een lex originis-conflictregel, gepresenteerd als lex rei sitae-conflictregel) ook door de Berner Conventie werd gehuldigd; zie Bartin 1934, p. 796-797; Bartin 1935, p. 70.

261 Zie par. 1.1.2.

262 Erlanger 1937, p. 304. Zie ook Ghiron 1931, p. 299 en p. 302, zie noot 252 van dit hoofdstuk 5. Aan dezelfde miskenning lijkt Hoffmann 1938 ten prooi te zijn gevallen, tenzij zijn artikel is bedoeld als een louter abstracte verhandeling, dat wil zeggen los van het geldende recht (zie noot 253 van dit hoofdstuk 5). Mulder 1947, p. 148 zag daarentegen nog wel dat in art. 47 Auteurswet een conflictregel zou kunnen schuilen.

263 Mezger 1936 (*Loi autrichienne*), p. 105-113; zie *DdA* 1936 (Législation intérieure, Autriche), p. 89 voor de desbetreffende bepalingen (zie ook noot 130 van dit hoofdstuk 5).

558. ***Auteursrecht.*** In het auteursrecht was er een aangrijpingspunt in de Berner Conventie. Artikel 4 (thans artikel 5) lid 2, tweede volzin, bepaalde immers: "Bijgevolg worden, buiten de bepalingen van deze Conventie, de omvang van de bescherming, zowel als de rechtsmiddelen, die de auteur worden gewaarborgd ter handhaving van zijn rechten, uitsluitend bepaald door de wetgeving van het land, waar de bescherming wordt ingeroepen." – dat klonk toch als een conflictregel?[264] Zo kwam in het auteursrecht de focus met name te liggen op de uitleg van deze bepaling.[265] Men vroeg zich af welke wet hier wordt bedoeld[266]: is dat de lex fori *sec*? Of is dat "la loi du lieu de la violation", waarvoor later in de twintigste eeuw de term 'lex loci protectionis' in zwang kwam? De samenval van die twee – het formele-territorialiteitsbeginsel – werd (dus) niet meer begrepen.[267] En men vroeg zich af wat onder de omvang van de bescherming en de rechtsmiddelen moest worden verstaan.[268] Een waaier van onjuiste interpretaties werd ontwikkeld.[269] Zo dreef men in het auteursrecht weg van de conflictregel in het Berner beginsel van nationale behandeling.

559. ***Industriële-eigendomsrecht.*** Ook in het industriële-eigendomsrecht is vanaf de jaren dertig zichtbaar dat het beginsel van nationale behandeling in het Verdrag van Parijs niet meer werd begrepen.[270] Hier dreef men echter in een andere richting weg. Het Verdrag van Parijs kende niet – en kent nog steeds niet – een bepaling als artikel 4 (thans artikel 5) lid 2, tweede volzin, van de Berner Conventie, die voor conflictregel zou kunnen worden aangezien. Dus zocht men de conflictregel met name *buiten* het verdrag. In die zoektocht laten zich twee fasen onderscheiden.

560. ***Fase 1: formele-territorialiteitsbeginsel sec.*** In de eerste fase zocht men de conflictregel in het formele-territorialiteitsbeginsel *sec*, dat wil zeggen: als zelfstandig uitgangspunt, los van het beginsel van nationale behandeling in het Ver-

---

264 Zie par. 3.2.2 en par. 3.4.2.

265 Zie par. 5.1.1 onder (b)(ii).

266 Zie bijvoorbeeld Bureau de l'Union, *DdA* 1937 (*La condition civile*), p. 101; Erlanger 1937, p. 306-307; Mezger 1938, p. 661-662.

267 Zie par. 5.1.2 onder (c)(iii). Merk op dat dit uitgangspunt ooit, óók voor het auteursrecht, vanzelfsprekend was. Zo werd in de memorie van toelichting bij art. 28 lid 1 Auteurswet 1881 als vanzelfsprekend opgemerkt dat "de Nederlandsche regter alleen kan regtspreken uit kracht der Nederlandsche wet" (*Kamerstukken II* 1876/77, 202, nr. 3, p. 5).

268 Zo stelde Bartin dat de bepaling alleen ziet op "la sanction des infractions au droit d'auteur", zie Bartin 1934, p. 805-806, noot 41; Bartin 1935, p. 78, noot 9.

269 Zie par. 5.1.1 onder (b).

270 Wij zagen reeds Rb. Amsterdam 25 januari 1926, *NJ* 1926, p. 378 (Dittmar q.q./Fokker), besproken in alinea's 546 e.v. hiervoor. In 1942 ontkende Ostertag, toen oud-Directeur van het Bureau, à titre personnel uitdrukkelijk dat het beginsel van nationale behandeling in het Verdrag van Parijs een conflictregel bevat (Ostertag 1942, p. 110 en p. 112). Ter vergelijking: als gezegd was voor de verdragsopstellers in 1911, tijdens de conferentie te Washington, daarentegen geen twijfel mogelijk: "L'article 2 établit le principe fondamental de l'assimilation des ressortissants de l'Union aux nationaux et, par conséquent, le principe de l'application de la loi territoriale." (Actes VP 1911, p. 306; Rapport d'ensemble). De conflictregel in het Parijse beginsel van nationale behandeling werd eveneens wél onderkend door bijvoorbeeld Osterrieth & Axster 1903, p. 9; Osterrieth 1906, p. 447; Allart 1909, p. 65; M. Plaisant 1914, p. 18; Osterrieth 1926, p. 29-30; Ladas 1930, p. 169, p. 203 e.v., p. 217 en p. 366; Bartin 1930, p. 88-89 (zie alinea 553 hiervoor, alsmede noot 260 van dit hoofdstuk 5); M. Plaisant & Jacq 1931, p. 51; Nussbaum 1932, p. 343-344; M. Plaisant 1932, p. 372 en p. 379; M. Plaisant 1949, p. 24. Vaak lieten deze auteurs het bij een constatering, zodat niet goed valt na te gaan of zij deze conflictregel ook werkelijk begrepen.

drag van Parijs.[271] Maar de uitkomst was natuurlijk dezelfde.[272] Zo achtte het 'Standing Committee on the Protection of Industrial Property' van de ICC het anno 1931, louter verwijzend naar staatssoevereiniteit, eenvoudigweg "inadmissable that the courts of one country should be called upon to interprete a foreign law in connection for instance with patents and to decide whether a foreign patent was valid, whether there had been an infringement, etc. This would be repugnant to national sovereignty (…)"; om die reden had de rechter niet "the right to apply the foreign law governing the protection of industrial property." Men ziet: formele territorialiteit in optima forma.[273] In het industriële-eigendomsrecht werd, anders dan in het auteursrecht, nog steeds een sterke controlebehoefte gevoeld, welke behoefte zal zijn ingegeven door de (grotere) politiek-economische belangen: "kein Staat kann seine Industrie der Rechtsprechung des Auslandes opfern."[274] Daar kwam nog bij dat – daarmee samenhangend – voor het ontstaan van industriële-eigendomsrechten altijd een vorm van overheidsbemoeienis was voorgeschreven (zoals registratie en depot bij een overheidsinstantie, verlening door een overheidsinstantie, betaling van taksen, enz.).[275] In het internationale auteursrecht waren dergelijke formaliteiten daarentegen door de Berlijnse versie van de Berner Conventie in de ban gedaan; hier was geen tussenkomst van de nationale administratie meer.[276] Deze overwegingen leidden er toe dat men de conflictregel voor het industriële-eigendomsrecht in eerste instantie vond in het formele-territorialiteitsbeginsel *sec*. De uitspraak van de Amsterdamse rechtbank in 1926 in de Fokker-zaak is daar een voorbeeld van. Maar, als gezegd, de Fokker-zaak had ook de minder charmante kanten van het formele-territorialiteitsbeginsel voor het voetlicht gebracht, en men begon te zoeken naar oplossingen.[277]

---

271 Vgl. bijvoorbeeld (overigens in uiteenlopende denkrichtingen): Jungmann 1924 (p. 24, p. 39, p. 46 e.v.); ICC Report 1931, p. 4 (zie ook noot 280 van dit hoofdstuk 5); Lindenmaier 1936, p. 185; Klauer & Möhring 1937, p. 184-186. In de (vroeg-twintigste-eeuwse) Duitse literatuur zal daarbij nog een andere factor hebben meegespeeld: men voer veelal klakkeloos op het kompas van RG 18 juni 1890, *JW* 1890, p. 280, nr. 24, waarin het formele-territorialiteitsbeginsel *sec* als norm voor het internationale octrooirecht werd bevestigd – maar die beslissing speelde buiten de context van enig beginsel van nationale behandeling; van toepassing was noch het Verdrag van Parijs – want daartoe trad Duitsland pas toe in 1903 – noch een ander verdrag. Vgl. in dit verband bijvoorbeeld Kent 1906, p. 360 e.v.; Jsay 1911, p. 169 e.v.; Seligsohn 1912, p. 119 e.v.

272 Daarom constateerde men ook dat de beslissing in de Fokker-zaak in lijn was met de bestaande jurisprudentie, zie noot 249 van dit hoofdstuk 5.

273 ICC Report 1931, p. 4 (zie ook noot 280 van dit hoofdstuk 5).

274 Kohler 1900, p. 852. Vgl. ook het schrikbeeld dat Kohler eerder had geschetst: "(…) und die bedeutendsten Hochöfen Deutschlands müssten ausgeblasen werden, weil es einem Kläger so gefiele und ein ausländisches Urtheil dies ausspräche." (Kohler 1894, p. 559). Pouillet had het in 1899 als volgt verwoord: "Un brevet constitue une loi d'ordre public, créant, sinon un privilège, du moins un droit privatif, un monopole sur toute l'étendue du territoire, et restant sans force au-dela; il est impossible d'admettre que les contestations auxquelles l'exercice d'une telle prérogative gouvernementale peut donner naissance, même entre particuliers, soient renvoyées à l'appréciation d'une jurisdiction étrangère, et qu'une autre justice que la justice nationale soit appelée à se prononcer sur le maintain, la suppression ou l'application d'un monopole concédé par les pouvoirs nationaux, et la loi répressive qui a pour but d'en réglementer l'exercice." Pouillet 1899, p. 785; Pouillet/Taillefer & Claro 1915, p. 979-980.

275 Vgl. Riezler 1948, p. 17-20 (in 1949 omgegaan, zie Riezler 1949, p. 86).

276 Voor de volledigheid: in zuiver-nationale situaties zijn formaliteiten niet verboden door de Berner Conventie, maar dergelijke formaliteiten zijn om begrijpelijke redenen doorgaans afgeschaft.

277 Vgl. onder meer Salomonson 1929; Pietzcker 1929, p. 245; Jsay 1932, p. 230 e.v.; Nussbaum 1932, p. 338. Terzijde: overigens werd eerder in Duitsland al wel een uitzondering verdedigd voor bepaalde gevallen waarin vragen rond een buitenlands octrooi als incidentele vragen rijzen – bijvoorbeeld wanneer in het kader van een procedure over betaling van licentievergoeding het verweer wordt gevoerd dat het buitenlandse octrooi nietig is. Vgl. Jsay 1911, p. 171; Seligsohn 1912, p. 121.

561. ***Fase 2: denatureren formele-territorialiteitsbeginsel.*** Daarbij bleek al ras dat het formele-territorialiteitsbeginsel eigenlijk niet goed meer werd begrepen – men was er van vervreemd geraakt, net als in het auteursrecht.[278] Zo diende zich de tweede fase aan: men begreep de materiële-territorialiteitscomponent van dit beginsel nog wel, maar de formele-territorialiteitscomponent niet meer. Die toon zal in belangrijke mate zijn gezet – dan wel versterkt – door een studie van het Bureau van de Parijse Unie in zijn orgaan "La Propriété industrielle"[279] naar aanleiding van de Fokker-zaak en het rapport-Mintz van de ICC over (met name) die zaak.[280] Uit deze studie blijkt dat materiële territorialiteit wel, en formele territorialiteit niet goed meer werd begrepen.[281] Zo desintegreerde het formele-territorialiteitsbeginsel. De twee componenten waaruit het was opgebouwd, gingen verder hun eigen weg.

562. ***Materiële territorialiteit: lex loci protectionis.*** Materiële territorialiteit overleefde. Zij werd de erfgenaam van het formele-territorialiteitsbeginsel uit de eerste fase. Zo werd laatstgenoemd beginsel onbewust gedenatureerd: het 'territorialiteitsbeginsel' werd niet langer geacht ook formele territorialiteit te omvatten: "Zu dieser Auslegung des Territorialitätsprinzips ist aber kein Anlaß", schreef Ulmer in 1951.[282] Het overgeleverde formele-territorialiteitsbeginsel werd nu geduid als een materiële-territorialiteitsbeginsel, dat geacht werd de grondslag te vormen voor wat werd gezien als 'de ongeschreven conflictregel' van het industriële-eigendomsrecht: de verwijzing naar het recht "desjenigen Staates (…) in dessen Gebiet die Verletzungshandlung begangen ist" [283], voor welk recht later in de twintigste eeuw de term 'lex loci protectionis' werd gemunt – de benaming die wij tot op de dag van vandaag gebruiken. Ziedaar de tegenwoordig vaak verkon-

278 Zie ook par. 5.1.2 onder (c)(iii).

279 Bureau de l'Union, *PI* 1930. Net als de eerdergenoemde studie (Bureau de l'Union, *DdA* 1937 (*La condition civile*), zie alinea 555 hiervoor), viel ook deze studie onder de verantwoordelijkheid van haar toenmalige Directeur, Ostertag. Ook wordt zij toegeschreven aan Ostertag persoonlijk, vgl. Troller 1952, p. 239, noot 1; Ulmer 1975, p. 17, noot 13.

280 In een aantal publicaties van de ICC is de onderhavige problematiek onder de loep genomen. Van belang zijn met name de volgende ICC-documenten (zie Troller 1952, p. 262, noot 3): Document Nr. 3520 van 15/16 maart 1929 en Document Nr. 3710 van 16 maart 1929 ("Protection à l'étranger des infractions commises sur un territoire national", ofwel het rapport-Mintz), alsmede Document Nr. 4107 van 27 februari 1930. Deze documenten (b)lijken thans zelfs bij de ICC zelf echter onvindbaar te zijn. Dat is spijtig, want met name dit rapport-Mintz is de aanleiding geweest voor de toonaangevende studie van het Bureau anno 1930 (vgl. ook Bureau de l'Union, *PI* 1930, p. 20). Daarnaast is er nog een publicatie in het kader van een ICC-congres te Washington in 1931 (ICC Report 1931). Blijkens deze publicatie heeft het 'Standing Committee on the Protection of Industrial Property' van de ICC voorgesteld om de zaak nader te bestuderen (ICC Report 1931, p. 5). Het is niet duidelijk hoe dat is afgelopen. Volgens Troller 1955, p. 530 is de ICC er uiteindelijk niet meer op teruggekomen.

281 Vgl. Bureau de l'Union, *PI* 1930, p. 16: "Ce n'est que la poursuite du contrefacteur qui doit se faire dans un autre pays et ce dernier, s'il autorisait la poursuite, ne violerait nullement l'effet territorial du brevet, car il ne défendrait pas des actes de contrefaçon sur son propre territoire." Formele territorialiteit werd niet goed begrepen omdat zij werd verward met een (exclusieve) bevoegdheidsgrond, hetgeen hierna dadelijk aan de orde komt. Terzijde: het industriële-eigendomsrecht werd in deze studie opgevat als onderdeel van het privaatrecht (vgl. Bureau de l'Union, *PI* 1930, p. 17).

282 Ulmer 1951, p. 49: "Es wird gelehrt, daß das ausländische Urheberrecht in Deutschland nicht anzuwenden sei. Zu dieser Auslegung des Territorialitätsprinzips ist aber kein Anlaß." (dat Ulmer schreef over het auteursrecht, en niet over industriële-eigendomsrecht, maakt hier geen verschil, zie noot 291 van dit hoofdstuk 5).

283 Ulmer 1951, p. 49.

digde opvatting dat het beginsel van nationale behandeling in het Verdrag van Parijs alleen een vreemdelingenrechtelijk non-discriminatiebeginsel behelst, waarbij de lex loci protectionis wordt gezien als de ongeschreven conflictregel in het industriële-eigendomsrecht.[284] Zo dreef men in het industriële-eigendomsrecht weg van de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling in het Verdrag van Parijs.

563. ***Formele territorialiteit: exclusieve bevoegdheid?*** De andere component van het formele-territorialiteitsbeginsel, formele territorialiteit, maakte ondertussen een andere ontwikkeling door. Men begon deze problematiek te plaatsen in de sleutel van het bevoegdheidsrecht, en met name in die hoek begon men, met voorbijzien van het formele-territorialiteitsbeginsel, de oplossing voor gevallen à la Fokker te zoeken.

564. Die verwarring is niet geheel onbegrijpelijk, want het formele-territorialiteitsbeginsel brengt mee dat de rechter van het land waar een industriële-eigendomsrecht is verleend ('het forum registrationis') als enige rechter kan oordelen over nationale industriële-eigendomsrechten. Dat *lijkt* op exclusieve bevoegdheid, maar dat is het niet. Het is een wezenlijk andere benadering. Het formele-territorialiteitsbeginsel is immers een conflictenrechtelijke oplossing: het toepassingsbereik van het recht is afgebakend tot het eigen territoir (materiële territorialiteit), en de rechter past slechts zijn eigen recht toe, want met de handhaving van het eigen recht is, als soevereine aangelegenheid, alleen de eigen rechter belast (formele territorialiteit).[285] Tegenwoordig is in het privaatrecht vanzelfsprekend dat de rechter een vreemde wet mag toepassen, maar dat was vóór Von Savigny niet vanzelfsprekend – en in het intellectuele-eigendomsrecht heeft nog lang na Von Savigny gegolden dat "de Nederlandsche regter alleen kan regtspreken uit kracht der Nederlandsche wet." [286]

565. Men begon formele territorialiteit en exclusieve bevoegdheid te verwarren. Het is dus niet zo dat men de formele-territorialiteitscomponent bewust buiten toepassing heeft gelaten, waarna behoefte aan bevoegdheidsregels ontstond.[287] Neen, het is een kwestie van *verwarring* geweest: men begon de oude formele ter-

284 Zie par. 5.1.1 onder (b)(iv).

285 Bevoegdheid zegt iets over de vraag van welke vorderingen de rechter kennis mag nemen; formele territorialiteit zegt iets over de vraag welke wet de rechter mag toepassen. Denkbaar is dat een andere rechter bevoegd is (bijvoorbeeld als forum rei) dan de rechter van het land waar het industriële-eigendomsrecht is verleend, maar dat deze rechter de desbetreffende wet niet mag toepassen (want het is niet zijn eigen wet). Zo bijvoorbeeld de Amsterdamse rechtbank in de Fokker-zaak: de rechtbank verklaarde zich niet onbevoegd om van de vordering kennis te nemen, maar zij verklaarde de eiser niet ontvankelijk (omdat de vordering was gegrond op een recht dat de Nederlandse rechter niet toepast). En het omgekeerde geval is, hoewel zeldzaam, ook denkbaar: de rechter van het land waar het industriële-eigendomsrecht is verleend, zou de desbetreffende wet wel mogen toepassen (want het is zijn eigen wet), maar hij is niet bevoegd (zijn bevoegdheidsrecht verschaft hem geen enkele grond waarop hij zijn bevoegdheid kan gronden) – dan staat men dus machteloos.

286 *Kamerstukken II* 1876/77, 202, nr. 3, p. 5 (memorie van toelichting bij Auteurswet 1881).

287 Ecarteert men de formele-territorialiteitscomponent, dan is toepassing van de nationale wet niet langer meer exclusief opgedragen aan diens nationale rechter. Dan staat toepassing van deze wet ook vrij aan vreemde rechters, en ontstaat behoefte aan bevoegdheidsregels.

ritorialiteit te duiden als exclusieve bevoegdheid, en vervolgens verklaarde men zich daar voor- of tegenstander van, of begon men daarop te variëren.

566. De eerdergenoemde studie van het Bureau van de Parijse Unie in 1930 lijkt in dit opzicht een belangrijke rol te hebben gespeeld. De formele-territorialiteitscomponent werd in die studie verward met een (exclusieve) bevoegdheidsgrond.[288] Daarbij bleek dat in het industriële-eigendomsrecht de eerdergenoemde controlebehoefte nog niet was verdwenen. Zo constateerde het Bureau dat bepaalde aspecten van de bescherming samenhangen met het octrooi als een "acte émanant de la puissance publique"[289], en dat het forum registrationis daarom exclusief bevoegd is om over die aspecten te oordelen. Het ging dan in hoofdzaak om de geldigheid, de vraag wie de gerechtigde is, alsmede de omvang van de bescherming. Maar voor alle andere aspecten, aldus het Bureau, gelden de gewone bevoegdheidsregels van het aangezochte forum.[290]

567. ***Reïncarnatie als exclusieve-bevoegdheidsgrond.*** Zo raakte de formele-territorialiteitscomponent van het formele-territorialiteitsbeginsel verward met het bevoegdheidsrecht, en loste hij daarin op.[291] Formele territorialiteit reïncarneerde

---

288 Datzelfde geldt vermoedelijk ook voor het eerdergenoemde rapport-Mintz, dat mede de aanleiding vormde voor de studie van het Bureau. Aangezien dit rapport onvindbaar is (zie noot 280 van dit hoofdstuk 5), moeten wij het doen met hetgeen er in Bureau de l'Union, *PI* 1930, over is geschreven (zie ook M. Plaisant 1932, p. 472 e.v. en Troller 1952, p. 261-263). Afgaande op Bureau de l'Union, *PI* 1930, p. 16, worden in dat rapport verschillende mogelijkheden afgetast: als beste oplossing wordt gezien de exclusieve bevoegdheid van het forum registrationis (zodat men geen vreemde industriële-eigendomswetten hoeft toe te passen) met een erkennings- en tenuitvoerleggingsverplichting in andere landen, zulks bij voorkeur op te nemen in het Verdrag van Parijs. Ook wordt nagedacht over een (verdragsrechtelijke) oplossing in de sfeer van het bevoegdheidsrecht. Daarbij wordt het idee gelanceerd om het geschil te splitsen: enerzijds de beoordeling van de schadevergoeding (ook mogelijk bij het forum rei), anderzijds de "questions de principe", zoals geldigheid (alleen bij het forum registrationis). Op dit idee borduurde de studie van het Bureau voort. Zie ook Ostertag 1942, p. 112-113. Overigens hing men ook binnen de ICC nog sterk aan het formele-territorialiteitsbeginsel. Als gezegd (zie alinea 560 hiervoor), achtte het 'Standing Committee on the Protection of Industrial Property' van de ICC het ondenkbaar dat de rechter een vreemde industriële-eigendomswet toepast; zie het standpunt van deze commissie in ICC Report 1931, p. 4 over het voorstel voor een internationale regeling "under which it would be possible to prosecure in one country, infringements of patents, trade marks or models committed in an other contracting country, - the courts of each contracting country being given in such cases the right to apply the foreign law governing the protection of industrial property. The Committee was of the opinion that this solution must be discarded. It appeared to it inadmissable that the courts of one country should be called upon to interprete a foreign law in connection for instance with patents and to decide whether a foreign patent was valid, whether there had been an infringement, etc. This would be repugnant to national sovereignty and such a scheme would have no chance of being accepted."

289 Bureau de l'Union, *PI* 1930, p. 16.

290 Het forum rei is dan dus bijvoorbeeld bevoegd om kennis te nemen van een vordering strekkende tot schadevergoeding terzake van inbreuk in een ander land, maar moet voor vragen over geldigheid en omvang van de bescherming verwijzen naar het desbetreffende forum registrationis. Dat is beslist geen ideale oplossing, aldus het Bureau, maar wel een vooruitgang (Bureau de l'Union, *PI* 1930, p. 18-19). In een à titre personnel geschreven artikel in 1942 lijkt Ostertag (toen oud-Directeur van het Bureau) daarentegen van mening te zijn dat het forum rei in schadevergoedingszaken wél bevoegd is kennis te nemen van de incidentele geldigheidsvraag (Ostertag 1942, p. 113).

291 Een parallelle ontwikkeling heeft zich in het auteursrecht ook voorgedaan (vgl. Troller 1952, p. 272, noot 1), maar is daar nooit duidelijk naar de voorgrond getreden omdat in het auteursrecht geen behoefte bestond aan een exclusieve bevoegdheid van het forum 'registrationis': in het auteursrecht viel formele territorialiteit weg zonder terug te keren als exclusieve-bevoegdheidsgrond (anders: R. Plaisant 1945, p. 180 e.v., p. 183; onduidelijk is overigens of dat z.i. beperkt bleef tot de geldigheidsvraag). Voor de overzichtelijkheid wordt deze ontwikkeling in deze studie daarom alleen behandeld in het kader van het industriële-eigendomsrecht.

als exclusieve bevoegdheidsgrond, met een kleinere reikwijdte. En die reikwijdte zou in de verdere loop der tijd steeds kleiner worden.

568. ***Jaren vijftig.*** Deze lijn heeft zich doorgezet. In de jaren vijftig heeft de verwarring met het bevoegdheidsrecht zich verder ingenesteld, met name door toedoen van Troller, een gezaghebbende auteur in die tijd.[292] Zijn onbegrip blijkt duidelijk uit het verwijt dat hij terloops aan Ulmer maakte – een verwijt dat hier aan bod komt omdat het een fraai inkijkje verschaft in de verschuivende gedachtewereld. Ulmer had zich in zijn handboek van 1951 afgezet tegen de (terrein verliezende) communis opinio dat het overgeleverde 'territorialiteitsbeginsel' ook formele territorialiteit omvat ("Es wird gelehrt, daß das ausländische Urheberrecht in Deutschland nicht anzuwenden sei.").[293] Hij pleitte voor een territorialiteitsbeginsel in louter materiële zin. Ulmer dacht dus langs een conflictenrechtelijke lijn. Daartegen keerde zich Troller, die hem een "mißverständliche Fragestellung" verweet:

> "Seine Fragestellung ist jedoch mißverständlich. Es geht nicht um das anwendbare Recht; – daß die im Ausland begangene Tat nach dem Recht des Tatorts beurteilt werden muß, daran zweifelt man nicht, die Diskussion betrifft die Gerichtsbarkeit; – kann sich der deutsche Richter mit einem solchen Fall materiell befassen, wenn der allgemeine Gerichtsstand des Wohnsitzes des Beklagten gegeben ist?"[294]

569. Troller verweet Ulmer dus conflictenrecht en bevoegdheidsrecht te verwarren – terwijl hij nu juist zélf aan die verwarring ten prooi was gevallen.[295] En die verwarring is uiteindelijk gemeengoed geworden. Dat ziet men ook terug in veel van

---

292 Troller 1952, p. 239-275; Troller 1955. Troller plaatste de overgeleverde formele territorialiteit volledig in de sleutel van het bevoegdheidsrecht. Daarbij verzette hij zich tegen "das irrationale und daher so schwer zu widerlegende Argument der Staatswürde" (Troller 1952, p. 257), en verdedigde hij de opvatting dat zelfs de geldigheid van industriële-eigendomsrechten geen materie voor exclusieve bevoegdheid is; die opvatting vond weinig bijval.

293 Ulmer 1951, p. 49 (dat Ulmer schreef over het auteursrecht, en niet over industriële-eigendomsrecht, maakt hier geen verschil, zie noot 291 van dit hoofdstuk 5). Merk op dat Ulmer in zijn formulering van de communis opinio precies de kern van formele territorialiteit raakt. Zo ook Mulder 1947, p. 152: "Waarom zou het in strijd zijn met het systeem der territorialiteit om buitenlandsch recht toe te passen (…)."

294 Troller 1952, p. 272, noot 1. In die tijd werd onder 'Gerichtsbarkeit' (grosso modo) verstaan wat wij tegenwoordig internationale bevoegdheid noemen, vgl. Riezler 1949, p. 198 (naar wie Troller 1952 ook hier en daar verwijst). Tegenwoordig heeft de term 'Gerichtsbarkeit' een andere – beperktere – betekenis (volkenrechtelijke rechtsmacht; 'die staatsrechtliche und völkerrechtliche Kompetenz die Rechtsprechung auszuüben').

295 Vgl. ook R. Plaisant 1945, p. 180 e.v.; Bodenhausen 1946, p. 4-15; Krausse, Katluhn & Lindenmaier 1958, p. 193; Ricketson & Ginsburg 2006, p. 1293. Minder duidelijk: Pietzcker 1929, p. 243 e.v.; M. Plaisant 1932, p. 470 e.v.; Riezler 1948, p. 18-19 en Riezler 1949, p. 86. Een vroege voorloper lijkt Kohler te zijn geweest, zie Kohler 1894, p. 535 e.v.; Kohler 1896, p. 242 e.v.; Kohler 1900, p. 851-852; Kohler 1907, p. 393 (tegen de opvatting van Kohler: Lindenmaier 1936, p. 191 e.v.). Hier is echter wel voorzichtigheid geboden. Weliswaar spreekt Kohler over 'Gerichtsbarkeit', en plaatst hij zijn betoog in een civielprocesrechtelijk kader (vgl. onder meer Kohler 1894, p. 535 e.v.; Kohler 1900, p. 849 e.v.) en niet in een internationaal-privaatrechtelijk kader (Kohler 1896, p. 246), maar niettemin treft men soms ook formeel-territoriaal getinte gedachten bij hem aan (vgl. bijvoorbeeld Kohler 1908, p. 218). Een verklaring zou kunnen zijn dat de formele-territorialiteitsgedachte en Kohlers 'Gerichtsbarkeit' (die zeker in die tijd nog sterk volkenrechtelijk gekleurd was) beide wortelen in de soevereiniteitsgedachte. Het bevoegdheidsrecht, zoals wij dat tegenwoordig kennen, is daarentegen grotendeels ontdaan van volkenrechtelijke c.q. soevereiniteitsoverwegingen, en staat daardoor op een grotere afstand van het formele-territorialiteitsbegrip.

de rapporten van de 'Association Internationale pour la Protection de la Propriété Industrielle' ('AIPPI') van eind jaren vijftig over dit onderwerp – zij geven aardig inzicht in de toen 'in het veld' levende gedachten.[296] Ook Ulmer draaide bij. Reeds in de volgende druk van zijn handboek lijkt hij Trollers visie te hebben overgenomen.[297]

570. ***Jaren zestig.*** In de jaren zestig vond de verwarring met het bevoegdheidsrecht haar codificatie in het EEX-Verdrag.[298] In artikel 16 onder 4 van dit verdrag werd bepaald dat het forum registrationis exclusief bevoegd is ten aanzien van de registratie en de geldigheid van industriële-eigendomsrechten. Voor alle andere aspecten gelden de algemene bevoegdheidsregels, zoals het forum rei en het forum delicti.[299] De formele territorialiteit van weleer, die de volledige bescherming bestreek, was geworden tot een exclusieve-bevoegdheidsgrond die alleen nog betrekking had op registratie en geldigheid. Ook de omvang van de bescherming – een aspect dat

296 Op initiatief van Troller begon de AIPPI in 1957 met de bestudering van het onderwerp "Compétence des tribunaux en matière de propriété industrielle et de l'exécution au domicile du défendeur des jugements rendus au pays de la protection" onder de werktitel "Question 13" (AIPPI Annuaires 1957(NS4), p. 261; 1958(NS5), p. 242). Daarnaast stelde de Finse AIPPI-groep onder leiding van Godenhielm voor om te studeren op de vraag "Faudrait-il introduire dans la Convention d'Union des règles concernant, en cas de conflit de lois, la loi applicable aux différends en matière de brevet?", geagendeerd als "Question 15" (Annuaires 1957(NS4), p. 10 en p. 293-296; 1958(NS5), p. 32). Daarmee had men overigens alleen het oog op het conflictenrecht ingeval van geschillen over het octrooi als vermogensbestanddeel (overdracht, licentie, alsook de uitvinding in dienstbetrekking). Deze Question 15 werd geïntegreerd in Question 13 (Annuaire 1958(NS5), p. 32-33). In het kader van de studie naar Question 13 zijn verschillende rapporten verschenen (Annuaires 1957(NS4) p. 261-283; 1958(NS5), p. 181-221 en p. 242-244; 1959(NS7), p. 39-54). Men kwam er echter niet uit, vgl. de constatering van de Zwitserse AIPPI-groep (Troller) dat uit de verschillende rapporten blijkt "qu' il y a encore de nombreux malentendus" (Annuaire 1959(NS7), p. 54). Er gingen stemmen op om het onderwerp te laten rusten, zo onder meer van Nederlandse zijde onder aanvoering van Bodenhausen (Annuaire 1958(NS6), p. 37). Daarop volgde in eerste instantie een resolutie die opriep tot verdere studie (Annuaire 1958(NS6), p. 47), maar uiteindelijk besloot men de vraagstelling te beperken tot "Compétence arbitrale et exécution des sentences arbitrales en matière de contracts relatifs à des droits de propriété industrielle" ("Question 28"), zie Annuaires 1959(NS8), p. 77-78; 1960(NS9), p. 55-81). Daarmee was het oorspronkelijke thema van de agenda verdwenen, zonder dat een inhoudelijke uitkomst was uitgekristalliseerd. De handdoek was in de ring gegooid (en de studie van Question 28 werd het jaar daarop ook gestaakt, zie Annuaire 1960(NS10/2), p. 14). Veertig jaar later wierp AIPPI zich weer op het onderwerp in "Question 153" ("Projet de convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale, Conférence de La Haye de droit international privé", zie <www.aippi.org>) en in "Question 174" ("Juridiction et loi applicable en cas de contrefaçon transfrontalière (actes de contrefaçon) des droits de propriété intellectuelle"), zie AIPPI Annuaire 2003/1, p. 405-837.

297 Na te hebben opgemerkt dat het 'territorialiteitsbeginsel' niet in de weg staat aan toepassing van vreemd recht op inbreukhandelingen in den vreemde, vervolgde hij: "Die internationale Zuständigkeit ist vielmehr gegeben, soweit nach den Regeln des Prozeßrechts ein inländischer Gerichtsstand begründet ist (…).", zie Ulmer 1960, p. 72 (zie ook Ulmer 1980, p. 82). Uit zijn studie in 1975 blijkt duidelijk dat Ulmer de oude formele territorialiteit in de sleutel van het bevoegdheidsrecht plaatste, zie Ulmer 1975, p. 16-17 (par. V, getiteld "Die internationale Zuständigkeit der Gerichte"), zie ook alinea 571 hierna.

298 Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken van 27 september 1968 (*Trb.* 1969, 101), nadien gewijzigd in 1978, 1982, 1989 en 1996. Volgens Tetzner 1976, p. 669 heeft de industriële-eigendomsrechtwereld aanvankelijk nauwelijks acht geslagen op het EEX-Verdrag.

299 Het toelichtende rapport van Jenard vermeldt: "Daar de verlening van een nationaal octrooi voortvloeit uit de nationale soevereiniteit, bevat het executieverdrag in artikel 16, punt 4, ten aanzien van de rechtsvorderingen welke betrekking hebben op de rechtsgeldigheid van het octrooi een exclusieve bevoegdheid van de gerechten van het land waar het octrooi is gedeponeerd. Wat de overige rechtsvorderingen betreft, waaronder begrepen de rechtsvorderingen wegens octrooischending, zijn de algemene voorschriften van dit Verdrag van toepassing." (*PbEG* 1979, C 59/36). Zie ook HvJ EG 15 november 1983, nr. C-288/82, *Jur.* 1983, p. 3663; *NJ* 1984, 695 (Duijnstee/Goderbauer). Zie ook art. 19 EEX-Verdrag.

het Bureau van de Parijse Unie in 1930 nog bij uitsluiting toedacht aan het forum registrationis – werd niet meer als 'exclusieve materie' gevoeld.

571. ***Jaren zeventig.*** In de jaren zeventig merkte Ulmer over de oude leer (formele territorialiteit) op dat het "een bijzonder gelukkige omstandigheid [is] dat deze kwestie in het kader van de EEG is geregeld" in het EEX-Verdrag van 27 september 1968.[300] Sedertdien lijkt niet meer te zijn nagedacht over de oude formele-territorialiteitsleer. Het probleem was 'opgelost' – opgelost in het bevoegdheidsrecht.

572. ***Heden.*** Op dat punt van deze ontwikkelingslijn bevinden wij ons in Europa heden ten dage.[301] De discussie spitst zich nu toe op de reikwijdte van de exclusieve-bevoegdheidsgrond. Artikel 16 lid 4 EEX-Verdrag lijkt daarbij voorlopig de grens te vormen.[302] Niettemin is in die standaard recentelijk een kleine bres geslagen door het Haags Forumkeuzeverdrag van 30 juni 2005. Dit verdrag maakt het mogelijk dat de gekozen rechter in een procedure over contractuele aangelegenheden, zoals licentievergoedingen, óók bevoegd is om te oordelen over de preliminaire vraag naar de geldigheid van het betrokken industriële-eigendomsrecht.[303]

---

300 Ulmer 1975, p. 17 (Ulmer 1981, p. 25).

301 In 2000 heeft de opvolger van het EEX-Verdrag, de EEX-Verordening, de benadering en de tekst van art. 16 onder 4 vrijwel letterlijk overgenomen (Verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (*PbEG* 2001, L 12/1), ook wel genoemd "EEX-Verordening"; zie art. 22 onder 4). Over deze bepalingen, zie Vlas 2008 (*Burgerlijke Rechtsvordering*), aant. 7 op art. 22 EEX-Verordening.
Eerder, in 1988, was de bepaling van art. 16 onder 4 jo. art. 19 EEX-Verdrag letterlijk overgenomen in (art. 16 onder 4 jo. art. 19 van) het parallelle Verdrag van Lugano ('EVEX') van 16 september 1988 (*Trb.* 1989, 58). De opvolger van dat verdrag, het Lugano II-Verdrag van 30 oktober 2007 (zie *PbEU* 2007, L 339/3), heeft deze bepaling ook overgenomen, echter met een 'GAT/LuK-toevoeging' ("irrespective of whether the issue is raised by way of an action or as a defence", zie noot 302 van dit hoofdstuk 5).
De exclusieve bevoegdheid van het forum registrationis wordt ook in het commune Nederlandse bevoegdheidsrecht aangenomen, zie Kosters/Dubbink 1962, p. 729; Verheul & Feteris 1986, p. 204; Rb. Rotterdam 9 augustus 2001, *NIPR* 2002, nr. 54, p. 97-99 (Bresler's/Unilever), r.o. 4.12.

302 Pogingen om de reikwijdte van de exclusieve-bevoegdheidsgrond verder in te dammen hebben tot nu toe weinig effect gehad. Zo rees bijvoorbeeld de vraag of – kort gezegd – de inbreukrechter bevoegd is om kennis te nemen van een nietigheidsverweer. Het Hof van Justitie EG beantwoordde die vraag ontkennend: in het GAT/LuK-arrest van 13 juli 2006 bepaalde het hof dat de exclusieve bevoegdheid van art. 16 onder 4 betrekking heeft op alle geschillen over registratie en geldigheid, dus ook als het gaat om een (reconventionele) vordering of een exceptie, zie HvJ EG 13 juli 2006, nr. C-4/03, *Jur.* 2006, p. I-6509; *NJ* 2008, 78 m.nt. PV (GAT/LuK); zie ook *BIE* 2006, nr. 73 met annotatie Brinkhof in *BIE* 2006, p. 319; Schaafsma 2007, p. 831-833; vgl. ook Schaafsma 2004, p. 515, en Schaafsma 2005, p. 481. Anders dan het GAT/LuK-arrest, reeds in 1942: Ostertag 1942, p. 113, zie noot 290 van dit hoofdstuk 5; zie ook Verheul 1982, p. 79 en Verheul & Feteris 1986, p. 205.
De overwegingen van het hof hebben betrekking op de incidentele geldigheidsvraag in inbreukprocedures, niet op de incidentele geldigheidsvraag in procedures over contractuele aangelegenheden, waarbij te denken valt aan een nietigheidsverweer in een procedure over licentievergoedingen. Maar de door het hof gebezigde argumenten laten m.i. geen ruimte om in laatstgenoemde procedures tot een andere conclusie te komen (overigens werd daar vroeger opmerkelijk genoeg soms wel anders over gedacht, zie noot 277 van dit hoofdstuk 5). Zie ook Schaafsma 2007, p. 833. Voor Nederland is aan het GAT/LuK-arrest uitwerking gegeven in HR 30 november 2007, *NJ* 2008, 77 m.nt. PV onder *NJ* 2008, 78 (Roche/Primus), r.o. 2.5.4 (anders: Schaafsma 2007, p. 832, en Vlas in zijn annotatie onder *NJ* 2008, 78).
Al met al lijkt in de industriële-eigendomswereld tegenwoordig nog steeds een sterke voorkeur te bestaan voor de exclusiviteit van het forum registrationis terzake van geldigheid en registratie, zo bleek bijvoorbeeld ook uit peilingen door de AIPPI in 2001 en in 2003; zie het AIPPI International Report Q153 en AIPPI Annuaire 2003/1, p. 798 (Question 174). Zie ook Schaafsma 2001.

303 Zie art. 2 lid 3 jo. lid 2 onder n, alsmede art. 10. Dit is dus een punt van tegenstrijdigheid tussen het Haags Forumkeuzeverdrag en het EEX-Verdrag (en EEX-Verordening) zoals die is uitgelegd door het Hof van Justitie EG in de GAT/LuK-zaak, zie Schaafsma 2007, p. 833.

573. ***Resumé.*** Daarmee zijn de hoofdlijnen van de verschuiving van het conflictenrechtelijke denken over het intellectuele-eigendomsrecht geschetst. Het huidige onbegrip van de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling is, als gezegd, uiteindelijk het gevolg van een dubbele schaarbeweging waarbij enerzijds het conflictenrecht Savigniaans is geworden, en anderzijds het intellectuele-eigendomsrecht is 'geciviliseerd'. In dat latente en langdurige proces is het begrip van de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling als zijnde het sluitstuk van het formele-territorialiteitsbeginsel, verdampt. En uit de nevelen trad uiteindelijk voor auteursrecht en industriële-eigendomsrecht – langs verschillende wegen – de lex loci protectionis-conflictregel naar voren. Zo bleef de materiële-territorialiteitscomponent van het formele-territorialiteitsbeginsel bestaan. De formele-territorialiteitscomponent van dat beginsel verdween; in het auteursrecht zonk deze component weg, in het industriële-eigendomsrecht reïncarneerde hij als een beperkte exclusieve-bevoegdheidsgrond.

b. Formele territorialiteit in de common law-wereld

574. ***Formele territorialiteit in common law-wereld.*** Ten slotte moet nog worden stilgestaan bij de common law-wereld, waar het conflictenrecht duidelijk minder sterk in de Savigniaanse traditie staat.[304] Ook in het common law-denken wordt de formele-territorialiteitscomponent van de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling niet meer onderkend. Maar de formele-territorialiteits*gedachte* heeft lang stand weten te houden; zij is pas vrij recentelijk – en langs een andere weg dan in continentaal Europa – verdwenen. Dit wordt in deze paragraaf onderzocht.

575. Duidelijk is dat de common law-rechter zich tot het eind van de twintigste eeuw heeft onthouden van oordelen over buitenlandse intellectuele-eigendomsrechten – zowel wat betreft het auteursrecht als wat betreft de industriële-eigendomsrechten.[305] Maar de gronden waarop die terughoudendheid werd gebaseerd, zijn niet altijd duidelijk en evenmin eenduidig. De rechtspraak is op dit punt noch overvloedig noch helder. Wadlow constateert: "The absence of cases may (…) have been the result of nothing more than conservatism, lack of imagination or a

304 Daarbij zij opgemerkt dat de Europees-continentale gedachtewereld voor dit onderwerp richtinggevend is geweest: de toonaangevende verdragen (zoals het Verdrag van Parijs, de Berner Conventie, en het EEX-Verdrag), alsmede de interpretatie van die verdragen in de loop der tijd, zijn grotendeels producten van Europees-continentaal (met name Frans en Duits) rechtsdenken.

305 Zie onder meer High Court of Justice (Chancery Division) 22 februari 1895, [1895] 1 *Ch.* 534; *DdA* 1895, p. 125-126 (Morocco Bound Syndicate/Harris); High Court of Australia 20 maart 1906, [1906] *HCA* 88; 3 *CLR* 479 (Potter/Broken Hill); High Court of Australia 6 juni 1961, [1961] *HCA* 33; 105 *CLR* 440 (Norbert Steinhardt/Meth); High Court of Justice (Chancery Division) 22 april 1986, [1986] *RPC* 273 (Def Lepp Music/Stuart-Brown); Outer House (Schotland) 13 december 1988, 1989 *SLT* 561 (James Burrough/Speymalt Whisky); High Court of Justice (Chancery Division) 2 februari 1990, [1990] *RPC* 185 (Tyburn/Doyle); Court of Appeal Londen 27 juni 1991, [1992] *RPC* 21 (Mölnlycke/Procter & Gamble); vgl. ook High Court of Justice (Chancery Division) 9 december 1994, [1995] *RPC* 438 (Plastus Kreativ/Minnesota Mining and Manufacturing).

long-standing misconception of the law."[306] Men beoogde simpelweg "total judicial abstention from adjudicating on alleged infringements of foreign intellectual property, and it was of secondary importance how this was achieved (…)."[307]

576. Met name twee redeneringen komen uit de rechtspraak naar voren.

577. ***Redenering 1: Moçambique rule.*** De eerste is gebaseerd op de zogeheten 'Moçambique rule'.[308] Deze regel is een uiting van de doctrine dat "courts will not entertain actions which would involve investigating the acts of foreign sovereign states."[309] Zij komt er kort gezegd op neer dat de Engelse rechter geen rechtsmacht heeft om te oordelen over vorderingen terzake van onroerend goed in den vreemde.[310] Deze regel is ook toegepast in intellectuele-eigendomszaken: vorderingen ten aanzien van vreemde intellectuele-eigendomsrechten werden dan, net als vorderingen ten aanzien van vreemd onroerend goed, gekwalificeerd als 'local', zodat de rechter daarover niet mag oordelen.

578. ***Redenering 2: double actionability rule.*** In de heersende mening kwam men evenwel niet altijd aan deze redenering toe, omdat zaken over vreemde intellectuele-eigendomsrechten al bij voorbaat vastliepen op de tweede redenering. Deze tweede redenering was conflictenrechtelijk van aard. Zij was gebaseerd op de zogenoemde 'double actionability rule', welke regel teruggaat tot de oude uitspraak-Phillips/Eyre.[311] Daarin was beslist:

> "As a general rule, in order to found a suit in England for a wrong alleged to have been committed abroad, two conditions must be fulfilled. First, the wrong must be of such a character that it would have been actionable if committed in England (…). Secondly, the act must not have been justifiable by the law of the place where it was done."

579. Zo droeg de uitspraak-Phillips/Eyre op tot een cumulatieve toepassing van de lex fori (Engels recht) en de lex loci delicti. Maar daarbij was geen sprake van gelijkwaardigheid: het kwam er eigenlijk op neer dat de lex fori werd toegepast, en dat voor de lex loci delicti een bijrol was weggelegd.[312] Aldus bezien kan de 'double actionability rule' van Phillips/Eyre worden gekenschetst als een uiting

306 Wadlow 1998, p. 322-323.
307 Wadlow 1998, p. 326.
308 House of Lords 8 september 1893, [1893] *AC* 602 (British South Africa Company/Companhia de Moçambique); zie ook House of Lords 6 juli 1978, [1979] *AC* 508 (Hesperides Hotels/Aegean Turkish Holidays).
309 Wadlow 1998, p. 344.
310 In zijn klassieke vorm luidt de regel: "Subject to the exceptions hereinafter mentioned, the court has no jurisdiction to entertain an action for (1) the determination of the title to, or the right to possession of, any immovable situate out of England; or (2) the recovery of damages for trespass to such immovable.", zie Wadlow 1998, p. 323-324. De regel is gedeeltelijk afgeschaft door section 30 van de Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982.
311 Exchequer Chamber 23 juni 1870, (1870-71) LR 6 Q.B. 1 (Phillips/Eyre). Verder ontwikkeld in met name House of Lords 25 juni 1969, [1971] *AC* 356 (Chaplin/Boys); en Privy Council 18 juli 1994, [1995] 1 *AC* 190 (Red Sea Insurance/Bouygues).
312 Wadlow 1998, p. 325; Cornish 1996, p. 287.

van de formele-territorialiteitsleer.[313] Hoe dan ook, indien niet was voldaan aan de 'double actionability test', onthield de Engelse rechter zich van een oordeel ("the claim is bound to fail").

580. Men voelde echter wel aan dat toepassing van de 'double actionability rule' in intellectuele-eigendomszaken problematisch zou zijn. Het resultaat zou immers zijn dat bijvoorbeeld een inbreuk in Frankrijk grotendeels naar Engelse recht zou worden beoordeeld – en dat wilde men vermijden. Als uitweg werd daarom een redenering gebruikt waardoor de regel tegen zichzelf werd gekeerd. Zij kwam er op neer dat aan de eerste voorwaarde van de 'double actionability rule' ("the wrong must be of such a character that it would have been actionable if committed in England") nooit kan worden voldaan, omdat men nooit in Engeland een buitenlands intellectuele-eigendomsrecht kan schenden.[314] "Slithery logic", aldus Cornish.[315] Het is met name dit conflictenrechtelijke beletsel geweest – een beletsel dat als gezegd kan worden opgevat als een uiting van de oude formele-territorialiteitsleer –, dat tot voor kort heeft verhinderd dat de common law-rechter oordeelde over vreemde intellectuele-eigendomsrechten.[316]

581. Zo kwam de common law-benadering in haar eindresultaat lange tijd overeen met de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling (het formele-territorialiteitsbeginsel). In die beperkte zin stond de traditionalistische common law-wereld dichter bij de oorspronkelijke betekenis van het beginsel van nationale behandeling dan continentaal Europa.[317]

582. ***Formele territorialiteit afgebrokkeld.*** Deze positie is aan het eind van de twintigste eeuw aan verandering onderhevig geraakt. In eerste instantie werd het EEX-Verdrag daarvoor als breekijzer gebruikt. Anno 1997 oordeelde Lloyd J. in de zaak Pearce/Ove Arup kort gezegd dat zowel de 'Moçambique rule' als de 'double actionability rule' afbreuk doen aan het nuttig effect van het EEX-Verdrag en dat zij daarom voor dit verdrag moeten wijken. De Engelse rechter kon daar-

313 Tegelijkertijd maakte de regel inbreuk op de materiële-territorialiteitsgedachte, omdat op een daad buiten het eigen territoir (grotendeels) de lex fori wordt toegepast. Cornish 1996, p. 287 merkt daarover op: "The former British approach, which led to English courts applying English law to the foreign torts may have run counter to the instinctive expectation that a person will be governed by general civil liabilities of the territory where an alleged wrong is committed. When first devised in the 1860s, moreover, it bore some aura of imperial superiority which was perhaps appropriate to a world with few legal systems of real sophistication."

314 Vgl. ook Wadlow 1998, p. 326 en p. 378. Zie bijvoorbeeld High Court of Australia 6 juni 1961, [1961] *HCA* 33; 105 *CLR* 440 (Norbert Steinhardt/Meth), waarin werd geoordeeld dat aan de voorwaarden van Phillips/Eyre niet is voldaan, want: "There can, in truth, be no such thing as an infringement in England of an Australian patent".

315 Cornish 1996, 288.

316 Wadlow 1998, p. 321, en p. 358.

317 Dat geldt, zo hebben wij gezien, evenwel slechts voor wat betreft het eindresultaat. Want duidelijk is dat de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling, voor zover die nog werd onderkend, niet meer goed werd begrepen, zeker niet in zijn formeel-territoriale aspect. Vgl. bijvoorbeeld Court of Appeal Londen 27 oktober 1997, [1998] *FSR* 222; *BIE* 1998, nr. 7 m.nt. Brinkhof (Fort Dodge/Akzo Nobel); alsook High Court of Justice (Chancery Division) 7 maart 1997, [1997] *FSR* 641; *GRUR Int.* 1998, p. 317-322 (Pearce/Ove Arup); in hoger beroep Court of Appeal Londen 21 januari 1999, [1999] *FSR* 525; *GRUR Int.* 1999, p. 787-791 (Pearce/Ove Arup).

om een oordeel geven over een auteursrecht-inbreuk in Nederland.[318] Lloyd J. overwoog:

> "My conclusion on this point is that the Convention does require an English court to accept jurisdiction where an action is brought against an English domiciled Defendant (with or without other Defendants) for breach of a Dutch copyright, and to hear that action on the merits, and thus overrides, so far as is necessary for that purpose, both Rule 203 and the Moçambique rule, even though neither of them is a rule as to jurisdiction. Each of them, to the extent that they would preclude the English court from hearing such an action, would in my judgment impair the effectiveness of the Convention by frustrating the operation of the basic rule in article 2, and must therefore give way in order to allow the jurisdictional rules of the Convention to have their proper effect."[319]

583. Dit oordeel werd kort daarop overgenomen voor het industriële-eigendomsrecht.[320] In hoger beroep koos de Court of Appeal in de Pearce/Ove Arup-zaak echter voor een andere benadering.[321] Het hof zocht de oplossing in het Engelse internationaal privaatrecht zelf, en kwam daarbij tot de conclusie dat noch de 'Moçambique rule' noch de 'double actionability rule' meebrengt dat de Engelse rechter zich moet onthouden van een oordeel over een vordering terzake van auteursrecht-inbreuk in Nederland.[322] Ook het hof zag zich dus niet (meer) gebonden aan formele territorialiteit, maar het achtte het EEX-Verdrag daarvoor kennelijk niet relevant.[323]

---

318 Hier werd de formeel-territoriale regel ('double actionability rule') dus niet verward met bevoegdheidsregels (zie alinea's 563 e.v. hiervoor), maar werd deze regel buiten toepassing gelaten op grond van prevalerend conventioneel bevoegdheidsrecht. De verwarring met bevoegdheidsregels lijkt in de common law-wereld minder wortel te hebben geschoten.

319 High Court of Justice (Chancery Division) 7 maart 1997, [1997] *FSR* 641; *GRUR Int.* 1998, p. 317-322 (Pearce/Ove Arup). Met Rule 203 wordt gedoeld op de 'double actionability rule' volgens de nummering van Dicey & Morris, Conflict of Laws in de twaalfde druk (1993). Vervolgens stelde Lloyd J. zich de vraag naar het toepasselijke recht. Dat was naar zijn oordeel "presumably" de lex loci protectionis (Nederlands recht), maar "(…) there is no allegation of any particular proposition of Dutch copyright law diverse from English law by reference to which the merits are to be tested, nor any evidence of that law. I must therefore proceed on the basis that, for present purposes, there is no relevant difference between Dutch and English law and I do not have to decide which applies."

320 High Court of Justice (Chancery Division) 26 maart 1997, [1997] *FSR* 660; *GRUR Int.* 1998, p. 314-317 (Coin Controls/Suzo). In die beslissing werd vervolgens geoordeeld dat, kort gezegd, wanneer inbreuk en geldigheid van industriële-eigendomsrechten beide aan de orde zijn (zoals dikwijls het geval is), het forum registrationis exclusief bevoegd is ten aanzien van beide kwesties op grond van art. 16 lid 4 jo. 19 EEX-Verdrag (zodat via het conventionele bevoegdheidsrecht hetzelfde effect van afzijdigheid wordt bereikt als via oude common law-regels). Zie ook Court of Appeal Londen 27 oktober 1997, [1998] *FSR* 222; *BIE* 1998, nr. 7 m.nt. Brinkhof (Fort Dodge/Akzo Nobel). Dat oordeel is onjuist in het licht van het GAT/LuK-arrest van het Hof van Justitie EG, dat is besproken in noot 302 van dit hoofdstuk 5.

321 Court of Appeal Londen 21 januari 1999, [1999] *FSR* 525; *GRUR Int.* 1999, p. 787-791 (Pearce/Ove Arup).

322 In Federal Court of Australia (Full Court) 19 december 2008, [2008] *FCAFC* 194 (TS Production/Drew Pictures) wordt door Finkelstein J. in r.o. 16 overwogen dat de Court of Appeal in de zaak Pearce/Ove Arup de 'Moçambique rule' niet van toepassing acht op inbreukacties, maar wel op 'actions involving the title to intellectual property'.

323 Het hof achtte de vraag "whether the rules of English private international law derived from the Moçambique case and Phillips v Eyre are in conflict with, and so must yield to, the basic principle, embodied in Article 2 of the Brussels Convention" geen vraag van gemeenschapsrecht of van uitleg van het EEX-Verdrag, "In our view it is properly to be regarded as a question which turns on the policy underlying the relevant rules of English private international law." Niettemin heeft men zich afgevraagd wat de waarde van de uitspraak in de common law-wereld is, en of zij moet worden gezien "against the background of (…) the nascent federalism which is developing from the structure of the European Union" (Gummow 2000, p. 5).

584. Ook in andere opzichten brokkelde de formele-territorialiteitsgedachte in de common law-wereld af. Zo is de 'double actionability rule' voor het Verenigd Koninkrijk afgeschaft door de Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act 1995.[324] En ook in andere common law-landen is de 'double actionability rule' op zijn retour.[325]

585. ***Conclusie.*** Al met al is formele territorialiteit ook in het common law-conflictenrecht tegenwoordig een achterhaald concept. En zo zijn de common law-denkwereld en de Europees-continentale denkwereld elkaar weer genaderd waar zij beide, ieder op zijn eigen wijze, de formele territorialiteit in het intellectuele-eigendomsrecht hebben afgelegd. Wat in beide denkwerelden resteert is materiële territorialiteit: de lex loci protectionis-conflictregel.

5.2. Intermezzo: een tussentijdse evaluatie

586. ***Evaluatie.*** Wij zijn in ons onderzoek nu op een punt aangekomen, waarop – vóór wij verder gaan – enige evaluatie van de bereikte resultaten op haar plaats is. Deze evaluatie bestaat uit een terugblik op de gevonden verklaring over de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling (par. 5.2.1), een synthese over plaats en ontwikkeling van het vreemdelingenrecht (par. 5.2.2) en een korte excursie naar de ontwikkelingsgeschiedenis van het conflictenrecht (par. 5.2.3).

5.2.1. Terugblik: de probleemstelling en de gevonden verklaring

587. ***Terugkoppeling probleemstelling.*** Het doel van de onderhavige studie is, zo werd reeds in de Inleiding vastgelegd, het verklaren van het geldende recht op het snijvlak van conflictenrecht en intellectuele-eigendomsrecht.[326] Daarbij was als centrale onderzoeksvraag (probleemstelling) geformuleerd de vraag of de Berner Conventie en het Verdrag van Parijs een conflictregel bevatten, in het bijzonder de vraag of het beginsel van nationale behandeling in die verdragen een conflictregel bevat.[327]

588. Die vraag – dus de vraag naar de 'zenderbetekenis'[328] van het beginsel van nationale behandeling – hebben wij beantwoord. Het onderzoek tot dusver heeft het inzicht opgeleverd dat in dit beginsel twee met elkaar vervlochten regels besloten liggen: een conflictregel en een vreemdelingenrechtelijke regel. Vreemdelingenrechtelijk gezien schrijft het beginsel van nationale behandeling non-discriminatie voor – daarmee verankert het beginsel van nationale behandeling het non-

324 Section 10, met ingang van 1 mei 1996. Zie ook Dicey, Morris & Collins 2006, p. 1907, nr. 35-028 e.v.
325 Zie bijvoorbeeld Supreme Court of Canada 15 december 1994, [1994] 3 *SCR* 1022 (Tolofson/Jensen); High Court of Australia 21 juni 2000, [2000] *HCA* 36 (Pfeiffer/Rogerson).
326 Zie alinea 5 hiervoor.
327 Zie alinea 21 hiervoor.
328 Vgl. ook alinea 25 hiervoor.

discriminatiebeginsel. Conflictenrechtelijk gezien is het beginsel van nationale behandeling de vervollediging van het formele-territorialiteitsbeginsel; het vervolledigt het toepassingsbereik van de formeel- en materieel-territoriaal toepasselijke wet – en daarmee verankert het beginsel van nationale behandeling het formele-territorialiteitsbeginsel. Verklaard is *waarom* in het beginsel van nationale behandeling een conflictregel ligt besloten (hoofdstuk 1 tot en met 4), en bovendien is verklaard waarom wij deze conflictregel tegenwoordig niet meer begrijpen en hoe die begripsverduistering heeft plaatsgevonden (par. 5.1). Deze verklaring kan als volgt worden samengevat in twee alinea's:

– Van oudsher verkeerde het vreemde 'element' (een werk, auteur, merkhouder enz.) in een toestand van rechteloosheid. Die (destijds politiek-economisch wenselijk geachte) toestand had juridisch gezien twee mogelijke oorzaken. Meestal was de oorzaak de combinatie van drie statutistisch-conflictenrechtelijke afbakeningen van het toepassingsbereik van de nationale intellectuele-eigendomswet, te weten (i) materiële territorialiteit, (ii) formele territorialiteit, en (iii) de afbakening tot nationale elementen. Soms was de oorzaak een beperking van de rechtsbevoegdheid van vreemdelingen. In beide gevallen kent de toestand van rechteloosheid twee aspecten: er is een rechtsvacuüm (er is géén toepasselijk recht) en er is discriminatie. In de eerste helft van de negentiende eeuw begon men deze toestand als problematisch te ervaren en ontwikkelde men een remedie: het beginsel van nationale behandeling. Dit beginsel brengt het vreemde element onder de hoede van de nationale wet, en aldus heft het de toestand van rechteloosheid in haar beide aspecten op. Het bevat dus zowel een conflictregel als een non-discriminatiebeginsel, hetgeen in de negentiende eeuw volstrekt vanzelfsprekend werd gevonden. Dit beginsel is in de negentiende eeuw uitgegroeid tot de standaard in het internationale intellectuele-eigendomsrecht. Het is ook overgenomen in de Berner Conventie en in het Verdrag van Parijs.
– Tegenwoordig begrijpen wij de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling niet meer omdat, in essentie, wij het rechtsvacuüm niet onderkennen. Dit is het gevolg van een onopgemerkte verschuiving van het conflictenrechtelijke denken over het intellectuele-eigendomsrecht. Het rechtsvacuüm en het beginsel van nationale behandeling zijn fenomenen uit de statutistisch-conflictenrechtelijke denkwereld, terwijl wij tegenwoordig – ook ten aanzien van het intellectuele-eigendomsrecht – denken binnen de Savigniaans-conflictenrechtelijke denkwereld. En in dat universum is een rechtsvacuüm onbestaanbaar. Bovendien zijn in de Savigniaanse denkwijze conflictenrecht en vreemdelingenrecht strikt gescheiden, waardoor wij de statutistische afbakening van het toepassingsbereik van de nationale wet tot nationale elementen niet als conflictenrecht, maar als vreemdelingenrecht duiden; daardoor miskent men het rechtsvacuüm in de toestand van rechteloosheid. Ten slotte zijn wij vervreemd geraakt van het formele-territorialiteitsbeginsel, waardoor veel primaire bronnen voor ons onbegrijpelijk zijn geworden.

589. ***Vacuüm als nucleus.*** De kern van de verklaring wordt dus gevormd door het rechtsvacuüm in de toestand van rechteloosheid. Op dat rechtsvacuüm vormde de

conflictregel in het beginsel van nationale behandeling immers het antwoord. En juist het rechtsvacuüm kunnen wij door onze Savigniaanse bril niet meer zien, waardoor wij de conflictregel tegenwoordig niet meer begrijpen.

590. ***Wat er verklaard wordt.*** Wij hebben gezien dat vanuit deze kern de probleemstelling geheel kan worden verklaard; er kan zelfs méér worden verklaard. In het bijzonder:
- kan, als gezegd, worden verklaard waarom in het beginsel van nationale behandeling een conflictregel ligt besloten;
- kan worden verklaard waarom deze conflictregel vroeger vanzelfsprekend was, terwijl wij haar tegenwoordig niet meer begrijpen;
- kan de tekst van artikel 5 lid 1 van de Berner Conventie volledig en consistent worden verklaard (met name de in onze ogen enigszins merkwaardige formulering "de rechten, welke de onderscheidene wetten thans of in de toekomst aan de eigen onderdanen verlenen of zullen verlenen" valt op haar plaats);
- kan m.m. ook de tekst van artikel 2 lid 1 van het Verdrag van Parijs volledig en consistent worden verklaard;
- kan de tekst van artikel 5 lid 2 van de Berner Conventie volledig en consistent worden verklaard, met name haar tweede volzin ("Bijgevolg worden, buiten de bepalingen van deze Conventie, de omvang van de bescherming, zowel als de rechtsmiddelen, die de auteur worden gewaarborgd ter handhaving van zijn rechten, uitsluitend bepaald door de wetgeving van het land, waar de bescherming wordt ingeroepen");
- kan de (verwarring rond de) exclusieve-bevoegdheidsgrond in met name het industriële-eigendomsrecht worden verklaard; en
- kunnen eenzijdige conflictregels in veel (oude) nationale intellectuele-eigendomswetten, zoals artikel 47 Auteurswet, worden verklaard.

591. Daarmee lijkt een accurate en veelomvattende verklaring van het geldende recht op het kruispunt van het intellectuele-eigendomsrecht en het conflictenrecht te zijn geleverd. De gevonden verklaring is – voor zover mij bekend – nieuw. Daarnaast is zij op zichzelf genomen vrij eenvoudig als men de crux – de blikwisseling – begrijpt.

592. ***Andere onderzoeksvragen.*** Wij zijn daarmee op een punt in deze studie aangekomen waarop wij ons kunnen richten op andere belangrijke onderzoeksvragen. Dat is in de eerste plaats de vraag of de gevonden conflictregel strookt met de huidige rechtsopvattingen en rechtspraktijk, of zij binnen de marges van het geldende recht eventueel kan worden gemoderniseerd, en – zo dat mogelijk is – de vervolgvraag hoe zij er dan uit komt te zien. Dit alles komt aan de orde in par. 5.3. Daarnaast, in de tweede plaats, is er de vraag hoe het conflictenrecht in het intellectuele-eigendomsrecht idealiter zou moeten luiden; met die vraag is het domein van het geldende recht verlaten, het gaat dan om een normatieve uitspraak (wenselijk recht). Hieraan is een kort exposé in par. 8.2 gewijd.

593. ***Breder perspectief.*** Ondertussen lijkt het tot dusver verrichte onderzoek tegelijk, in breder verband, enkele nieuwe inzichten te hebben opgeleverd in het conflictenrecht, het vreemdelingenrecht en hun onderlinge relatie. Een belangrijk algemeen conflictenrechtelijk inzicht, dat in par. 5.1.2 uitvoerig aan de orde is gekomen, is dat het Savigniaanse paradigma ons blind maakt voor het rechtsvacuüm als conflictenrechtelijke mogelijkheid. In vreemdelingenrechtelijk opzicht is de plaats en de ontwikkeling van dit rechtsgebied duidelijker geworden; dit wordt hierna in par. 5.2.2 op een rij gezet. Het is interessant om vervolgens, met deze inzichten, de ontwikkelingsgeschiedenis van het conflictenrecht opnieuw te bezien (par. 5.2.3).

5.2.2. Synthese: plaats en ontwikkeling van het vreemdelingenrecht

594. ***Vreemdelingenrecht.*** Laten wij eerst stilstaan bij het vreemdelingenrecht, de verzameling rechtsregels die de privaatrechtelijke rechtspositie van vreemdelingen ten opzichte van de eigen onderdanen reguleren door vreemdelingen hetzij achter te stellen (discriminatie), hetzij gelijk te stellen, hetzij – tamelijk zeldzaam – te bevoordelen.[329] In de huidige tijd wordt nog maar weinig aandacht besteed aan vreemdelingenrecht. Men lijkt moeite te hebben om dit rechtsgebied een plaats te geven, met name ten opzichte van het conflictenrecht. De noodzaak om dit te doordenken is natuurlijk ook geslonken doordat tegenwoordig het non-discriminatiebeginsel algemeen wordt aanvaard. Vroeger – en dat is nog niet eens zo lang geleden – was dat echter niet het geval, en wij hebben gezien dat die oude opvattingen in bijvoorbeeld het intellectuele-eigendomsrecht tot in de huidige tijd doorwerken, zodat begrip van het vreemdelingenrecht in dat verband onontbeerlijk is.

595. ***Driefasen-structuur.*** In ons onderzoek is een belangrijke ordenende structuur (de 'driefasen-structuur') naar voren gekomen, waarmee grip kon worden gekregen op de onderzochte problematiek.[330] Deze structuur geeft ook inzicht in de plaats en de ontwikkeling van het vreemdelingenrecht. Kort gezegd zijn voor internationale gevallen drie opeenvolgende fasen te onderscheiden: (i) de rechtsbevoegdheidsfase, (ii) de conflictenrechtelijke fase, en (iii) de materieelrechtelijke fase.

596. ***Fase 1: rechtsbevoegdheid.*** De eerste fase, die der rechtsbevoegdheid, betreft de preliminaire vraag of iemand in een bepaald land geheel of gedeeltelijk drager van burgerlijke rechten kan zijn, of hij überhaupt rechtssubject is.[331] Die vraag heeft van oudsher vaak, doch niet uitsluitend, de vreemdeling getroffen.[332] In de

329 Een beschouwing over vreemdelingenrecht hoort naar huidige opvattingen niet thuis in een hoofdstuk over conflictenrecht. Nu wij in de vorige paragraaf onderzoeksresultaten hebben geëvalueerd, ligt echter voor hand om dit resultaat meteen mee te nemen.

330 Zie par. 2.1.2 onder (b), en alinea's 510 e.v. hiervoor.

331 Zie hierover par. 1.1.2 onder (b).

332 De rechtsbevoegdheidsvraag speelde niet uitsluitend ten opzichte van vreemdelingen. Ook andere groepen in de oude samenlevingen, zoals bijvoorbeeld slaven, hadden geen rechtsbevoegdheid of een beperkte rechtsbevoegdheid. Wij concentreren ons hier evenwel op het internationale geval, en in dat kader speelde de rechtsbevoegdheidsvraag met name ten opzichte van vreemdelingen.

rechtsbevoegdheidsfase speelde het vreemdelingenrecht dus een belangrijke rol. Zoals we hebben gezien, hebben vreemdelingen in de loop der eeuwen geleidelijk een steeds grotere rechtsbevoegdheid verkregen, en tegenwoordig is het vanzelfsprekend dat alle mensen, dus ook vreemdelingen, volledig rechtsbevoegd zijn. Thans heerst in deze fase de non-discriminatiegedachte. Dat is zo vanzelfsprekend geworden dat wij de rechtsbevoegdheidsfase tegenwoordig over het hoofd zien. Feitelijk is dit geen categorie meer. In onze ogen zijn er nog maar twee fasen: de conflictenrechtelijke en de materieelrechtelijke.[333]

597. ***Fase 2: conflictenrecht.*** De tweede fase, de conflictenrechtelijke fase, betreft de vraag naar het toepasselijke recht. Vroeger, tot Von Savigny, speelde het vreemdelingenrecht ook in deze fase een rol. Vreemdelingenrecht en conflictenrecht werden – ook terminologisch – niet scherp onderscheiden. Bij de bepaling van het toepasselijke recht kon een onderscheid worden gemaakt tussen eigen onderdanen en vreemdelingen. Het antwoord op de conflictenrechtelijke vraag kon voor hen verschillend zijn. Sinds Von Savigny is dat echter uitgesloten. Von Savigny, zo hebben wij gezien, heeft de rol van het vreemdelingenrecht in het conflictenrecht uitgeschakeld. Dat is voor ons tegenwoordig zo vanzelfsprekend dat we er niet bij stilstaan. Ook in deze fase heerst dus thans de non-discriminatiegedachte.[334]

598. ***Fase 3: materieel recht.*** De derde fase is de materieelrechtelijke fase, zij betreft de toepassing van het toepasselijk verklaarde recht. Ook in deze fase heeft het vreemdelingenrecht van oudsher een rol gespeeld: vreemdelingen werden door de toepasselijk verklaarde wet regelmatig gediscrimineerd. Een voorbeeld dat wij in het intellectuele-eigendomsrecht frequent hebben zien opduiken, is de relatieve materiële-reciprociteitstoets: het materiële resultaat onder de toepasselijke wet wordt bijgesteld naar een mogelijk inferieur niveau van de wet van het herkomstland van het vreemde element. Tegenwoordig is de rol van het vreemdelingenrecht in de materieelrechtelijke fase gemarginaliseerd. Veel discriminerende regels zijn afgeschaft.[335] Ook in de materieelrechtelijke fase geldt de non-discriminatiegedachte, maar er worden in deze fase nog wel uitzonderingen gemaakt; hier en daar treft men soms nog een regel aan die vreemdelingen discrimineert, zoals de cautio iudicatum solvi. Voor zover in de huidige tijd nog vreemdelingenrechtelijk wordt gediscrimineerd, gebeurt dat meestal in deze fase.[336]

---

333 Zie alinea's 508 e.v. hiervoor.

334 Zie alinea's 500 e.v. hiervoor.

335 Zo in Nederland bijvoorbeeld art. 341a WvK (oud) inzake de Nederlandse kapitein. Discriminatie van vreemdelingen kwam geregeld voor in het procesrecht, zo bijvoorbeeld de lijfsdwang en gijzeling van vreemdelingen (art. 585 onder 9, en art. 768 (oud) Rv; zie in dat verband ook het advies van de Staatscommissie IPR van 16 januari 1980 in: Frohn & Hennis 1995, p. 311 e.v.). Zie ook art. 855, twee volzin, (oud) Rv inzake kosteloos procederen. Zie voorts Asser/Scholten 1974, p. 150.

336 Denkbaar is nog dat de toepassing van vreemd recht wordt doorkruist door een nationale vreemdelingenrechtelijke regel die bijvoorbeeld als voorrangsregel wordt aangemerkt. Daarmee wordt dan op zichzelf niet door het vreemdelingenrecht ingegrepen in het conflictenrechtelijke procédé dat leidde tot aanwijzing van de vreemde lex causae, maar het conflictenrechtelijke eindresultaat wordt wel naderhand aangepast – die constellatie valt dus niet geheel in de materieelrechtelijke fase te plaatsen.

599. ***Conclusie.*** De rol van het vreemdelingenrecht in de driefasen-structuur is dus in de loop der tijd aanzienlijk veranderd. Vroeger speelde het vreemdelingenrecht een rol in alle drie genoemde fasen: de rechtsbevoegdheidsfase, de conflictenrechtelijke fase en de materieelrechtelijke fase. Tegenwoordig ziet het beeld er echter anders uit. De rol van het vreemdelingenrecht in de rechtsbevoegdheidsfase is uitgespeeld, want deze fase speelt feitelijk geen rol meer; en in de conflictenrechtelijke fase is het vreemdelingenrecht sinds Von Savigny uitgebannen. Alleen in de materieelrechtelijke fase speelt het vreemdelingenrecht soms nog een marginale rol. Daarom zijn wij tegenwoordig geneigd om het vreemdelingenrecht alleen in deze fase te situeren. Dat kan fnuikend zijn: het is, zoals we hebben gezien, een van de redenen waarom we de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling tegenwoordig niet meer onderkennen.[337]

600. Wij dienen dus voor ogen te houden dat het vreemdelingenrecht niet zoiets als een zelfstandige fase vormt. Vreemdelingenrecht kan daarentegen in alle drie genoemde fasen een rol spelen, en dat is vroeger ook daadwerkelijk het geval geweest.

5.2.3. Excursie: naar een nieuwe blik op de ontwikkelingsgeschiedenis van het conflictenrecht?

601. ***Inleiding.*** De opgedane inzichten openen een interessant perspectief. Zij nodigen uit tot de ontwikkeling van een – voor zover mij bekend – nieuwe blik op de wordingsgeschiedenis van het conflictenrecht, namelijk een blik zonder Savigniaanse 'Vorverständnis', een blik dus waarbij het rechtsvacuüm als conflictenrechtelijke mogelijkheid wordt onderkend en waarbij de verwevenheid met het vreemdelingenrecht wordt belicht. Die geschiedschrijving valt buiten het bestek van deze studie. Permitteren wij ons, desniettegenstaande, uit nieuwsgierigheid toch een kleine excursie. Hierna wordt een korte aanzet gegeven, een ruwe rudimentaire schets, om een eerste indruk te geven. Daarbij gaan wij uit van de in deze studie gebruikte, hedendaagse definities van conflictenrecht en vreemdelingenrecht[338], en maken wij gebruik van de eerder behandelde driefasen-structuur.[339] Wie het alleen om het internationale intellectuele-eigendomsrecht te doen is, kan deze paragraaf overslaan.

a. Oertoestand: rechteloosheid

602. ***Oertoestand.*** In de vroege oudheid was de staat eerst en vooral een personengemeenschap: een stam, een volk. De staat en alles wat deze voortbracht, zoals

337 Zie alinea's 510 e.v. hiervoor.
338 Vgl. noot 206 van dit hoofdstuk 5.
339 Daarbij gaat het natuurlijk om de eerste twee fasen uit die structuur, want vanuit de (post-conflictenrechtelijke) materieelrechtelijke fase kan geen sprake zijn van verstrengeling van het vreemdelingenrecht met het conflictenrecht.

recht en zelfs religie, waren er alleen voor de eigen onderdanen.[340] Vreemdelingen waren daarvan uitgesloten; zij werden gezien als vijanden en waren als zodanig volledig rechteloos.

603. ***Analyse.*** Zo werd dus het eerste 'internationale geval' in de geschiedenis (namelijk: er dient zich een vreemdeling aan) afgedaan: de vreemdeling werd überhaupt niet erkend als deelnemer aan het (burgerlijke) rechtsverkeer. In moderne terminologie: hij had geen rechtsbevoegdheid. Hij bevond zich daarmee in een toestand van volledige rechteloosheid, waarbij te zijnen aanzien eenvoudigweg géén recht van toepassing was.

604. ***Invloed vreemdelingenrecht op conflictenrecht.*** Hier was sprake van discriminatie (vreemdelingenrecht in de rechtsbevoegdheidsfase), met een rechtsvacuüm (conflictenrecht) als gevolg. Aldus dicteerde het vreemdelingenrecht het antwoord op de conflictenrechtelijke vraag volledig.

b. Oudheid: eerste schreden

605. ***Uitzonderingen op rechtsonbevoegdheid.*** In die oertoestand kwam verandering waar, in de loop der tijd, volkeren – zoals de Egyptenaren en de Feniciërs – uit hun geslotenheid traden en vriendschappelijker betrekkingen met elkaar begonnen te onderhouden, met name omwille van de handel. De vreemdeling werd niet langer geweerd; hij werd toegelaten teneinde handel met hem te kunnen drijven. Daarmee begon, althans op privaatrechtelijk terrein, zijn toestand van volledige rechteloosheid te knellen. Gaandeweg begon men uitzonderingen te maken op het uitgangspunt dat de vreemdeling volledig rechteloos was. Men ging het vacuüm tot op zekere hoogte opvullen door ten aanzien van de vreemdeling bepaalde regels toe te passen.

606. ***Analyse.*** Zo werden twee stappen tegelijk gezet: de vreemdeling kreeg enige rechtsbevoegdheid (vreemdelingenrecht in de rechtsbevoegdheidsfase), en er werden daartoe bepaalde rechtsregels als toepasselijk aangewezen (conflictenrecht). Welke rechtsregels? Men koos niet voor het recht van de vreemdeling zelf, maar grofweg paste men te zijnen aanzien ofwel een uitgeklede versie van het eigen recht toe, ofwel een aparte verzameling rechtsregels.[341] Hier ontluikt dus de geschiedenis van het conflictenrecht – pril, primitief en: sterk verstrengeld met vreemdelingenrecht.[342] Want dit conflictenrecht werd langs twee wegen sterk in de

340 Zie verder Von Frisch 1910, p. 3 e.v.; Siehr 2002, p. 507.

341 Wij zien dus een gelijktijdige beweging in de rechtsbevoegdheidsfase en in de conflictenrechtelijke fase: eenzelfde beweging die in de negentiende eeuw ook soms in de context van het intellectuele-eigendomsrecht werd gemaakt, namelijk in het geval dat de beperking tot nationale auteurs, merkhouders, enz. was vormgegeven als een beperking van de rechtsbevoegdheid van vreemdelingen (zie par. 1.2.2).

342 Vaak wordt het beginpunt van de geschiedenis van het conflictenrecht in de middeleeuwen gezocht, zie noot 369 van dit hoofdstuk 5. Dat wordt veroorzaakt, zo moge ondertussen duidelijk zijn, doordat men met een Savigniaanse bril kijkt, waardoor men het rechtsvacuüm in de oertoestand van rechteloosheid niet ziet.

greep gehouden door het vreemdelingenrecht. Ten eerste kon het conflictenrecht alleen ontstaan binnen de bandbreedte die het vreemdelingenrecht hem toestond. Anders gezegd: het conflictenrecht kon alleen ontstaan voor zover het vreemdelingenrecht in de rechtsbevoegdheidsfase daartoe een opening (beperkte rechtsbevoegdheid) bood: immers alleen daar waar de vreemdeling rechtsbevoegd is gemaakt, kan de vraag rijzen welk recht te zijnen aanzien moet worden toegepast. En ten tweede interfereerde het vreemdelingenrecht ook in de conflictenrechtelijke fase zelf. Het antwoord op de conflictenrechtelijke vraag was voor onderdanen en vreemdelingen immers verschillend: ten aanzien van de eigen onderdanen werd altijd hun eigen recht toegepast, maar dat gold niet voor vreemdelingen. Zij werden getrakteerd op voor hen vreemd recht.[343]

607. ***Klassieke Oudheid.*** In de klassieke Oudheid treffen wij voorbeelden aan van beide conflictenrechtelijke oplossingen ter opvulling van het rechtsvacuüm (een uitgeklede versie van het eigen recht, of een aparte verzameling rechtsregels). Zo bijvoorbeeld in verdragen tussen de Griekse staten.[344] Opmerkelijk zijn in dit verband de zogeheten 'isopoliteia-verdragen', die – na een lange ontwikkelingsgang – in de derde eeuw v. Chr. ontstonden (ίσοπολιτεία: gelijke burgerrechten).[345] In deze verdragen verleenden de verdragsluitende Griekse staten elkaars onderdanen een aantal rechten "overeenkomstig de wetten van de Staat." [346] Aldus liet de ene staat de onderdanen van de andere staat tot op zekere hoogte delen in zijn recht. Een fraai voorbeeld is het verdrag tussen de Kretenzische staten Ierapytna en Priansos, waarin onder meer het volgende werd overeengekomen: "Die Hierapytner und Priansier sollen bei einander geniessen die Isopolitie, das Recht der Eheschliessung und des Besitzerwerbes und Anteil haben an allen göttlichen und menschlichen Dingen. Wer zum Volk der Kontrahenten gehört, *darf* verkaufen und kaufen, Geld auf Zinsen leihen und aufnehmen und alle anderen Verträge schliessen *gemäss den bestehenden Landesgesetzen*. (…)."[347] Bij de Romeinen was het uitgangspunt oorspronkelijk niet anders: het Romeinse recht (ius civile) was in beginsel alleen weggelegd voor Romeinse burgers.[348] De vreemdeling was volledig rechteloos.[349] Na verloop van tijd begon men voor onderdanen van bevriende en overwonnen volkeren hierop een uitzondering te maken.[350] Daartoe ontwikkelde men in eerste instantie het zogeheten ius gentium, een verzameling rechtsregels die als een soort basisrecht (een 'natuurrechtelijk minimum') werd toegepast in

343 Daarnaast interfereerde het vreemdelingenrecht ook in de materieelrechtelijke fase, want er werd een uitgekleede (inferieure) versie van het toepasselijk verklaarde recht toegepast, of een aparte verzameling van – naar men mag aannemen: – inferieure rechtsregels.
344 Hitzig 1907, p. 60-61; Lewald 1946, p. 9-11.
345 Cybichowski 1907, p. 64-67; Von Frisch 1910, p. 14-17.
346 Vgl. Hitzig 1907, p. 61; Lewald 1946, p. 11.
347 Uit: Cybichowski 1907, p. 64 (cursiveringen toegevoegd).
348 Von Wächter 1841, p. 242; Von Bar 1889, Bd. I, p. 17; Von Frisch 1910, p. 17-18; Lewald 1946, p. 29; Niederer 1952, p. 118.
349 Von Bar 1889, Bd. I, p. 18; Von Frisch 1910, p. 17; Schwind 1990, p. 2.
350 Von Bar 1889, Bd. I, p. 18-19; Von Frisch 1910, p. 18.

het rechtsverkeer met en tussen vreemdelingen.[351] Men kan hierin derhalve een soort eenvormig privaatrecht zien.[352] Het ius gentium vormde evenwel geen compleet rechtsstelsel, het was met name ontwikkeld voor het handelsverkeer, het was dus een soort lex mercatoria.[353] Toch was de vreemdeling in Rome voor het overige – dus buiten het materiële toepassingsgebied van het ius gentium – niet geheel rechteloos. In een enkel geval werd te zijnen aanzien het ius civile toegepast, zo bijvoorbeeld Romeins delictsrecht.[354] En in familierechtelijke en erfrechtelijke aangelegenheden ging men er na verloop van tijd toe over om het eigen recht van de vreemdeling toe te passen; in deze aangelegenheden gold derhalve het personaliteitsbeginsel zoals dat ook voor het ius civile gold: de wet volgt de onderdaan, waar hij ook is.[355]

c. Vroege middeleeuwen: tweezijdig personaliteitsbeginsel

608. ***Tweezijdige personaliteit.*** In de vroege middeleeuwen werd dit personaliteitsbeginsel voor de volkeren binnen de grenzen van de oude Romeinse rijk tot algemeen uitgangspunt verheven en verder uitgebouwd.[356] Ging het vóór die tijd vrijwel altijd om eenzijdige personaliteit – het recht geldt alleen voor de eigen onderdanen en de vreemdeling is dus in beginsel rechteloos –, nu werd het personaliteitsbeginsel doorgetrokken naar de vreemdeling.[357] Aldus leefde ieder naar het recht van het volk waartoe hij behoorde.[358] Het eigen recht was niet alleen van toepassing op familie- en erfrechtelijke aangelegenheden, maar beheerste in beginsel zijn gehele rechtspositie, dus ook bijvoorbeeld vermogensrechtelijke en strafrechtelijke kwesties.[359] Dit systeem van persoonlijke rechten lijkt geen breuk te hebben opgeleverd met het tot dan toe geldende uitgangspunt dat de rechter in beginsel alleen zijn eigen recht toepast, het primaat van de lex fori: Meijers heeft aangetoond dat men door bevoegdheidsregelingen er voor zorgde dat ieder in de regel door zijn eigen rechter – en daarmee naar zijn eigen recht – werd berecht.[360]

---

351 Gaius schrijft: "quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur." (Institutiones I, 1). Het ius gentium kon derhalve niet in strijd komen met Romeins recht. Het zal ook grotendeels zijn geënt op het Romeinse recht (vgl. Von Wächter 1841, p. 243; Von Bar 1889, Bd. I, p. 19).
De vraag in welke gevallen het ius gentium precies van toepassing was, kan hier in het midden blijven. Zo wordt verschillend gedacht over de vraag in hoeverre in Rome tussen vreemdelingen uit dezelfde staat hun gemeenschappelijke recht werd toegepast, vgl. Von Wächter 1841, p. 243-244; Niederer 1952, p. 122, noot 14, en p. 125, noot 19.
Later werd het ius gentium later ook toegepast in het rechtsverkeer tussen Romeinen onderling, dus naast hun ius civile, vgl. Niederer 1952, p. 122, noot 13. Uiteindelijk zijn ius civile en ius gentium samengesmolten, Kosters/Dubbink 1962, p. 11.

352 Vgl. Van Hecke 1981, p. 19. Die kwalificatie gaat overigens niet altijd op: in later tijden werd het ius gentium immers ook tussen Romeinen onderling (op 'nationale' gevallen) toegepast.

353 Lewald 1946, p. 30; Niederer 1952, p. 123.

354 Lewald 1946, p. 36; Kegel & Schurig 2004, p. 163.

355 Zie onder meer Lewald 1946, p. 34 e.v.; Niederer 1952, p. 127 e.v.

356 Over de invloed van het Romeinse personaliteitsbeginsel op het vroeg-middeleeuwse systeem, zie onder meer Von Bar 1889, Bd. I, p. 22; Von Frisch 1910, p. 22-23; Niederer 1952, p. 127-128, noot 23.

357 Von Frisch 1910, p. 22. Vgl. ook Meijers 1934, p. 553.

358 Meijers 1934, p. 549 e.v.; Gutzwiller 1977, p. 7, noot 1.

359 Vgl. Von Bar 1889, Bd. I, p. 27; Meijers 1934, p. 549; Kosters/Dubbink 1962, p. 12.

360 Voor de latere middeleeuwen: Meijers 1922, p. 62; Meijers 1934, p. 572 e.v.; Vogel 1965, p. 44-45, noot 8 met verdere verwijzingen. Zie ook Demangeat 1844, p. 55.

609. ***Invloed vreemdelingenrecht op conflictenrecht.*** Al met al was de greep van het vreemdelingenrecht op het conflictenrecht wat losser geworden. Zijn preliminaire greep via de rechtsbevoegdheidsfase verminderde doordat de rechtsbevoegdheid van de vreemdeling verder werd uitgebreid. En in de conflictenrechtelijke fase verminderde zijn greep daar waar het personaliteitsbeginsel tweezijdig werd toegepast: dan werd immers ten aanzien van eigen onderdanen en vreemdelingen dezelfde conflictregel toegepast.

610. ***Positie vreemdeling.*** Dit alles nam overigens niet weg dat de vreemdeling in een aparte en inferieure positie bleef verkeren.[361] En dat zal in ieder geval hebben gegolden voor 'echte' vreemdelingen, voor hen die niet tot het grote Rijk behoorden. Zij hadden niet het voorrecht om volgens het eigen recht te leven.[362]

d. Late middeleeuwen tot in de negentiende eeuw: statutenleer en territorialiteit

611. ***Territorialiteit; verschuiving staatsbegrip.*** Later in de middeleeuwen begon het systeem van de persoonlijke rechten om uiteenlopende redenen af te kalven.[363] De rol van het territoir, die tot dan toe van secundaire betekenis was geweest, werd steeds belangrijker. Rond het einde van de twaalfde eeuw begonnen de opvattingen over de staat geleidelijk te verschuiven. Tot die tijd – ook in de oudheid – was de staat primair een personenverband geweest: de staat heerste in de eerste plaats over personen, niet over een gebied; vandaar ook het systeem van persoonlijke rechten.[364] Nu begonnen machthebbers zich echter meer en meer te richten op de beheersing van hun gebied. Dit was het eerste begin van de transformatie van de 'personenverbandsstaat' in de moderne 'institutionele vlaggenstaat' van tegenwoordig.[365] Zo werd ook het recht geleidelijk aan meer en meer territoriaal gedefinieerd, het werd plaatsgebonden, het gold voor een bepaald gebied.

612. ***Statutenleer.*** Daarmee dienden zich nieuwe vragen omtrent het in internationale gevallen toepasselijke recht aan. De vanzelfsprekendheid dat de rechter zijn eigen recht toepast kwam ter discussie te staan. Bartolus de Saxoferrato vatte de nieuwe problemen in de veertiende eeuw als volgt samen: kan eigen wetgeving binnen het eigen territoir ook gelding hebben ten aanzien van vreemdelingen? En: kan eigen wetgeving ook buiten het eigen territoir gelding hebben?[366] Men ziet in de vraagstelling het gewijzigde perspectief terug.

613. Een nieuwe middeleeuwse wetenschap was geboren: de 'collisio statutorum' (samenloop van wetgeving) was voorwerp van universitaire studie geworden in

361 Vgl. Von Frisch 1910, p. 24-27.
362 Van Hecke 1981, p. 17.
363 Hierover uitvoerig: Meijers 1934, p. 558-566.
364 Vogel 1965, p. 44 e.v.
365 Hierover nader Vogel 1965, p. 46.
366 Strikwerda 2008 (*Inleiding*), p. 15; Kegel & Schurig 2004, p. 171.

Noord-Italië en Zuid-Frankrijk. Hieruit groeide de statutenleer, welke leer het continentale conflictenrecht tot in de negentiende eeuw heeft beheerst.[367]

614. Centraal in de statutenleer stond, zo hebben wij al eerder gezien, het toepassingsbereik van de eigen wetgeving. Rechtsregels werden in een aantal klassen ingedeeld en iedere klasse van rechtsregels werd geacht een bepaald toepassingsbereik te hebben, dat zich uit de aard van die klasse van rechtsregels liet afleiden.[368] Aldus werd het toepassingsbereik van de eigen rechtsregels vastgesteld. Het statutistische conflictenrecht was in beginsel eenzijdig; zijn primaire doel was de afbakening van het toepassingsbereik van de eigen rechtsregels. Was het eigen recht op grond van de eigen eenzijdige conflictregel niet van toepassing, dan kon – mits de eigen wet dat toeliet – op grond van diezelfde conflictregel toepassing worden gegeven aan vreemd recht; de conflictregel werd 'gebilateraliseerd' ('gegeneraliseerd').

615. ***Analyse.*** Zo werden twee belangrijke stappen binnen het kader van het conflictenrecht gezet. Ten eerste ontlook de bereidheid om vreemd recht toe te passen, een revolutionaire stap in het conflictenrecht.[369] Ten tweede werd het conflictenrecht een middeleeuws-wetenschappelijke discipline; hier begint dus de geschiedenis van het conflictenrecht *als voorwerp van rechtsgeleerde studie.*

616. ***Nadruk meer op territorialiteit.*** Binnen de statutenleer kwam het accent steeds meer te liggen op de territorialiteit van het recht.[370] In de zeventiende eeuw trok Ulrik Huber de territorialiteitsgedachte tot het uiterste door. Hij kwam tot de volgende drie 'axiomata':

> "Ten 1. Dat de wetten van yder vry Landschap kracht moeten hebben binnen de palen des selven Lands, ende verbinden alle de Onderdanen des selfs, sonder wijders.
>
> Ten 2. Dat voor onderdanen moeten worden gehouden alle Persoonen die in dat Landschap worden bevonden, soo lange sy hun aldaer onthouden, het sy voor een tijt ofte voor altoos.

---

367 Zie ook par. 1.1.2.

368 Strikwerda 1978, p. 113. Vgl. ook Kegel & Schurig 2004, p. 174. Tot traditionele hoofdonderscheiding kristalliseerde zich in de loop der tijd de indeling in statuta personalia, statuta realia en statuta mixta uit. De statuta personalia waren de regels van personenrecht in enge zin; zij waren van toepassing ten aanzien van de eigen onderdanen. De statuta realia waren de regels van goederenrecht; zij bestreken alle op het eigen territoir gelegen onroerende goederen. De statuta mixta vormden een restgroep, die – evenals de statuta realia – territoriaal geaard waren. De definitie van deze derde categorie stond niet vast; sommigen rekenden hiertoe regels betreffende rechtshandelingen, volgens anderen ging het om regels die zowel op personen als op goederen betrekking hebben, weer anderen kozen voor regels van vormenrecht. Zie Von Bar 1889, Bd. I, p. 42.

369 Die bereidheid (erkenning van vreemd recht) wordt tegenwoordig wel als een kenmerk van conflictenrecht gezien, en met name om die reden wordt dan gezegd dat de geschiedenis van het conflictenrecht ongeveer hier begint, en dat zij in ieder geval niet in de oudheid begon (vgl. onder meer Niederer 1952, p. 131; Schwind 1990, p. 4). Daarmee wordt in feite de definitie van conflictenrecht versmald; ten onrechte, want het (opvullen van het) rechtsvacuüm wordt als conflictenrechtelijke mogelijkheid miskend. Die definitieversmalling is onbewust, zij is het gevolg van onze onbewust-Savigniaanse perceptie.

370 Nadruk werd gelegd, met name door de Hollandse statutisten, op de relatie tussen de (steeds meer territoriaal opgevatte) soevereiniteit van de machthebber en het toepassingsbereik van zijn wetgeving. Wetgeving – uitdrukkelijk opgevat als een soevereine bevoegdheid van de staat – reikt zover als de soevereiniteit van de staat reikt. Vgl. Strikwerda 1978, p. 112 en p. 5; Vogel 1965, p. 50 e.v.; Joerges 1971, p. 9

> Ten 3. De Hooge machten van yder Landt bieden elkander de handt, ten einde, de Rechten van yder, op elk sijn onderdanen, schoon elders zijnde, soo verre gelden, als het niet is strijdig met de Macht of het Recht des anderen in sijn bedrijf."[371]

617. ***Formele-territorialiteitsbeginsel.*** Daarmee zien wij bij Huber voor het eerst het formele-territorialiteitsbeginsel als uitgangspunt van het conflictenrecht: het toepassingsbereik van het recht is afgebakend tot het eigen territoir en de rechter past slechts zijn eigen recht toe.[372] Hubers axiomata hebben lange tijd grote invloed gehad.[373] Het conflictenrecht in de achttiende en negentiende eeuw nam het formele-territorialiteitsbeginsel tot algemeen uitgangspunt.[374]

618. ***Invloed vreemdelingenrecht op conflictenrecht.*** Al met al had het conflictenrecht zich steeds verder ontworsteld uit zijn verstrengeling met het vreemdelingenrecht. In de rechtsbevoegdheidsfase werd de rechtsbevoegdheid van de vreemdeling steeds groter, waardoor de interferentie van het vreemdelingenrecht vanuit die hoek steeds kleiner werd. En ook in de conflictenrechtelijke fase zelf werd de invloed van het vreemdelingenrecht verder teruggedrongen: binnen het statutistisch-territoriale conflictenrecht brak de gedachte door dat de lokale wet toepasselijk is ten aanzien van *iedereen* die zich op het territoir bevindt, dus ook ten aanzien van de vreemdeling. Vreemdelingen werden steeds meer beschouwd als 'cives temporarii', tijdelijke onderdanen – men denke aan Hubers tweede axioma.[375] Dit axioma is in feite, in combinatie met het eerste axioma, een soort beginsel van nationale behandeling *avant la lettre*: conflictregel (formele-territorialiteitsbeginsel) en non-discriminatiebeginsel tegelijk.

619. Zo werd de positie van de vreemdeling, die in de late middeleeuwen nog veelvuldig werd achtergesteld, in de loop der eeuwen steeds verder verbeterd.[376] Achter die verbetering gaat een complex van politieke, filosofische en economische gedachten schuil, dat hier kortheidshalve onbesproken blijft. Vermeld zij slechts de opmerking van Hugo de Groot anno 1631, waaruit blijkt dat ook welbegrepen eigenbelang een rol speelde: "Maer met lanckheid van tijden deze landen in koophandel ende neeringhe door de toe-komste van vremden zeer aennemende, is zodanigen ruim onderscheid on-oorboir gevonden."[377]

620. In de eerste helft van de negentiende eeuw was de ontvlechting van conflictenrecht en vreemdelingenrecht aardig gevorderd – maar zeker nog niet compleet.

---

371 Huber 1686, I.III. 4-6.
372 Vgl. Vogel 1965, p. 28 e.v. De benaming formele-territorialiteitsbeginsel is, zo is eerder in deze studie al werd opgemerkt, overigens van later datum en ook nu nog geen vaste terminologie (zie noot 35 van hoofdstuk 1).
373 Vogel 1965, p. 35 e.v.
374 Zie onder meer gezaghebbende handboeken uit die tijd, zoals Foelix 1843, p. 12 e.v. (Foelix/Demangeat 1866, p. 19 e.v.); Story 1841, p. 25 e.v. Vgl. Strikwerda 1978, p. 5. Vogel 1965, p. 89-90 illustreert hoe sterk de territorialiteitsgedachte in deze tijd leefde.
375 Vgl. Vogel 1965, p. 60-64.
376 Von Bar 1889, Bd. I, p. 33-34 en p. 47.
377 De Groot 1631, I.13.3. Zie ook Kosters 1914, p. 287-288; Kosters 1917, p. 65.

621. De invloed van het vreemdelingenrecht op het conflictenrecht via de preliminaire rechtsbevoegdheidsfase was ver teruggedrongen: de rechtsbevoegdheid van de vreemdeling was grotendeels compleet.[378] Zij werd nog op enkele, overigens niet onbelangrijke punten beknot. Erfrecht en recht van eigendom van onroerende zaken waren zulke knelpunten.[379] In het intellectuele-eigendomsrecht daarentegen werd de rechtsbevoegdheid van vreemdelingen algemeen aangenomen, zo hebben wij gezien; slechts in enkele landen was op dit punt sprake van een beperking van de rechtsbevoegdheid – met rechteloosheid als gevolg.

622. En in de conflictenrechtelijke fase was het vreemdelingenrecht ook steeds verder teruggedrongen. Zoals wij hebben gezien deed zich hier in het intellectuele-eigendomsrecht echter een uitzondering voor: zo werd het toepassingsbereik van intellectuele-eigendomswetten zodanig afgebakend dat vreemde werken, auteurs, merkhouders, enz. tussen wal en schip vielen – met rechteloosheid als gevolg.

623. ***Positie vreemdeling.*** Hoewel, tezamen genomen, de vreemdeling nog steeds niet op gelijke voet met de onderdaan stond, was volledige rechteloosheid voor hem een uitzondering geworden.[380] Zo kon Von Wächter in 1841 vaststellen dat "der alte Grundsatz der Rechtlosigkeit" in het privaatrecht nagenoeg verdwenen was, uitgezonderd "nur einzelne Particularrechte."[381]

e. Tweede helft negentiende eeuw tot heden: Von Savigny

624. ***Von Savigny's conflictenrecht.*** Daarmee zijn wij aangekomen bij de volgende revolutionaire stap in de geschiedenis van het conflictenrecht, namelijk bij Von Savigny, wiens in 1849 ontvouwen conflictenrecht tot op heden nog steeds ons denkraam bepaalt. Von Savigny heeft, zo hebben wij gezien, zowel de grondslag als de methode van het conflictenrecht vernieuwd: de oude soevereiniteitsgrondslag heeft hij vervangen door een internationalistische grondslag, en in lijn met die nieuwe grondslag heeft hij een nieuwe methode ontwikkeld, die bestaat uit een omkering van de conflictenrechtelijke rechtsvinding (de 'kopernikanische Wende' van Von Savigny).[382] Zijn bepalende betekenis voor het conflictenrecht hebben wij al hiervoor behandeld.[383] Overigens is het opmerkelijk dat die betekenis pas in de twintigste eeuw op haar waarde is geschat en doorgrond.[384]

---

378 Von Wächter 1841, p. 253; Von Savigny 1849, p. 25 en p. 114.

379 Dit is niet verwonderlijk. In deze rechtsgebieden hebben lang de sleutels tot macht en rijkdom gelegen, en die men gaf niet graag uit handen. Vererving was in vroeger tijden immers de belangrijkste manier om eigendom te vergaren, terwijl onroerende zaken de belangrijkste vermogensbestanddelen vormden (grondbezit).

380 Wij moeten daarbij overigens niet vergeten dat het vreemdelingenrecht ook een rol speelde in de materieelrechtelijke fase, die in deze excursie buiten beschouwing blijft (zie noot 339 van dit hoofdstuk 5).

381 Von Wächter 1841, p. 253. Zie ook Von Savigny 1849, p. 25; Schnitzer 1950, p. 250-251.

382 Neuhaus 1949, p. 366.

383 Zie par. 5.1.2 onder (b).

384 Zie in dit verband bijvoorbeeld Gutzwiller 1923; Neuhaus 1949; Vogel 1965; Joerges 1971; Strikwerda 1978.

625. ***Twee onderbelichte aspecten.*** Twee aspecten van Von Savigny's model lijken tot op heden echter onderbelicht te zijn gebleven, zo kwam uit het eerdere onderzoek naar voren.[385] Dat is ten eerste de onbestaanbaarheid van het rechtsvacuüm.[386] En dat is ten tweede zijn bevrijding van het conflictenrecht uit de greep van het vreemdelingenrecht. De receptie van het model van Von Savigny betekende de definitieve ontvlechting van conflictenrecht en vreemdelingenrecht.

626. ***Uitbanning invloed vreemdelingen op conflictenrecht.*** Die bevrijding van het conflictenrecht heeft zich op twee fronten voltrokken. In de eerste plaats postuleerde Von Savigny in de rechtsbevoegdheidsfase gelijke, volledige rechtsbevoegdheid.[387] Daarmee werd elke interferentie van het vreemdelingenrecht via de rechtsbevoegdheidsfase uitgeschakeld, en had het conflictenrecht in dit opzicht maximale speelruimte verkregen. In de tweede plaats heeft Von Savigny de rol van het vreemdelingenrecht in de conflictenrechtelijke fase volledig uitgeschakeld. Zijn methode (rechtsvinding 'aus der Natur der Sache') impliceert immers noodzakelijkerwijs dat het non-discriminatiebeginsel in de conflictenrechtelijke fase heerst.[388] Zo heeft Von Savigny in beide fasen de hegemonie van het non-discriminatiebeginsel gevestigd, en heeft hij daardoor het conflictenrecht bevrijd van elke vreemdelingenrechtelijke interferentie.[389]

627. ***Bredere tendens.*** Daarmee past hij, zo blijkt uit het voorgaande, in een bredere onderstroom in de geschiedenis die voerde naar de uitbanning van de invloed van het vreemdelingenrecht op het conflictenrecht. Von Savigny's model vormt het sluitstuk van die ontwikkeling. Maar daarbij moet wel worden opgemerkt dat Von Savigny in deze stroom veel meer is geweest dan een belangrijke stroomversnelling. De verdienste van zijn model is dat de uitschakeling van het vreemdelingenrecht in beide fasen niet slechts een wenselijke optie is, maar dat zij een onvermijdelijk gegeven is, want systeem-inherent.

628. ***Heden.*** Dit alles is tegenwoordig zo vanzelfsprekend geworden dat wij ons er niet meer bewust van zijn. Het Savigniaanse paradigma heeft onze blik onbewust veranderd. Door de Savigniaanse bril valt het rechtsvacuüm als conflictenrechtelijke mogelijkheid weg in een dode hoek; door de Savigniaanse bril zijn conflictenrecht en vreemdelingenrecht als vanzelfsprekend gescheiden. Daardoor zien wij de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling in het intellec-

385 Het lijkt verklaarbaar waarom deze aspecten in een studie over conflictenrecht en intellectuele-eigendomsrecht naar voren komen: alleen in het intellectuele-eigendomsrecht leeft immers nog het oude denkwereld via de Berner Conventie en het Verdrag van Parijs als geldend recht voort (dat lijkt een unieke positie: het internationale intellectuele-eigendomsrecht heeft "kein Gegenstück im übrigen IPR", aldus Siehr 2002, p. 222). Zo laat zich hier de noodzaak tot opheldering het meest gevoelen.

386 Zie par. 5.1.2 onder (c).

387 Von Savigny 1849, p. 25 en p. 114, zie alinea's 508 e.v. hiervoor.

388 Zie alinea's 500 e.v. hiervoor.

389 Von Savigny stond ook voor non-discriminatie in de materieelrechtelijke fase, maar dat is tot op heden nog niet volledig gerealiseerd (vgl. noot 210 van dit hoofdstuk 5). Voor de volledigheid: Von Savigny heeft het conflictenrecht bevrijd van vreemdelingenrechtelijke interferentie, met uitzondering van het non-discriminatiebeginsel zelf, dat volgens onze definitie per slot van rekening tot het vreemdelingenrecht behoort.

tuele-eigendomsrecht niet meer, en zien wij een andere geschiedenis van het conflictenrecht. Dat begint al bij het begin. "Die Anfänge des IPR liegen in Dunkeln", zo vertolkt Siehr de tegenwoordig heersende mening.[390] Belichten wij de geschiedenis van het conflictenrecht echter zonder Savigniaanse 'Vorverständnis', dan valt op dat het conflictenrecht al in de oudheid is geboren. En zonder Savigniaanse bril zien wij voorts dat het conflictenrecht door de eeuwen heen verstrengeld is geweest met het vreemdelingenrecht. Dat is ook niet verwonderlijk want het is de vreemdeling geweest die de vraag naar het toepasselijke recht met zich mee bracht. Die verstrengeling is in de loop der geschiedenis steeds losser geworden, zo hebben wij gezien. Ooit – in den beginne – was de invloed van het vreemdelingenrecht op het conflictenrecht volledig. Maar vervolgens is zij op twee fronten geleidelijk afgebrokkeld: in de rechtsbevoegdheidsfase doordat de vreemdeling steeds meer rechtsbevoegdheid kreeg; en in de conflictenrechtelijke fase doordat de conflictenrechtelijke vraag voor onderdanen en vreemdelingen steeds meer gelijkluidend werd beantwoord. Die ontwikkeling is in de negentiende eeuw voltooid met de door Von Savigny toegebrachte genadeslag. Zo werd de invloed van het vreemdelingenrecht op het conflictenrecht uitgebannen, en werden vreemdelingenrecht en conflictenrecht twee duidelijk gescheiden rechtsgebieden.

629. Hier eindigt onze excursie naar de ontwikkelingsgeschiedenis van het conflictenrecht. Het is slechts een korte terreinverkenning geweest, die verdere studie, uitwerking en bijstelling behoeft, maar dat valt als gezegd buiten het bestek van deze studie. Keren wij terug naar het intellectuele-eigendomsrecht.

5.3. De modernisering van de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling

630. ***Inleiding*.** Wij hebben tot nu toe vastgesteld dat in het beginsel van nationale behandeling in de Berner Conventie en het Verdrag van Parijs een (vroeg) negentiende-eeuwse conflictregel ligt besloten. Voorts hebben wij gezien dat wij deze conflictregel tegenwoordig niet meer begrijpen omdat wij het beginsel van nationale behandeling bezien door een Savigniaans-conflictenrechtelijke bril. Maar dat neemt natuurlijk niet weg dat deze conflictregel er wel is. Aan ons, in de eenentwintigste eeuw, is een statutistische conflictregel uit de negentiende eeuw overgeleverd. Een uitzonderlijke situatie. De vraag rijst of deze oude conflictregel nog strookt met de hedendaagse rechtsopvattingen en rechtspraktijk, en – indien dat niet het geval is – of zij binnen de marges van het geldende recht kan worden gemoderniseerd. Deze vragen staan in de onderhavige par. 5.3 centraal.

---

390 Siehr 2002, p. 508. In een eerdere publicatie kwam hij dichter in de buurt met de opmerking "das IPR begann auch fremdenrechtlich und mit Verträgen zwischen griechischen Stadtstaaten der Antike.", zie Siehr 1988, p. 24.

631. ***Plan van behandeling.*** Eerst wordt in par. 5.3.1 onderzocht in hoeverre deze conflictregel botst met de hedendaagse rechtsopvattingen en rechtspraktijk. Dat blijkt het geval te zijn waar het gaat om de formele-territorialiteitscomponent van de overgeleverde conflictregel. Vervolgens wordt onderzocht of het binnen de marges van het geldende recht mogelijk is om de conflictregel op dat punt aan te passen. Dat blijkt mogelijk te zijn: de formele-territorialiteitscomponent kan buiten toepassing worden gelaten. In par. 5.3.2 wordt vervolgens de resterende materieel-territoriale conflictregel onderzocht. Ten slotte wordt in par. 5.3.3 onderzocht of deze materieel-territoriale conflictregel kan worden geconverteerd in een moderne, Savigniaanse verwijzingsregel, namelijk de lex loci protectionis-verwijzing. Zo wordt getracht om, stap voor stap, binnen de kaders van het geldende recht, de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling te moderniseren.

5.3.1. Het formele-territorialiteitsbeginsel in onze tijd

a. Formele territorialiteit als anachronisme

632. ***De overgeleverde conflictregel.*** De overgeleverde conflictregel in het beginsel van nationale behandeling, zo bleek uit het onderzoek in Deel I, is een pre-Savigniaanse statutistische conflictregel; zij behelst (de vervollediging van) het formele-territorialiteitsbeginsel, welk beginsel inhoudt dat het toepassingsbereik van het intellectuele-eigendomsrecht is afgebakend tot het eigen territoir (materiële territorialiteit) en dat de rechter alleen zijn eigen intellectuele-eigendomsrecht toepast (formele territorialiteit). Deze conflictregel geldt voor alle aspecten van de bescherming van de desbetreffende intellectuele-eigendomsrechten: zij laat geen dépeçage toe (geen 'Zersplitterung' dus). Voorts is zij dwingend en exclusief: zij laat geen uitzonderingen, zoals rechtskeuze, toe (geen 'Auflockerung' dus).

633. ***Formele territorialiteit als anachronisme.*** In hoeverre botst deze conflictregel met de hedendaagse rechtsopvattingen en rechtspraktijk? Zij is natuurlijk 'vreemd' voor ons omdat zij een pre-Savigniaanse statutistische conflictregel is, terwijl wij tegenwoordig grotendeels met Savigniaanse conflictregels werken. Maar de vraag die ons hier interesseert, is of zij *in inhoudelijk opzicht* botst met de hedendaagse rechtsopvattingen en rechtspraktijk. De hedendaagse rechtsopvattingen en rechtspraktijk hebben wij in par. 5.1.1 onderzocht. Uit dat onderzoek bleek dat, ook al wordt over haar grondslag verschillend gedacht, men tegenwoordig wereldwijd uitgaat van de lex loci protectionis-conflictregel (dus: materiële territorialiteit). Hier botsen de hedendaagse rechtsopvattingen en rechtspraktijk dus met de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling, want deze conflictregel behelst niet alleen materiële territorialiteit, maar ook formele territorialiteit. En die formele territorialiteit heeft naar huidige opvattingen unaniem afgedaan, zo hebben wij gezien in par. 5.1.1. Op dit punt kan de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling dus als thans achterhaald, als een anachronisme, worden beschouwd.

634. ***Geen andere anachronismen.*** Geldt dat ook voor andere kwesties? Over de reikwijdte van de intellectuele-eigendomsrechtelijke conflictregel verschillen de opvattingen tegenwoordig, en dat geldt ook voor de vraag of uitzonderingen mogelijk zijn. Weliswaar lijkt het aantal voorstanders van 'Zersplitterung' en 'Auflockerung' te groeien, maar zij vormen zeker niet de heersende mening, laat staan de unaniem heersende opvatting of de gevestigde rechtspraktijk. De heersende mening lijkt nog steeds te zijn dat alle aspecten van de bescherming van de desbetreffende intellectuele-eigendomsrechten worden beheerst door de lex loci protectionis, en dat op die conflictregel geen uitzonderingen kunnen worden gemaakt. In deze kwesties kan de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling dus niet als achterhaald worden beschouwd.

635. ***Formele territorialiteit.*** Er is, tezamen genomen, dus slechts één punt waarop de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling achterhaald is: dat is haar formele-territorialiteitscomponent. Formele territorialiteit is thans volledig verlaten in het intellectuele-eigendomsrecht. In de eerste plaats – dit is al uitvoerig aan de orde geweest – past formele territorialiteit niet meer in de huidige opvattingen over conflictenrecht en intellectuele-eigendomsrecht.[391] Het intellectuele-eigendomsrecht wordt nu te zeer als privaatrecht ervaren[392], en het moderne conflictenrecht is op Savigniaanse leest geschoeid.[393] Toepassing van vreemd intellectuele-eigendomsrecht wordt niet meer als een schending van staatssoevereiniteit beschouwd.[394] In de tweede plaats past formele territorialiteit (daarmee) ook niet goed meer in de hedendaagse opvattingen over een doeltreffende bescherming van intellectuele-eigendomsrechten. Formele territorialiteit kan voor de rechthebbende immers een ernstige belemmering vormen om zijn recht te halen; een aantal van die belemmeringen is naar huidige maatstaven onaanvaardbaar.

636. ***Voorbeeld: de 'Fokker-val'.*** Onaanvaardbaar wordt bijvoorbeeld de 'Fokkerval' gevonden, die zich voordoet in de situatie dat de inbreukmaker alleen verhaal biedt in een land dat een veroordelend vonnis van de rechter van het land waarvoor de bescherming wordt ingeroepen, niet erkent.[395] Het gebruikelijke vangnet is een (nieuwe) procedure in dat andere land, maar dat heeft in een door het formele-territorialiteitsbeginsel beheerst conflictenrechtelijk systeem geen zin: die rechter mag de wet van het land waarvoor de bescherming wordt ingeroepen,

---

391 Eerder hebben wij reeds opgemerkt dat Von Savigny heeft voorspeld dat, in het algemeen, formele territorialiteit steeds verder zou worden teruggedrongen (Von Savigny 1849, p. 38), zie hierover noot 243 van dit hoofdstuk 5.

392 Vgl. ook par. 8.2.1 onder (a)(ii).

393 Zelfs in het common law-conflictenrecht, dat duidelijk minder sterk in de Savigniaanse traditie staat, wordt formele territorialiteit in het intellectuele-eigendomsrecht thans als achterhaald beschouwd. Zie par. 5.1.3 onder (b).

394 Een enkele keer wordt nog wel de stelling geponeerd dat het intellectuele-eigendomsrecht zo'n complex rechtsgebied is dat alleen de eigen rechter in staat is om het goed toe te passen. Dat zou men als een formele-territorialiteitsgedachte kunnen duiden, maar doorgaans wordt deze stelling niet in een conflictenrechtelijk, maar in een bevoegdheidsrechtelijk kader gebezigd, als argument voor een exclusieve-bevoegdheidsgrond voor de rechter van het land waarvoor de bescherming wordt ingeroepen (als best toegeruste rechter). Overigens vindt deze stelling weinig gehoor.

395 Zie alinea's 546 e.v. hiervoor.

immers niet toepassen. Zo is het voor de rechthebbende onmogelijk om zijn recht te halen.[396]

637. ***Voorbeeld: geen bevoegdheid.*** Onaanvaardbaar wordt ook de situatie gevonden die ontstaat wanneer de rechter van het land waarvoor het intellectuele-eigendomsrecht wordt ingeroepen, niet bevoegd is om van een inbreukvordering kennis te nemen (zijn bevoegdheidsrecht kent dan dus geen specifieke inbreukbevoegdheidsgrond, geen algemene forum delicti-bevoegdheidsgrond, de gedaagde woont elders (dus geen forum rei), en andere bevoegdheidsgronden zijn ook niet aan de orde).[397] In een door het formele-territorialiteitsbeginsel beheerst conflictenrechtelijk systeem is de rechthebbende dan feitelijk rechteloos: er is immers maar één rechter die de betrokken wet zou kunnen toepassen, namelijk de rechter van het land waarvoor het recht wordt ingeroepen, maar die rechter is niet bevoegd om van de vordering kennis te nemen.[398]

638. ***Voorbeeld: geen multi-nationale procedure.*** Ten slotte, ingeval van inbreuk in verschillende landen, blokkeert het formele-territorialiteitsbeginsel elke mogelijke concentratie van procedures bij één bevoegde rechter (bijvoorbeeld bij het forum rei). De rechthebbende is gedwongen om in elk land een aparte procedure te voeren, met alle kosten en moeite van dien. Dit probleem wordt tegenwoordig (nog) niet alom als onaanvaardbaar beschouwd, maar het zal zich, gelet op de steeds verder toenemende internationalisering, wel steeds vaker en pijnlijker laten gevoelen.

639. ***Conclusie.*** Kortom: formele territorialiteit is in het intellectuele-eigendomsrecht naar huidige opvattingen achterhaald. Zij botst met onze opvattingen over conflictenrecht, over (de aard van het) intellectuele-eigendomsrecht, en over een doeltreffende bescherming van intellectuele-eigendomsrechten. Toch behelst de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling ook formele territorialiteit, zo blijkt uit ons onderzoek. Hebben wij met dit onderzoek dan de wijzers van de klok teruggedraaid? Wellicht. Maar wij weten nu tenminste hoe laat het in werkelijkheid is – en van daaruit kunnen wij, indien mogelijk, bewust een nieuwe tijd instellen. Dat gaan wij nu onderzoeken.

b. De mogelijkheden om formele territorialiteit buiten toepassing te laten

(i) Inleiding: interpretatieregels uit het Weens Verdragenverdrag

640. ***Vraagstelling.*** Dit brengt ons bij de vraag of er mogelijkheden zijn om, binnen de marges van het geldende recht, toepassing van de formele-territorialiteits-

396 Tegen deze belemmering werd, zo hebben wij gezien reeds vanaf de jaren dertig van de twintigste eeuw geageerd. Het probleem speelt uiteraard met name bij schadevergoeding; een verbod van verdere inbreukmakende handelingen kan in het land waarvoor de bescherming wordt ingeroepen, immers wel worden geëffectueerd.

397 Dit zal een zeldzaam geval zijn, maar het is niet ondenkbeeldig, zie Troller 1957, p. 261.

398 Vgl. Jsay 1932, p. 232, die in dit verband spreekt over een volledige rechtsweigering.

component van de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling achterwege te laten. Of zijn wij simpelweg (ook) aan deze component gebonden?

641. ***Weens Verdragenverdrag.*** Bij de beantwoording van deze vraag kunnen wij de verdragsinterpretatieregels uit het Weens Verdragenverdrag van 23 mei 1969 als leidraad nemen.[399] Weliswaar heeft dit verdrag ingevolge zijn artikel 4 geen terugwerkende kracht en is het dus niet van toepassing op oudere verdragen, maar omdat de interpretatieregels in artikel 31 tot en met 33 algemeen worden beschouwd als een codificatie van geldend gewoonterecht, kunnen deze regels uit het verdrag wel worden toegepast op oudere verdragen.[400]

642. ***Hoofdlijnen.*** Het Weens Verdragenverdrag schrijft als interpretatieve hoofdregel voor dat een verdrag te goeder trouw moet worden uitgelegd overeenkomstig de gewone betekenis van de termen van dat verdrag in hun context en in het licht van voorwerp en doel van dat verdrag.[401] De context omvat met name de tekst, de preambule en de bijlagen van het verdrag.[402] Het Weens Verdragenverdrag benoemt voorts een aantal interpretatiebronnen, en brengt daarbij een tweelaags-hiërarchie aan: er zijn primaire interpretatiebronnen (bijvoorbeeld de tekst van een verdrag)[403] en er zijn secundaire ofwel aanvullende interpretatiebronnen (bijvoorbeeld de travaux préparatoires).[404] Binnen deze categorieën is geen hiërarchie aangebracht.

(ii) Tekst: de toenmalige gewone betekenis

643. ***Tekst.*** Beginnen wij bij de tekst van het beginsel van nationale behandeling in artikel 5 lid 1 van de Berner Conventie en in artikel 2 lid 1 van het Verdrag van Parijs. Op zichzelf genomen kan men in deze tekst zowel het formele-territorialiteitsbeginsel als het materiële-territorialiteitsbeginsel lezen. Men kan de woorden "in de andere landen van de Unie" respectievelijk "in alle andere landen der Unie"

---

399 Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht, Wenen 23 mei 1969, *Trb.* 1972, 51; herziene vertaling in *Trb.* 1985, 79 (rectificatie in *Trb.* 1996, 89).

400 De Meij 2003, p. 10-11; Sinclair 1984, p. 7-9 jo. p. 153. Zo ook, ten aanzien van de Berner Conventie, onder meer Vaver 1986, p. 582-584; Ricketson 2004, p. 220 e.v.; Ricketson & Ginsburg 2006, p. 179-218; ten aanzien van het Verdrag van Parijs, zie onder meer Ullmann 2006, p. 35. Men kan zich nog afvragen of deze regels ook al in het laatste kwart van de negentiende eeuw (ten tijde van de totstandkoming van de Berner Conventie en het Verdrag van Parijs) geldend gewoonterecht waren. Dit komt hierna nog ter sprake (alinea's 665 e.v. hierna). In het algemeen lijkt men zich tegenwoordig overigens nauwelijks te bekommeren om de vraag of de interpretatieregels uit het Weens Verdragenverdrag wel mogen worden toegepast op de Berner Conventie en het Verdrag van Parijs.
Voorts wordt aangenomen dat het Weens Verdragenverdrag ook van toepassing is op (de interpretatie van) privaatrechtelijke verdragen; deze opvatting lijkt zich onderhand tot de heersende mening te hebben ontwikkeld, zie De Meij 2003, p. 8-9 (anders nog: Trompenaars 1989, p. 121 e.v.). Daarbij nog wordt aangetekend dat deze verdragen weliswaar thans als privaatrechtelijke verdragen kunnen worden bestempeld, maar dat – zo kwam al vaker in deze studie naar voren – ten tijde van hun totstandkoming in het intellectuele-eigendomsrecht (ook) een publiekrechtelijke inslag werd ervaren.

401 Art. 31 lid 1 Weens Verdragenverdrag.

402 Art. 31 lid 2 Weens Verdragenverdrag.

403 Art. 31 Weens Verdragenverdrag.

404 Art. 32 Weens Verdragenverdrag.

immers opvatten in formeel- en materieel-territoriale zin, maar even goed ook in louter materieel-territoriale zin. Op zichzelf genomen verzet de tekst van het beginsel van nationale behandeling zich dus niet tegen het buiten toepassing laten van de formele-territorialiteitscomponent.

644. ***Principle of contemporaneity.*** Een verdrag moet evenwel worden uitgelegd in het licht van het recht zoals dat gold ten tijde van zijn totstandkoming: "A treaty is to be interpreted in the light of the law in force at the time when the treaty was drawn up." [405] Een verdragsbepaling moet in beginsel worden uitgelegd naar haar gewone betekenis ten tijde van het sluiten van het verdrag.[406] Vergelijk Sinclair: "The ordinary meaning of a treaty provision should in principle be the meaning which would be attributed to it at the time of the conclusion of the treaty." [407] Ook de bij de interpretatie vereiste goede trouw brengt deze temporaliteit mee.[408]

---

405 Art. 56 lid 1 van het (hierna in deze noot te bespreken) zogeheten 'Waldock III'-ontwerp. Zie ook Fitzmaurice 1957, p. 212 en p. 225 e.v. Dit algemene (interpretatie)beginsel wordt ook wel het "principle of contemporaneity" genoemd. Dat beginsel is onder meer bevestigd door het Internationaal Gerechtshof in zijn arrest van 27 augustus 1952, *ICJ Reports* 1952, p. 176-233, op p. 189 ('US Nationals in Morocco'), alsook in de (veel geciteerde) uitspraak van het Permanent Hof van Arbitrage (arbiter Huber) van 4 april 1928, *RIAA* (1928) Vol. XI, p. 831 e.v., p. 845 (Nederland/Verenigde Staten; 'Island of Miangas (Palmas)'), "(…) a juridical fact must be appreciated in the light of the law contemporary with it, and not of the law in force at the time when a dispute in regard to it arises or falls to be settled." Zie ook – voortgaand op deze uitspraken – de travaux préparatoires van het Weens Verdragenverdrag, met name de volgende documenten:
- UN Document A/CN.4/167, Third report on the law of treaties, by Sir Humphrey Waldock, Special Rapporteur ('Waldock III'), YBILC 1964, vol. II, p. 8-9 en p. 56-57 over het zojuist geciteerde art. 56 lid 1 ("A treaty is to be interpreted in the light of the law in force at the time when the treaty was drawn up.", zie ook Wetzel & Rauschning 1978, p. 239) resp. art. 70 lid 1 onder b;
- ILC Summary records of the sixteenth session, 11 May – 24 July 1964, 728th and 729th meeting, YBILC, vol. I, p. 33-40;
- Draft articles on the law of treaties, UN Document A05809, Report of the International Law Commission covering work of its sixteenth session, 11 May – 24 July 1964, YBILC 1964, vol. II, p. 176-208, waarin het beginsel is verplaatst naar art. 69 lid 1 onder b, zie p. 199-203, met name par. 11 (vgl. ook YBILC 1966, vol. II, p. 87-88, zie Wetzel & Rauschning 1978, p. 305);
- UN Document A/CN.4/186, Sixth report on the law of treaties, by Sir Humphrey Waldock, Special Rapporteur, YBILC 1966, vol. II, p. 51-103, met name p. 97 (par. 11-13), zie ook Wetzel & Rauschning 1978, p. 245-246;
- Draft articles on the law of treaties, UN Document A/6309/Rev. 1, Report of the International Law Commission on the work of its eighteenth session, 4 May – 19 July 1966, YBILC 1966, Vol. II, p. 177-274, waaruit blijkt dat men niet goed vat kreeg op de verschillende temporele aspecten van verdragsinterpretatie en daarom uiteindelijk niet een bepaling dorst op te nemen; men sprak uit "that correct application of the temporal element would normally be indicated by interpretation of the term in good faith." (p. 222, commentaar bij art. 27 lid 3 onder c, par. 16; zie Wetzel & Rauschning 1978, p. 254). Zie ook Sinclair 1984, p. 247-248.

Zie ook Gardiner 2008, p. 256 e.v. alsook Sorel 2006 en Le Bouthillier 2006. Over de totstandkomingsgeschiedenis van het Weens Verdragenverdrag, zie ook Rosenne 1970.

406 Fitzmaurice 1957, p. 212 constateert ook dat het "principle of contemporaneity" sterk verweven is met het "principle of the natural and ordinary meaning."

407 Sinclair 1984, p. 124 e.v., vgl. ook p. 138-140 en p. 247-248. Zie ook Jennings & Watts 1992, p. 1282, die signaleren dat deze regel, hoewel in enkele omstandigheden een uitzondering denkbaar is, "will still, even in such circumstances, provide at least the starting point for arriving at the proper interpretation of the treaty." Zie ook Gardiner 2008, p. 64 en p. 250 e.v. Een uitzondering is denkbaar wanneer het gaat om (open) begrippen ("generic terms") waarvan de "meaning was intended to follow the evolution of the law and to correspond with the meaning attached to the expression by the law in force at any given time" (Internationaal Gerechtshof, 19 december 1978, *ICJ Reports* 1978, p. 32, r.o. 77 ('Aegean Sea Continental Shelf'). In het arbitrale vonnis van 24 mei 2005 in de IJzeren Rijn-arbitrage maakten de arbiters ook een uitzondering voor een niet-open begrip ('een nieuwe spoorweg'), waarbij zij kwamen tot een evolutieve interpretatie van de desbetreffende verdragsbepaling door bepaalde "provisions of international law as they apply today" in te lezen (zie r.o. 78-84; <www.pca-cpa.org>). Dergelijke uitzonderingen zijn in het onderhavige geval niet aan de orde.

408 Zie de travaux préparatoires van het Weens Verdragenverdrag genoemd in noot 405 van dit hoofdstuk 5.

Wij dienen het beginsel van nationale behandeling dus te benaderen vanuit het toenmalige perspectief – dus zonder de Savigniaanse bril, die later onze blik heeft vertroebeld.[409] En, zo hebben wij gezien, vanuit het toenmalige, statutistische perspectief is de conflictenrechtelijke betekenis van het beginsel van nationale behandeling volkomen duidelijk: het beginsel van nationale behandeling bevat een conflictregel, namelijk (de vervolledigiging van) het formele-territorialiteitsbeginsel. "Cela est évident et aucune dérogation n'a été apportée à cette déduction logique." [410]

645. ***Andere bevestigingen.*** Dat die conflictregel óók formele territorialiteit omvat, wordt bevestigd door de travaux préparatoires, de toenmalige jurisprudentie en literatuur, en latere verdragsbepalingen. Bezien wij deze punten nader.

(iii) Travaux préparatoires

646. ***Berner Conventie.*** Met name in de travaux préparatoires van de Berner conferenties zijn enkele aanwijzingen te vinden waaruit blijkt dat de verdragsopstellers in termen van formele territorialiteit dachten. Zo werd tijdens de Berner conferentie van 1884 opgemerkt dat het beginsel van nationale behandeling het voordeel heeft dat de rechter geen vreemde wet hoeft toe te passen: "le système du traitement national (…) dispensant le juge de connaître les lois de tous les pays étrangers." [411] En in haar rapport schreef de Commissie van de Berner conferentie van 1885 over de oude 'pendant l'existence'-bepaling[412]: "Or, un tel système aurait le grave inconvénient d'exiger soit des tribunaux, soit des éditeurs, une connaissance approfondie de toutes les législations particulières, et serait ainsi contraire à la notion même de l'Union qu'on veut créer." [413]

647. ***Vreemdelingenrechtelijke context.*** Wij moeten deze beide opmerkingen echter wel in de juiste context zien. Zij hebben beide betrekking op een materiële reciprociteitstoets, op grond waarvan het materiële resultaat onder de toepasselijke wet van het land van import moet worden bijgesteld naar een eventueel inferieur resultaat onder de lex originis – daarvoor moet deze lex originis worden 'toegepast'. Tegen *díe* toepassing keerde men zich in beide voormelde citaten. Deze opmerkingen staan dus in een vreemdelingenrechtelijke context, maar dat neemt niet weg dat het geuite bezwaar natuurlijk ook uitstraalt naar het conflictenrecht, en dat het niet alleen is beperkt tot de lex originis. Toch is deze vreemdelingenrechtelijke context niet geheel zonder belang. Zij stelt ons in staat dóór de desbetreffende opmerkingen heen te kijken. Wat is immers het geval? Deze opmerkin-

409 Dit spreekt ook voor zich. Immers, dat wij vanwege de Savigniaanse bril de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling tegenwoordig niet meer zien, is onze 'fout'. Dat het beginsel van nationale behandeling voor ons dubbelzinnig of duister is, ligt aan ons, niet aan de verdragsopstellers – voor hen was zijn betekenis klip en klaar (zie ook alinea 529 hiervoor).

410 Darras 1887, p. 606.

411 Actes BC 1884, p. 30 (Procès-verbaux, opmerking van de Franse gedelegeerden Ulbach en Arago).

412 Zie hierover par. 2.2.3 onder (b).

413 Actes BC 1885, p. 41 (Rapport de la Commission).

gen zijn primair ingegeven door de wens om materiële reciprociteit zo ver mogelijk terug te dringen. Materiële reciprociteit werd immers gebruikt en misbruikt om de bescherming van vreemde werken en auteurs in te korten – dáárvoor werd de vreemde wet (de lex originis) 'toegepast'; het is die vreemdelingenrechtelijke toepassing van de vreemde wet die wilde men terugdringen. Nu zijn dergelijke argumenten weinig diplomatiek, zij leggen het achterliggende egoïsme pijnlijk bloot. Wellicht heeft men op de diplomatieke conferenties in Bern het daarom, uit tactisch oogpunt, alleen over de boeg van een 'positief' argument (gemak) willen gooien: de rechter hoeft alleen zijn eigen recht toe te passen. Dit valt natuurlijk niet met bewijs te onderbouwen, maar het lijkt wel veel aannemelijker dan de oppervlakkige waarneming dat men was begaan met het lot van de rechter en andere betrokkenen die vreemd recht moeten toepassen. Dit relativeert de conflictenrechtelijke waarde van deze opmerkingen in de travaux préparatoires enigszins. Maar hoe dan ook, de geciteerde opmerkingen maken wel duidelijk dat de verdragsopstellers in termen van formele territorialiteit dachten – een andere conflictenrechtelijk toepasselijke wet kwam in hun gedachten immers kennelijk niet op –, en dat zij toepassing van alleen het eigen intellectuele-eigendomsrecht wel zo gemakkelijk vonden.

648. ***Conclusie.*** Zo komt uit de travaux préparatoires het beeld naar voren dat de keuze van de verdragsopstellers voor formele territorialiteit grotendeels een onbewuste keuze was – voorthobbelend op de traditie –, en dat zij in dit verband meer oog hadden voor praktische overwegingen dan voor principiële.

(iv) Toenmalige rechtspraak en literatuur

649. ***Rechtspraak en literatuur.*** Dat de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling ook formele territorialiteit omvat, wordt ook bevestigd door de toenmalige (hogere) rechtspraak en literatuur in de verschillende verdragslanden – dit was destijds, zoals al eerder ter sprake kwam, de eensluidende leer.[414]

(v) Latere verdragsbepalingen

650. ***Tekst art. 5 lid 2.*** Ten slotte wordt, wat betreft de Berner Conventie, de formele-territorialiteitscomponent expliciet bevestigd door de tekst van het illatieve artikel 5 lid 2, tweede volzin, waar wordt gesproken over "de wetgeving van het land, waar de bescherming wordt ingeroepen." [415] De verdragsopstellers hebben

414 Zie par. 2.2.2 onder (b)(iii).

415 Zie alinea's 285 e.v. hiervoor. Eenzelfde formule treft men aan in art. 2 lid 2 van het Verdrag van Parijs, welke bepaling teruggaat tot de conferentie van Washington in 1911 – dus dezelfde tijd als waarin art. 5 lid 2, tweede volzin van de Berner Conventie werd ontworpen. Art. 2 lid 2 van het Verdrag van Parijs luidt: "Toutefois, aucune condition de domicile ou d'établissement dans le pays où la protection est réclamée ne peut être exigée des ressortissants de l'Union pour la jouissance d'aucun des droits de propriété industrielle." Deze bepaling heeft strikt genomen geen illatief-conflictenrechtelijke betekenis, zoals art. 5 lid 2, tweede volzin van de Berner Conventie, maar zij maakt wel duidelijk dat haar opstellers in termen van formele territorialiteit dachten. Zie ook alinea 360 hiervoor.

daarmee zonneklaar de formele-territorialiteitscomponent van het beginsel van nationale behandeling in de tekst van de conventie verankerd. Dit zou kunnen worden beschouwd als een latere overeenstemming tussen de verdragsstaten met betrekking tot de interpretatie van het beginsel van nationale behandeling, waarmee volgens de interpretatieregels uit het Weens Verdragenverdrag ook rekening mee moet worden gehouden; dergelijke overeenstemming geldt als een primaire interpretatiebron.[416]

651. ***Berlijnse travaux préparatoires.*** In de Berlijnse travaux préparatoires treft men enkele opmerkingen aan, waaruit blijkt dat de verdragsopstellers in termen van formele territorialiteit dachten. Net als in de Berner travaux préparatoires staan de desbetreffende opmerkingen in het vreemdelingenrechtelijke kader van de materiële-reciprociteitstoets, en net als in de Berner travaux préparatoires treden overwegingen van praktische aard op de voorgrond. Het beginsel van nationale behandeling heeft, zo stelde men bijvoorbeeld vast,

> "(…) l'avantage d'une grande simplicité, puisque, dans chaque pays unioniste, les tribunaux ou les interessés n'auraient plus à consulter que la loi nationale (…)."[417]

> "(…) on conçoit que, dans les questions aussi compliquées que celles du droit d'auteur et avec lesquelles la plupart des juges sont si peu familiarisés, il se commette inévitablement des erreurs dans l'interprétation des lois étrangères, (…)."[418]

652. ***Conclusie.*** Dit alles tezamen – dus: bevestiging door travaux préparatoires, toenmalige rechtspraak, toenmalige literatuur en latere verdragsbepalingen – vormt een krachtige aanwijzing dat wij ook thans gebonden zijn aan (ook) de formele-territorialiteitscomponent van de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling.

653. ***Doorbreking?*** Zijn er volgens de interpretatieregels uit het Weens Verdragenverdrag gronden aanwezig waarmee dat zou kunnen worden doorbroken? Twee gronden dienen zich aan: het doel van de verdragen, en de afwijkende latere praktijk (zogeheten 'later gebruik'). Onderzoeken wij deze beide punten.[419]

---

416 Zie art. 31 lid 3 onder a van het Weens Verdragenverdrag.

417 Actes BC 1908, p. 38 (voorstel Duitsland en Bureau). Vgl. ook Actes BC 1908, p. 240 (Rapport de la Commission): "Incontestablement la règle de l'indépendance est plus facile à appliquer, (…), devant un tribunal étranger, une règle coutumière ou jurisprudentielle est assez difficile à établir."

418 Actes BC 1908, p. 38 (voorstel Duitsland en Bureau). Merk op dat men hier een iets minder diplomatieke toon aanslaat dan in Bern. Men wijst er immers op dat toepassing van een vreemde auteurswet een hoog risico op fouten meebrengt. Dat is weinig vleiend voor de vreemde rechter (vgl. Actes BC 1908, p. 239 (Rapport de la Commission)) en daarom wordt diplomatiek gesuggereerd dat dit niet aan de rechter ligt, maar aan de complexiteit van het auteursrecht. In werkelijkheid breekt hier de ergernis over de derde lex originis-uitzondering naar de oppervlakte (zie daarover par. 3.1 en par. 3.2).

419 Volledigheidshalve: men zou ook nog kunnen denken aan de regel dat óók rekening dient te worden gehouden "met iedere ter zake dienende regel van volkenrecht die op de betrekkingen tussen partijen kan worden toegepast" (art. 31 lid 3 onder c Weens Verdragenverdrag). Op grond van deze regel kan onder omstandigheden →

(vi) Doel van de verdragen

654. ***Doel.*** Verdragen moeten mede worden uitgelegd in het licht van hun voorwerp en doel.[420] Dit wordt gezien als een ondergeschikt gegeven; de nadruk ligt op de gewone betekenis van een verdragsbepaling in zijn context.[421]

655. ***Doel Berner Conventie en Verdrag van Parijs.*** Het doel van de Berner Conventie en van het Verdrag van Parijs is, blijkens met name hun preambules, een zo doeltreffend en eenvormig mogelijke bescherming van de betrokken intellectuele-eigendomsrechten.[422] Naar negentiende-eeuwse opvattingen paste het formele-territorialiteitsbeginsel in die doelstelling. Komende uit een situatie waarin een rechtsvacuüm niet ongebruikelijk was, was het formele-territorialiteitsbeginsel een forse stap voorwaarts. Naar huidige opvattingen volstaat die stap echter niet meer. Zoals wij hebben gezien, zijn de opvattingen over een doeltreffende scherming van intellectuele-eigendomsrechten geëvolueerd, en in die veranderde visie schiet het formele-territorialiteitsbeginsel tekort omdat het voor de rechthebbende een ernstige belemmering kan vormen om zijn recht te halen.[423]

656. ***Onvoldoende grond.*** Vormt dit, op zichzelf genomen, voldoende rechtvaardiging om de formele-territorialiteitscomponent in het beginsel van nationale behandeling buiten toepassing te laten, ondanks alle eerdergenoemde bevestigingen? Voor een bevestigend antwoord pleit dat de verdragsopstellers streefden naar een "zo doeltreffend mogelijke" bescherming, en dat de bescherming doeltreffen-

---

rekening worden gehouden met een evolutie van het volkenrecht, zie Sinclair 1984, p. 138-140. Nu zou men kunnen zeggen dat zich hier zo'n evolutie heeft voorgedaan: de gedachte achter formele territorialiteit is immers een volkenrechtelijke (toepassing van vreemd intellectuele-eigendomssrecht is een schending van staatssoevereiniteit), en die gedachte is ondertussen vervallen. Op dit punt heeft dus, zo zou men kunnen betogen, zich een evolutie van het volkenrecht voltrokken, waarmee op grond van voormelde regel rekening gehouden dient te worden. Deze redenering is m.i. echter wat vergezocht. Er is, zo zal dadelijk blijken, een betere grond voor handen.

420 Zie art. 31 lid 1 Weens Verdragenverdrag.

421 Zie art. 31 lid 2 Weens Verdragenverdrag, zie alinea 642 hiervoor. Zie ook Sinclair 1984, p. 130 e.v.: "It is also worth stressing that reference to the object and purpose of the treaty is, as it were, a secondary or ancillary process in the application of the general rule on interpretation. The initial search is for the 'ordinary meaning' to be given to the terms of the treaty in their 'context'; it is *in the light of* the object and purpose of the treaty that the initial and preliminary conclusion must be tested and either confirmed or modified." (Sinclair 1984, p. 130, cursivering van Sinclair).

422 De preambule van de Berner Conventie van 1886 luidde als volgt: "Également animés du désir de proteger d'une manière efficace et aussi uniforme que possible les droits des auteurs sur leurs œuvres littéraires et artistiques, ont résolu de conclure une Convention à cet effet, (…)." De formulering van deze wens is tot op heden ongewijzigd. De preambule van het Verdrag van Parijs van 1883 luidde als volgt: "Également animés du desir d'assurer, d'un commun accord, une complète et efficace protection à l'industrie et au commerce des nationaux de leurs États respectifs et de contribuer à la garantie des droits des inventeurs et de la loyauté des transactions commerciales, ont résolu de conclure une Convention à cet effet (…)." Dit is later gewijzigd in: "Également animés du désir de proteger d'une manière aussi efficace et uniforme que possible les droits de propriété industrielle, (…)." Zie voorts art. 1 van de beide verdragen.

423 Zie alinea's 635 e.v. hiervoor. Vgl. in dit verband reeds Jsay 1932, p. 231, die een overweging van het Reichsgericht anno 1890 citeert (namelijk: "In diesem Sinne ist – man mag es beklagen – das Erfinderrecht zu einem gemeinsamen Rechtsinstitut der Kulturstaten noch nicht geworden, und der Richter kann es dazu nicht machen.") die hij als achterhaald en in strijd met de geest van het Verdrag van Parijs bestempelt. Zie RG 18 juni 1890, *JW* 1890, p. 280, nr. 24.

der wordt wanneer men de formele-territorialiteitscomponent buiten toepassing laat. Maar het ijs lijkt te dun. Daarmee komt immers de nadruk te sterk – namelijk volledig – te liggen op de doelstelling van het verdrag; een dergelijke teleologische interpretatie zou, zeker gelet op de eerdergenoemde bevestigingen van de formele-territorialiteitscomponent, waarschijnlijk omstreden zijn. Vergelijk Sinclair: "There is also the risk that placing undue emphasis on the 'object and purpose' of a treaty will encourage teleological methods of interpretation. The teleological approach, in some of its more extreme forms, will even deny the relevance of the intentions of the parties; (…)."[424] Daar komt nog bij dat de meest prangende bezwaren die vanuit huidige opvattingen over een doeltreffende bescherming kunnen worden aangevoerd tegen formele territorialiteit, ook op een andere manier zouden kunnen worden weggenomen.[425]

657. ***Conclusie.*** Tezamen genomen lijkt deze grond, op zichzelf genomen, daarom te weinig houvast te bieden om formele territorialiteit buiten toepassing te laten. Dat neemt uiteraard niet weg dat hij wel een nuttig bijkomend argument kan zijn.

(vii) Later gebruik

658. ***Later gebruik.*** Dat brengt ons bij de volgende belangrijke interpretatieregel uit het Weens Verdragenverdrag, namelijk de regel dat óók rekening dient te worden gehouden met "ieder later gebruik in de toepassing van het verdrag waardoor overeenstemming van de partijen inzake de uitlegging van het verdrag is ontstaan".[426] Dit zogeheten 'later gebruik' ("subsequent practice") wordt in het Weens Verdragenverdrag als een primaire interpretatiebron aangemerkt. Deze interpretatieregel biedt de mogelijkheid om verstarring te doorbreken en rekening te houden met een evolutie van recht.[427]

659. ***Vereisten.*** Om zich als primaire interpretatiebron te kunnen laten gelden, moet het latere gebruik "concordant, common and consistent" zijn.[428] Wat "common" betreft zij opgemerkt dat niet is vereist dat iedere verdragsstaat bij het latere gebruik is betrokken; voldoende is dat het door alle verdragsstaten is geaccep-

424 Sinclair 1984, p. 131.

425 Dit is mogelijk door de bevoegdheid van de rechter van het land waarvoor de bescherming wordt ingeroepen, vast te leggen (vgl. het bezwaar in alinea 637 hiervoor), en te voorzien in een erkennings- en tenuitvoerleggingsregeling (vgl. het bezwaar in alinea 636 hiervoor, de 'Fokker-val'). Het bezwaar dat, ingeval van inbreuk in verschillende landen, concentratie van procedures wordt geblokkeerd (alinea 638 hiervoor), kan daarentegen alleen worden ondervangen door afschaffing van formele territorialiteit. Maar dat bezwaar is minder prangend dan de twee andere bezwaren, die immers meebrengen dat de rechthebbende zijn recht in het geheel niet kan halen.

426 Zie art. 31 lid 3 onder b Weens Verdragenverdrag. Zie Fitzmaurice 1957, p. 223-225; Karl 1983 (p. 184-195); Sinclair 1984, p. 136 e.v.; De Meij 2003, p. 13 e.v.; Strikwerda 2006, p. 119-127.

427 Strikwerda 2006, p. 124.

428 Sinclair 1984, p. 137-138: "The value and significance of subsequent practice will naturally depend on the extent to which it is concordant, common and consistent." Later gebruik dat niet aan deze eisen voldoet, kan nog wel dienst doen als secundaire interpretatiebron. Zie ook Fitzmaurice 1957, p. 211 en p. 223.

teerd.[429] En ingeval van algemene multilaterale verdragen is ook wel aangenomen dat het moet gaan om "the conduct (…) of the great majority of the parties."[430] Bij dat soort verdragen zou een unanimiteitseis deze interpretatiebron immers al snel illusoir maken. In de context van privaatrechtelijke verdragen kan, zo moet worden aangenomen, later gebruik ook worden gevestigd door jurisprudentie. De interpretatie van privaatrechtelijke verdragen is immers opgedragen aan de rechter.[431] Is ten aanzien van een privaatrechtelijk verdrag een "concordant, common and consistent" later gebruik in de jurisprudentie vastgesteld, dan zal dat vaak zelfs een doorslaggevende factor zijn omdat aldus eenheid van interpretatie wordt gewaarborgd.[432]

660. ***Formele territorialiteit in 'later ongebruik'.*** Onderzoeken wij nu of deze interpretatieregel de mogelijkheid biedt om toepassing van de formele-territorialiteitscomponent van de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling van de Berner Conventie en het Verdrag van Parijs achterwege te laten.

661. Wij hebben in par. 5.1.1 gezien dat formele territorialiteit als conflictenrechtelijk concept in het intellectuele-eigendomsrecht is verlaten. Het is in ongebruik geraakt. Uitingen van dit 'latere ongebruik' zijn op vele fronten zichtbaar. Het is zichtbaar in later verdragsrecht, zoals het EEX-Verdrag en het Haags Forumkeuzeverdrag 2005.[433] Het is zichtbaar in supranationale regelgeving, zoals de Rome II-Verordening.[434] Het is zichtbaar in de modernere nationale regelgevingen.[435] En het is – ook meer specifiek toegespitst op de Berner Conventie en het Verdrag van Parijs[436] – ook zichtbaar in de (hogere) jurisprudentie en litera-

429 Zie Draft articles on the law of treaties, UN Document A/6309/Rev. 1, Report of the International Law Commission on the work of its eighteenth session, 4 May – 19 July 1966, YBILC 1966, Vol. II, p. 222 (par. 15) en p. 236 (par. 2), zie ook Wetzel & Rauschning 1978, p. 254 en p. 309. Vgl. ook UN Document A/CN.4/186, Sixth report on the law of treaties, by Sir Humphrey Waldock, Special Rapporteur, YBILC 1966, vol. II, p. 99 (par. 18): "(…) the practice must be such as to indicate that the interpretation has received the tacit assent of the parties generally." (zie ook Wetzel & Rauschning 1978, p. 247). Zie voorts De Meij 2003, p. 13; Karl 1983, p. 189.

430 Fitzmaurice 1957, p. 223 (nog buiten het kader van het Weens Verdragenverdrag).

431 Strikwerda 2006, p. 123 e.v.; De Meij 2003, p. 13 e.v. met verdere verwijzingen. Vgl. ook HR 29 juni 1990, *NJ* 1992, 106, r.o. 3.3 ('Gabriele Wehr'). Anders: Karl 1983, p. 188; Trompenaars 1989, p. 122.

432 Vgl. HR 29 juni 1990, *NJ* 1992, 106, r.o. 3.3 ('Gabriele Wehr'); vgl. ook HR 1 februari 2008, *NJ* 2008, 505 m.nt. K.F. Haak, r.o. 4.3 (NDAL/Delta Lloyd). Zie ook Strikwerda 2006, p. 123 e.v.; De Meij 2003, p. 39.

433 Wie van het formele-territorialiteitsbeginsel uitgaat, maakt geen bevoegdheidsregels voor de intellectuele-eigendomscontext waardoor bevoegdheid kan toevallen aan een andere rechter dan die van het land waarvoor de bescherming wordt gevraagd (omgekeerd werkt het ook, zie High Court of Justice (Chancery Division) 7 maart 1997, [1997] *FSR* 641; *GRUR Int.* 1998, p. 317-322 (Pearce/Ove Arup); zie alinea 582 hiervoor). Over de EEX/EVEX-regelingen en het Haags Forumkeuzeverdrag 2005, zie alinea's 570 e.v. hiervoor.

434 Zie par. 5.1.1 onder (c)(ii).

435 Zie par. 5.1.1 onder (c)(i).

436 Men zou in theorie nog kunnen tegenwerpen dat sommige van de zojuist genoemde uitingen van later gebruik geacht moeten worden alleen betrekking te hebben op gevallen die buiten het toepassingsgebied van de Berner Conventie en het Verdrag van Parijs vallen, althans die verdragen te laten prevaleren. Deze tegenwerping valt, reeds gelet op het bijna mondiale toepassingsgebied van deze conventies, niet serieus te nemen; bovendien is zij doorgaans gemakkelijk te ontkrachten. Zo heeft bijvoorbeeld de Europese wetgever bij het concipiëren van de lex loci protectionis-verwijzing in (art. 8 van) de Rome II-Verordening expliciet de Berner Conventie en het Verdrag van Parijs onder ogen gezien (zie COM/2003/0427 def., p. 23) – en heeft hij daarin kennelijk geen formele territorialiteit gelezen.

tuur.[437] In de onderhavige materie mag over veel kwesties verschillend worden gedacht – bijvoorbeeld over de grondslag van de intellectuele-eigendomsrechtelijke conflictregel, over de reikwijdte van die conflictregel, enz. –, maar over formele territorialiteit lijkt men het eens: noch in de jurisprudentie noch in de literatuur treft men, voor zover mij bekend, tegenwoordig nog de opvatting aan dat de Berner Conventie en het Verdrag van Parijs in conflictenrechtelijk opzicht formele territorialiteit meebrengen. De conflictregel in het beginsel van nationale behandeling wordt uitgelegd als een materieel-territoriale conflictregel; en de heersende mening legt de formule "het land waar de bescherming wordt ingeroepen" uit als "het land waar*voor* de bescherming wordt ingeroepen".[438] Dat is weliswaar een onjuiste interpretatie, maar dat neemt niet weg dat dit *feitelijk* de interpretatie (uitlegging) van deze verdragen is waarover algemene overeenstemming van de verdragslanden bestaat.[439]

662. Formele territorialiteit, zo kunnen wij vaststellen, heeft in het intellectueleeigendomsrecht afgedaan, en de Berner Conventie en het Verdrag van Parijs worden (ook) door de jurisprudentie dienovereenkomstig uitgelegd. Dat is een belangrijke constatering. Bij de interpretatie van privaatrechtelijke verdragen kan, zo hebben wij zojuist gezien, een "concordant, common and consistent" later gebruik in de jurisprudentie immers van doorslaggevend belang worden geacht. Dit latere gebruik is eensgezind, consistent en alom aanvaard – óók in de traditionalistische common law-landen, zo hebben wij gezien. Het gaat hier om een internationaal aanvaarde opvatting die, naar het zich laat aanzien, zeer breed onder de verdragsstaten wordt gedragen – wellicht zelfs vrijwel unaniem.[440] Al met al is het latere gebruik dus zodanig "concordant, common and consistent" dat het buiten toepas-

---

437 Zie par. 5.1.1.

438 Men zou nog kunnen tegenwerpen dat in art. 5 lid 2 Berner Conventie door enkelen tegenwoordig een verwijzing naar de lex fori wordt gelezen (zie alinea's 438 e.v. hiervoor). Dat is echter geen uiting van formele territorialiteit, hooguit heeft het de schijn daarvan. Want diegenen die hier een verwijzing naar de lex fori lezen, draaien de zaak zo dat de lex fori uiteindelijk niet van toepassing is op de bescherming. Immers: ofwel zij beperken hun verwijzing zodanig dat zij alleen betrekking heeft op enkele procesrechtelijke aspecten (de lex fori processus), en dus niet op de bescherming; ofwel zij breiden hun verwijzing zo ver uit dat het een 'Gesamtverweisung' is geworden, zodat het nationale conflictenrecht uiteindelijk de lex loci protectionis op de bescherming van toepassing kan verklaren (vgl. Court of Appeal Londen 21 januari 1999, [1999] *FSR* 525; *GRUR Int.* 1999, p. 787-791 (Pearce/Ove Arup). De gedachte dat de rechter geen vreemd intellectuele-eigendomsrecht toepast (formele territorialiteit) is in beide gevallen afwezig.

439 Terzijde: er is feitelijk sprake van interpretatie, en als zodanig wordt het ook feitelijk gekwalificeerd. Reeds daarom valt het onder de interpretatieregel van art. 31 lid 3 onder b Weens Verdragenverdrag, en is de vraag of (mede) sprake is van (later gebruik met betrekking tot) stilzwijgende wijziging niet relevant (vgl. het uiteindelijk geschrapte art. 38 van de Draft articles on the law of treaties, UN Document A/6309/Rev. 1, Report of the International Law Commission on the work of its eighteenth session, 4 May – 19 July 1966, YBILC 1966, vol. II, p. 236 en p. 358, en de daarop betrekking hebbende travaux préparatoires (zie ook Wetzel & Rauschning 1978, p. 309), met name UN Document A/CN.4/186, Sixth report on the law of treaties, by Sir Humphrey Waldock, Special Rapporteur, YBILC 1966, vol. II, p. 89 (par. 7) (zie ook Wetzel & Rauschning 1978, p. 307) en United Nations Conference on the law of treaties, First session (26 March - 24 May 1968), Official Records, p. 207-215). Zie in dit verband voorts Fitzmaurice 1957, p. 225; Karl 1983, p. 189-195, met name p. 194.

440 Zie ook noot 430 van dit hoofdstuk 5. Hier wordt zekerheidshalve een slag om de arm gehouden omdat in dit studie niet de praktijk in *alle* verdragsstaten van de Berner Conventie en het Verdrag van Parijs is onderzocht; deze verdragen tellen ieder meer dan 160 verdragsstaten. Een dergelijk onderzoek valt buiten het bestek van deze studie.

sing laten van de formele-territorialiteitscomponent van de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling daarmee kan worden gerechtvaardigd – dit is, gelet op de kracht van het latere gebruik, in feite zelfs onontkoombaar geworden.[441]

(viii) Tussenconclusie

663. ***Tussenconclusie.*** Zo hebben wij in dit latere gebruik een rechtvaardigingsgrond gevonden om af te wijken van de 'zenderbetekenis' van het beginsel van nationale behandeling (het formele-territorialiteitsbeginsel) en van de bevestigingen daarvan in de travaux préparatoires, toenmalige jurisprudentie, toenmalige literatuur en latere verdragsbepalingen.[442] Die afwijking vindt bovendien steun in de doelstelling van de conventies. En dat wij aldus ingaan tegen de bedoelingen van de verdragsopstellers lijkt bovendien niet zo bezwaarlijk nu zij hierover niet zulke sterke (principiële) gevoelens lijken te hebben gekoesterd, en met name oog lijken te hebben gehad voor een praktisch bezwaar (ongemak) waaraan wij tegenwoordig niet meer zwaar tillen.

(ix) Mogelijke bezwaren

664. ***Falsificatiepoging.*** Tegen deze rechtvaardigingsgrond kunnen, zo moet worden aangetekend, bezwaren worden aangevoerd.

665. ***Bezwaar 1: keuze interpretatieregels.*** Zo kan men de keuze van de verdragsinterpretatieregels ter discussie stellen – het Weens Verdragenverdrag is per slot van rekening niet van toepassing.[443] Men kan zich namelijk afvragen of de interpretatieregels uit het Weens Verdragenverdrag, met name de regel dat op grond van later gebruik kan worden afgeweken van de tekst van een verdragsbepaling, ook in het laatste kwart van de negentiende eeuw (ten tijde van de totstandkoming van de Berner Conventie en het Verdrag van Parijs) al geldend gewoonterecht waren. Daarmee is de vraag aangesneden welke verdragsinterpretatieregels moeten worden toegepast bij de interpretatie van dergelijke oude verdragen: de interpretatieregels uit het Weens Verdragenverdrag of andere verdrags-

441 Fitzmaurice 1957, p. 225, ziet in zo'n geval niet slechts een rechtvaardiging, maar zelfs een plicht: "(…) if, as already stated, it is, in the language of the Court, the duty of a tribunal 'to interpret treaties, not to revise them', it is equally the duty of a tribunal to interpret them *as* revised, and to give effect to any revision arrived at by the parties." (met 'Court' wordt gedoeld op het Internationaal Gerechtshof). Een plicht lijkt echter niet goed te passen in het 'open' interpretatieregime van het Weens Verdragenverdrag. De rechter kan onder omstandigheden afwijken van een later gebruik, dit komt nog aan de orde in alinea 674 hierna.

442 Deze latere verdragsbepalingen kunnen, zoals ter sprake kwam, worden beschouwd als een latere overeenstemming tussen de verdragsstaten met betrekking tot de interpretatie van het beginsel van nationale behandeling (zie art. 31 lid 3 onder a Weens Verdragenverdrag). Van die latere overeenstemming wordt dan dus afgeweken op grond van een nog later gebruik.

443 Zie alinea 641 hiervoor. Ook de interpretatie van de verdragsinterpretatieregels kan men natuurlijk ter discussie stellen. Men zou bijvoorbeeld bezwaar kunnen maken tegen het gebruik van jurisprudentie als vorm van later gebruik en tegen het gewicht dat daaraan wordt toegekend. Deze benadering lijkt zich echter in de context van privaatrechtelijke verdragen, zoals al ter sprake kwam, ondertussen tot de heersende opvatting te hebben uitgekristalliseerd. Bovendien zijn wij niet alleen voor dat anker gaan liggen.

interpretatieregels? En welke andere zouden dat dan moeten zijn? Het enige alternatief lijkt toepassing van de toenmalige verdragsinterpretatieregels.

666. Over de toenmalige interpretatieregels heeft Röthlisberger anno 1906 in zijn gezaghebbende handboek over de Berner Conventie opgemerkt:

> "Über die viel bestrittene Methode der Auslegung ein kurzes Wort. Ist die Fassung klar, so ist sie nach ihrem selbstverständlichen Sinn ohne weiteres anzuwenden; ist sie aber zweifelhaft und verschiedener Auslegungen fähig, so wird man zuerst die Ausdrücke im Zusammenhang mit der überhaupt im Vertrage gebräuchlichen Ausdrucksweise abwägen, sodann auf die Zweckidee, die *ratio*, der einzelnen Bestimmungen, wie sie sich aus dem Endziel der ganzen internationalen Abmachung ergibt, sich besinnen und endlich logischer- und billiger Weise auf den Grundgedanken zurückgehen, welcher die ersten Redaktoren beherrst hat und daher die Genesis der Texte sowie die Sitzungsberichte der ersten Konferenzen genau verfolgen. Immerhin wird man sich nicht sklavisch an das geschichtliche Material und die Entstehungsgeschichte zu halten brauchen, da die Schöpfer der Konvention nicht unfehlbar waren und weder alle Möglichkeiten und Lösungen voraussehen konnten, noch voraussehen wollten, ferner auch deshalb nicht, weil bei der Unvollkommenheit menschlicher Ausdrucksweise kein noch so peinlich genauer Verhandlungsbericht ein durchaus getreues Abbild des Werdeganges und Endresultates der Debatte zu geben imstande ist. Eine ausschliesslich historische Auslegung könnte leicht unbeugsam und fossil werden. Deshalb ist als Auslegungsmaterial, in welchem wirkliches Leben pulsiert, auch noch die Judikatur und die Doktrin über gleichartige oder ähnliche Vorschriften beizuziehen. Erlaubt es der Text, der fortschreitenden Entwicklung der Zeit Gerechtigkeit widerfahren zu lassen, so soll diese Anpassung nicht von vornherein ausgeschlossen sein."[444]

667. Was dit de destijds heersende visie op verdragsinterpretatie? Is het wel mogelijk om die visie te achterhalen? Was er wel een eensluidende visie? Röthlisberger spreekt immers over "die viel bestrittene Methode der Auslegung." Hoe dan ook, waarschijnlijk – en dit blijkt ook uit het citaat van Röthlisberger – kende men aan de verdragstekst groot gewicht toe. Röthlisberger had wel oog voor een vorm van dynamische verdragsinterpretatie, opdat het verdrag niet "unbeugsam und fossil" wordt uitgelegd, maar hij liet dat alleen toe als de tekst lacuneus of dubbelzinnig is. "Ist die Fassung klar, so ist sie nach ihrem selbstverständlichen Sinn ohne weiteres anzuwenden." Is een later afwijkend gebruik daarmee uitgesloten als interpretatiebron? Heeft Röthlisberger deze mogelijkheid überhaupt onder ogen gezien?[445] Dit wordt niet duidelijk. Al met al is denkbaar dat naar toenmalige inzichten een strikte interpretatieregel, die de tekst van het verdrag laat prevaleren, zou moeten worden toegepast; en dan zou men door artikel 5 lid 2, tweede

444 Röthlisberger 1906, p. 43-44. Röthlisberger is secretaris, en later Directeur van het Bureau van Berner Unie geweest, en hij heeft deelgenomen aan de conferenties in Parijs (1896) en Berlijn (1908) als secretaris resp. secretaris-generaal.

445 Of zou Röthlisberger misschien hebben gedacht in een onderscheid tussen modificatie en interpretatie? Maar over zo'n modificatie zwijgt hij, bij de herzieningsbepaling zegt hij er in ieder geval niets over (Röthlisberger 1906, p. 292-294).

volzin, van de Berner Conventie gebonden zijn aan de formele-territorialiteitscomponent.[446]

668. Keren wij terug naar de vraag welke verdragsinterpretatieregels moeten worden toegepast bij de interpretatie van de onderhavige oude verdragen. Deze vraag betreft de temporele toepasselijkheid van verdragsinterpretatieregels.[447]

669. Schetsen wij voor een goed begrip kort het intertemporeelrechtelijke kader. Het uitgangspunt in dat kader is tweeledig. Ten eerste: de *interpretatie* van een verdrag geschiedt in het licht van het recht zoals dat gold ten tijde van de totstandkoming van dat verdrag. Ten tweede: de *toepassing* van een verdrag wordt beheerst door het recht zoals dat geldt ten tijde van die toepassing. Dus: "(…) for purposes of interpretation, the law in force at the time of the conclusion of the treaty prevails. But, the interpretation of the treaty having been ascertained in accordance with that law, the application of the treaty, as so interpreted, is subject to the law in force at the date of application."[448] Dit tweeledige uitgangspunt treffen wij ook aan in de 'Island of Miangas (Palmas)' zaak anno 1928[449], alsook – daarop voortbouwend – in de travaux préparatoires van het Weens Verdragenverdrag:

> "Art. 56 — The inter-temporal law
> 1. A treaty is to be interpreted in the light of the law in force at the time when the treaty was drawn up.
> 2. Subject to paragraph 1, the application of a treaty shall be governed by the rules of international law in force at the time when the treaty is applied."[450]

670. Het eerste beginsel zijn wij eerder in deze studie al tegengekomen. Het schrijft voor dat het beginsel van nationale behandeling moet worden geïnterpreteerd vanuit het toenmalige, statutistisch-conflictenrechtelijke perspectief.[451] Het tweede beginsel opent de mogelijkheid dat bij de toepassing van een verdrag rekening wordt gehouden met een evolutie van het recht. Zo'n evolutie kan langs ver-

---

446 Saillant, want de tekst van het beginsel van nationale behandeling zélf laat wel toe dat de formele-territorialiteitscomponent buiten toepassing wordt gelaten, zie alinea 643 hiervoor. Over art. 2 lid 2 Verdrag van Parijs, zie noot 415 van dit hoofdstuk 5.

447 Voor de goede orde: de travaux préparatoires van art. 4 van Weens Verdragenverdrag bieden geen houvast bij de beantwoording van deze vraag.

448 UN Document A/CN.4/167, Third report on the law of treaties, by Sir Humphrey Waldock, Special Rapporteur ("Waldock III"), YBILC 1964, vol. II, p. 10 (par. 6).

449 Permanent Hof van Arbitrage (arbiter Huber) 4 april 1928, *RIAA* (1928) Vol. XI, p. 831 e.v. (p. 845) (Nederland/Verenigde Staten; 'Island of Miangas (Palmas)'). Het eerste beginsel is reeds geciteerd in noot 405 van dit hoofdstuk 5; het tweede beginsel is in deze uitspraak als volgt geformuleerd: "The same principle which subjects the act creative of a right to the law in force at the time the right arises, demands that the existence of the right, in other words its continued manifestation, shall follow the conditions required by the evolution of the law."

450 UN Document A/CN.4/167, Third report on the law of treaties, by Sir Humphrey Waldock, Special Rapporteur ("Waldock III"), YBILC 1964, vol. II, p. 8-9.

451 Zie alinea 644 hiervoor.

schillende wegen effect sorteren.[452] Artikel 31 lid 3 van het Weens Verdragenverdrag noemt onder meer latere regels van internationaal (gewoonte)recht: bij de toepassing van een verdrag moet rekening worden gehouden met "any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties."[453] Daaronder valt ook later internationaal gewoonterecht. En de verdragsinterpretatieregels uit het Weens Verdragenverdrag kunnen als zulk internationaal gewoonterecht worden aangemerkt. Dat betekent dat oude verdragen zoals de Berner Conventie en het Verdrag van Parijs, mogen worden geïnterpreteerd aan de hand van de interpretatieregels uit het Weens Verdragenverdrag. Dit lijkt wellicht een cirkelredenering. Immers, toepassing van de interpretatieregels van het Weens Verdragenverdrag wordt gebaseerd op een interpretatieregel van het Weens Verdragenverdrag. Maar dat is niet het geval. De desbetreffende interpretatieregel van het Weens Verdragenverdrag is een species van het algemene beginsel dat de toepassing van een verdrag wordt beheerst door het recht zoals dat geldt ten tijde van die toepassing. En dit onderliggende beginsel was al ruim vóór het Weens Verdragenverdrag een beginsel van internationaal gewoonterecht, zie de uitspraak in de zaak 'Island of Miangas (Palmas)' anno 1928.[454] Wellicht biedt dat gegeven voldoende grond voor de aanname dat men dit beginsel ook ten tijde van de totstandkoming van het Berner Conventie en het Verdrag van Parijs onderschreef. Langs deze weg kan worden verdedigd dat de interpretatieregels uit het Weens Verdragenverdrag moeten worden toegepast op oude verdragen zoals de Berner Conventie en het Verdrag van Parijs.[455] Opgemerkt kan worden dat ook het Internationaal Gerechtshof de interpretatieregels uit het Weens Verdragenverdrag toepast op dergelijke oude verdragen.[456]

671. Het lijkt bovendien ook wenselijk – dat is dus een normatief argument – dat op een bepaald moment in de tijd alle dan geldende verdragen zoveel mogelijk op dezelfde manier worden uitgelegd ("temporeel-uniforme" interpretatie), en niet aan verschillende interpretatieregimes zijn onderworpen.

672. Overigens is ook de 'later gebruik'-regel uit artikel 31 lid 3 onder b Weens Verdragenverdrag zelf reeds lang internationaal gewoonterecht. En dat is ook logisch: want wat kan men nu eigenlijk tegen deze regel hebben, als iedereen het met elkaar eens is over een bepaalde interpretatie?

---

452 Zie UN Document A/CN.4/167, Third report on the law of treaties, by Sir Humphrey Waldock, Special Rapporteur ("Waldock III"), YBILC 1964, vol. II, p. 61 (art. 73).

453 Art. 31 lid 3 onder c Weens Verdragenverdrag. Deze weg kwam ook al kort ter sprake in noot 419 van dit hoofdstuk 5.

454 Zie noot 449 van dit hoofdstuk 5. Zie ook anno 1957: Fitzmaurice 1957, p. 225.

455 Overigens, zoals al gezegd in noot 400 van dit hoofdstuk 5, lijkt men zich tegenwoordig nauwelijks te bekommeren om de vraag of de interpretatieregels uit het Weens Verdragenverdrag wel mogen worden toegepast op de Berner Conventie en het Verdrag van Parijs.

456 In zijn arrest van 3 februari 1994, *ICJ Reports* 1994, p. 6 e.v. (Libië/Tsjaad; 'Territorial Dispute') paste het Internationaal Gerechtshof, "in acccordance with customary international law, reflected in Article 31 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties", de interpretatieregels uit het Weens Verdragenverdrag toe bij de interpretatie van een serie verdragen die waren gesloten vanaf 1898 en die werden genoemd in een verdrag van 1955 (r.o. 41).

673. ***Bezwaar 2: misverstand.*** Dat brengt ons bij een mogelijk tweede bezwaar dat men zou kunnen opwerpen tegen het buiten toepassing laten van de formele-territorialiteitscomponent, namelijk: hoe solide is de "overeenstemming van de verdragsstaten inzake de uitlegging van het verdrag" als het desbetreffende latere gebruik in feite berust op één groot misverstand (in ons geval: de begripsverduistering ten aanzien van de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling)? Is er sprake van 'dwaling'?

674. Het gegeven dat er hier een misverstand in het spel is, vormt m.i. geen beletsel om aansluiting te zoeken bij het latere gebruik. Gebruik en misverstand zijn immers, zo hebben wij gezien, het gevolg van een bredere evolutie van het recht – een evolutie van conflictenrecht en intellectuele-eigendomsrecht – door welke evolutie formele territorialiteit niet meer in hedendaagse opvattingen in dit verband past; daarover bestaat algemene consensus. Door zich aan te sluiten bij het latere gebruik doet men – nu vanuit een beter begrip – recht aan deze evolutie. Maar daar kan anders over worden gedacht. Denkbaar is dat, wanneer men zich er bewust van wordt, in dit gegeven aanleiding wordt gezien om terug te keren naar de 'zenderbetekenis' van het beginsel van nationale behandeling. Later gebruik is immers niet heilig; de rechter kan er onder omstandigheden van afwijken.[457] Daarmee zou de waarde van deze interpretatiebron voor anderen afkalven. De kans dat zo'n ontwikkeling zich zal voltrekken lijkt echter gering; er zal – gelet op de eerdergenoemde evolutie – waarschijnlijk vrijwel geen animo bestaan om terug te keren naar formele territorialiteit.

(x) Conclusie

675. ***Conclusie.*** Ronden wij dit onderzoek naar de mogelijkheden om, binnen de marges van het geldende recht, de formele-territorialiteitscomponent van de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling buiten toepassing te laten, af. Alles tezamen genomen, zo luidt de conclusie, is er voldoende rechtvaardigingsgrond om deze component buiten toepassing te laten, welke rechtvaardiging met name ligt besloten in een eensgezind, consistent en alom aanvaard later gebruik in de toepassing van de Berner Conventie en het Verdrag van Parijs waardoor overeenstemming is ontstaan over deze uitlegging van deze verdragen. De voorwaarden waaronder de formele-territorialiteitscomponent buiten toepassing kan worden gelaten, komen thans aan de orde.

5.3.2. Naar het materiële-territorialiteitsbeginsel

676. ***Inleiding.*** Wanneer wij, zoals zojuist uiteengezet, inderdaad de formele-territorialiteitscomponent buiten toepassing laten, dan blijft alleen de materiële-territorialiteitscomponent over. De conflictregel in het beginsel van nationale behandeling is dan een materieel-territoriale conflictregel geworden. Dit gaan wij nu

457 Kropholler 1975, p. 281-282; zie ook De Meij 2003, p. 39-40.

onderzoeken: eerst, in par. (a), wordt onderzocht onder welke voorwaarden de formele-territorialiteitscomponent buiten toepassing kan worden gelaten. Vervolgens wordt in par. (b) de resterende materieel-territoriale conflictregel onderzocht.

a. Voorwaarden waaronder formele territorialiteit buiten toepassing kan worden gelaten

677. ***Voorwaarden.*** Onder welke voorwaarden kan de formele-territorialiteitscomponent buiten toepassing worden gelaten?

(i) Privaatrecht

678. ***Publiekrechtelijk bescherming en formele territorialiteit.*** In de eerste plaats dienen wij ons te realiseren dat het beginsel van nationale behandeling in de Berner Conventie en het Verdrag van Parijs betrekking heeft op de *gehele* bescherming van de betrokken intellectuele-eigendomsrechten, dus óók op de – in de hedendaagse praktijk overigens minder relevante – *publiekrechtelijke* bescherming van die rechten, zoals de straf- en bestuursrechtelijke bescherming.[458] Voor de verdragsopstellers was het vanzelfsprekend dat dergelijke bepalingen eveneens door het beginsel van nationale behandeling werden beheerst.[459] Dergelijk publiekrecht is naar huidige opvattingen (nog steeds) formeel-territoriaal recht: het wordt alleen door de eigen rechter toegepast. Ten aanzien van deze publiekrechtelijke bepalingen bestaat geen 'later gebruik' om formele territorialiteit buiten toepassing te laten. Voor zover het gaat om dergelijke publiekrechtelijke bepalingen kunnen wij de formele-territorialiteitscomponent dus niet buiten toepassing laten.[460]

(ii) Exclusieve bevoegdheid

679. ***Formele territorialiteit en exclusieve bevoegdheid.*** In de tweede plaats moet een belangrijk voorbehoud worden gemaakt. Formele territorialiteit, zo hebben wij in par. 5.1.3 vastgesteld, is gedeeltelijk gereïncarneerd als exclusieve-bevoegd-

---

458 Zie ook Hoffmann 1935, p. 84; Bappert & Wagner 1956, p. 77; Khadjavi-Goutard 1973, p. 93 e.v. Vgl. ook Bureau de l'Union, *PI* 1930, p. 17 r.k. Strafrechtelijke regelingen zijn bijvoorbeeld art. 31-33 Auteurswet en art. 79 Rijksoctrooiwet 1995. De onteigening van intellectuele-eigendomsrechten is een voorbeeld van een bestuursrechtelijke regeling (zie bijvoorbeeld art. 97 e.v. Onteigeningswet); zo ook (sommige) dwanglicenties; zie art. 57 lid 1 Rijksoctrooiwet 1995 (dwanglicentie in het algemeen belang). Terzijde: de term 'bescherming' lijkt in dat verband wat minder gepast, maar valt te begrijpen wanneer men zich realiseert dat onteigening het ontnemen van bescherming is, een dwanglicentie het beperken van bescherming, enz.

459 Vgl. art. 7 van het ALAI ontwerp-verdrag van 1883 ("En cas d'infraction aux préscriptions qui précèdent, les tribunaux compétents appliqueront les dispositions, tant civiles que pénales, édictées par les législations respectives, comme si l'infraction avait été commise au préjudice d'un national."). De Berner verdragsopstellers namen deze bepaling niet over omdat zij haar overbodig achten gelet op het beginsel van nationale behandeling (Röthlisberger 1906, p. 249). Vgl. ook de "condamnations aux peines correctionelles" genoemd in verschillende negentiende eeuwse verdragen, zie noot 180 van hoofdstuk 7.

460 Hier is een afgrenzingsprobleem denkbaar, dat in de praktijk echter niet lijkt te spelen. Hoe dan ook, het is aan de formeel- en materieel-territoriaal toepasselijke wet om, aan de hand van de algemeen aanvaarde maatstaf dat sprake is van een overheidsinterventie iure imperii (uitoefening van een overheidstaak), te bepalen wat in dit verband onder publiekrechtelijk intellectuele-eigendomsrecht valt.

heidsgrond. Formele territorialiteit mag dan als conflictenrechtelijke oplossing zijn verlaten, maar de (mede) daaronder liggende behoefte om in meer of mindere mate grip te houden op de verleende bescherming is blijven bestaan en heeft zich – doordat formele territorialiteit en exclusieve bevoegdheid werden verward – uiteindelijk in het bevoegdheidsrecht genesteld.[461] Formele territorialiteit is in feite onbewust ingeruild voor exclusieve bevoegdheid. Dit zullen wij, wanneer wij de formele-territorialiteitscomponent van de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling nu *bewust* buiten toepassing laten, niet mogen negeren – het is immers een onlosmakelijk onderdeel van het latere gebruik om geen formele territorialiteit toe te passen. Dat betekent dat daar waar in het intellectueleeigendomsrecht sprake is van deze reïncarnatie, het buiten toepassing laten van de formele-territorialiteitscomponent gepaard zal moeten gaan met de aanname van een exclusieve-bevoegdheidsgrond.[462] Aldus bekrachtigen wij in feite een wijdverbreid misverstand, namelijk de verwarring van formele territorialiteit en exclusieve bevoegdheid. Dit speelt, zo zal duidelijk zijn, alleen in het industriële-eigendomsrecht; in het auteursrecht is formele territorialiteit immers verdwenen zonder te zijn gereïncarneerd als exclusieve bevoegdheid.

680. ***Reikwijdte.*** De moeilijkheid is het bepalen van de reikwijdte van die exclusieve-bevoegdheidsgrond. Bestrijkt hij de gehele bescherming, of bijvoorbeeld alleen vragen van geldigheid en registratie?[463] Het antwoord kan worden gezocht in internationale bevoegdheidsregelingen die ook op industriële eigendom van toepassing zijn, zoals het EEX-Verdrag en de EEX-Verordening.[464] Daaruit blijkt immers in welke mate de twee betrokken landen – het land van de aangezochte rechter en het land waarvoor de bescherming wordt ingeroepen – formele territorialiteit ten opzichte van elkaar hebben ingeruild voor exclusieve bevoegdheid.

681. Buiten het bereik van dergelijke regelingen zou – voortbordurend op deze lijn – het antwoord kunnen worden gezocht in het nationale bevoegdheidsrecht van

461 Deze controlebehoefte is met name ingegeven door politiek-economische belangen, die, zo kan men stellen, op hun beurt wortelen in soevereiniteitsoverwegingen. In die zin kan men zeggen dat de onderliggende ratio van formele territorialiteit nog niet is verdwenen, maar dat zij zich anders uit, namelijk via het bevoegdheidsrecht, en niet meer via het conflictenrecht. Vgl. de volgende overweging van de Engelse rechter Aldous J. in de zaak Plastus Kreativ/Minnesota: "For myself I would not welcome the task of having to decide whether a person had infringed a foreign patent. Although patent actions appear at their face to be disputes between two parties, in reality they also concern the public. A finding of infringement is a finding that a monopoly granted by the state is to be enforced. The result is invariably that the public have to pay higher prices than if the monopoly did not exist. If that be the proper result, then that result should, I believe, come about from a decision of a court situated in the state where the public have to pay the higher prices. One only has to imagine a decision of this court that the German public should pay a British company substantial sums of money to realise the difficulties that might arise. I believe that, if the local courts are responsible for enforcing and deciding questions of validity and infringement, the conclusions reached are likely to command the respect of the public.", High Court of Justice (Chancery Division) 9 december 1994, [1995] *RPC* 438 (447) (Plastus Kreativ/Minnesota Mining and Manufacturing).

462 Voor de goede orde zij opgemerkt dat daarmee geen oordeel is gegeven over de wenselijkheid van deze exclusieve-bevoegdheidsgrond. Die vraag – dus de vraag of exclusieve bevoegdheid al dan niet in meer of mindere mate zou moeten worden verlaten – betreft het wenselijke recht, en is hier dus niet aan de orde.

463 Zie alinea 572 hiervoor.

464 Zie bijvoorbeeld High Court of Justice (Chancery Division) 7 maart 1997, [1997] *FSR* 641; *GRUR Int.* 1998, p. 317-322 (Pearce/Ove Arup); zie alinea 582 hiervoor.

deze beide landen. Dat is dus een dubbele toets: de reikwijdte van deze exclusieve-bevoegdheidsgrond wordt in beide rechtsstelsels (ten opzichte van elkaar) onderzocht, en de ruimste van de twee is bepalend. Stel bijvoorbeeld dat de rechter in land A staat voor de vraag of hij bevoegd is om te oordelen over inbreuk en geldigheid ten aanzien van een octrooi in land B. Het commune bevoegdheidsrecht van land A kent op dit punt in het geheel geen exclusieve bevoegdheid, terwijl volgens het commune bevoegdheidsrecht van land B de rechter van het land waarvoor de bescherming wordt gevraagd exclusief bevoegd is om te oordelen over de geldigheid. De rechter van land A zal dan de opvattingen van land B over exclusieve bevoegdheid moeten respecteren. Hij zal zich dus bevoegd kunnen verklaren om te oordelen over de inbreuk op het octrooi in land B – daar heeft men in land B klaarblijkelijk immers geen problemen mee –, maar zal zich onbevoegd moeten verklaren terzake van de geldigheid van dat octrooi.

682. ***Conclusie.*** Dit alles is uiteraard geen ideale oplossing. Een betere oplossing is denkbaar, en daar komen wij op terug in hoofdstuk 8. Hier resumeren wij de tweede voorwaarde die moet worden gesteld aan het buiten toepassing laten van de formele-territorialiteitscomponent van de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling: daar waar formele territorialiteit is gereïncarneerd als exclusieve-bevoegdheidsgrond, zal een dergelijke bevoegdheidsgrond moeten worden aangenomen.

(iii) Openbare orde-exceptie

683. ***Toepassing vreemd recht en openbare orde-exceptie.*** In de derde plaats is de aanname van een openbare orde-exceptie geïndiceerd. Dat was onder de vigeur van het formele-territorialiteitsbeginsel natuurlijk niet nodig – toepassing van vreemd recht is dan immers niet aan de orde. De Berner Conventie en het Verdrag van Parijs bevatten zo'n exceptieclausule (dan ook) niet.[465] Maar wanneer de formele-territorialiteitscomponent buiten toepassing blijft, bestaat de mogelijkheid dat de rechter vreemd intellectuele-eigendomsrecht toepast, en dan kan zich dus de situatie voordoen dat de rechter wordt geconfronteerd met vreemd intellectuele-eigendomsrecht waarvan de toepassing onverenigbaar is met de openbare orde van deze rechter. In zo'n geval – zo lijkt algemeen te worden aanvaard – wordt het vreemde intellectuele-eigendomsrecht niet toegepast voor zover het onverenigbaar is met de openbare orde.[466] Wij kunnen hier spreken van een later gebruik waarover algemene overeenstemming bestaat, óók in het kader van de Berner Con-

465 Boucher 1932, p. 48 lijkt zich als een van eersten bewust te zijn van het ontbreken van een openbare orde-exceptie. De openbare orde-exceptie is overigens pas in de twintigste eeuw in het verdragsrecht in zwang geraakt, zie Strikwerda 2008 (*Inleiding*), p. 57.

466 Zie AIPPI Annuaire 2003/1, p. 795 (Question 174). Vgl. Fawcett & Torremans 1998, p. 502-503 (in de context van de morele rechten). Over de vraag hoe de ontstane leemte moet worden opgevuld, bestaan verschillende antwoorden. Meestal wordt gekozen voor de lex fori, zie bijvoorbeeld HR 9 november 2001, *NJ* 2002, 279 m.nt. ThMdB; Staatscommissie IPR, Rapport Algemene Bepalingen 2002, p. 77; Strikwerda 2004, p. 162 e.v.

ventie en het Verdrag van Parijs.[467] Op die grond kunnen wij een openbare orde-exceptie aannemen voor (de van haar formele-territorialiteitscomponent ontdane conflictregel van) deze verdragen.[468] In dat verband zij er op gewezen dat de Hoge Raad heeft beslist dat de openbare orde-exceptie ook geldt ten aanzien van het Haags Rechtsvorderingsverdrag 1954, terwijl dat (executie)verdrag zelf zwijgt over een dergelijke exceptie.[469]

684. Het lijkt bovendien ook wenselijk om een openbare orde-exceptie voor de Berner Conventie en het Verdrag van Parijs aan te nemen. Deze verdragen tellen ieder immers meer dan 160 lidstaten, zodat de kans dat men wordt geconfronteerd met onverteerbaar vreemd recht groter is dan wanneer het zou gaan om een kleine kring van gelijkgestemde staten.

685. Hoe dan ook, de inzet van de openbare orde-exceptie in het intellectueleeigendomsrecht zal zeldzaam zijn – en zal dat ook moeten zijn.[470] Maar haar inzet is niet ondenkbaar; men denke bijvoorbeeld aan 'punitive damages'.[471]

686. ***Conclusie.*** Ergo, geformuleerd als voorwaarde: de formele-territorialiteitscomponent van de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling kan buiten toepassing blijven op voorwaarde dat een openbare orde-exceptie wordt aangenomen.

(iv) Toepassing vreemd vreemdelingenrecht

687. ***Vreemdelingenrechtelijke consequentie.*** Ten slotte, in de vierde plaats, moeten wij ons rekenschap geven van een vreemdelingenrechtelijke consequentie van het buiten toepassing laten van de formele-territorialiteitscomponent van de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling. De verdragen kennen een aantal vreemdelingenrechtelijke materiële-reciprociteitstoetsen. Een bekend voorbeeld is de inkorting van de beschermingsduur ingevolge artikel 7 lid 8 van de Berner Conventie: de normaal door de wet van het land waar de bescherming wordt ingeroepen toegekende beschermingsduur wordt ingekort tot de eventuele kortere

---

467 Vgl. art. 31 lid 3 onder b Weens Verdragenverdrag. Dat de openbare orde-exceptie ook door de rechter moet worden aangelegd wanneer het desbetreffende verdrag die toets niet kent, wordt als heersende mening aangemerkt, zie de conclusie van A-G Strikwerda (alinea 23, met verdere verwijzingen) voor HR 10 september 1999, *NJ* 2001, 41 m.nt. PV (Triumph/Alonso).

468 Vgl. Vlas in zijn annotatie (alinea 4) onder HR 10 september 1999, *NJ* 2001, 41 m.nt. PV (Triumph/Alonso).

469 HR 10 september 1999, *NJ* 2001, 41 m.nt. PV (Triumph/Alonso), r.o. 3.13.

470 Zie Polak 1990, p. 32.

471 Zie AIPPI Annuaire 2003/1, p. 566 en p. 658 (rapporten Duitse resp. Nederlandse AIPPI-groep Question 174). Onteigening zonder redelijke schadeloosstelling (een voorbeeld genoemd door de Zwitserse AIPPI-groep, zie AIPPI Annuaire 2003/1, p. 755) is geen goed voorbeeld omdat het daarbij gaat om een bestuursrechtelijke regeling die alleen wordt toegepast door de eigen rechter (formele territorialiteit, zie noot 458 van dit hoofdstuk 5). Voorts wordt ten onrechte soms de Huston-uitspraak van de Franse Cour de cassation met de openbare orde-exceptie in verband gebracht (zo bijvoorbeeld in AIPPI Annuaire 2003/1, p. 528, rapport Franse AIPPI-groep). Ten onrechte, omdat in die uitspraak geen sprake was van een openbare orde-exceptie, maar van 'lois d'application impérative'; zie Cass. civ. I 28 mei 1991, *Rev. crit. DIP* 1991, p. 752 e.v. m.nt. P-Y. Gautier (Huston/Turner; 'Asphalt Jungle'), zie daarover nader alinea 1007 hierna.

beschermingsduur in het land van oorsprong van het werk. Dit wordt (dienovereenkomstig) ook bepaald in nationale auteurswetten, zie bijvoorbeeld het vreemdelingenrechtelijk voorschrift in artikel 42 Auteurswet.

688. ***Formele-territorialiteitsbeginsel.*** Onder de vigeur van het formele-territorialiteitsbeginsel past de rechter alleen zijn eigen auteursrecht toe, inclusief dit soort vreemdelingenrechtelijke voorschriften. Toepassing van vreemde vreemdelingenrechtelijke voorschriften is niet aan de orde.

689. ***Zonder formele territorialiteit.*** Maar dat ligt anders wanneer de formele-territorialiteitscomponent van de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling buiten toepassing blijft. Dan zal de rechter ook vreemd auteursrecht kunnen toepassen, en daaronder zullen dan ook diens vreemdelingenrechtelijke voorschriften begrepen moeten zijn[472] – anders zou men tot een ander resultaat komen dan onder de vigeur van het formele-territorialiteitsbeginsel.

690. ***Voorbeeld.*** Illustreren wij dit met een voorbeeld. Stel dat de Australische rechter moet oordelen over de inbreuk in Nederland op een Australisch werk van een Australische auteur. Deze rechter zal het Nederlandse auteursrecht moeten toepassen, daaronder begrepen het voormelde vreemdelingenrechtelijke voorschrift in artikel 42 Auteurswet. Dat betekent dat de Australische rechter in de onderhavige zaak de beschermingsduur van dit werk moet inkorten omdat de Australische auteurswet een kortere beschermingsduur kent dan de Nederlandse wet.[473] De Australische auteur krijgt dus met betrekking tot zijn Australische werk bij de Australische rechter – bij hem 'thuis' dus – een nadelig vreemd vreemdelingenrechtelijk voorschrift tegengeworpen. Dat resultaat, dat wellicht tegen chauvinistische haren in strijkt, is juist: de Nederlandse rechter had precies zo gedaan.[474] Het is een consequentie van het buiten toepassing laten van de formele-territorialiteitscomponent.[475]

691. ***Conclusie.*** Hier kan dus de voorwaarde worden geformuleerd dat de formele-territorialiteitscomponent van de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling buiten toepassing kan blijven mits bij de toepassing van het vreemde

---

472 Uiteraard alleen voor zover die voorschriften zijn toegelaten door de Berner Conventie en het Verdrag van Parijs.

473 De beschermingsduur in Australië, het land van oorsprong van het werk, is 50 jaar post mortem auctoris (art. 33 Copyright Act 1968), in Nederland 70 jaar post mortem auctoris (art. 37 Auteurswet).

474 Met name mag men dit resultaat niet trachten te ontlopen door de inzet van de openbare orde-exceptie, bijvoorbeeld onder het motto: "onze fundamentele rechtsbeginselen verzetten zich tegen toepassing van het vreemd vreemdelingenrecht door onze rechter, a fortiori wanneer dat ten nadele is van onze eigen onderdanen of werken van eigen bodem." Die vlieger gaat reeds niet op omdat de onderhavige materiële-reciprociteitstoets uitdrukkelijk is toegelaten door de Berner Conventie, en dus niet strijdig is met fundamentele rechtsbeginselen (bovendien kent de eigen wet zelf ook vaak precies zo'n voorschrift). En het is in strijd met het non-discriminatiebeginsel, zie daarover ook par. 6.3.1.

475 Overigens is ook onder de vigeur van het formele-territorialiteitsbeginsel denkbaar dat een nationale auteur bij zijn eigen rechter een nadelig vreemdelingenrechtelijk voorschrift krijgt tegengeworpen. Dat is bijvoorbeeld het geval wanneer de nationale wet de beschermingsduur van vreemde werken inkort en deze auteur zijn werk in een ander land, dat een kortere beschermingsduur kent, heeft laten ontspringen. Maar dan gaat het wel om een vreemdelingenrechtelijk voorschrift van eigen bodem, en niet een om een vreemdelingenrechtelijk voorschrift van een vreemde wet.

auteursrecht óók het bijbehorende, door de verdragen toegelaten vreemde vreemdelingenrecht wordt toegepast.[476]

(v) Conclusie

692. ***Conclusie.*** Tezamen genomen hebben wij dus vier voorwaarden gedetecteerd waaronder de formele-territorialiteitscomponent van de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling buiten toepassing kan worden gelaten: (i) zij kan alleen buiten toepassing worden gelaten voor de privaatrechtelijke bescherming van de betrokken intellectuele-eigendomsrechten; (ii) daar waar formele territorialiteit is gereïncarneerd als exclusieve-bevoegdheidsgrond, zal een dergelijke bevoegdheidsgrond moeten worden aangenomen; (iii) er moet een openbare ordeexceptie worden aangenomen; en (iv) bij de toepassing van het vreemde auteursrecht moet óók het bijbehorende, door de verdragen toegelaten vreemde vreemdelingenrecht worden toegepast.

b. De materieel-territoriale conflictregel

693. ***Formele territorialiteit buiten toepassing.*** Met deze kanttekeningen gaan wij er dan nu in deze studie toe over om de formele-territorialiteitscomponent van de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling buiten toepassing te laten. Daarmee zetten wij dus bewust een stap, die in de geschiedenis al onbewust is gezet. En alsdan blijft, zoals gezegd, alleen de materiële-territorialiteitscomponent over, en is de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling een materieel-territoriale conflictregel geworden.[477] Bezien wij deze conflictregel nader.

(i) Generalisatie van de eenzijdige materieel-territoriale conflictregel

694. ***Generalisatie.*** De overgebleven conflictregel is – nog steeds – een statutistische conflictregel, alsook – nog steeds – een eenzijdige conflictregel. Maar wanneer de formele-territorialiteitscomponent buiten toepassing blijft, kan deze conflictregel worden 'gegeneraliseerd'. Wij passen dan de oude, gebruikelijke statutistische 'truc' toe: is het eigen recht op grond van deze eenzijdige conflictregel niet van toepassing, dan wordt op grond van diezelfde conflictregel toepassing gegeven aan vreemd recht.[478]

---

476 Bij dit alles moet wel worden bedacht dat deze voorwaarde van theoretisch belang is omdat de materiële-reciprociteitstoetsen (ook art. 7 lid 8 Berner Conventie) doorgaans 'automatisch' werken, dat wil zeggen: zolang de toepasselijke wet niet anders bepaalt, moeten zij op grond van het desbetreffende verdrag worden toegepast. De rechter past dus niet (alleen) een vreemd vreemdelingenrechtelijk voorschrift toe, maar (ook) een (in beginsel verplicht toe te passen) verdragsrechtelijk vreemdelingenrechtelijk voorschrift. De onderhavige voorwaarde zou wel praktisch belang hebben wanneer een verdrag slechts de *mogelijkheid* zou bieden een materiële-reciprociteitstoets aan te leggen. Hoe dan ook, het is wel goed om de onderhavige voorwaarde te onderkennen; in de praktijk zal immers al gauw de verleiding bestaan om uitvluchten te bedenken.

477 Dit geldt m.m. ook voor het (in land van oorsprong geldende) beginsel van nationale behandeling in art. 5 lid 3 van de Berner Conventie (zie daarover par. 3.3).

478 Zie alinea 614 hiervoor.

695. ***Materiële-territorialiteitsbeginsel.*** Daarmee is een sluitende conflictenrechtelijke regeling ontstaan: binnen de toepassingsgebied van de Berner Conventie respectievelijk het Verdrag van Parijs geldt het materiële-territorialiteitsbeginsel.[479] Zo komen wij tot de volgende conflictregel:

> "Het recht van het Unieland voor welks grondgebied de bescherming wordt ingeroepen (anders gezegd: het recht van het Unieland waarvoor de bescherming wordt ingeroepen) is niet alleen van toepassing op de bescherming, op dit grondgebied, van intellectuele eigendom van nationale origine; het is, binnen het toepassingsgebied van de Berner Conventie respectievelijk het Verdrag van Parijs, óók van toepassing op de bescherming aldaar van intellectuele eigendom van vreemde origine." [480]

696. Dit is de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling van deze verdragen, wanneer wij de formele-territorialiteitscomponent buiten toepassing laten. Het is, zo zal duidelijk zijn, het statutistische equivalent van wat in het Savigniaanse conflictenrechtelijke model de lex loci protectionis-verwijzing is. Dit wordt hierna in par. 5.3.3 verder uitgewerkt.

(ii) Bevestigingen "land waar de bescherming wordt ingeroepen"

697. ***Land waarvoor de bescherming wordt ingeroepen.*** De conflictregel in het beginsel van nationale behandeling galmt op verschillende plaatsen in de Berner Conventie en het Verdrag van Parijs na in de refertes aan (de wet van) "het land waar de bescherming wordt ingeroepen." Dit zijn bevestigingen van de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling. Het zal duidelijk zijn dat, nu de formele-territorialiteitscomponent van die conflictregel buiten toepassing wordt gelaten, deze refertes moeten worden gelezen als refertes aan "het land waar*voor* de bescherming wordt ingeroepen."

698. ***Berner Conventie.*** Dat geldt behalve voor artikel 5 lid 2, tweede volzin, van de Berner Conventie, ook voor artikel 6bis lid 2[481] en 3, artikel 7 lid 8, artikel

---

479 Merk op dat het materiële-territorialiteitsbeginsel alleen *binnen* het toepassingsgebied van deze verdragen geldt. De gegeneraliseerde conflictregel kan immers alleen het recht van een Unieland toepasselijk verklaren, niet het recht van een niet-Unieland, want de verdragen zijn alleen van toepassing op de bescherming in de landen van de Unie. De conflictregel in het beginsel van nationale behandeling heeft dus geen universeel toepassingsgebied, al komt het daar – gelet op de huidige dekkingsgraad van deze verdragen – praktisch gezien wel in de buurt. Ten aanzien van de Berner Conventie kan nog worden opgemerkt dat de conflictregel binnen het toepassingsgebied van de conventie voor *alle* Unielanden geldt, óók vis-à-vis het land van oorsprong, zie noot 477 van dit hoofdstuk 5.

480 Kortheidhalve wordt hier gesproken over de bescherming van intellectuele eigendom van nationale en vreemde origine.

481 Art. 6bis lid 2 bevat op de keper beschouwd geen bevestiging van de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling, maar een aanvullende conflictregel. Dit komt aan de orde in par. 7.4.2. Deze aanvullende conflictregel kan echter eveneens worden geconverteerd in een lex loci protectionis-verwijzing (zie alinea 1062 hierna), zodat ook hier de referte aan "het land waar de bescherming wordt ingeroepen" moet worden opgevat als een referte aan "het land waar*voor* de bescherming wordt ingeroepen."

10bis lid 1, artikel 14bis lid 2 onder a en c, artikel 14ter lid 2, en artikel 18 lid 2 van die conventie.[482]

699. ***Verdrag van Parijs.*** In het Verdrag van Parijs gaat het om artikel 2 lid 2, artikel 4C lid 3, artikel 5C lid 3, artikel 6 quinquies B onder 1 en 2, en artikel 7bis lid 3.[483]

(iii) Sachnormverweisung

700. ***Sachnormverweisung.*** Het gevolg van de toepassing van de materieel-territoriale conflictregel is dat het *interne* intellectuele-eigendomsrecht van het land waarvoor de bescherming wordt gevraagd van toepassing is, niet ook diens conflictenrecht. Het is, in moderne terminologie, een 'Sachnormverweisung' en geen 'Gesamtverweisung'.[484] Anders gezegd: renvoi is niet aan de orde. Reeds haar origine als formele-territorialiteitsbeginsel maakt, zo moge ondertussen duidelijk zijn, dat deze conflictregel geen Gesamtverweisung is.[485] Dit blijkt overigens ook

---

482 In de Franse tekst wordt gesproken over "pays où la protection est réclamée." Terzijde, louter voor de volledigheid, wordt hier geconstateerd dat in de Franse versie van art. 7 lid 8 de toekomende tijd wordt gebezigd ("pays où la protection sera réclamée"), dat art. 14bis lid 2 onder c is toegespitst op Unielanden ("het land van de Unie waar de bescherming wordt ingeroepen"), en dat art. 14ter lid 2 is toegespitst op volgrechtelijke bescherming ("het land, waar deze bescherming wordt ingeroepen"). Terzijde: art. 16 lid 3 ("Het beslag wordt gelegd overeenkomstig de wetgeving van elk land") heeft de formeel- en materieel-territoriale wet op het oog (vgl. ook Actes BC 1884, p. 57 (Rapport de la Commission); Actes BC 1885, p. 51 (Rapport de la Commission)), zo ook het soortgelijke art. 9 lid 3 van het Verdrag van Parijs.

483 In art. 10ter lid 2 van het Verdrag van Parijs wordt gerefereerd aan "de wet van het land, waarin de bescherming wordt gevraagd." Deze bepaling heeft betrekking op een procesrechtelijke aangelegenheid (de bevoegdheid van 'gilden' om in rechte op te treden, zie noot 253 van hoofdstuk 7), zodat *deze* referte moet worden gelezen als een referte aan de lex fori ("de wet van het land waar*in* de bescherming wordt gevraagd", zo luidt ook deze bepaling).
Terzijde, louter voor de volledigheid, wordt hier geconstateerd dat in de Nederlandse tekst van art. 2 lid 2 wordt gesproken over "het land, waar op de bescherming aanspraak wordt gemaakt" en in de andere bepalingen over "het land waar de bescherming wordt gevraagd." In de Franse tekst wordt, in lijn met de Berner Conventie, gesproken over "pays où la protection est réclamée" (behalve in art. 7bis lid 3, waar wordt gesproken over "pays où la protection est requise"). Eveneens terzijde: art. 9 lid 3, over inbeslagneming, heeft de formeel- en materieel-territoriale wet op het oog.

484 Ten onrechte wordt door sommigen gesteld dat sprake is van een Gesamtverweisung – zie bijvoorbeeld, ten aanzien van art. 5 lid 2 Berner Conventie, Court of Appeal Londen 21 januari 1999, [1999] *FSR* 525 (559); *GRUR Int.* 1999, p. 787-791 (Pearce/Ove Arup); zie alinea 440 hiervoor; ten aanzien van het Berner beginsel van nationale behandeling: Gerbrandy 1988, p. 411-412 (noot 24 van dit hoofdstuk 5). Vgl. ook De Boer 1977, p. 675. Als subsidiaire stellingname is een Gesamtverweisung geponeerd door Schack 1979, p. 33 (vgl. ook Koumantos 1988, zie noot 108 van dit hoofdstuk 5), die daarmee toch wel sterk de indruk wekt dat hij zich coûte que coûte conflictenrechtelijk vrij spel wil verschaffen. Hoe dan ook, de heersende mening gaat – terecht – uit van een Sachnormverweisung, zie onder meer Boytha 1988, p. 410; Schneider-Brodtmann 1996, p. 111; Fawcett & Torremans 1998, p. 469; Lucas & Lucas 2006, p. 957-958; Von Hoffmann 2001, p. 586, nr. 374.

485 Ook de verdragsteksten zijn duidelijk, waar zij spreken over de *rechten* en *voordelen* die de onderscheidene *wetten* aan de eigen onderdanen verlenen (art. 5 lid 1 Berner Conventie; art. 2, eerste volzin, Verdrag van Parijs). Vgl. ook art. 2, tweede volzin, Verdrag van Parijs waarin het gevolg van het beginsel van nationale behandeling in de eerste volzin als volgt wordt omschreven: "Dientengevolge zullen zij dezelfde bescherming hebben als dezen en hetzelfde wettelijk verhaal tegen elke inbreuk op hun rechten, (…)" (over een soortgelijke toevoeging in de Berner Conventie, zie alinea's 180 e.v. hiervoor). In de eerste versies van het Verdrag van Parijs ging deze bepaling bovendien als volgt voort: "sous réserve de l'accomplissement des formalités et des conditions imposées aux nationaux par *la législation intérieure* de chaque État"; zie ook Actes VP 1880, p. 38 (Procès-verbaux): "(…) par *la législation intérieure* de chaque État *en matière de propriété industrielle*" (cursiveringen toegevoegd). Overigens zou een Gesamtverweisung als conflictenrechtelijke non-oplossing ook in strijd zijn met de doelstelling van de verdragen om tot een zo doeltreffend en eenvormig mogelijke intellectuele-eigendomsbescherming te komen.

uitdrukkelijk uit de travaux préparatoires. Zo omschreven de Berner verdragsopstellers hun beginsel van nationale behandeling in de travaux préparatoires als "(…) assurer aux auteurs étrangers le traitement accordé aux auteurs nationaux *par la législation intérieure de chaque pays*." [486]

(iv) Reikwijdte van de conflictregel

701. ***Reikwijdte.*** Over de reikwijdte van deze conflictregel kan, zoals zojuist uiteengezet, worden opgemerkt dat zij betrekking heeft op de *gehele* bescherming van de betrokken intellectuele-eigendomsrechten, met uitzondering van publiekrechtelijke regelingen. Zij dekt dus, met die uitzondering, de volledige regeling van deze rechten. Het door haar toepasselijk verklaarde recht bepaalt dus in het bijzonder:
(a) het object van de bescherming (wat wordt verstaan onder een werk van letterkunde of kunst, een merk, enz.);
(b) het subject van de bescherming (ten gunste van wie het recht ontstaat);
(c) de inhoud van de bescherming (ontstaan, omvang en einde van de rechten); en
(d) de handhaving van de bescherming (de 'rechtsmiddelen' en de sancties).

702. Dit komt nader ter sprake in hoofdstuk 7, dat is geheel gewijd aan de reikwijdte van het beginsel van nationale behandeling.

703. ***Geen deelverwijzingen.*** Hier volstaan wij met de constatering dat 'Zersplitterung' van de bescherming niet is toegelaten. De conflictregel bestrijkt de *gehele* privaatrechtelijke bescherming van de betrokken intellectuele-eigendomsrechten; er mag dus niet een bepaald aspect van de bescherming worden afgesplitst en ondergebracht bij een ander rechtsstelsel (dépeçage), zoals tegenwoordig met betrekking tot de subject-vraag wel wordt voorgesteld voor met name het auteursrecht.[487] De verdragen bevatten zelf ook geen dépeçage.[488]

---

486 Actes BC 1885, p. 39 (Rapport de la Commission), cursivering toegevoegd. Vgl. ook Actes BC 1908, p. 198 (voorstel België, "législations internes"); en vgl. voorts ook de bilaterale voorgangers van de Berner Conventie, die vaak specifiek refereerden aan de auteurswet; zo sprak art. 2 van het Frans-Duitse Verdrag van 1883 over "des avantages qui y sont ou y seront accordés *par la loi pour la protection des ouvrages de littérature ou d'art"* (cursivering toegevoegd; zie alinea 141 hiervoor).

487 Zie par. 5.1.1. Dit is (ook) in strijd met het onafhankelijkheidsbeginsel, zie alinea 707 hierna. Lucas & Lucas 2006, p. 959 lijken in art. 15 lid 4 onder a van de Berner Conventie een uitzondering te ontwaren, namelijk een lex originis-conflictregel. In deze bepaling wordt "voor niet gepubliceerde werken waarvan de identiteit van de auteur onbekend is, maar waarvoor alle reden is om aan te nemen dat deze auteur onderdaan van een land van de Unie is" voorgeschreven dat het aan de wetgeving van dat land (dus de lex originis) is voorbehouden om een bevoegde autoriteit aan te wijzen die deze onbekende auteur vertegenwoordigt en gerechtigd is diens rechten te beschermen en te doen gelden in de landen van de Unie. De bepaling is in 1967 in Stockholm ingevoerd met het oog op de bescherming van folklore. Men zou haar wellicht kunnen opvatten als een lex originis-conflictregel voor een wel zeer specifiek geval (een ongepubliceerd werk van een onbekende auteur die waarschijnlijk onderdaan van een Unieland is), maar die conflictregel betreft dan strikt genomen niet de subject-vraag, maar de vraag wie de onbekende auteur vertegenwoordigt. Men kan zich overigens afvragen of de Stockholmse verdragsopstellers hier wel een echte conflictregel voor ogen heeft gestaan (zie Actes BC 1967, p. 1172-1173 (Report Main Committee I). Hoe dan ook, het praktisch belang van deze bepaling is miniem: ingevolge art. 15 lid 4 onder b is voor toepassing van deze bepaling een verklaring vereist, en alleen India heeft een dergelijke verklaring afgelegd, zie Berne Notification No. 108 op <www.wipo.int>.

488 Overigens hebben wij eerder in deze studie gezien dat de Berner Conventie vroeger zelf wel een →

704. In dit verband kunnen nog twee opmerkingen worden gemaakt.

705. ***Materiële-reciprociteitstoetsen*.** In de eerste plaats kan worden opgemerkt dat de materiële-reciprociteitstoetsen in de verdragen geen (dépeçerende) conflictregels zijn. Hier doen zich wel eens misverstanden voor: sommige auteurs zien deze materiële-reciprociteitstoetsen namelijk aan voor conflictregels. Zo ziet Ulmer in artikel 7 lid 8 van de Berner Conventie bijvoorbeeld een deelverwijzing naar de lex originis.[489] Dit is onjuist. De materiële-reciprociteitstoetsen regarderen het non-discriminatiebeginsel in het beginsel van nationale behandeling, niet diens conflictregel. Zij maken het mogelijk dat onder bepaalde voorwaarden het materiële resultaat van de (door de conflictregel) toepasselijk verklaarde wet naar beneden toe wordt bijgesteld ten aanzien van vreemde werken, auteurs, enz. Het gaat hier om vreemdelingenrecht[490], niet om conflictenrecht. Dit komt verder nog ter sprake in hoofdstuk 6.

706. ***Aanvullende conflictregels*.** In de tweede plaats kan worden opgemerkt dat de Berner Conventie, naast de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling, drie andere conflictregels kent. Deze andere conflictregels zijn neergelegd in artikel 14bis lid 2 onder c, artikel 6bis lid 2, en artikel 14ter lid 1. De conflictregel in artikel 14bis lid 2 onder c betreft een specifiek punt in het kader van het auteursrecht op cinematografische werken; zij wordt behandeld in par. 7.4.1. De twee andere conflictregels betreffen de vraag welke personen of instellingen bevoegd zijn om, na de dood van de auteur, de morele rechten respectievelijk het volgrecht uit te oefenen; zij worden behandeld in par. 7.4.2. Deze drie conflictregels hebben betrekking op vragen die liggen buiten de reikwijdte van het beginsel van nationale behandeling en dus ook buiten de reikwijdte van diens conflictregel. Zij zijn dus geen dépeçerende conflictregels (deelverwijzingen), maar *aanvullende* conflictregels.

(v) Geen uitzonderingen op de conflictregel

707. ***Geen uitzonderingen*.** De Berner Conventie en het Verdrag van Parijs maken zelf geen uitzonderingen op de conflictregel. Dat geldt voor uitzonderingen in de zin van beperkingen van haar reikwijdte, zoals wij zojuist hebben gezien (geen 'Zersplitterung' dus), en ook voor uitzonderingen zoals de rechtskeuze, de rechtsgevolgen-uitzondering, de accessoire aanknoping, proper law-excepties, algeme-

'deeltoepasselijkheid' heeft gekend: art. 2 van de conventie van 1886 verklaarde de lex originis toepasselijk op het aspect der formaliteiten (par. 2.2.3 onder (a)). Deze uitzondering is tijdens de Berlijnse herzieningsconferentie in 1908 geschrapt (par. 3.2.2). Daarnaast was er onder de vigeur van de conventie van 1886 ook nog de (ongeschreven) derde lex originis-uitzondering (par. 3.1.2), die ook als uitzondering op de conflictregel kon worden geconstrueerd. Ook deze uitzondering is in Berlijn afgeschaft (par. 3.2.2). Zie, in het kader van het Verdrag van Parijs, de verwikkelingen rond de telle quelle-regeling (par. 4.2.2 onder (b)).

489 Ulmer 1975, p. 12, p. 32, p. 39 (vgl. ook Ulmer 1977, p. 499, noot 26 *in fine)*; gevolgd door bijvoorbeeld Katzenberger 2006, p. 2121, nr. 125. Zie ook Lucas & Lucas 2006, p. 959-960.

490 Om precies te zijn: vreemdelingenrecht in de materieelrechtelijke fase, zie par. 5.2.2.

ne-exceptieclausules, enz. (ook geen 'Auflockerung' dus).[491] De verdragen staan ook niet toe dat uitzonderingen worden gemaakt. Reeds de origine van deze conflictregel, zo moge ondertussen duidelijk zijn, verzet zich daartegen. En daarnaast verbiedt ook het in de verdragen vastgelegde onafhankelijkheidsbeginsel uitdrukkelijk elke denkbare uitzondering.[492]

708. ***Geen begunstigingsbeginsel.*** In dit verband kan worden opgemerkt dat de Berner Conventie óók geen uitzondering in de vorm van een begunstigingsbeginsel bevat. Dit wordt door een enkele auteur gemeend. Zo meent Schneider-Brodtmann dat artikel 19 kan meebrengen dat indien een nationale conflictregel een voor de auteur gunstiger rechtsstelsel aanwijst, dit rechtsstelsel toepassing moet vinden.[493]

709. Artikel 19 bepaalt dat de bepalingen van de conventie niet beletten dat een beroep wordt gedaan op een grotere mate van bescherming, die door de wetgeving van een der landen van de Unie mocht zijn voorgeschreven. Onder die wetgeving moet, zo luidt de redenering dan, 'onder omstandigheden' ook conflictenrecht worden begrepen, zodat in feite sprake is van een begunstigingsbeginsel.

710. Deze redenering is onjuist. Aldus wordt immers – zo moet Schneider-Brodtmann zelf overigens ook erkennen – een Gesamtverweisung in de conventie gesmokkeld, terwijl de conventie nu juist geen Gesamtverweisung kent. Zoals we zojuist hebben gezien, verklaart zij immers het *interne* auteursrecht toepasselijk (en daarop bouwt de regeling van artikel 19 voort).[494]

711. Dit alles klemt te meer wanneer men zich realiseert dat de Berlijnse verdragsopstellers, die artikel 19 hebben ontworpen, anno 1908 nog dachten in termen van het formele-territorialiteitsbeginsel. Een begunstigingsbeginsel past daar op geen enkele manier in – sterker nog, het was toen nog niet eens uitgevonden, en het is tot op de dag van vandaag in hoge mate omstreden.[495]

712. De voormelde redenering getuigt (bovendien) van een onjuist begrip van de onderhavige bepaling. Immers, zij is ontworpen voor de situatie dat het toepasselijk verklaarde nationale (interne) auteursrecht op een bepaald punt een betere bescherming verleent dan het ius conventionis, en zij regelt welk van de beide beschermingsregimes in zo'n geval prevaleert. Zij laat in dat geval het toepasse-

---

491 Kreuzer 1998, p. 2253-2254; Katzenberger 2006, p. 2126-2127.

492 Art. 5 lid 2 Berner Conventie (zie par. 3.2.2), art. 4bis en art. 6 Verdrag van Parijs (zie par. 4.2.2).

493 Schneider-Brodtmann 1996, p. 111 en p. 124. Zie ook Bergé 1996, p. 326 e.v., die in art. 19 een beperkt begunstigingsbeginsel ziet, dat alleen toepassing van een gunstigere *conventionele* conflictregel toelaat, waarbij hij komt tot een keuze tussen lex loci protectionis en lex fori.

494 Ook de tekst van art. 19 bevestigt dit waar gesproken wordt over de door de nationale wetgeving voorgeschreven *bescherming*. Zie ook de travaux préparatoires rond art. 19, waarin steeds over de "législation interne" wordt gesproken, zie Actes BC 1908, p. 197-199 (voorstel België voor deze bepaling) en Actes BC 1908, p. 269 (Rapport de la Commission). Zie ook Wauwermans 1910, p. 156-159.

495 Zie in dit verband Strikwerda 1986; Schaafsma 1994, p. 73 e.v. Specifiek met betrekking tot het auteursrecht: De Boer 1993, p. 5.

lijk verklaarde nationale auteursrecht prevaleren, en daarmee vormt zij een uitzondering op de hoofdregel dat het ius conventionis prevaleert boven dat nationale recht. Aldus geeft zij het minimum-karakter van het ius conventionis aan.[496] Artikel 19 regelt dus een geval van samenloop van het toepasselijk verklaarde nationale (interne) auteursrecht en het ius conventionis. Conflictenrechtelijke betekenis heeft deze bepaling niet.

5.3.3. Naar de lex loci protectionis-verwijzing

a. Conversie naar de lex loci protectionis-verwijzing

713. Vatten wij de tot nu toe afgelegde weg kort samen.

714. ***Stap 1: conflictregel in beginsel van nationale behandeling.*** Eerst hebben wij vastgesteld dat het beginsel van nationale behandeling in de Berner Conventie en het Verdrag van Parijs behalve het non-discriminatiebeginsel, ook een statutistische conflictregel bevat, te weten (de vervollediging van) het formele-territorialiteitsbeginsel (hoofdstukken 1 tot en met 4).

715. ***Stap 2: naar materiële-territorialiteitsbeginsel.*** Vervolgens hebben wij in dit hoofdstuk 5 vastgesteld dat de formele-territorialiteitscomponent van deze conflictregel, die niet meer strookt met onze hedendaagse rechtsopvattingen en rechtspraktijk, onder bepaalde voorwaarden buiten toepassing kan worden gelaten. Zo zijn wij gekomen tot de (te generaliseren) materieel-territoriale conflictregel. Deze conflictregel luidt, toegesneden voor de Berner Conventie:

> "Het recht van het Unieland voor welks grondgebied de bescherming wordt ingeroepen, is niet alleen van toepassing op de bescherming, op dit grondgebied, van de rechten van nationale auteurs en/of nationale werken; het is, binnen het toepassingsgebied van de Conventie, óók van toepassing op de bescherming aldaar van werken van vreemde auteurs en/of vreemde werken." [497]

---

496 In deze zin is de conventie c.q. het ius conventionis altijd door de Berner verdragsopstellers bedoeld, ook al ontbrak een dergelijke bepaling in de Berner Conventie van 1886. Zie Procès-verbal final, Actes BC 1884, p. 75 (Textes adoptés); zie ook p. 66 (Rapport de la Commission); Actes BC 1885, p. 45 (Rapport de la Commission); Actes BC 1885, p. 65 (Procès-verbaux, toespraak voorzitter Droz). Vgl. ook Bureau de l'Union, *DdA* 1895, p. 163 m.k. De bepaling werd tijdens de Berlijnse herzieningsconferentie in 1908 opgenomen, voor alle zekerheid, om mogelijke achterstelling van Unie-auteurs of Uniewerken ten opzichte van nationale auteurs of werken te voorkomen. Daarbij had men ook oog voor de volgende situatie: stel dat een genereuze nationale wet op een bepaald punt betere bescherming kent dan het ius conventionis, en dat zij voorts nationale behandeling van *alle* vreemde auteurs voorschrijft, ongeacht of zij tot een Unieland behoren. Die situatie deed zich bijvoorbeeld in België voor; zie Actes BC 1908, p. 197-199 (voorstel België); art. 38 van de Belgische Auteurswet 1886 (tekst in Lyon-Caen & Delalain 1889, Tome I, p. 181-182); Wauwermans 1910, p. 156 e.v. Zouden vreemde auteurs van Unielanden zich in België dan tevreden moeten stellen met het mindere ius conventionis, terwijl vreemde auteurs van *niet*-Unielanden de betere bescherming van Belgische wet ten deel valt? Voor de Belgische delegatie was dit alles in 1908 aanleiding een bepaling inzake minimum-bescherming voor te stellen. Zie Actes BC 1908, p. 269-270 (Rapport de la Commission) en p. 197-199 (voorstel België); zie voorts Actes BC 1948, p. 378-380 (voorstel België en Bureau); Ricketson & Ginsburg 2006, p. 301 e.v.

497 Zie alinea 695 hiervoor. Voor het Verdrag van Parijs: "Het recht van het Unieland voor welks grondgebied de bescherming wordt ingeroepen, is niet alleen van toepassing op de bescherming, op dit grondgebied, van industriële eigendom van nationale origine; het is, binnen het toepassingsgebied van het Verdrag van Parijs, óók van toepassing op de bescherming aldaar van industriële eigendom van vreemde origine."

716. ***Stap 3: naar lex loci protectionis-verwijzing*.** Nu maken wij ons op voor de derde stap: de transformatie van deze materieel-territoriale conflictregel in een Savigniaanse verwijzingsregel. Aldus wordt de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling aangepast aan het hedendaagse conflictenrecht.

717. De gegeneraliseerde materieel-territoriale conflictregel in het beginsel van nationale behandeling is immers, zoals al eerder werd opgemerkt, het statutistische equivalent van wat in het Savigniaanse conflictenrechtelijke model de lex loci protectionis-verwijzing is. Grondslag en methode van deze beide conflictregels zijn wel totaal verschillend – dat dienen wij ons te realiseren. Door de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling te converteren in een Savigniaanse verwijzingsregel verlaten wij het – toch al achterhaalde – concept van volledige rechteloosheid dat ooit de aanleiding is geweest voor de statutistische conflictregel. Met deze conversie is (het concept van) het rechtsvacuüm uitgebannen, is algemene rechtsbevoegdheid gepostuleerd, en is de Savigniaanse scheiding van conflictenrecht en vreemdelingenrecht voltrokken.[498]

718. Grondslag en methode van deze beide conflictregels zijn dus totaal verschillend. Maar het *gevolg* van hun toepassing (dus: het toepasselijk verklaarde recht) is identiek. Wij kunnen de statutistische materieel-territoriale conflictregel dus omzetten in een Savigniaanse lex loci protectionis-verwijzingsregel zonder dat dit tot een ander resultaat leidt. Zo krijgt het intellectuele-eigendomsrecht zijn Savigniaanse conflictregel – losgekoppeld van vreemdelingenrecht, neutraal, indirect en abstract[499] – en zijn bijbehorende 'Sitz': de bescherming van intellectuele-eigendomsrechten behoort "seiner eigenthümlichen Natur nach" toe aan het rechtsgebied waarvoor zij wordt ingeroepen (daarin heeft zij haar 'Sitz').[500] Daarmee is de aanknopingsfactor van de verwijzingsregel dus de locus protectionis, het land voor welks grondgebied de bescherming wordt ingeroepen.[501]

719. Deze verwijzingsregel kan als volgt worden geformuleerd:

> "De bescherming van de rechten der auteurs op hun werken van letterkunde en kunst wordt beheerst door het recht van het Unieland voor welks grondgebied deze bescherming wordt ingeroepen." [502]

720. Ziedaar de geboorte van de lex loci protectionis-verwijzing.

---

498 Zie par. 5.1.2.

499 Strikwerda 2008 (*Inleiding*), p. 29-30.

500 Vgl. Von Savigny 1849, p. 108: "(…) dass bei jedem Rechtsverhältniss dasjenige Rechtsgebiet aufgesucht werde, welchem dieses Rechtsverhältniss seiner eigenthümlichen Natur nach angehört oder unterworfen ist (worin dasselbe seinen Sitz hat)." Zie par. 5.1.2.

501 Het gaat om een bepaald territoir, niet om een bepaalde plaats. Het is daarom beter om niet over de 'locus protectionis' te spreken, maar over het 'territorium protectionis' (zo bijvoorbeeld Kreuzer 1998, p. 2257), en over de 'lex territorii protectionis'. Wij voegen ons in deze studie evenwel naar het gebruikelijke spraakgebruik dat over 'locus' spreekt. Een aantal bijzondere aspecten die verband houden met de 'locus' (zoals de locus sine lege, enz.) komt nog aan bod in par. 5.3.3 onder (b).

502 Voor het Verdrag van Parijs: "De bescherming van industriële eigendom wordt beheerst door het recht van het Unieland voor welks grondgebied deze bescherming wordt ingeroepen."

b. Resterende aspecten van deze lex loci protectionis-verwijzing

721. ***Nadere beschouwing.*** Beschouwen wij deze lex loci protectionis-verwijzing nader. Een aantal aspecten is al aan de orde gekomen: zij volgen uit hetgeen in par. 5.3.2 is besproken. Dus, kort gezegd:
– zij is een Sachnormverweisung;[503]
– haar verwijzingscategorie is de gehele privaatrechtelijke bescherming van de desbetreffende intellectuele-eigendomsrechten: dépeçage is dus niet toegestaan (geen 'Zersplitterung' dus);[504]
– zij is dwingend en exclusief: uitzonderingen, zoals rechtskeuze enz., zijn dus niet toegelaten (geen 'Auflockerung' dus).[505]

722. Bezien wij ten slotte een aantal aspecten die om redenen van overzichtelijkheid tot nu toe nog niet aan bod zijn gekomen. Het gaat om:
– het onderscheid ten opzichte van de lex loci delicti-verwijzing (par. (i));
– de vraag wat de 'locus protectionis' precies is (par. (ii));
– de problematiek van de extra-territoriale werking (par. (iii));
– de problematiek van de grensoverschrijdende handelingen (par. (iv)); en
– de problematiek van in-, uit- en doorvoer (par. (v));

(i) Onderscheid ten opzichte van de lex loci delicti-verwijzing

723. ***Verwarring met lex loci delicti.*** De zojuist uitgekristalliseerde lex loci protectionis-verwijzing mag niet, zoals regelmatig gebeurt, worden verward of vereenzelvigd met de lex loci delicti-verwijzing.[506] De verwarring van die twee laat zich verklaren uit de omstandigheid dat het voor de hand ligt om, voor conflictenrechtelijke doeleinden, schending van een intellectuele-eigendomsrecht te kwalificeren als een onrechtmatige daad.[507] Toch is die kwalificatie onjuist. De Berner Conventie en Verdrag van Parijs dwingen er immers toe om, voor zover zij van toepassing zijn, zo'n schending te kwalificeren als een aangelegenheid betreffende de bescherming van het desbetreffende intellectuele-eigendomsrecht, waarop de in deze verdragen besloten liggende conflictregel van toepassing is. Anders gezegd: schending van zo'n intellectuele-eigendomsrecht valt in de verwijzingscategorie van de verdragsrechtelijke lex loci protectionis-verwijzingsregel, en

503 Zie par. 5.3.2 onder (b)(iii).
504 Zie par. 5.3.2 onder (b)(iv) en hoofdstuk 7.
505 Zie par. 5.3.2 onder (b)(v).
506 Die verwarring treft men regelmatig aan; zie bijvoorbeeld bij Walter 1976, p. 53-55; Sandrock 1983, p. 390-391; Spoendlin 1988, p. 18-20; Wadlow 1998, p. 333 e.v. (over de Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act 1995). Ulmer 1975, p. 9 kan men m.i. geen lex loci delicti-stellingname in de mond leggen (vgl. Raynard 1990, p. 381); hij constateert slechts dat men ter onderbouwing van het 'Schutzland' principe ook wel aanvullend verwijst naar het delictsrecht.
507 Over het leerstuk van de kwalificatie in het conflictenrecht, zie onder meer Strikwerda 2008 (*Inleiding*), p. 40 e.v.

(dus) niet in de verwijzingscategorie van enige andere verwijzingsregel, zoals de lex loci delicti-verwijzingsregel. De lex loci delicti is dus niet aan de orde.[508]

724. ***Overeenkomsten en verschillen.*** Dat gezegd hebbende kunnen wij constateren dat, als schending van een intellectuele-eigendomsrecht op conflictenrechtelijke niveau wél (ook) als een onrechtmatige daad zou mogen worden gekwalificeerd – wat dus niet het geval is –, deze verwijzingsregels in de praktijk tot hetzelfde resultaat zouden leiden: de locus delicti valt immers altijd samen met locus protectionis. Maar dat neemt niet weg dat er dan ook belangrijke verschillen zouden zijn. In de eerste plaats heeft de lex loci delicti-verwijzingsregel dan alleen betrekking op de schending van het recht, terwijl de lex loci protectionis-verwijzingsregel de gehele bescherming van het recht omvat: zij heeft een ruimere verwijzingscategorie.[509] In de tweede plaats worden op de lex loci delicti-verwijzingsregel vaak uitzonderingen gemaakt (zoals de rechtsgevolgen-uitzondering, de accessoire aanknoping en de rechtskeuze), terwijl de lex loci protectionis-verwijzingsregel van de Berner Conventie en het Verdrag van Parijs geen uitzonderingen toestaat.[510]

725. ***Rome II-Verordening.*** De verwarring tussen lex loci delicti en lex loci protectionis lijkt ook in de Rome II-Verordening te zijn geslopen.[511] Enerzijds kwalificeert de Europese wetgever de inbreuk op een intellectuele-eigendomsrecht immers als een onrechtmatige daad: het desbetreffende artikel 8 is opgenomen in hoofdstuk II, getiteld 'Onrechtmatige daad'. Dat is conflictenrechtelijk gezien dus een fundamenteel onjuiste kwalificatie. Bovendien treft hij slechts een regeling voor de inbreuk, "de niet-contractuele verbintenis die voortvloeit uit een inbreuk op een intellectuele-eigendomsrecht." Deze sporen wijzen in de richting van de lex loci delicti-gedachtegang. Anderzijds verklaart hij op deze verbintenis "het recht van het land waarvoor de bescherming wordt gevorderd" van toepassing[512], en spreekt hij in de considerans uitdrukkelijk uit "het algemeen erkende beginsel

508 Zie ook BGH 2 oktober 1997, *GRUR Int.* 1998, p. 429 (Spielbankaffaire): "Die für das allgemeine Deliktsrecht geltende Rechtsanknüpfung an das Recht des Tatorts, d.h. des Handlungs- oder des Erfolgsort, ist bei Verletzungen von urheberrechtlichen Befugnissen nicht anwendbar." Zie in dit verband ook, over de Wet conflictenrecht onrechtmatige daad, alinea 452 hiervoor.

509 Haar verwijzingscategorie omvat in het bijzonder de bepaling van het object, het subject, de inhoud (waaronder de schending van het recht valt) en de handhaving van de bescherming, zie alinea 701 hiervoor. Zie ook Boytha 1988, p. 410; Fawcett & Torremans 1998, p. 467-468.

510 Zo ziet bijvoorbeeld Wadlow 1998, p. 341 in dit verband in de Engelse Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act 1995 een mogelijkheid tot toepassing van de proper law-exceptie op de (ook op schending van intellectuele-eigendomsrechten toepasselijk geachte) lex loci delicti-verwijzing, vgl. sections 11 en 12 Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act 1995.

511 Over de Rome II-Verordening, zie ook par. 5.1.1 onder (c)(ii).

512 In art. 8 lid 2, dat op unitaire communautaire intellectuele-eigendomsrechten betrekking heeft, wordt "het recht van het land waar de inbreuk is gepleegd" van toepassing verklaard – dat lijkt op een lex loci delicti-verwijzing. Die formulering laat zich evenwel verklaren vanuit een bepaalde vooronderstelling ten aanzien van unitaire intellectuele-eigendomsrechten (zie daarover nader alinea's 733 e.v. hierna); aangenomen mag daarom worden dat de Europese wetgever hier niet een aparte lex loci delicti-verwijzing heeft willen introduceren. Dat neemt niet weg dat de formulering wel verwarring kan wekken. Zie ook noot 531 van dit hoofdstuk 5.

lex loci protectionis" te willen handhaven.[513] Dat wijst in de richting van een lex loci protectionis-gedachtegang.[514]

(ii) De 'locus protectionis'

726. ***Locus.*** Bezien wij in de tweede plaats het begrip 'land' in de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling in de Berner Conventie en het Verdrag van Parijs, dus: de 'locus protectionis'. Daarbij zij – nogmaals – aangetekend dat beter zou zijn om te spreken over het 'territorium protectionis' en de 'lex territorii protectionis'.[515]

727. ***Territoir en continentaal plat.*** Het begrip 'land' of 'grondgebied' is in beide verdragen niet gedefinieerd. Aangenomen mag worden dat dit een open begrip is ("generic term") waarvan de "meaning was intended to follow the evolution of the law and to correspond with the meaning attached to the expression by the law in force at any given time"[516], zodat hieronder niet alleen het territoir van een staat moet worden begrepen[517], maar in beginsel ook de gebieden waar deze staat volgens het internationale recht bepaalde soevereine rechten mag uitoefenen (functionele jurisdictie) – men denke aan het continentaal plat.[518]

728. ***(Lucht)vaartuigen.*** Voorts kunnen schepen en luchtvaartuigen specifieke problemen oproepen.[519] Is het Luxemburgse auteursrecht bijvoorbeeld van toepassing ten aanzien van de vertoning van een film in een Australisch vliegtuig (zolang als) dat boven Luxemburg vliegt?

---

513 Zie overweging 26 van de considerans. Ook in de toelichting op het voorstel van de Europese Commissie wordt steeds over de lex loci protectionis-verwijzing gesproken, zie COM/2003/0427 def.

514 Eenzelfde verwarring treft men aan in het voorstel van de Hamburg Group, waardoor de Europese Commissie zich naar verluidt heeft laten inspireren (zie Drexl 2005, p. 157). In dat voorstel, in de toelichting op art. 6a, wordt nog uitdrukkelijk opgemerkt dat "(…) infringements (…) are governed by the lex loci protectionis, and not by the lex loci delicti. The lex loci protectionis is considered as a special rule (…) which supersedes the more general rules of private international law.", zie Hamburg Group 2003, p. 21-24.

515 Zie noot 501 van dit hoofdstuk 5.

516 Internationaal Gerechtshof 19 december 1978, *ICJ Reports* 1978, p. 32, r.o. 77 ('Aegean Sea Continental Shelf'). Zie Sinclair 1984, p. 125, alsook noot 407 van dit hoofdstuk 5.

517 Zie Kooijmans/Brus, Blokker & Senden 2008, p. 43 e.v.; Ulmer 1975, p. 13.

518 Zie Kooijmans/Brus, Blokker & Senden 2008, p. 48 e.v. Zie bijvoorbeeld art. 74 Rijksoctrooiwet 1995, dat een aantal bepalingen van de Nederlandse octrooiwet van toepassing verklaart ten aanzien van het Nederlandse deel van het continentaal plat, "doch uitsluitend voor zover het betreft handelingen gericht op en verricht tijdens het onderzoek naar de aanwezigheid van natuurlijke rijkdommen of het winnen daarvan." Daarmee is een (beperkend) verband gelegd met de soevereine rechten die Nederland ten aanzien van zijn continentaal plateau mag uitoefenen. Zie Huydecoper & Van Nispen 2002, p. 228-229. Vgl. ook art. 1 onder a Wet conflictenrecht onrechtmatige daad. De volkenrechtelijke vraag of een dergelijke uitbreiding ook is toegelaten ten aanzien van andere gebieden waarop volgens het internationale recht soevereine rechten (kunnen) worden uitgeoefend, namelijk de contigue zone en de exclusieve economische zone, valt buiten het bestek van deze studie. Zie ook Van Nispen 2008.

519 Vgl. in dit verband art. 5ter van het Verdrag van Parijs over bepaalde octrooirechtelijke toepassingen in vaar-, voer-, en luchtvaartuigen (zie ook art. 54 Rijksoctrooiwet 1995, en het daarin vermelde art. 27 Verdrag van Chicago van 7 december 1944 inzake de internationale burgerlijke luchtvaart, *Stb.* 1947, H 165; zie Huydecoper & Van Nispen 2002, p. 231). Art. 5ter van het Verdrag van Parijs is geen beperking van het begrip 'grondgebied', zoals Ulmer 1975, p. 13 lijkt te suggereren, maar een beperking van de beschermingsomvang ("niet als inbreuk zal worden aangemerkt").

729. ***Locus sine lege.*** In dit verband komt ook de locus sine lege-problematiek in beeld: welk auteursrecht is bijvoorbeeld van toepassing ten aanzien van de vertoning van een film op een cruiseschip op volle zee, of in een vliegtuig dat boven volle zee vliegt? Of is op deze locus sine lege geen auteursrecht van toepassing? Die problematiek doet zich ook voor buiten de context van schepen en luchtvaartuigen: geldt er bijvoorbeeld octrooirecht, en zo ja welk octrooirecht, in Antarctica, op een booreiland op volle zee, en in het International Space Station?[520]

730. ***Oplossing Wet conflictenrecht onrechtmatige daad.*** Voor een aantal van de bovengenoemde problemen zou men aansluiting kunnen zoeken bij de oplossing in artikel 1 van de Wet conflictenrecht onrechtmatige daad, waarin met het grondgebied van een staat gelijk wordt gesteld (i) het in die staat teboekgestelde schip voor zover het zich op volle zee bevindt, en (ii) het in die staat teboekgestelde luchtvaartuig voor zover het zich in het luchtruim bevindt.[521]

731. Daarmee is nog niet alles gezegd over het 'territoir' van het land waarvoor de bescherming wordt ingeroepen.

732. ***Meervoudige rechtsstelsels.*** Het is mogelijk dat dat territoir bestaat uit meer dan één territoriale eenheid, en dat verschillende van die eenheden eigen rechtsregels inzake intellectuele eigendom kennen. Dit is bijvoorbeeld het geval voor het Koninkrijk der Nederlanden: zo hebben de Nederlandse Antillen en Aruba eigen regelingen inzake auteurs- en merkenrecht. De lex loci protectionis-verwijzing verwijst in zo'n geval naar een meervoudig c.q. territoriaal-versplinterd rechtsstelsel. Welk recht wordt er dan aangewezen? De meest voor de hand liggende oplossing is dat onder 'het land waarvoor de bescherming wordt ingeroepen' ook een dergelijke territoriale eenheid wordt verstaan. Zo is het ook in artikel 25 van de Rome II-Verordening opgelost.[522]

733. ***Unitaire rechten.*** Bezien wij in dit kader ten slotte een fenomeen dat naar gangbare vooronderstelling ook in verband wordt gebracht met het 'territoir',

---

520 Over intellectuele-eigendomsrecht in de ruimte, zie onder meer Saragovitz 1976 en Beier & Stauder 1985. Zie ook art. 21 van het Verdrag betreffende samenwerking inzake het civiele internationale ruimtestation, Washington 29 januari 1998, *Trb.* 1999, 184.

521 Zie art. 1 onder b en c van de Wet conflictenrecht onrechtmatige daad (*Stb.* 2001, 190). Merk op dat deze bepaling voor luchtvaartuigen niet is beperkt tot het locus sine lege-geval, zie daarover het advies van de Staatscommissie IPR van 23 december 1996, in: De Boer 1998, p. 73. Deze bepaling figureerde, nadrukkelijk ontleend aan art. 1 Wet conflictenrecht onrechtmatige daad, in het voorstel van de Europese Commissie voor de Rome II-Verordening (COM/2003/0427 def., art. 18), maar is uiteindelijk niet overgenomen. In de praktijk bedient men zich ook van andere oplossingen. Zo is voor DVD-video's bijvoorbeeld binnen de regioverdeling van de wereld ('Regional Playback Control') een aparte regiocode in het leven geroepen voor vliegtuigen, schepen, enz. (regiocode 8).

522 Vgl. ook Keller & Siehr 1986, p. 169. Daarbij geldt overigens als voorwaarde dat het betrokken verdrag (de Berner Conventie en/of het Verdrag van Parijs) wel geldt voor deze territoriale eenheid. De conflictregel in het beginsel van nationale behandeling heeft immers geen universeel toepassingsgebied (zie noot 479 van dit hoofdstuk 5). Terzijde: tamelijk onwaarschijnlijk, maar theoretisch denkbaar is nog de situatie dat een land meerdere intellectuele-eigendomsrechtssystemen kent voor verschillende (nationale) bevolkingsgroepen. Dan wordt naar een meervoudig c.q. personeel-versplinterd rechtsstelsel verwezen. Zie daarover noot 9 van hoofdstuk 6.

namelijk het fenomeen van de unitaire intellectuele-eigendomsrechten. Dit zijn intellectuele-eigendomsrechten die, op grond van eengemaakt recht, in verschillende landen uniform worden beschermd. Het gaat dus om eenvormig intellectuele-eigendomsrecht. Voorbeelden zijn de Benelux-regelingen krachtens welke in Nederland, België en Luxemburg hetzelfde merk- en modellenrecht geldt[523], en de communautaire regelingen inzake het Gemeenschapsmerk[524], het Gemeenschapskwekersrecht[525] en het Gemeenschapsmodel.[526] De gangbare gedachte is dat in zo'n geval sprake is van één groot territoir: de territoria van de verschillende landen zijn samengevoegd tot één groot territoir, dat de locus protectionis vormt.[527]

734. Die gedachte is echter niet juist. De deelnemende landen hebben immers niet hun *territoria* samengevoegd – zij hebben alleen het in hun territoir geldende *recht* eengemaakt.[528] Hun territoir (grondgebied) blijft hetzelfde – en dat nationale territoir blijft dus ook de locus protectionis. Er is dus geen sprake van een vergrote locus protectionis. Voor de lex loci protectionis-verwijzing doet zich hier dan ook geen probleem voor. Als bijvoorbeeld een Gemeenschapsmerk in Nederland wordt geschonden, is op grond van de lex loci protectionis-verwijzing het in Nederland terzake geldende recht van toepassing: en dat is in dit geval de communautaire Verordening inzake het Gemeenschapsmerk.

735. ***Art. 8 lid 2 Rome II-Verordening.*** De gangbare misvatting dat er sprake is van één groot territoir, is evenwel hardnekkig; zij heeft zich ook genesteld in de Rome II-Verordening. De Europese wetgever ging uit van de gedachte dat de locus protectionis van communautaire intellectuele-eigendomsrechten de Gemeenschap als geheel is. Hij merkte de Gemeenschap dus – ten onrechte – aan als het land waarvoor de bescherming wordt ingeroepen.[529] Vanuit die gedachte meende hij dat de lex loci protectionis-verwijzing (artikel 8 lid 1 van de Rome II-Verordening) tekortschiet wanneer het gaat om de vraag welk recht van toepassing is ten aanzien van kwesties die door de communautaire intellectuele-eigendomsrechtelijke rege-

523 Benelux-Verdrag inzake de warenmerken van 19 maart 1962, *Trb.* 1962, 58 en de bijbehorende Eenvormige Beneluxwet op de merken; Benelux-Verdrag inzake tekeningen of modellen van 25 oktober 1966, *Trb.* 1966, 292, en de bijbehorende Eenvormige Beneluxwet inzake tekeningen of modellen. Al deze regelingen zijn per 1 september 2006 vervangen door het Benelux-Verdrag inzake de intellectuele eigendom ('BVIE') van 25 februari 2005, *Trb.* 2005, 96.

524 Verordening (EG) nr. 40/94 van de Raad van 20 december 1993 inzake het Gemeenschapsmerk (*PbEG* 1994, L 11/1; nadien gewijzigd).

525 Verordening (EG) nr. 2100/94 van de Raad van 27 juli 1994 inzake het communautaire kwekersrecht (*PbEG* 1994, L 227/1; nadien gewijzigd). Het kwekersrecht valt buiten het bestek van deze studie, zie alinea 10 hiervoor).

526 Verordening (EG) nr. 6/2002 van de Raad van 12 december 2001 betreffende Gemeenschapsmodellen (*PbEG* 2002, L 3/1; nadien gewijzigd).

527 Die gedachte lijkt voor het eerst te zijn geuit door Ulmer 1975, p. 73.

528 Samenvoeging van territoria is aan de orde in het geval van verovering van een land, of van een samengaan van twee landen (zoals de Bondsrepubliek Duitsland en de Duitse Democratische Republiek in 1990).

529 Ten onrechte, want de lidstaten zijn zelfstandige staten met een zelfstandig grondgebied. De Europese Gemeenschap zelf is geen land of staat, zij is een volkenrechtelijke rechtspersoon zonder eigen grondgebied – en in die hoedanigheid is zij niet eens aangesloten bij het Verdrag van Parijs of de Berner Conventie. Voor (de lex loci protectionis-conflictregel in) deze verdragen zijn alleen de territoria van de lidstaten van de Europese Gemeenschap relevant.

lingen ongeregeld worden gelaten. De lex loci protectionis is aldus bezien immers de desbetreffende communautaire regeling, en die regeling laat de desbetreffende kwesties nu juist ongeregeld. Dus achtte hij een aparte bepaling nodig:

> "Lid 2 heeft betrekking op inbreuken op eengemaakte communautaire rechten, zoals het gemeenschapsmerk, de gemeenschapsmodellen of andere eventuele toekomstige rechten (…). Aangezien de locus protectionis in dit geval de Gemeenschap in haar geheel is, worden de in deze ontwerp-verordening bedoelde niet-contractuele verbintenissen rechtstreeks beheerst door het gemeenschapsrecht, dat eenvormig is. Voor het geval dat bij een inbreuk uit de toepasselijke communautaire voorschriften met betrekking tot een specifieke kwestie noch de materiële regel, noch de bijzondere collisieregel kan worden afgeleid, bevat artikel 8, lid 2, van de ontwerp-verordening een subsidiaire regel volgens welke de wet van toepassing is van de lidstaat waar inbreuk is gemaakt op het intellectuele-eigendomsrecht van communautaire oorsprong." [530]

736. Zo is artikel 8 lid 2 geboren, luidende:

> "De niet-contractuele verbintenis die voortvloeit uit een inbreuk op een unitair communautair intellectuele-eigendomsrecht, wordt, voor alle aangelegenheden die niet door het desbetreffende communautaire instrument zijn geregeld, beheerst door het recht van het land waar de inbreuk is gepleegd." [531]

737. Die bepaling is echter, zo moge ondertussen duidelijk zijn, vanuit conflictenrechtelijk oogpunt overbodig. De lex loci protectionis-verwijzing werkt immers probleemloos: de locus protectionis is nog steeds het land (de lidstaat) waarvoor de bescherming wordt ingeroepen – diens recht is de lex loci protectionis. Wanneer dus, als gezegd, een Gemeenschapsmerk in Nederland wordt geschonden, dan is op grond van de lex loci protectionis-verwijzing het in Nederland geldende recht van toepassing: dat is in de eerste plaats de communautaire Verordening inzake het Gemeenschapsmerk, en voor zover die Verordening bepaalde kwesties ongeregeld laat, is dat het overige in Nederland geldende recht. Een ander rechtsstelsel komt in het geheel niet in beeld. En, zo moge daaraan worden toegevoegd,

---

530 COM/2003/0427 def., p. 23 (onderstreping toegevoegd). Zie ook het voorstel van de Hamburg Group (Hamburg Group 2003, p. 21-24), waardoor de Europese Commissie zich naar verluidt heeft laten inspireren (zie Drexl 2005, p. 157).

531 Uit de gangbare misvatting dat er sprake is van één groot territoir, is ook voortgekomen de verwijzing in art. 8 lid 2 naar "het recht van het land waar de inbreuk is gepleegd." Men meende immers dat een verwijzing naar het recht van het land waarvoor de bescherming wordt ingeroepen (de lex loci protectionis) hier tekort schiet, en is daarom uitgeweken naar verwijzing naar het recht van het land waar de inbreuk is gepleegd. Aangenomen mag worden dat men hier niet van het lex loci protectionis-stramien heeft willen afwijken door een aparte lex loci delicti-verwijzing te introduceren. Maar het gevaar bestaat natuurlijk dat lid 2 toch als een lex loci delicti-verwijzing wordt opgevat. Vgl. bijvoorbeeld Schaper 2005, p. 204 e.v.; vgl. ook Van Engelen 2008, p. 442-443. Een betere formulering zou zijn: "het recht van de lidstaat waarvoor de bescherming wordt ingeroepen." Zie ook noot 512 van dit hoofdstuk 5.
Terzijde: in de redenering van de Europese wetgever, zo mag worden aangenomen, vormt art. 8 lid 2 van de Rome II-Verordening thans het internationaal privaatrecht waarnaar wordt verwezen in art. 97 lid 2 en art. 98 lid 2 van de Verordening inzake het Gemeenschapsmerk, art. 88 lid 2 van de Verordening betreffende Gemeenschapsmodellen en art. 53 nonies lid 2 van de ontwerp-Verordening betreffende het Gemeenschapsoctrooi (Raadsdocument 7119/04 PI 28 van 8 maart 2004).

op grond van de lex loci protectionis-verwijzing in het beginsel van nationale behandeling van het Verdrag van Parijs en de Berner Conventie zijn 'Auflockerung' en 'Zersplitterung' in dit verband ook uitgesloten. Hier mag dus bijvoorbeeld geen rechtskeuze of accessoire aanknoping worden geïntroduceerd.[532]

738. Al met al is de bepaling van artikel 8 lid 2 Rome II-Verordening op een onjuiste gedachte gebaseerd en is zij vanuit conflictenrechtelijk oogpunt overbodig. Zij is hooguit nuttig om aan te geven dat de communautaire intellectuele-eigendomsrechtelijke regelingen zich er niet tegen verzetten dat door hen ongeregelde kwesties worden geregeld door het overige, *nationale* recht van het land waarvoor de bescherming wordt ingeroepen.[533] Een bepaling met die strekking past evenwel beter in de desbetreffende Verordeningen dan in de conflictenrechtelijke Rome II-Verordening. Dit had men eenvoudig kunnen realiseren[534], en het was voor de rechtspraktijk bovendien overzichtelijker geweest dan de huidige constellatie.

(iii) Extra-territoriale bescherming

739. ***Geen bescherming buiten grondgebied.*** Bezien wij thans het derde, nog te behandelen aspect van de lex loci protectionis-verwijzing: het vraagstuk van de zogeheten extra-territoriale bescherming. Uitgangspunt is dat de bescherming van een intellectuele-eigendomsrecht is beperkt tot het grondgebied waarvoor het (is verleend en waarvoor het) wordt ingeroepen. Intellectuele-eigendomsrechten zijn rechten die "in ihrer Geltung räumlich auf das Territorium des Staates begrenzt sind, der sie individuell verleiht oder under bestimmten Voraussetzungen generell anerkannt."[535] Handelingen die in den vreemde worden verricht, kunnen dus geen inbreuk opleveren.[536] Denkbaar – maar ook uitzonderlijk – is dat een staat de bescherming van (een van) zijn intellectuele-eigendomswetten uitbreidt buiten zijn grondgebied: dan zouden handelingen in den vreemde, behalve een inbreuk op de eventuele lokale rechten, ook een inbreuk op de desbetreffende intellectuele-

532 'Auflockerung' wordt hier bijvoorbeeld door Metzger 2005, p. 218 e.v. voorgesteld.

533 Denkbaar was immers geweest dat het communautaire recht een andere oplossing zou voorstaan ter regeling van door hem ongeregelde kwesties (zoals bijvoorbeeld de 'algemene beginselen'-benadering van art. 7 lid 2 Weens Koopverdrag).

534 Dit kan worden gerealiseerd door, bijvoorbeeld voor het Gemeenschapsmerk, art. 97 lid 2 van de desbetreffende Verordening als volgt te herformuleren: "Op alle zaken die niet in deze verordening geregeld zijn, past de rechtbank voor het Gemeenschapsmerk het nationale recht van de lidstaat waarvoor de bescherming wordt ingeroepen, toe." Op dezelfde leest zou art. 98 lid 2 moeten worden geschoeid: "Overigens past de rechtbank voor het Gemeenschapsmerk het nationale recht van de lidstaat waarvoor de bescherming wordt ingeroepen, toe." (daargelaten de vraag of die bepaling niet overbodig is gelet op art. 97 lid 2). Vgl. in dit verband ook art. 88 lid 2 van de Verordening betreffende Gemeenschapsmodellen en art. 53 nonies lid 2 van de ontwerp-Verordening betreffende het Gemeenschapsoctrooi (Raadsdocument 7119/04 PI 28 van 8 maart 2004).

535 BGH 16 juni 1994, *GRUR Int.* 1994, p. 1044-1046 (Folgerecht bei Auslandsbezug). Vgl. ook in de context van de naburige rechten HvJ EG 14 juli 2005, nr. C-192/04, *Jur.* 2005, p. I-7199; *NJ* 2006, 467 (Lagardère), r.o. 46: "(…). Deze rechten hebben dus een territoriaal karakter en het nationale recht kan overigens alleen gevolgen verbinden aan handelingen die op het nationale grondgebied zijn verricht."

536 Vgl. HR 31 mei 1927, *NJ* 1927, 991 m.nt. EMM (handelsnaamrecht). Vgl. ook HR 1 maart 1974, *NJ* 1974, 329 m.nt. LWH (octrooirecht). Zie voorts Raape 1950, p. 414; Huydecoper & Van Nispen 2002, p. 227. Overigens kunnen dergelijke handelingen natuurlijk wel een inbreuk opleveren op een eventueel aldaar geldend, parallel intellectuele-eigendomsrecht. Maar dat is een inbreuk op een ander recht.

eigendomsrechten opleveren.[537] Een dergelijke uitbreiding – anders gezegd: extra-territoriale werking – is echter een schending van de soevereiniteit van het andere land. Een staat heeft immers niet de bevoegdheid om rechtsnormen te stellen voor het grondgebied van een andere staat. Dat is een volkenrechtelijk 'ultra vires'. Dit geldt des te sterker binnen het raamwerk van de Berner Conventie en het Verdrag van Parijs, die immers gebouwd zijn op een stelsel van soevereine staten – men herinnere zich dat de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling wortelt in het formele-territorialiteitsbeginsel, welk beginsel is doortrokken van strikte staatssoevereiniteit.

740. ***Voorbeeld: oude Duitse merkenrecht.*** Het gaat hier (dan ook) om een zeldzaam probleem, maar het is geen ondenkbeeldig probleem. Zo leerde het Duitse Reichsgericht in 1886 – ruim vóórdat Duitsland zich in 1903 aansloot bij het Verdrag van Parijs, en in 1922 bij de Schikking van Madrid – dat de bescherming krachtens de Duitse merkenwet niet alleen in Duitsland geldt, maar ook daarbuiten.[538] Het Reichsgericht heeft deze fout in 1927 weer rechtgezet, onder erkenning dat in zo'n geval sprake is van een "Übergriff in die Rechtsphäre anderer souveräner Vertragsstaaten." [539]

741. ***Voorbeeld: indirecte octrooi-inbreuk Verenigde Staten.*** Een hedendaags voorbeeld van extra-territoriale bescherming treft men in het Amerikaanse octrooirecht aan. Handelingen buiten de Verenigde Staten kunnen in bepaalde gevallen volgens Amerikaanse rechtspraak indirecte octrooi-inbreuk op een Amerikaans octrooi opleveren. De desbetreffende bepalingen wordt dus extraterritoriale werking toegedicht.[540]

(iv) Grensoverschrijdende handelingen

742. ***Grensoverschrijdende handelingen.*** Bezien wij vervolgens het vierde, nog te bespreken aspect van de lex loci protectionis-verwijzing: de problematiek van grensoverschrijdende handelingen.

743. ***Geen meervoudige locus.*** Daarbij moet eerst de volgende verduidelijking worden aangebracht. In het internationale onrechtmatige-daadsrecht, bijvoorbeeld bij grensoverschrijdende milieu-onrechtmatige daden[541], kan zich het verschijnsel voordoen dat de elementen van een onrechtmatige daad zijn verspreid over ver-

---

537 Zo verdedigde Zeijlemaker 1938, p. 17 e.v. in de context van invoer (import) dat een in het buitenland verrichte handeling een inbreuk op een Nederlands octrooi of merk kan opleveren. Zie over invoer, par. (v).

538 RG 2 oktober 1886, *RGZ* 18, p. 28. Zie voorts de daaropvolgende arresten genoemd in RG 20 september 1927, *RGZ* 118, p. 76 (p. 80-81) ('Springend paard'). Blijkens laatstgenoemd arrest (p. 81) is men destijds op het verkeerde been gezet door Kohlers theorie over het merk als persoonlijkheidsrecht (Kohler 1884, p. 412 en p. 446 e.v.), welke theorie Kohler later zelf heeft verlaten, aldus het Reichsgericht. Zie ook Raape 1950, p. 413.

539 RG 20 september 1927, *RGZ* 118, p. 76 (p. 82) ('Springend paard'). Zie ook Jsay 1932, p. 232; Ulmer 1975, p. 11.

540 35 U.S.C. § 271 onder b en c ('active inducement' resp. 'contributory infringement'); zie Petersen 2001, p. 84 met verdere verwijzingen. Over § 271 onder f, zie US Supreme Court 30 april 2007, 550 *U.S.* 437 (2007); *GRUR Int.* 2007, p. 768-771 (Microsoft/AT&T Corp.), in welke zaak het hof extra-territoriale werking afwees.

541 Zie Schaafsma 1994; zie ook art. 7 Rome II-Verordening.

schillende landen: het onrechtmatige handelen geschiedt in het ene land (de locus actus ofwel Handlungsort), terwijl de schade ontstaat in een ander land (de locus damni ofwel Erfolgsort). Men spreekt wel over een 'meervoudige locus'.[542] Dat verschijnsel kan zich in het intellectuele-eigendomsrecht niet voordoen. Het intellectuele-eigendomsrecht heeft immers alleen betrekking op *handelingen* – voorbehouden handelingen –, zoals in het verkeer brengen, openbaar maken, vervaardigen, enz.[543] Een grensoverschrijdende *inbreuk* op een intellectuele-eigendomsrecht kan zich dus niet voordoen.[544]

744. ***Grensoverschrijdende handeling.*** Grensoverschrijdende *handelingen* zijn wel denkbaar: dat zijn handelingen die als het ware uitstralen over de grenzen van het territoir waarin zij worden verricht. Een grensoverschrijdende handeling wordt fysiek in het ene land verricht, maar levert tevens een handeling in een ander land op. Een voorbeeld is de handeling waardoor een werk in meerdere territoria tegelijk wordt openbaar gemaakt, bijvoorbeeld door een grensoverschrijdende radio-uitzending, door een publicatie op internet, of – in wezen niet anders: – door een reclamebord dat vlak bij de grens zo is opgesteld, dat het ook vanuit het andere land zichtbaar is.

745. Deze grensoverschrijdende handelingen moeten per betrokken (materieelrechtelijk) rechtsstelsel worden beoordeeld: ieder rechtsstelsel bepaalt "für den Geschehensabschnitt, der sich auf seinem Territorium zugetragen hat"[545] of sprake is van een voorbehouden handeling, en – zo ja – of sprake is van inbreuk op een intellectuele-eigendomsrecht. Op één zo'n grensoverschrijdende handeling zijn dus meerdere leges loci protectionis van toepassing, ieder voor zijn eigen territorium.[546] Wie dus vanuit het ene land een werk uitzendt naar, en daarmee openbaar maakt in een ander land, heeft te maken met twee leges loci protectionis, en kan aldus inbreuk maken op twee auteursrechten. Als volgens de auteurswet van het eerste land het 'uitzenden' in dat land een voorbehouden handeling is, kan onder deze lex loci protectionis sprake zijn van inbreuk; en als volgens de auteurswet van het tweede land het 'openbaar maken' in dat land een voorbehouden handeling is, kan onder deze lex loci protectionis ook sprake zijn van inbreuk.[547]

---

542 Roelvink 1998, p. 29 e.v. Een betere benaming zou zijn 'gesplitste locus', zie Strikwerda 2008 (*Lex loci damni*), p. 994.

543 Vgl. Beier, Schricker & Ulmer 1985 (Max-Planck-Institut), p. 104 e.v.; Kreuzer 1998, p. 2257.

544 Zie ook Von Bar 1991, p. 518; vgl. ook Schack 2008, p. 657. Dit wordt miskend door bijvoorbeeld Carrascosa González 2004, p. 116-117. Ook de Franse Cour de cassation lijkt dit te hebben miskend in Cass. civ. I 30 januari 2007, *Rev. crit. DIP* 2007, p. 769-784 m.nt. Azzi (Lamore/Universal; 'Waterworld').

545 Von Bar 1991, p. 518.

546 Dat kan onhandig zijn, maar het is de consequentie van een multinationale exploitatie van nationale rechten. De soep wordt in de praktijk overigens vaak niet zo heet gegeten als zij soms in de literatuur wordt opgediend. Dit komt verder ter sprake in hoofdstuk 8.

547 Ulmer 1975, p. 15 kiest in geval van grensoverschrijdende radio-uitzendingen voor toepasselijkheid van het recht van het 'Ausstrahlungsland'. Daartegenover staat de zogeheten 'Bogsch-theorie', die zowel het recht van het zendland als het recht van ieder ontvangstland van toepassing acht. Deze theorie – die aansluit bij het hierboven opgemerkte – wint terrein, zie Katzenberger 2006, p. 2129-2130 met verdere verwijzingen; zie ook het Oostenrijkse OGH 16 juni 1992, *GRUR Int.* 1992, p. 933-935 ('Direktsatellitensendung III').

746. ***Satellietuitzendingen.*** In dit verband kan nog worden gewezen op een communautaire regeling voor grensoverschrijdende uitzendingen van auteursrechtelijk beschermde werken door middel van een satelliet: Richtlijn 93/83/EEG, die bepaalde voorschriften betreffende het auteursrecht en de naburige rechten coördineert op het gebied van satellietomroep en kabeldoorgifte (de 'Satellietrichtlijn').[548] Satellietuitzendingen kunnen handelingen binnen de grenzen van één land zijn, namelijk wanneer zij vanuit een bepaald land via een satelliet worden uitgezonden naar alléén datzelfde land.[549] Vaak zullen zij echter (ook) grensoverschrijdende handelingen zijn: zij worden dan vanuit het zendland via een satelliet (ook) uitgezonden naar een of meer andere landen (ontvangstlanden).[550]

747. In de Richtlijn wordt voor satellietuitzendingen het begrip 'mededeling aan het publiek per satelliet' geïntroduceerd en communautair gedefinieerd, waarbij in die definitie tegelijk wordt gespecificeerd waar de mededelingshandeling plaatsvindt.[551] Artikel 1 lid 2 onder a en b bepalen:

> "(a) In deze richtlijn wordt verstaan onder "mededeling aan het publiek per satelliet": een handeling waarbij de programmadragende signalen voor ontvangst door het publiek onder controle en verantwoordelijkheid van de omroeporganisatie worden ingevoerd in een ononderbroken mededelingenketen die naar de satelliet en terug naar de aarde loopt.
> (b) De mededeling aan het publiek per satelliet, vindt slechts plaats in de Lid-Staat waar de programmadragende signalen onder controle en verantwoordelijkheid van de omroeporganisatie worden ingevoerd in een ononderbroken mededelingenketen die naar de satelliet en terug naar de aarde loopt."

748. Met deze definitie van de voorbehouden handeling wordt bereikt dat, onder de vigeur van de Richtlijn, ingeval van een satellietuitzending naar meerdere landen slechts één rechtsstelsel relevant is, te weten het recht van het zendland, want alleen in dat land is sprake van een voorbehouden handeling, de 'mededeling aan het publiek per satelliet'.

---

548 Richtlijn 93/83/EEG van de Raad van 27 september 1993 tot coördinatie van bepaalde voorschriften betreffende het auteursrecht en naburige rechten op het gebied van de satellietomroep en de doorgifte via de kabel (*PbEG* 1993, L 248/15). Zie ook COM/1991/0276 def.; COM/1992/0526 def.; COM/1993/0426 def.; COM/2002/0430 def. De navolgende bespreking richt zich met name op het auteursrechtelijk kant van dit thema, niet op de nabuurrechtelijke kant.

549 Hierop is de Richtlijn niet van toepassing; vgl. overweging 32 waarin enigszins vagelijk wordt gesproken over "kwesties waarvan de consequenties, behalve in een aantal commercieel te verwaarlozen uitzonderingsgevallen, slechts binnen de grenzen van één Lid-Staat merkbaar zijn."

550 Dit is de gebruikelijke zienswijze, die ook het meest voor de hand ligt. Er zijn evenwel ook andere zienswijzen denkbaar, bijvoorbeeld de zienswijze dat de dergelijke uitzendingen vanuit een locus sine lege (de ruimte) worden uitgezonden, of vanuit de 'vlaggenstaat' van de satelliet. In dat laatste geval hanteert men de fictie dat een satelliet, voor zover deze zich in de ruimte (of het luchtruim) bevindt, wordt gelijkgesteld met het grondgebied van de vlaggenstaat (vgl. ook vliegtuigen en schepen, zie alinea 730 hiervoor). Dat is dan de staat waar de satelliet is teboekgesteld (overigens kunnen hier wel moeilijkheden rijzen; zie in dit verband ook de UN Convention on Registration of Objects Launched into Outer Space van 12 november 1974 (zie <www.unoosa.org>), die de 'launching State' verplicht een register bij te houden).

551 Zie ook overweging 14 van de considerans.

749. Dit is strikt genomen dus géén conflictenrechtelijke benadering van de problematiek van de grensoverschrijdende handeling: er wordt immers geen toepasselijk recht aangewezen, er wordt geen conflictregel gestipuleerd.[552] Het is een materieelrechtelijke benadering: er wordt ingegrepen in het nationale intellectuele-eigendomsrecht. In het nationale intellectuele-eigendomsrecht wordt de fictie ingevoerd dat een 'mededeling aan het publiek per satelliet' alléén in het zendland kan plaatsvinden. Een 'mededeling aan het publiek per satelliet' vindt alleen in het eigen territoir plaats indien de mededeling vanuit het eigen territoir naar de satelliet is gezonden, zo wil de fictie. In de andere landen, waar de 'mededeling aan het publiek per satelliet' alleen wordt ontvangen, wordt die mededeling geacht niet te hebben plaatsgevonden. In die landen kán eenvoudigweg dus geen sprake zijn van inbreuk op intellectuele-eigendomsrechten (feitelijk is dat dus een uitholling van de bescherming in die landen). Zo wordt de problematiek van de grensoverschrijdende handeling op materieelrechtelijk niveau benaderd, namelijk door de desbetreffende grensoverschrijdende handeling via een fictie te reduceren tot een nationale handeling binnen de grenzen van één land (een 'handelingsfictie'). Maar die benaderingswijze sorteert natuurlijk wel degelijk effect op conflictenrechtelijk niveau: er is nog maar één lex loci protectionis relevant, waardoor cumulatieve toepassing van meerdere leges loci protectionis niet meer aan de orde komt.[553] En dat laatste is precies wat de Europese wetgever blijkens de considerans heeft gewild.[554]

750. ***Geen lex originis-verwijzing.*** Deze constructie *lijkt* wellicht op een lex originis-verwijzing ('Sendelandprinzip'), maar dat is zij niet. De bescherming in de ontvangstlanden wordt immers niet door het recht van het zendland beheerst; de bescherming in de ontvangstlanden wordt gewoon door het lokale recht beheerst, maar dat lokale recht kan geen bescherming leveren omdat in die landen de 'mededeling aan het publiek per satelliet' geacht wordt niet te hebben plaatsgevonden. Er is dus nog steeds sprake van de lex loci protectionis-verwijzing[555], maar de bijzonderheid is dat één lex loci protectionis is uitverkoren en de overige leges loci protectionis zijn buiten spel zijn gezet door de fictie dat de 'mededeling aan het publiek per satelliet' geacht wordt niet in hun territoria te hebben plaatsgevonden. Een consequentie hiervan moet bijvoorbeeld zijn dat er geen schadevergoeding kan worden toegewezen voor de ontvangstlanden, want in die landen wordt de 'mededeling aan het publiek per satelliet' geacht niet te hebben plaatsgevonden.[556]

---

552 Polak 1998 (*Preadvies*), p. 102; Katzenberger 2006, p. 2130. De Nederlandse wetgever lijkt dit te hebben miskend nu hij deze constructie heeft geïmplementeerd in art. 47b Auteurswet als een eenzijdige conflictregel (*Stb.* 1996, 364). Anders bijvoorbeeld de Duitse wetgever, die de implementatie niet in een conflictenrechtelijk vat heeft gegoten, maar – terecht – dichtbij de Richtlijn is gebleven door de localisering centraal te stellen (§ 20a van de Duitse auteurswet).

553 Toepassing van de andere leges loci protectionis is immers zinloos: zij kunnen geen bescherming leveren, want er heeft in hun territoria geen voorbehouden handeling plaatsgevonden, zo wil althans de fictie.

554 Zie overwegingen 7 en 14 van de considerans.

555 Katzenberger 2006, p. 2130, nr. 142.

556 In dit verband kan nog worden gewezen op een verdrag over deze materie van de Raad van Europa, de European Convention relating to questions on Copyright and Neighbouring Rights in the Framework of Transfrontier Broadcasting by Satellite, Straatsburg 11 mei 1994 ('Europees Satellietverdrag 1994') <www.coe.int>); →

751. ***Verenigbaar met Berner Conventie?*** Het is de vraag of deze constructie verenigbaar is met de Berner Conventie.

752. In conflictenrechtelijk opzicht is de constructie strikt genomen niet in strijd met de (tot lex loci protectionis-verwijzing getransformeerde) conflictregel in het beginsel van nationale behandeling van de Berner Conventie. Wel bestaat het gevaar dat deze constructie zich in de praktijk als een lex originis-verwijzing gaat gedragen doordat men de multinationale satellietuitzending in haar totaliteit (dus voor alle betrokken landen) gaat beoordelen, aan de hand van het recht van het zendland. Dan is sprake van een verkapte lex originis-verwijzing – en een lex originis-verwijzing is in strijd met (de conflictregel en het onafhankelijkheidsbeginsel van) de Berner Conventie.[557] De Richtlijn is dan ook opvallend terughoudend en voorzichtig met conflictenrechtelijke uitlatingen. De constructie wordt in de materieelrechtelijke sleutel geplaatst, al is er een bedenkelijk teken aan de wand, namelijk de overweging in de considerans dat het hier om toepassing van het beginsel van het land van oorsprong gaat.[558] Dat lijkt een prefiguratie te zijn geweest, want later heeft de Europese Commissie haar conflictenrechtelijke terughoudendheid laten varen. In een verslag over de toepassing van de Richtlijn merkt de commissie op: "De toepasselijke wetgeving is die van de lidstaat waar de programmadragende signalen worden uitgezonden, en de toepassing ervan strekt zich buiten de nationale grenzen uit, tot in de lidstaten waar de signalen worden ontvangen."[559] Hier lijkt de Europese Commissie ons een lex originis-verwijzing voor te schotelen – en zo'n verwijzing is als gezegd in strijd met (de conflictregel en het onafhankelijkheidsbeginsel van) de Berner Conventie.

753. Behalve in conflictenrechtelijk opzicht laat de vraag naar de verenigbaarheid met de Berner Conventie zich ook in materieelrechtelijk opzicht gevoelen. De Berner Conventie verleent de auteur immers iure conventionis uitzendrechten (artikel 11bis), en de auteur kan voor elk land van de Unie aanspraak maken op deze rechten (artikel 5 lid 1).[560] Maar door de fictie dat de satellietuitzending

---

dit verdrag is niet door Nederland ondertekend, en overigens ook (nog) niet in werking getreden. Art. 3 lid 1 van dit verdrag bepaalt: "A transmission of works and other contributions covered by Article 1 occurs in the State party in the territory of which the transmission originates and, therefore, shall be governed exclusively by the law of that State." Enerzijds wordt dus gewerkt met de localisatiefictie van de Richtlijn, anderzijds – en daar gaat dit verdrag een stap verder dan de Richtlijn – wordt ook een toepasselijk recht aangewezen. Het lijkt er op dat hier een lex originis-verwijzing wordt gestipuleerd (zo Katzenberger 2006, p. 2111, nr. 107), maar de bepaling ook zo zou kunnen worden gelezen dat door de localisatie in één staat nog slechts één toepasselijke lex loci protectionis over blijft.

557 Dat gevaar hangt dus ook boven het Europese verdrag genoemd in noot 556 van dit hoofdstuk 5.

558 Zie overweging 18 van de considerans. Vgl. ook overweging 17 waarin wordt overwogen dat de betrokkenen bij het bepalen van de vergoeding die voor het verwerven van de rechten moet worden betaald, rekening dienen te houden met alle voor de uitzending kenmerkende aspecten, zoals het daadwerkelijke aantal luisteraars of kijkers, het potentiële aantal luisteraars of kijkers, en de taalversie. Doorbreekt de Europese wetgever hier zijn eigen fictie? Is het dan toch een lex originis-verwijzing? Het gaat toch immers alleen om de luisteraars en kijkers in het zendland? In de (andere) ontvangstlanden wordt de 'mededeling aan het publiek per satelliet' geacht niet te hebben plaatsgevonden.

559 COM/2002/0430 def., par. 3.1.1. Zie ook COM/1997/0628 def., p. 12.

560 Met uitzondering van het land van oorsprong van het werk (art. 5 lid 3).

alléén plaatsvindt in het zendland, worden de uitzendrechten in de ontvangstlanden illusoir gemaakt: "U hebt wel uitzendrechten, maar er wordt hier zogenaamd niks uitgezonden, dus uw uitzendrechten zijn hier niet geschonden." Zo trekt de Richtlijn in de ontvangstlanden de bodem onder het ius conventionis van de Berner Conventie weg.[561] Het is de vraag of zo'n aantasting is toegelaten.[562] In ieder geval is duidelijk dat wie deze materieelrechtelijke aantasting tracht goed te praten met het argument dat de uitzendrechten in de ontvangstlanden worden beschermd door het recht van het zendland, op conflictenrechtelijk vlak weer in strijd komt met de Berner Conventie, want dan is sprake van een verboden lex originis-verwijzing.

754. Men ziet: of men nu linksom of rechtsom gaat, het loopt spaak.

755. ***Toepassingsgebied.*** Hoe dan ook, de constructie geldt in ieder geval niet voor satellietuitzendingen die niet vanuit een lidstaat van de Europese Unie of de Europese Economische Ruimte zijn uitgezonden.[563] Artikel 1 lid 2 onder b spreekt immers over "de Lid-Staat." Voor satellietuitzendingen die niet vanuit een lidstaat van de Europese Unie of de Europese Economische Ruimte zijn uitgezonden, geldt dus hetgeen eerder werd opgemerkt over grensoverschrijdende handelingen in het algemeen: meerdere leges loci protectionis komen in het spel.[564] Dat geldt dus bijvoorbeeld voor een satellietuitzending die vanuit de Verenigde Staten naar Europese landen wordt gezonden.[565] De Amerikaanse uitzending wordt dan, behalve onder de Amerikaanse lex loci protectionis, ook onder de verschillende Europese leges loci protectionis beoordeeld. De Nederlandse wet miskent dit: ingevolge artikel 47b Auteurswet is de Nederlandse wet in zo'n geval niet toepasselijk. Daarmee schendt Nederland de Berner Conventie.[566]

---

561 Terzijde: de Europese wetgever had het door hem gewenste resultaat ook kunnen bereiken door een andere materieelrechtelijke benadering, namelijk door de 'mededeling aan het publiek per satelliet' in de ontvangstlanden als voorbehouden handeling te diskwalificeren. Maar dan was overduidelijk sprake geweest van een *directe* aantasting van het ius conventionis van de Berner Conventie.

562 Een rechtvaardiging zou wellicht kunnen zijn dat de uitzendrechten in de ontvangstlanden indirect worden gewaarborgd, namelijk via een verbod op grond van de uitzendrechten van het recht van het zendland (en daar komt de harmonisatie door de Richtlijn in beeld). Immers, als de 'uplink' naar de satelliet op grond van de uitzendrechten van het recht van het zendland wordt verboden, is de uitzending feitelijk ook in de andere landen van de baan. Maar zoals we al hebben gezien, gaat die vlieger niet op als het om schadevergoeding gaat.

563 Zie ook overweging 3 van de considerans. Het toepassingsgebied wordt in art. 1 lid 2 onder d nog iets opgerekt, namelijk in het geval dat de programmadragende signalen naar de satelliet worden doorgezonden vanuit een grondstation in een lidstaat, en in het geval dat een in een lidstaat gevestigde omroeporganisatie opdracht heeft gegeven tot de uitzending. Verder geldt de Richtlijn ook voor de EER: zie het Besluit van het Gemengd Comité EER nr. 7/94 (*PbEG* 1994, L 160/1, Bijlage 15).

564 Zie ook Katzenberger 2006, p. 2130, nr. 143. In een andere context heeft het Hof van Justitie EG al beslist dat de Richtlijn zich niet verzet tegen cumulatieve toepasselijkheid buiten haar toepassingsgebied, zie HvJ EG 14 juli 2005, nr. C-192/04, *Jur.* 2005, p. I-7199; *NJ* 2006, 467 (Lagardère).

565 En waarop art. 1 lid 2 onder d van de Richtlijn geen betrekking heeft.

566 De constructie van de Richtlijn is in Nederland als een *eenzijdige conflictregel* geïmplementeerd in art. 47b Auteurswet (zie daarover noot 552 van dit hoofdstuk 5). Deze eenzijdige conflictregel verklaart de Nederlandse auteurswet kort gezegd alleen van toepassing (i) in het geval dat de programmadragende signalen vanuit Nederland worden uitgezonden, en (ii) in de gevallen van art. 1 lid 2 onder d van de Richtlijn indien die zich in Nederland voordoen (zie noot 563 van dit hoofdstuk 5). Buiten deze gevallen is de Nederlandse wet kennelijk niet van toepassing op satellietuitzendingen. Op een satellietuitzending die wordt uitgezonden vanuit de Verenigde Staten en wordt ontvangen in Nederland, is de Nederlandse wet dan dus niet van toepassing. →

(v) In-, uit- en doorvoer

756. ***In-, uit- en doorvoer.*** Bezien wij ten slotte het laatste, nog te behandelen aspect van de lex loci protectionis-verwijzing: de problematiek van de in-, uit- en doorvoer.

757. ***Geen extra-territoriale werking.*** Wij hebben zojuist in par. (iii) al gezien dat nationale intellectuele-eigendomswetten geen extra-territoriale werking hebben. De Nederlandse octrooiwet kan dus bijvoorbeeld niet van toepassing zijn op handelingen die in het buitenland worden verricht met het oog op de invoer in Nederland van producten die aldaar als inbreukmakend zullen worden gekwalificeerd. Daarmee is immers nog geen handeling in Nederland verricht (en alleen dáárop is de Nederlandse lex loci protectionis van toepassing).

758. ***Geen grensoverschrijdende handeling.*** In de situatie dat producten van het ene naar het andere land worden gebracht, is het 'in het territorium brengen' van de producten (invoeren) de eerstmogelijke handeling waarop de wet van het bestemmingsland van toepassing kan zijn. Invoer (en ook uitvoer) is dus geen grensoverschrijdende handeling, zoals nog wel eens wordt verondersteld. De handelingen die in het uitvoerland worden verricht, leveren immers niet óók handelingen in het invoerland op (zoals bij een grensoverschrijdende satellietuitzending bijvoorbeeld wél het geval is). Er is dus sprake van twee verschillende handelingen: uitvoer uit het ene land, en invoer in het andere land.[567] Bijvoorbeeld: de vervaardiging in België van producten die zijn bestemd voor de uitvoer naar Nederland, alwaar zij als inbreukmakend zullen worden gekwalificeerd, is geen inbreuk op een Nederlands octrooirecht.[568] Dat verandert zodra de producten de

---

Dat is in strijd met de conflictregel in de Berner Conventie, die immers toepasselijkheid van de lokale wet voorschrijft (overigens: zou de auteur in Nederland dan, los van die niet-toepasselijke Nederlandse wet, wél aanspraak kunnen maken op het ius conventionis? Vgl. art. 5 lid 1 Berner Conventie (aangenomen dat Nederland niet het land van oorsprong van het werk is)). En voor zover de wetgever zou hebben gemeend dat in Nederland in deze gevallen het recht van het zendland van toepassing is, is dat óók in strijd met de conflictregel en het onafhankelijkheidsbeginsel van de Berner Conventie, want dat is een verboden lex originis-verwijzing. De steek die art. 47b hier laat vallen door de Nederlandse lex loci protectionis in dit soort gevallen niet-toepasselijk te verklaren, wordt overigens des te pijnlijker indien de satellietuitzending wordt uitgezonden vanuit een land met een inferieur beschermingsniveau, of vanuit een locus sine lege. In het eerste geval kan de rechthebbende immers alleen nog bescherming putten uit deze andere, inferieure lex loci protectionis (alleen voor wat betreft de handelingen in het zendland); in het tweede geval staat hij met lege handen. Of moet het ius conventionis hier de rechthebbende redden? Het verdient al met al aanbeveling art. 47b Auteurswet te schrappen, om daarvoor in de plaats een bepaling bij art. 12 lid 7 Auteurswet op te nemen die is gemodelleerd naar § 20a van de Duitse auteurswet (zie noot 552 van dit hoofdstuk 5).

567 Een semantische opmerking terzijde: de verplaatsing van de producten van het ene naar het andere land kan men als grensoverschrijdende handeling noemen. Maar aangezien de nationale intellectuele-eigendomswetten alleen toepasselijk zijn op handelingen in het eigen territoir, valt die grensoverschrijdende verplaatsingshandeling in twee relevante deelhandelingen uiteen: uitvoer uit het ene land, en invoer in het andere land.

568 Iets anders is dat in zo'n geval wel een onrechtmatige-daadsactie denkbaar is. Alsdan moet eerst – bij wijze van voorvraag – aan de hand van de Nederlandse lex loci protectionis worden beoordeeld of de invoer in Nederland van deze producten een inbreuk vormt op het betrokken Nederlandse octrooirecht, en moet vervolgens aan de hand van de lex loci delicti – in het voorbeeld Belgisch recht – worden beoordeeld of het onrechtmatig is om in België handelingen te verrichten die zijn gericht op deze inbreuk op een Nederlands octrooi in Nederland (anders, en onjuist: Bodenhausen 1946, p. 17-18). Denkbaar is dat een lex loci delicti een desbewuste, systematische en bedrijfsmatige ondermijning van een vreemd intellectuele-eigendomsrecht (piraterij) als een onrechtmatige daad bestempelt. Overigens – zo wordt hier terzijde opgemerkt – is denkbaar dat de →

grens passeren – wanneer zij dus in Nederland worden ingevoerd. Dan is volgens de Nederlandse lex loci protectionis sprake van inbreuk in Nederland: invoeren is volgens de Nederlandse octrooiwet immers een voorbehouden handeling.[569]

759. ***Uitvoer.*** Daarnaast is het aan het recht van het uitvoerland om te bepalen of bepaalde handelingen die op zijn grondgebied worden verricht met het oog op de uitvoer naar het buitenland, inbreuk maken op door hem verleende intellectuele-eigendomsrechten.[570] In het genoemde voorbeeld is denkbaar dat de vervaardiging in België van de producten een inbreuk oplevert op een in België geldend octrooirecht, ook al zijn de producten louter bestemd voor de uitvoer naar het buitenland.[571]

760. ***Doorvoer.*** Hetzelfde geldt voor doorvoer: het is aan het recht van het doorvoerland om te bepalen of doorvoer op zijn grondgebied inbreuk oplevert op door hem verleende intellectuele-eigendomsrechten. Tegelijk wordt vrij algemeen aangenomen dat doorvoer van inbreukmakende goederen in beginsel niet als inbreuk op een intellectuele-eigendomsrecht moet worden aanmerkt op grond van het beginsel dat transitverkeer vrij is.[572] Een – overigens vrijblijvend geformuleerde – uitdrukking van deze beide uitgangspunten kan men zien in artikel 9 lid 4 van het Verdrag van Parijs.[573]

---

onderhavige onrechtmatige daad wordt beoordeeld door een ander rechtsstelsel dan de lex loci delicti. Dat kan het geval zijn indien het conflictenrecht van de aangezochte rechter een ander rechtsstelsel aanwijst op grond van bijvoorbeeld de rechtsgevolgen-uitzondering, accessoire aanknoping of een rechtskeuze. Er zijn dus omstandigheden denkbaar waaronder het gegeven voorbeeld geheel naar Nederlands recht wordt beoordeeld.

569 Art. 53 lid 1 Rijksoctrooiwet 1995. 'Invoeren' is in 1987 in de toenmalige octrooiwet ingevoerd. Voor die tijd werd in dit verband gebruik gemaakt van een extensieve intepretatie van het begrip 'in het verkeer brengen', zie Huydecoper & Van Nispen 2002, p. 227-228. Zie ook Raape 1950, p. 414; Van Nispen 1999, p. 283, nr. 7-33.

570 Dit geldt ook voor bijvoorbeeld de vervaardiging van voor een geoctrooieerde combinatie essentiële onderdelen die in het buitenland worden geassembleerd (zie Ulmer 1975, p. 14-15). In dit verband dient men te waken voor bemoeienis met handelingen die in het buitenland plaatsvinden, want dan is sprake van extra-territoriale werking; zie US Supreme Court 30 april 2007, 550 U.S. 437 (2007); *GRUR Int.* 2007, p. 768-771 (Microsoft/AT&T Corp.), in welke zaak het hof terecht extra-territoriale werking (van 35 U.S.C. § 271 onder f) afwees. Vgl. voorts (merkenrecht); HR 4 januari 1963, *NJ* 1963, 37 m.nt. HB (Terimpex/Eerste Geldersche).

571 Zie bijvoorbeeld BGH 3 maart 2004, *GRUR* 2004, p. 421-427 (Tonträgerpiraterie durch CD-Export) (waarbij een uitzondering wordt gemaakt voor loutere intraconcern-verplaatsingen); Katzenberger 2006, p. 2127, nr. 136 e.v.; Drexl 2006, p. 869-870, nr. 154.

572 Vgl. in dit verband HR 27 januari 1995, *NJ* 1995, 669 m.nt. JHS (Bigott-Batco/Doucal); alsook HvJ EG 9 november 2006, nr. C-281/05, *Jur.* 2006, p. I-10881; *IER* 2007, 30 (Diesel/Montex) (welk arrest anderzijds vragen oproept over zijn inwerking op de communautaire anti-piraterijverordening, Verordening (EG) nr. 3295/94 (*PbEG* 1994, L 341/8), thans vervangen door Verordening (EG) nr. 1383/2003 (*PbEU* 2003, L 196/7); zie daarover Cohen Jehoram, Van Nispen & Huydecoper 2008, p. 285-286). Zie ook Ulmer 1975, p. 15, alsook Katzenberger 2006, p. 2128-2129, nr. 139 (ook over wederuitvoer) en Drexl 2006, p. 869, nr. 153 (die overigens – ten onrechte – toepasselijkheid van het recht van het bestemmingsland op de doorvoer in het doorvoerland mogelijk acht; extra-territoriale werking dus). Over mogelijke onrechtmatigheid van de doorvoer, zie Spoor in zijn annotatie onder HR 27 januari 1995, *NJ* 1995, 669.

573 Deze bepaling gaat terug tot de conferentie van Rome in 1886, toen zij werd voorgesteld voor Verdrag van Parijs, vgl. Actes VP 1886, p. 111-112 (Rapport de la Commission), p. 116 e.v. (Procès-verbaux) en p. 179 (Protocole). Overigens is het onderwerp ook ter sprake geweest tijdens de conferentie van Parijs in 1880, zie Actes VP 1880, p. 71 e.v. (Procès-verbaux). De bepaling is vervolgens opgenomen in art. 2 van de Schikking van Madrid van 1891 betreffende de bestrijding van valse aanduidingen van herkomst, en later overgenomen in het Verdrag van Parijs door de conferentie van Brussel van 1897/1900, zie Actes VP 1897/1900, p. 45-46 (voorstel Bureau), p. 246-249, p. 255-256 en p. 311 (Procès-verbaux), en p. 411 (Actes adoptés, art. IV).

5.4. Resumé

761. De conflictenrechtelijke speurtocht in deze studie is nu in een vergevorderd stadium gekomen. Deze speurtocht begon in Deel I bij de geboorte van het beginsel van nationale behandeling in het intellectuele-eigendomsrecht, en wij hebben in dat Deel verklaard dat – en waarom – in dat beginsel een conflictregel ligt besloten, en welke conflictregel dat is: het is een statutistische conflictregel die het rechtsvacuüm, waar vreemde werken, vreemde auteurs, enz. in verkeerden, opheft door de vervolledigiging van het formele-territorialiteitsbeginsel (hoofdstukken 1 tot en met 4).

762. Met dat gegeven zijn wij in Deel II, in dit hoofdstuk 5, verder gegaan. Allereerst hebben wij vastgesteld dat de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling tegenwoordig niet meer wordt begrepen.[574] Wij hebben deze begripsverduistering verklaard – ons Savigniaanse denken houdt ons gevangen[575] –, en wij hebben gereconstrueerd hoe zij zich heeft voltrokken.[576]

763. Vervolgens, na enige evaluatie van de bereikte resultaten[577], hebben wij onderzocht of de statutistische conflictregel in het beginsel van nationale behandeling binnen de marges van het geldende recht kan worden gemoderniseerd door de formele-territorialiteitscomponent van het formele-territorialiteitsbeginsel buiten toepassing te laten. Dat blijkt mogelijk te zijn, gelet op het huidige "concordant, common and consistent" gebruik om deze component buiten toepassing te laten.[578] Onderzocht is onder welke voorwaarden de formele-territorialiteitscomponent buiten toepassing kan worden gelaten, en hoe de resterende materieel-territoriale conflictregel er dan uitziet.[579] Ten slotte is onderzocht of deze materieel-territoriale conflictregel kan worden geconverteerd in een moderne, Savigniaanse lex loci protectionis-verwijzingsregel, hetgeen mogelijk blijkt te zijn.[580] Zo is, stap voor stap, binnen de marges van het geldende recht, de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling gemoderniseerd. In het beginsel van nationale behandeling in de Berner Conventie en het Verdrag van Parijs – zo leert ons deze studie derhalve – ligt de lex loci protectionis-verwijzingsregel besloten. Deze verwijzingsregel heeft als belangrijkste kenmerken:

– zij is een Sachnormverweisung;[581]
– haar verwijzingscategorie is de gehele privaatrechtelijke bescherming van de desbetreffende intellectuele-eigendomsrechten: dépeçage is dus niet toegestaan (geen 'Zersplitterung' dus);[582]

---

574 Par. 5.1.1.
575 Par. 5.1.2.
576 Par. 5.1.3.
577 Par. 5.2.
578 Par. 5.3.1.
579 Par. 5.3.2.
580 Par. 5.3.3.
581 Zie par. 5.3.2 onder (b)(iii).
582 Zie par. 5.3.2 onder (b)(iv).

– zij is dwingend en exclusief: uitzonderingen, zoals rechtskeuze enz., zijn dus niet toegelaten (geen 'Auflockerung' dus).[583]

764. In het vervolg van deze studie zullen wij de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling duiden als deze lex loci protectionis-verwijzingsregel.

765. Is de conflictenrechtelijke speurtocht daarmee ten einde gekomen? Neen. In hoofdstuk 7 wordt de reikwijdte van het beginsel van nationale behandeling, en daarmee ook van zijn conflictregel, nog nader onderzocht. En ook in hoofdstuk 8 komt het conflictenrecht aan de orde. In dat hoofdstuk wordt allereerst een poging ondernomen om de Berner Conventie en het Verdrag van Parijs te herformuleren. De modernisering van de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling die wij in dit hoofdstuk 5 zojuist hebben bereikt, geeft immers aanleiding tot de uitdagende gedachte om deze verdragen op een Savigniaanse leest te schoeien en daartoe te herformuleren in moderne, Savigniaanse taal.[584] Daarnaast komt in hoofdstuk 8 de vraag aan de orde of de gevonden lex loci protectionis-verwijzingsregel een *wenselijke* conflictregel is – met die vraag wordt het domein van het geldende recht verlaten.[585]

766. Eerst wenden wij echter, in hoofdstuk 6, de blik naar de vreemdelingenrechtelijke regel, die óók in het beginsel van nationale behandeling besloten ligt.

583 Zie par. 5.3.2 onder (b)(v).
584 Par. 8.1.
585 Par. 8.2.

6. De vreemdelingenrechtelijke regel in het beginsel van nationale behandeling

767. ***Inleiding.*** In het beginsel van nationale behandeling van de Berner Conventie en het Verdrag van Parijs ligt, behalve een conflictregel, ook een vreemdelingenrechtelijke regel besloten, zo hebben wij in Deel I vastgesteld. Het bestaan van deze regel is, in tegenstelling tot het bestaan van de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling, altijd onomstreden geweest. Toch is de vreemdelingenrechtelijke kant van het beginsel van nationale behandeling niet probleemloos: met name de uitzonderingen op het non-discriminatiebeginsel leveren complicaties op.

768. ***Plan van behandeling.*** Het vreemdelingenrecht passeerde in deze studie al vaak de revue. Zo hebben wij gezien hoe Von Savigny conflictenrecht en vreemdelingenrecht uit elkaar getrokken heeft[1], hebben wij de plaats en ontwikkeling van het vreemdelingenrecht bestudeerd aan de hand van de 'driefasen-structuur'[2], en kwam aan de orde dat in het internationale intellectuele-eigendomsrecht vreemdelingenrecht niet alleen op personen, maar ook op bijvoorbeeld werken van letterkunde en kunst betrekking kan hebben.[3] In dit hoofdstuk 6 onderwerpen wij de vreemdelingenrechtelijke kant van het beginsel van nationale behandeling aan een nader onderzoek. Eerst, in par. 6.1, staan wij stil bij het vreemdelingenrechtelijke uitgangspunt dat is vastgelegd in het beginsel van nationale behandeling, dus het non-discriminatiebeginsel. Vervolgens onderzoeken wij de uitzonderingen op dat uitgangspunt. Daartoe worden in de eerste plaats enkele algemene beschouwingen gegeven over de uitzonderingen op het non-discriminatiebeginsel, waarbij met name wordt stilgestaan bij het verschijnsel reciprociteit en bij de reciprociteitstoets in het algemeen (par. 6.2). Daarna wordt ingegaan op de uitzonderingen op het non-discriminatiebeginsel zoals die worden gemaakt in de Berner Conventie (par. 6.3), en in het Verdrag van Parijs en de Schikking van Madrid (par. 6.4).

6.1. Het non-discriminatiebeginsel

769. ***Terminologie.*** Eerst bezien wij, als gezegd, de vreemdelingenrechtelijke regel die ook in het beginsel van nationale behandeling ligt besloten: het non-discriminatiebeginsel. Het non-discriminatiebeginsel wordt ook wel het 'gelijkstellingsbe-

1 Par. 5.1.2 onder (c).
2 Par. 5.2.2.
3 Par. 1.1.1.

ginsel' of 'assimilatiebeginsel' genoemd. Dit kan verwarrend zijn: met deze termen wordt namelijk ook wel het beginsel van nationale behandeling als geheel – inclusief de daarin besloten liggende conflictregel – bedoeld. Om verwarring te vermijden is er in deze studie daarom de voorkeur aan gegeven om de vreemdelingenrechtelijke regel in het beginsel van nationale behandeling aan te duiden als het 'non-discriminatiebeginsel'. Zo komt beter uit de verf dat de vreemdelingenrechtelijke component van het beginsel van nationale behandeling wordt bedoeld. Bovendien wordt met de term 'non-discriminatiebeginsel' beter tot uitdrukking gebracht dat bevoordeling niet is uitgesloten, zoals dadelijk aan de orde komt.[4]

770. ***Inhoud.*** Het non-discriminatiebeginsel geldt in alle landen die bij de Berner Conventie respectievelijk het Verdrag van Parijs zijn aangesloten.[5] Volgens dit beginsel moeten de rechten – *dezelfde* rechten[6] – worden verleend die de nationale wet aan de eigen onderdanen verleent of zal verlenen. Het beginsel houdt in dat, waar de verdragen van toepassing zijn, discriminatie (ofwel achterstelling) van vreemde auteurs, werken, uitvinders enz. verboden is.[7] Uitgangspunt is dat hun behandeling niet, op grond van hun vreemdheid, inferieur mag zijn aan de behandeling die wordt gegeven in de zuiver-nationale situatie. Dit geldt voor alle fasen die wij in de driefasen-structuur hebben onderscheiden, dus de rechtsbevoegdheidsfase, de conflictenrechtelijke fase en de materieelrechtelijke fase.[8] Reciprociteitstoetsen, van oudsher een populaire vorm van discriminatie in het internationale intellectuele-eigendomsrecht, zijn dus verboden.

771. ***Vooronderstelling.*** Het non-discriminatiebeginsel is gebaseerd op de vooronderstelling dat de behandeling die wordt gegeven in de zuiver-nationale situatie, de beste behandeling is die de nationale wet kent. Ten aanzien van deze vooronderstelling kunnen twee kanttekeningen worden gemaakt.

772. ***Kanttekening 1: verschillende nationale behandelingen.*** De eerste vraag ten aanzien van deze vooronderstelling betreft het ijkpunt van het non-discriminatiebeginsel: ten opzichte *waarvan* mag niet worden gediscrimineerd? Denkbaar is dat een nationale wet in de zuiver-nationale situatie een onderscheid maakt, bijvoorbeeld door auteurs uit bepaalde bevolkingsgroepen achter te stellen ten opzichte van andere nationale auteurs. Mag de behandeling van vreemde auteurs dan op deze slechtere nationale behandeling worden afgestemd? Dit zou de bescherming door de verdragen evenwel illusoir maken; een ontkennend antwoord is

4 Zie noot 11 van dit hoofdstuk 6.
5 Ten aanzien van de Berner Conventie kan nog worden opgemerkt dat het non-discriminatiebeginsel ook geldt in het land van oorsprong (art. 5 lid 3).
6 Art. 5 lid 3 Berner Conventie ("les mêmes droits") is op dit punt explicieter dan het eerste lid.
7 Een theoretische vraag over het spiegelbeeld: mag onder de inbreukmakers wel worden gediscrimineerd? Mogen bijvoorbeeld aan een vreemde inbreukmaker zwaardere sancties worden opgelegd? De verdragen verbieden het strikt genomen niet; het non-discriminatiebeginsel heeft immers geen betrekking op discriminatie van inbreukmakers.
8 Par. 5.2.2.

daarom stellig op zijn plaats.[9] Derhalve kan het ijkpunt van het non-discriminatiebeginsel nauwkeuriger worden omschreven als de *gunstigste* behandeling die de nationale wet in de zuiver-nationale situatie kent.[10]

773. ***Kanttekening 2: bevoordeling.*** In de tweede plaats rijst de vraag of bevoordeling is toegelaten. Verzet het non-discriminatiebeginsel, waar het de toekenning van *dezelfde* rechten voorschrijft, zich er tegen dat een nationale wet vreemde auteurs, werken, uitvinders enz. bevoordeelt? Of, anders gezegd: verzet het non-discriminatiebeginsel zich tegen discriminatie van de eigen auteurs, werken, uitvinders enz. ('omgekeerde discriminatie')?

774. Dergelijk altruïsme komt, zo mag worden aangenomen, in de praktijk waarschijnlijk niet veel voor. Het gaat hier derhalve om een tamelijk theoretische vraag. Hoe dan ook, het antwoord op die vraag moet ontkennend zijn: het non-discriminatiebeginsel staat niet in de weg aan bevoordeling van vreemde auteurs, werken, uitvinders enz.[11] Uitsluiting van bevoordeling zou immers tot het vanuit de Unie-gedachte onwenselijke resultaat leiden dat een nationale regel die vreemde auteurs, werken, uitvinders enz. bevoordeelt, niet mag worden toegepast in gevallen waarin de verdragen van toepassing zijn, maar wél in gevallen waarin de verdragen niet van toepassing zijn. Dan zouden zich situaties kunnen voordoen waarin auteurs, werken, uitvinders enz. uit niet-aangesloten landen beter worden gehandeld dan Unie-auteurs, -werken, -uitvinders enz.

775. Daarnaast – en dat vormt een extra aanwijzing dat bevoordeling niet is uitgesloten – kunnen de verdragen zelf ook bevoordeling veroorzaken. Onder de vigeur van de Berner Conventie doet bevoordeling zich voor in de situatie dat het ius conventionis een ruimere bescherming kent dan de nationale wet. Deze ruimere bescherming door het ius conventionis valt wél ten deel aan vreemde werken/auteurs (artikel 5 lid 1), maar niet aan nationale werken/auteurs: het ius conventionis is immers niet van toepassing in het land van oorsprong (artikel 5 lid 3).[12] Nationale werken/auteurs worden daarmee achtergesteld ten opzichte van vreemde werken/auteurs, die dus worden bevoordeeld. Hetzelfde fenomeen kan zich onder het Verdrag van Parijs voordoen.[13] Een 'omgekeerd' beroep op het verdragsrechtelijke non-discriminatiebeginsel kan in zo'n geval niet slagen; de verdragen hebben hun ius conventionis immers bewust niet van toepassing willen

---

9 Eenzelfde oplossing zou moeten gelden voor de – theoretische – conflictenrechtelijke variatie op dit thema: het meervoudig c.q. personeel-versplinterde rechtsstelsel, dus het geval dat binnen één land verschillende bevolkingsgroepen bijvoorbeeld een eigen auteurswet zouden kennen (vgl. noot 522 van hoofdstuk 5). De vreemdelingenrechtelijke regel in het beginsel van nationale behandeling zou dan de vraag naar de toepasselijke interne wet beïnvloeden en dwingen tot toepassing van de voor de auteur gunstigste wet of een combinatie van de gunstigste onderdelen van de verschillende interne auteurswetten.

10 Tot dezelfde conclusie komen Raestad 1931, p. 95 en Ladas 1938, p. 364.

11 Mede daarom verdient de term 'non-discriminatiebeginsel' de voorkeur boven de term 'gelijkstellingsbeginsel'. Gelijkstelling impliceert immers identiteit, terwijl non-discriminatie alleen achterstelling tegengaat.

12 Zie par. 3.3.

13 Zie noot 69 van hoofdstuk 4. Ook de telle quelle-regeling is een voorbeeld van bevoordeling, zie par. 4.2 en par. 6.4.

verklaren in de nationale situatie. Deze 'omgekeerde discriminatie' kan derhalve alleen worden opgeheven door ingrijpen van de wetgever: deze kan zijn nationale wetgeving in lijn brengen met het ius conventionis, of hij kan het ius conventionis van toepassing verklaren op de gevallen waarin deze 'omgekeerde discriminatie' zich voordoet.

776. ***Terzijde: het opheffen van 'omgekeerde discriminatie'.*** Over het opheffen van deze 'omgekeerde discriminatie' bestaat in Nederland enige verwarring, zodat een kleine uitweiding daarover op haar plaats is. Van Engelen stelt dat in Nederland in deze gevallen van 'omgekeerde discriminatie' een rechtstreekse aanspraak op het verdragsrechtelijke ius conventionis mogelijk is op grond van de artikelen 93 en 94 van de Grondwet.[14] Zijn redenering lijkt te zijn: waar vreemde auteurs rechtstreeks aanspraak kunnen maken op een ius conventionis-bepaling van het Verdrag van Parijs of van de Berner Conventie (zo bijvoorbeeld in het Cassina-arrest[15]), moet die bepaling worden aangemerkt als een 'een ieder verbindende verdragsbepaling' als bedoeld in de artikelen 93 en 94 Grondwet, en dus kan *een ieder* – dus óók een Nederlandse auteur – daar rechtstreeks aanspraak op maken. Volgens Van Engelen heeft de Hoge Raad dit miskend in het Vredestein-arrest.[16]

777. Deze stelling en de daaraan ten grondslag liggende redenering lijken mij onjuist. Hier worden *gelding* en *toepasselijkheid* verward. Artikelen 93 en 94 Grondwet hebben alléén betrekking op gelding (verbindende kracht). Artikel 93 Grondwet regelt dat bepaalde verdragsbepalingen (namelijk verdragsbepalingen die naar hun inhoud een ieder *kunnen* verbinden) in Nederland *verbindende kracht* hebben, dat wil zeggen: als rechtsregel binnen de Nederlandse rechtsorde gelden. Alsdan kan er een rechtstreeks beroep op worden gedaan zonder dat implementatiewetgeving is vereist ('directe werking', 'self-executing').[17] In aansluiting daarop bepaalt artikel 94 Grondwet vervolgens welke rang deze rechtsregel binnen de Nederlandse rechtsorde inneemt. Maar met dat alles is nog niets gezegd over de *toepasselijkheid* van de verdragsbepaling. Anders gezegd: de artikelen 93 en 94 Grondwet zien alleen op de vraag of, en met welke rang, een verdragsbepaling geldt als een rechtsregel binnen de Nederlandse rechtsorde, maar daarmee is niets gezegd over de vraag in welke gevallen die rechtsregel van toepassing is. Dát wordt, als het gaat om de toepasselijkheid van de ius conventionis-bepalingen van de Berner Conventie in het land van oorsprong, bepaald door artikel 5 lid 3; daar hebben de artikelen 93 en 94 Grondwet niets mee te maken. Dit heeft de Hoge Raad in het Vredestein-arrest dus *niet* miskend.

778. Met de artikelen 93 en 94 Grondwet wordt deze 'omgekeerde discriminatie' dus niet opgeheven. Deze 'omgekeerde discriminatie' kan, als gezegd, op twee manieren worden opgeheven: ofwel de nationale wetgever brengt zijn wetgeving

14 Van Engelen 2004, p. 282; Van Engelen 2007, p. 23.
15 HR 26 mei 2000, *NJ* 2000, 671 m.nt. DWFV (Cassina/Jacobs). Nader over dit arrest in alinea 881 hierna.
16 HR 11 mei 2001, *NJ* 2002, 55 m.nt. J.H. Spoor (Vredestein/Ring 65).
17 Zie daarover bijvoorbeeld Bodenhausen 1968, p. 13 e.v.

in lijn met het ius conventionis, ofwel hij verklaart het ius conventionis in zijn land van toepassing op de gevallen waarin 'omgekeerde discriminatie' zich voordoet.[18] De Nederlandse/Benelux-wetgever heeft deze laatste methode in een aantal regelingen toegepast[19]: eerst in artikel 18 BMW, waarin werd bepaald dat onderdanen van Benelux-landen voor het gehele Benelux-gebied de toepassing te hunnen voordele kunnen inroepen van de bepalingen van onder meer het Verdrag van Parijs[20], daarna in het vrijwel identieke artikel 30 lid 2 BTMW[21], en ten slotte in het vrijwel identieke artikel I van de Rijkswet van 26 september 1968 houdende regeling omtrent het recht op industriële eigendom.[22] De twee eerstgenoemde regelingen zijn ondertussen vervangen door het vrijwel identieke artikel 4.7 van het Benelux-verdrag inzake de intellectuele eigendom ('BVIE') van 25 februari 2005.[23] De laatstgenoemde regeling bestrijkt, zo blijkt uit de memorie van antwoord, alle onder het Verdrag van Parijs vallende industriële-eigendomsrechten *behalve het octrooirecht;* voor het octrooirecht koos men voor de methode van het in lijn brengen van de nationale wetgeving met het Verdrag van Parijs.[24] Voor het auteursrecht lijkt in dit verband in het geheel niets te zijn geregeld vis-à-vis het ius conventionis van de Berner Conventie. Het gevolg is dat auteurs van werken die in Nederland zijn ontsprongen, geen aanspraak kunnen maken op ius conventionis van de Berner Conventie. Artikel 5 lid 3 Berner Conventie verklaart het ius conventionis immers duidelijk niet van toepassing in het land van oorsprong, en de Nederlandse wetgever heeft dat niet opgeheven.[25]

6.2. Uitzonderingen op het non-discriminatiebeginsel: algemene beschouwingen

779. ***Plan van behandeling.*** In de vorige paragraaf hebben wij het non-discriminatiebeginsel in het beginsel van nationale behandeling onderzocht. Dat levert, zo

18 Zo ook *Kamerstukken II* 1964/65, 7960 (R 456), nr. 3, p. 1; Bodenhausen 1968, p. 30-31; Diekman 1997, p. 208.

19 Zie Diekman 1997; Van Engelen 2004, p. 284; Van Engelen 2007, p. 23.

20 Zie ook het Gemeenschappelijk Commentaar in *Trb.* 1962, 58, p. 67.

21 Zie ook de Gemeenschappelijke Memorie van Toelichting in *Trb.* 1966, 292, p. 65-66.

22 *Stb.* 1968, 585 (voor zover valt na te gaan, is deze bepaling nog steeds van kracht). Deze regeling is wat minder fraai dan de andere twee omdat zij spreekt over het inroepen van de verdragsbepalingen "*in* het gehele Koninkrijk." Beter was gezegd: "*voor* het gehele Koninkrijk."

23 *Trb.* 2005, 96.

24 *Kamerstukken II* 7960 (R 456), nr. 7, p. 1 (memorie van antwoord). Voor wat betreft het merken- en modellenrecht is dat dus, gelet op de eerdergenoemde regelingen, dubbel geregeld.
Wat nu indien de wetgever bij het in lijn brengen van zijn octrooiwet in een bepaald opzicht een steek heeft laten vallen waardoor die wet minder bescherming biedt dan het Verdrag van Parijs? Is het desbetreffende ius conventionis dan niet van toepassing op de bescherming in Nederland van een Nederlandse uitvinder? Of mag worden aangenomen dat het octrooirecht toch ook door genoemd art. I wordt bestreken omdat deze bepaling daarvoor voldoende ruim is geformuleerd en het uiteindelijk toch de bedoeling van de wetgever is geweest om Nederlanders voor het industriële-eigendomsrecht, ook voor in het octrooirecht, niet achter te stellen?

25 Het non-discriminatiebeginsel van art. 1 Gw lijkt hier geen soelaas te bieden want het is de vraag of er wel sprake is van gelijke gevallen: het land van oorsprong verschilt immers. Art. 9 van de Wet Algemene Bepalingen lijkt evenmin soelaas te bieden: deze bepaling is voor een andere situatie ontworpen (zie Staatscommissie IPR, Rapport Algemene Bepalingen 2002, p. 14), en zij heeft bovendien betrekking op het Nederlandse privaatrecht, niet op verdragsrecht.

bleek, betrekkelijk weinig problemen op: het vreemdelingenrechtelijke uitgangspunt – non-discriminatie – is duidelijk. Op vreemdelingenrechtelijk vlak schuilen de problemen dan ook niet zozeer in dit uitgangspunt, als wel in de uitzonderingen op dat uitgangspunt, met name in de reciprociteitstoetsen. Daarop richten wij onze aandacht thans: in deze par. 6.2 volgen enkele algemene beschouwingen over de uitzonderingen op het non-discriminatiebeginsel, en daarna, in par. 6.3 en par. 6.4, wordt ingegaan op de uitzonderingen in de verdragen.

6.2.1. Inleiding: discriminatie door reciprociteitstoetsen

780. ***Uitzonderingen voornamelijk materiële reciprociteit.*** Het vreemdelingenrechtelijke uitgangspunt van de verdragen is, als gezegd, het non-discriminatiebeginsel. Op dit uitgangspunt maken de verdragen zelf enkele specifieke uitzonderingen, waardoor zij discriminatie toestaan: discriminatie door middel van materiële-reciprociteitstoetsen.[26] De (door de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling) toepasselijk verklaarde lex loci protectionis mag een vreemd element in een bepaald opzicht discrimineren aan de hand van deze materiële-reciprociteitstoetsen. Het gaat hier dus om vreemdelingenrecht in de derde fase – de materieelrechtelijke fase – van de 'driefasen-structuur'.[27] Het is met name de Berner Conventie die dergelijke uitzonderingen op haar non-discriminatiebeginsel maakt. Het Verdrag van Parijs en de Schikking van Madrid kennen ieder slechts één materiële-reciprociteitstoets.[28]

781. ***Ratio.*** Waarom laten de verdragen deze inbreuken op het fundamentele non-discriminatiebeginsel toe? In het geval van de Schikking van Madrid is een specifieke reden aanwijsbaar. Aan haar reciprociteitstoets liggen oorspronkelijk negentiende-eeuwse opvattingen over het 'personeel statuut' en de accessoriteit van het merk ten grondslag, terwijl zij bij de laatste herziening van deze Schikking in 1957 is gehandhaafd om een andere reden, namelijk het behoud van de mogelijkheid van een 'central attack'.[29] In de andere gevallen is sprake van een verlegenheidsoplossing om de patstelling te doorbreken die ontstaat wanneer sommige landen eenvormig intellectuele-eigendomsrecht (ius conventionis) in het verdrag wensen op te nemen of uit te breiden, terwijl andere landen zich daartegen verzetten.[30] Een materiële-reciprociteitstoets biedt in dergelijke gevallen een compromisoplossing. Het verdrag neemt de omstreden regeling op, maar maakt haar niet

---

26 Daarnaast kent de Berner Conventie nog een – zeldzaam toegepaste – retorsiebepaling in art. 6 lid 1, eerste volzin, die eveneens een uitzondering op het non-discriminatiebeginsel vormt. Over deze uitzondering, zie par. 6.3.6.

27 Zie par. 5.2.2.

28 De materiële-reciprociteitstoets in het Verdrag van Parijs is overigens geen uitzondering op het non-discriminatiebeginsel, maar een voorwaarde voor een bevoordelende behandeling; dit komt verder ter sprake in par. 6.4.

29 Zie par. 4.1.2 en par. 4.2.2 onder (b).

30 Uiteraard kan een land zelfstandig de gewenste uitbreiding van de bescherming verwezenlijken in zijn nationale wet. Daarmee is echter geen Uniebrede vooruitgang geboekt. Bovendien wordt veelal als nadeel ervaren dat 'het buitenland' ingevolge het non-discriminatiebeginsel van die uitbreiding meeprofiteert zonder dat daar iets tegen over staat.

dwingend en laat een materiële-reciprociteitstoets toe. Zo worden de achterblijvers niet gedwongen om in de regeling mee te gaan, terwijl ook de landen in de kopgroep tevreden kunnen zijn: zij kunnen de desbetreffende bescherming in hun nationale wet verwezenlijken zonder haar gratis te moeten uitdelen, terwijl tegelijkertijd in het verdrag de wenselijke koers is uitgezet. Aldus wordt voor de desbetreffende kwestie een 'verdrag van twee snelheden' gecreëerd. De hoop is dat de achterblijvende landen – door binnenlandse druk – op den duur zullen bijtrekken, zodat de desbetreffende regeling kan stollen tot dwingend ius conventionis en de materiële-reciprociteitstoets kan worden afgeschaft.[31] Aldus bezien is de materiële-reciprociteitstoets een tijdelijk remedie terwille van het hogere doel. Niettemin zijn de materiële-reciprociteitstoetsen hardnekkig: de verdragen hebben in hun lange geschiedenis nog niet de afschaffing van een materiële-reciprociteitstoets mogen meemaken.[32]

782. ***TRIPs-Overeenkomst.*** Ook de in het kader van de Wereldhandelsorganisatie ('WTO') totstandgekomen TRIPs-Overeenkomst van 15 april 1994, die onder meer verplicht tot naleving van het Verdrag van Parijs en de Berner Conventie, is niet aangegrepen om de materiële-reciprociteitstoetsen af te schaffen.[33] Integendeel, zij bestendigt hen. Immers, artikel 3 lid 1 van de TRIPs-Overeenkomst verbiedt weliswaar discriminatie, maar maakt daarbij een voorbehoud voor de uitzonderingen die door een aantal verdragen – waaronder de Berner Conventie en het Verdrag van Parijs – worden toegelaten.[34]

783. ***Andere non-discriminatiebeginselen.*** Wel hebben de materiële-reciprociteitstoetsen aan belang ingeboet door non-discriminatiebeginselen in andere regelingen. Met name het Europese non-discriminatiebeginsel, zo zal in dit hoofdstuk blijken, is in dit verband van belang.

---

31 Vgl. Verkade in (alinea 3 van) zijn annotatie onder HR 26 mei 2000, *NJ* 2000, 671 (Cassina/Jacobs). Cynisch over deze hoop Drexl 1990, p. 153, die stelt dat wat men in eigen land niet krijgt, ook niet snel in het buitenland wordt verwacht.

32 De vraag naar de wenselijkheid van de materiële-reciprociteitstoetsen komt nog aan de orde in par. 8.2.2. Het onderhavige hoofdstuk 6 betreft het geldende recht.

33 Over de TRIPs-Overeenkomst, zie alinea 14 hiervoor.

34 Art. 3 lid 2 voegt hier nog een anti-misbruik bepaling aan toe, die in de praktijk van de materiële-reciprociteitstoetsen weinig te betekenen heeft. Voorts zondert de meestbegunstigingsclausule van art. 4 onder meer de Berner materiële-reciprociteitstoetsen uit (onder b). Dat is, vanuit de gedachte in art. 3 dat deze toetsen worden gesauveerd, logisch. Zonder dat voorbehoud zou immers, zodra de toepassing van een materiële-reciprociteitstoets achterwege wordt gelaten vis-à-vis auteurs uit één ander WTO-land, die vrijstelling ook moeten worden verleend aan auteurs uit alle andere WTO-landen. Aangezien een overgrote meerderheid van de Berner Unielanden is aangesloten bij de (WTO en dus ook bij de) TRIPs-Overeenkomst, zou de speelruimte voor de Berner materiële-reciprociteitstoetsen zonder dit voorbehoud vergaand worden gemarginaliseerd. Dit laatste doet zich in beginsel wél voor in het kader van de materiële-reciprociteitstoetsen in het Verdrag van Parijs en de Schikking van Madrid omdat zij in art. 4 niet worden uitgezonderd (althans niet uitdrukkelijk: uitzondering lijkt mogelijk via de bepaling onder d). Bij de materiële-reciprociteitstoets in de Schikking van Madrid kan het probleem zich echter niet voordoen, omdat deze toets verplicht moet worden toegepast. Over de materiële-reciprociteitstoets in het Verdrag van Parijs, zie par. 6.4.

6.2.2. Reciprociteit en de reciprociteitstoets

784. ***Inleiding.*** De uitzonderingen die de verdragen op hun non-discriminatiebeginselen maken, zijn, als gezegd, materiële-reciprociteitstoetsen. Reciprociteit is glibberige materie waarvoor nog geen duidelijk en algemeen aanvaard begrippenkader bestaat. Aan verwarring is op dit terrein dan ook geen gebrek. Voor een goed begrip van de materiële-reciprociteitstoetsen in de verdragen is het daarom dienstig om eerst enkele algemene verkenningen te maken, waarmee tegelijk – ter vermijding van misverstanden – een begrippenkader wordt ontwikkeld. Eerst bezien wij het verschijnsel reciprociteit (par. (a)), dan de reciprociteitstoets in haar algemeenheid (par. (b)) en ten slotte de verhouding tussen reciprociteit en het beginsel van nationale behandeling (par. (c)).

a. Reciprociteit

785. ***Reciprociteit.*** Het begrip 'reciprociteit' (ook wel: wederkerigheid) klinkt tegenwoordig alleen nog vertrouwd in volkenrechtelijke oren, net als het nauw verwante begrip 'vergelding'. In het (internationaal) privaatrecht zijn deze verschijnselen vrijwel uitgestorven, zeker in Europa. Dat is wel anders geweest: ooit was reciprociteit een algemeen en zeer gebruikelijk verschijnsel in het (internationaal) privaatrecht.[35] Bij de vorming van het internationale intellectuele-eigendomsrecht, zo hebben wij gezien in Deel I, heeft reciprociteit een cruciale rol gespeeld, en haar rol is nog immer niet uitgespeeld: tot op de dag van vandaag speelt reciprociteit een rol in deze tak van het recht. Voor deze studie is een goed begrip van reciprociteit derhalve onontbeerlijk.

786. In het (internationaal) privaatrecht wordt met reciprociteit gedoeld op het verschijnsel dat – abstract gezegd – een staat de behandeling die hij in een bepaalde (internationaal) privaatrechtelijke kwestie geeft aan een element uit een vreemde staat, afhankelijk maakt van de behandeling van deze kwestie door deze vreemde staat.[36] Bijvoorbeeld: wij erkennen alleen vonnissen uit een vreemde staat indien onze vonnissen in die staat worden erkend. Of: indien onze onderdanen in de vreemde staat niet worden vrijgesteld van de cautio iudicatum solvi, dan worden de onderdanen van die staat in ons land daarvan ook niet vrijgesteld.

787. Het gaat dus om een rechtseis, een voorwaarde voor een bepaalde behandeling, een voorwaarde voor toepassing van een of meer bepaalde rechtsregels. Men spreekt dan ook van een reciprociteitsvoorwaarde. In deze studie wordt, wanneer in een bepaalde kwestie reciprociteit bij wijze van uitzondering op een algemeen non-discriminatiebeginsel wordt geëist, ook wel gesproken van een reciprociteitsuitzondering. Voorts worden in deze studie de reciprociteitsvoorwaarde en de reciprociteitsuitzondering geschaard onder het algemenere begrip 'reciprociteits-

35 Kosters/Dubbink 1962, p. 427.
36 Vgl. Lagarde 1978, p. 111.

toets'. Daarnaast spreekt men ook wel over reciprociteit als *rechtstoestand*: er is dan op een bepaald gebied sprake van gelijkheid van regels of rechtstoepassing in twee landen in aangelegenheden, waarbij beide landen betrokken zijn.[37]

788. Een reciprociteitstoets kan eenzijdig door een nationale wetgever worden gestipuleerd; zij kan ook door twee of meer staten in een verdrag worden overeengekomen.[38]

789. In de praktijk wordt de reciprociteitstoets gebruikt als een soort 'straf' tegen een vreemde staat: men verleent een bepaald element van de vreemde staat pas een bepaalde gunstige behandeling indien of voor zover de vreemde staat in de spiegelbeeldige situatie deze behandeling ook toepast. Quid pro quo: voor wat hoort wat.[39] Aldus wordt de vreemde staat geconfronteerd met zijn eigen – inferieur geachte – behandeling. Daarmee schuilt in de reciprociteitstoets een element van bestraffing.[40]

790. ***Vergelding.*** De reciprociteitstoets is dan ook nauw verwant met vergelding. Beide figuren komen voort uit dezelfde bestraffingsgedachte.[41] Het verschil schuilt niet zozeer in het doel als wel in de methode en de uitgangspositie. De reciprociteitstoets vormt een ('geautomatiseerde') voorwaarde-vooraf, volgens welke een bepaalde gunstige behandeling pas dan wordt verleend, indien of voor zover blijkt dat de vreemde staat dezelfde behandeling toepast. De uitgangspositie is dus een inferieure behandeling. Ingeval van vergelding is de gunstige behandeling de uitgangspositie. Het is deze gunstige behandeling die normaliter wordt toegepast. Blijkt echter dat de vreemde staat een benadelende behandeling toepast, dan kan deze worden afgestraft met een vergeldingsmaatregel. Vergelding vindt dus achteraf plaats en meer op incidentele basis. Zij draagt duidelijker het karakter van een strafmaatregel.

791. ***Retorsie en represaille.*** In het volkenrecht wordt vergelding onderscheiden in retorsie en represaille.[42] Van retorsie is sprake indien een staat een benadelen-

---

37 Vgl. Kosters/Dubbink 1962, p. 423.

38 In dit verband figureren de termen 'réciprocité législative' en 'réciprocité diplomatique' (vgl. Niboyet 1936, p. 286). Men zij er op bedacht dat aan deze begrippen ook geheel andere invullingen worden gegeven; men vergelijke bijvoorbeeld Bureau de l'Union, *DdA* 1907 (*Réciprocité*), p. 42; Troller 1950, p. 278; Troller 1952, p. 17; Kosters/Dubbink 1962, p. 425; Majoros 1971, p. 56-57.

39 De uitdrukking 'quid pro quo' karakteriseert de reciprociteitstoets beter dan de ook wel eens gebezigde uitdrukking 'do ut des' (zie bijvoorbeeld Ruffini 1927, p. 526). Er wordt immers niet gegeven *opdat* de ander geeft, er wordt pas gegeven *indien* de ander ook geeft.

40 In de praktijk wordt reciprociteit slechts in deze –negatieve– zin ingezet: de behandeling wordt slechts afhankelijk gesteld van de behandeling door de vreemde staat voor zover die behandeling inferieur is aan de eigen behandeling. Is de behandeling door de vreemde staat daarentegen superieur aan de eigen behandeling, dan wordt in de praktijk altijd alleen de eigen behandeling toegepast. Afhankelijkheid in positieve zin is dus een theoretische aangelegenheid. Vgl. Lagarde 1978, p. 112-113.
Terzijde: ook in het zojuist genoemde voorbeeld van de cautio iudicatum solvi schuilt, in tegenstelling tot hetgeen Kosters/Dubbink 1962, p. 423-424 lijken te suggereren, een element van bestraffing. Immers: positief of negatief geformuleerd, feit blijft dat de vreemdeling van een gunstige behandeling verstoken blijft indien zijn vaderland deze behandeling niet toepast.

41 Walker 1934, p. 271 met verdere verwijzingen.

42 Kosters/Dubbink 1962, p. 423; Kooijmans/Brus, Blokker & Senden 2008, p. 149 e.v.

de maar rechtmatige daad (c.q. behandeling) stelt tegenover een benadelende daad van een andere staat. Van een represaille is sprake indien de benadelende daad van de andere staat wordt beantwoord met een benadelende daad die op zichzelf genomen onrechtmatig is. Het (internationaal) privaatrecht kent geen represailles, maar wel – ook al is het zeldzaam – retorsie.[43] Ook in ons aandachtsveld treft men retorsie aan, namelijk in artikel 6 van de Berner Conventie. Retorsie laten wij voorlopig rusten, wij concentreren ons in deze paragraaf op de reciprociteitstoets.

b. De reciprociteitstoets in het algemeen

792. ***Aspecten.*** Hoe ziet de reciprociteitstoets er in haar grondvorm uit? Wij kunnen te dien aanzien een aantal aspecten onderscheiden. Daarbij is in deze studie een nieuw, eigen begrippenkader ontwikkeld omdat in dit verband nog geen duidelijk en algemeen aanvaard begrippenkader bestaat. De te onderscheiden aspecten zijn:
– de 'behandeling': de aan reciprociteit onderworpen rechtsregel (par. (i));
– het 'vreemde element' en het 'referentieland' (par. (ii));
– het 'referentiepunt' (par. (iii));
– de toetsing en de techniek: de soort reciprociteit (par. (iv)).

(i) De behandeling: de aan reciprociteit onderworpen rechtsregel

793. ***Behandeling.*** Het eerste aspect betreft de behandeling, de rechtsregel(s) waar de reciprociteitstoets betrekking op heeft. Hier is sprake van een grote diversiteit. Reciprociteitstoetsen kunnen op uiteenlopende rechtsgebieden binnen het privaatrecht worden ingezet. Zo kwamen al voorbeelden aan de orde uit het erkenningsrecht (een vonnis uit een vreemde staat wordt alleen erkend indien nationale vonnissen in de desbetreffende vreemde staat worden erkend) en het procesrecht (cautio iudicatum solvi). Vaak gaat het evenwel om materieel recht – zo bepaalt artikel 7 lid 8 van de Berner Conventie bijvoorbeeld dat de beschermingsduur van een vreemd werk in beginsel niet langer is dan de in zijn eigen land vastgestelde duur. Wanneer de reciprociteitstoets de privaatrechtelijke rechtspositie van vreemdelingen (vreemde werken) ten opzichte van eigen onderdanen (eigen werken) vormgeeft, is sprake van een vreemdelingenrechtelijke rechtsfiguur.[44]

---

43 Kosters/Dubbink 1962, p. 423.

44 Let wel: een reciprociteitstoets is dus niet noodzakelijkerwijs een vreemdelingenrechtelijke rechtsfiguur (zo is de reciprociteitsvoorwaarde waaraan de erkenning van een vreemd vonnis is onderworpen, geen vreemdelingenrecht). Dit wordt wel eens uit het oog verloren.
Terzijde: al vaker in deze studie kwam aan de orde dat in het internationale intellectuele-eigendomsrecht vreemdelingenrecht niet alleen op personen, maar ook op bijvoorbeeld werken betrekking kan hebben, zie par. 1.1.1.

(ii) Het vreemde element en het referentieland

794. ***Element en referentieland.*** Het tweede aspect van de reciprociteitstoets betreft het vreemde 'element' en het 'referentieland'. De reciprociteitstoets reguleert de behandeling van een 'element' van een vreemde staat. Dit element kan een onderdaan van die staat zijn, een werk van letterkunde of kunst dat in die staat is ontsprongen, een in die staat geregistreerd schip of voertuig, een in die staat gewezen rechterlijk vonnis, enz. De desbetreffende vreemde staat – het herkomstland van het vreemde element – wordt in deze studie ook wel aangeduid als het 'referentieland'.

(iii) Het referentiepunt

795. ***Referentiepunt.*** Het derde aspect van de reciprociteitstoets betreft het 'referentiepunt'. De reciprociteitstoets neemt de behandeling van het 'referentiepunt' door het referentieland in het vizier. Gewoonlijk is het referentiepunt het gelijke element uit eigen land – een voor de hand liggende keuze gelet op het quid-pro-quo-karakter van de reciprociteitstoets. Land A erkent alleen vonnissen uit land B, indien land B de vonnissen uit land A erkent; in land A is de behandeling van onderdanen uit land B afhankelijk van de behandeling van A's onderdanen in land B. In deze voorbeelden vormen het A-vonnis respectievelijk de A-onderdaan dus het referentiepunt. Het is echter niet een noodzakelijk gegeven dat het gelijke element uit het eigen land tot referentiepunt wordt genomen. Binnen het kader van de Berner Conventie, zo komt nog aan de orde, is de keuze van een referentiepunt bijvoorbeeld indifferent.[45]

(iv) Toetsing en techniek: de soort reciprociteit

796. ***Terminologie.*** Naar toetsing en techniek kunnen reciprociteitstoetsen in formele en materiële toetsen worden verdeeld, waarbij materiële-reciprociteitstoetsen kunnen worden onderverdeeld in relatieve en absolute. Hier is een waarschuwing op haar plaats: van een vaststaande terminologie is op dit punt geen sprake.[46] In deze studie worden reciprociteitstoetsen als volgt onderscheiden.

797. ***Formele-reciprociteitstoets.*** Een formele-reciprociteitstoets betreft alleen de vraag of sprake is van gelijke behandeling. Ingevolge deze toets wordt het vreemde element gelijk het nationale element behandeld, indien dat nationale element

---

45 Zie hierover nader par. 6.3.1 onder (a).

46 Vgl. in dit verband Von Bar 1889, Bd. I, p. 286, noot 23; Bureau de l'Union, *DdA* 1907 (*Réciprocité*), p. 42; Bureau de l'Union, *DdA* 1930, p. 58; Walker 1934, p. 272; Nussbaum 1932, p. 77; Niboyet 1936; Ostertag 1940, p. 42; Hoffmann 1940, p. 76; Hoffmann 1941; Schnitzer 1950, p. 250; Troller 1950, p. 278; Troller 1952, p. 17 en p. 151; Baum 1951, p. 115 e.v.; Kosters/Dubbink 1962, p. 423-436; Goldman 1963; Franx 1965, p. 289; Desbois 1965, p. 83; Boytha 1968, p. 42; Boytha 1988, p. 403; Majoros 1971, p. 57-58; Walter 1973, p. 121 e.v.; Drexl 1990, p. 20 en p. 43-44.

door het referentieland gelijk diens nationale element wordt behandeld.[47] De formele-reciprociteitstoets legt geen inhoudelijke toets aan; het resultaat van de behandeling in het referentieland blijft buiten beschouwing. Mogelijk is die behandeling inferieur aan de nationale behandeling, maar dat doet niet terzake. Het gaat er enkel om of het referentieland het nationale element behandelt gelijk zijn eigen element.

798. Formele-reciprociteitstoetsen hebben vaak betrekking op de behandeling van vreemdelingen: wij behandelen uw onderdanen gelijk de onze, indien u onze onderdanen gelijk de uwe behandelt. Een dergelijke formele-reciprociteitstoets is een vreemdelingenrechtelijke rechtsfiguur: zij bepaalt immers de privaatrechtelijke rechtspositie van vreemdelingen ten opzichte van de eigen onderdanen. Zij is dan de reciprociteitsvoorwaarde waaraan een (vreemdelingenrechtelijke regel, namelijk het) non-discriminatiebeginsel is onderworpen.[48]

799. Let wel: het non-discriminatiebeginsel in het beginsel van nationale behandeling van de Berner Conventie en het Verdrag van Parijs is *niet* aan een formele-reciprociteitsvoorwaarde onderworpen.[49] De aangesloten landen zijn immers tot non-discriminatie gehouden, óók in het geval dat een van hen in strijd met dat non-discriminatiebeginsel handelt. Het non-discriminatiegebod van de verdragen is onvoorwaardelijk. Iets anders is dat het non-discriminatiebeginsel van de beide verdragen formele reciprociteit als *rechtstoestand* meebrengt: het maakt de vreemdelingenrechtelijke toestand in de aangesloten landen immers, binnen het toepassingsgebied van de verdragen, eender.[50]

800. ***Materiële-reciprociteitstoets.*** Naast de formele-reciprociteitstoets is er de materiële-reciprociteitstoets. Zij stelt een andere eis, zij stelt de behandeling van het vreemde element afhankelijk van het materiële resultaat van de behandeling van het referentiepunt in het referentieland. In dit verband kan men twee soorten materiële-reciprociteitstoetsen onderscheiden: relatieve en absolute.

801. ***Relatieve materiële-reciprociteitstoets.*** Een relatieve materiële-reciprociteitstoets stelt de behandeling van het vreemde element naar beneden toe bij – naar het inferieure niveau van de behandeling die het referentieland aan het referentiepunt geeft. Een bekend voorbeeld betreft de beschermingsduur van werken van

47 Het referentiepunt van een formele-reciprociteitstoets is derhalve het eigen nationale element; het is niet zinvol om het element van het referentieland als referentiepunt te nemen.

48 Het desbetreffende non-discriminatiebeginsel heeft op zijn beurt betrekking op bepaalde rechtsregels – dat kunnen regels van intern materieel recht zijn, maar ook bijvoorbeeld conflictregels. In dat laatste geval stipuleert de formele-reciprociteitstoets dat ten aanzien van een vreemdeling dezelfde conflictregel wordt toegepast als ten aanzien van een eigen onderdaan, indien het vaderland van de vreemdeling bij de toepassing van zijn conflictregel geen onderscheid maakt tussen zijn eigen onderdanen en de onze. Het is verwarrend om, zoals wel eens gebeurt, in dit verband over 'conflictenrechtelijke reciprociteit' te spreken: de reciprociteitstoets heeft immers betrekking op de vreemdelingenrechtelijke 'schil' rond de conflictregel, niet op de conflictregel zelf.

49 Zie ook Ladas 1938, p. 266 en p. 365.

50 Op dit punt treft men nog wel eens verwarring aan, zie bijvoorbeeld Baum 1949, p. 10, en Walter 1973, p. 121, noot 3.

letterkunde en kunst. Land A kent een beschermingsduur van 70 jaar na de dood van de auteur, land B 50 jaar. Heeft land A de beschermingsduur aan een relatieve materiële-reciprociteitstoets onderworpen, dan wordt een werk uit land B in land A slechts 50 jaar beschermd. Het beschermingsniveau wordt ingekort tot – gerelateerd aan – het inferieure niveau in land B.

802. ***Absolute materiële-reciprociteitstoets*.** Een absolute materiële-reciprociteitstoets stelt daarentegen inhoudelijke eisen aan de behandeling van het referentiepunt door het referentieland. Deze eisen kunnen variëren van streng (bijvoorbeeld de eis van een identiek of equivalent resultaat) tot mild (bijvoorbeeld een lage ondergrens). Is aan de eisen voldaan, dan wordt de aan reciprociteit onderworpen regel toegepast; is niet aan de eisen voldaan, dan blijft toepassing van de regel geheel achterwege. In de absolute variant gaat het om alles of niets.

803. Vaak worden materiële-reciprociteitstoetsen gebruikt om de privaatrechtelijke rechtspositie van vreemdelingen ten opzichte van eigen onderdanen vorm te geven: uw onderdaan geniet in ons land alleen een bepaald recht, indien onze onderdaan in uw land datzelfde recht geniet. Dergelijke voorwaarden zijn dus vreemdelingenrechtelijke rechtsfiguren. Let wel: dat zo'n voorwaarde zelf tot het vreemdelingenrecht behoort, betekent niet dat zij zich richt op de vreemdelingenrechtelijke behandeling van het referentiepunt in het referentieland. Zij richt zich immers op het *materiële resultaat* van de behandeling van het referentiepunt in dat land. Dat laat overigens onverlet dat indien men, zoals voor de hand ligt, de eigen onderdaan als referentiepunt neemt, eventuele vreemdelingenrechtelijke achterstelling meteen wordt meegewogen.

c. Reciprociteit en het beginsel van nationale behandeling

804. ***Verwarring*.** Terzijde volgen nog enkele opmerkingen over reciprociteit en het beginsel van nationale behandeling, omdat daarover verwarring bestaat. Zo stellen sommige auteurs het beginsel van nationale behandeling en formele reciprociteit op een lijn.[51] Anderen stellen dat het beginsel van nationale behandeling niet aan enige reciprociteitstoets is onderworpen.[52] De verwarring in dit debat wordt mede veroorzaakt door gebrek aan terminologische eenstemmigheid.[53] Zo definieert bijvoorbeeld Troller 'formele reciprociteit' als de reciprociteitsvoorwaarde die eist dat het referentieland bescherming verleent, zonder dat aan de kwaliteit van die bescherming eisen worden gesteld.[54] Die definitie zaait verwarring.[55] Een formele-reciprociteitsvoorwaarde wordt immers doorgaans opgevat als – kort gezegd – de voorwaarde dat het referentieland bij de toepassing van bepaalde rechtsregels

51 Vgl. Majoros 1971, p. 58; Walter 1973, p. 121, noot 3, en p. 122, noot 7-8; Ostertag 1940, p. 42; Baum 1949, p. 10 (zie echter Baum 1951, p. 116). Goldbaum 1928, p. 40, lijkt zelfs materiële reciprociteit te eisen.
52 Zie onder meer Hoffmann 1940, p. 76; Hoffmann 1941, p. 149.
53 Troller 1952, p. 17.
54 Troller 1950, p. 277-278; Troller 1952, p. 17.
55 Majoros 1971, p. 57-58; Walter 1973, p. 121.

vreemdelingen niet discrimineert, waarbij het materiële resultaat van de toepassing van die rechtsregels buiten beschouwing blijft.[56] Het verschil met de definitie van Troller wordt duidelijk in het volgende voorbeeld. Stel dat het referentieland in het geheel geen bescherming kent.[57] In het gangbare formele-reciprociteitsconcept is in dat geval aan de reciprociteitsvoorwaarde voldaan: de vreemde wet maakt immers geen onderscheid tussen nationale en vreemde elementen; beide worden op dezelfde voet niet beschermd. In Trollers formele-reciprociteitsconcept is echter niet aan de voorwaarde voldaan: de vreemde wet kent immers geen bescherming. Trollers eis dat in referentieland bescherming moet worden verleend, is dus een inhoudelijke eis. Baum merkt dan ook terecht op dat in Trollers definitie van formele reciprociteit een materieel element is binnengeslopen.[58]

805. In deze paragraaf worden vragen over reciprociteit in verband met het beginsel van nationale behandeling onderzocht aan de hand van het in de vorige paragraaf ontwikkelde begrippenkader.

(i) Het beginsel van nationale behandeling sec

806. ***Beginsel van nationale behandeling sec.*** Nationale behandeling betekent niet meer dan dat de nationale wet ook toepasselijk is op vreemde auteurs, werken, uitvinders, enz. en dat deze niet mogen worden achtergesteld ten opzichte van nationale auteurs, werken, uitvinders, enz. Op zichzelf genomen is het beginsel van nationale behandeling dus niet aan enige reciprociteitstoets onderworpen. Een voorbeeld is het Franse Decreet van 1852 waarin eenzijdig en onvoorwaardelijk nationale behandeling van vreemde werken werd afgekondigd.[59] Aldus werd het toepassingsbereik van de nationale wet uitgebreid tot vreemde werken zonder dat daaraan een reciprociteitsvoorwaarde werd verbonden. Het beginsel van nationale behandeling heeft op zichzelf genomen dus niets met reciprociteit te maken; dat geldt zowel voor zijn conflictregel, als voor zijn non-discriminatiebeginsel.

(ii) Het beginsel van nationale behandeling onder reciprociteitsvoorwaarde

807. ***Beginsel van nationale behandeling onder reciprociteitsvoorwaarde.*** Eenzijdig afgekondigde, onvoorwaardelijke nationale behandeling, zoals in het Franse Decreet, was evenwel een uitzondering. Meestal werd het beginsel van nationale behandeling in de nationale wet slechts afgekondigd ‘onder de voorwaarde van wederkerigheid’: het toepassingsbereik van onze wet wordt gelijkelijk uitgebreid tot werken uit een vreemd land, mits het toepassingsbereik van de desbetreffende vreemde wet gelijkelijk wordt uitgebreid tot onze werken.

---

56 Zie par. 6.2.2 onder (b).
57 Dat is overigens een situatie die zich onder de vigeur van de Berner Conventie niet kan voordoen omdat de conventie zelf een bodem van eenvormig materieel auteursrecht legt (het ius conventionis).
58 Baum 1951, p. 116.
59 Zie par. 1.2.1.

808. ***Hedendaagse begrippen.*** Naar hedendaagse begrippen ontleed, betekent dat dat de toepassing van de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling is onderworpen aan een inhoudelijke voorwaarde, namelijk de voorwaarde dat in het referentieland dezelfde conflictregel wordt toegepast. De conflictregel in het beginsel van nationale behandeling is dus onderworpen aan een absolute materiële-reciprociteitsvoorwaarde.[60] Daarentegen is de vreemdelingenrechtelijke regel in het beginsel van nationale behandeling, het non-discriminatiebeginsel, aan een formele-reciprociteitstoets onderworpen. Op dit punt wordt immers niet méér gevraagd dan non-discriminatie door het referentieland; de inhoud van het vreemde recht blijft buiten beschouwing.

809. ***Toenmalige begrippen.*** Aldus ontwaren wij in de reciprociteitsvoorwaarde waaraan het beginsel van nationale behandeling in de negentiende-eeuwse nationale wetten dikwijls was onderworpen, naar hedendaagse begrippen twee vormen van reciprociteit: een formele-reciprociteitsvoorwaarde voor wat betreft het non-discriminatiebeginsel en een absolute materiële-reciprociteitsvoorwaarde voor wat betreft het conflictenrecht. Destijds zal de reciprociteitsvoorwaarde betreffende het beginsel van nationale behandeling evenwel niet zo zijn geanalyseerd. Vreemdelingenrecht en conflictenrecht in het beginsel van nationale behandeling werden immers niet duidelijk onderscheiden. Bovendien was toepassing van dezelfde conflictregel zonder meer vanzelfsprekend gelet op de hegemonie van het formele-territorialiteitsbeginsel in het toenmalige conflictenrecht; hier was een reciprociteitsvoorwaarde feitelijk overbodig. In negentiende-eeuwse ogen zal bovenstaande analyse daarom vergezocht zijn geweest en was het beginsel van nationale behandeling simpelweg "aan wederkerigheid onderworpen." Vanuit hedendaags perspectief leert deze analyse ons evenwel dat, waar het beginsel van nationale behandeling aan de voorwaarde van reciprociteit is onderworpen, men niet louter over formele reciprociteit kan spreken.

(iii) Het beginsel van nationale behandeling in verdrag

810. ***Verdragsrechtelijke context.*** Bovenstaande opmerkingen regarderen het beginsel van nationale behandeling in de nationale context: eenzijdig in de nationale wet afgekondigd, al dan niet onder "de voorwaarde van wederkerigheid." Zoals wij in Deel I hebben gezien, werd het beginsel van nationale behandeling later in de negentiende eeuw ook bij verdrag overeengekomen. Wij zagen reeds dat dit beginsel het fundament was van veruit de meeste intellectuele-eigendomsrechtelijke verdragen in de negentiende eeuw, zowel van de bilaterale verdragen ('conventions pour la garantie réciproque de la propriété littéraire et artistique'), alsook van de Berner Conventie en het Verdrag van Parijs.

---

60 Van formele reciprociteit is hier geen sprake: dan zou de reciprociteitstoets immers ook zijn vervuld indien het referentieland een andere conflictregel kent en die gelijkelijk toepast ten aanzien van nationale en vreemde werken.

811. ***Beginsel van nationale behandeling in verdrag.*** Waar toepassing van het beginsel van nationale behandeling bij verdrag wordt voorgeschreven, is nationale behandeling een verplichting die voortvloeit uit een verdrag. Bij de toepassing van die verdragsregel zijn reciprociteitstoetsen niet toegelaten, tenzij het verdrag anders bepaalt. De Berner Conventie en het Verdrag van Parijs schrijven onvoorwaardelijke nationale behandeling voor.[61] Tenzij uitdrukkelijk toegelaten, zijn reciprociteitstoetsen derhalve uitgesloten en bovendien ook in strijd met het onafhankelijkheidsbeginsel. Wordt derhalve in een Unieland het beginsel van nationale behandeling geschonden, dan verandert dat niets aan de verplichting tot nationale behandeling in de andere Unielanden. Zo mogen werken uit een bij de Berner Conventie aangesloten land niet worden achtergesteld in de andere Unielanden omdat in hun land van oorsprong achterstelling plaatsvindt. Het beginsel van nationale behandeling in de Berner Conventie en het Verdrag van Parijs is derhalve niet aan enige reciprociteitstoets onderworpen.[62]

812. ***Verdragsrechtelijke reciprociteit.*** Wel is er sprake van reciprociteit in geheel andere – tamelijk vanzelfsprekende – zin. Bij verdrag worden immers meestal tussen de verdragsluitende staten wederkerig rechten en plichten gevestigd. Deze vorm van reciprociteit heeft echter betrekking op de rechtsverhouding van staten, terwijl de tot dusver behandelde reciprociteit betrekking heeft op de inhoud der regels.[63] Ingeval van de Berner Conventie en het Verdrag van Parijs hebben de verdragsluitende staten zich tegenover elkaar verplicht tot nationale behandeling van door de hen beschermde intellectuele-eigendomsrechten; maar dat betekent niet dat bij de toepassing van deze verdragsregel reciprociteit een rol speelt. Dit wordt vaak verward. Zo kan men zich afvragen of Ostertag, waar hij stelt dat 'formele reciprociteit' de grondgedachte van de Berner Conventie is, dit verwart met verdragsrechtelijke reciprociteit.[64] Baum lijkt zijn soortgelijke stelling in die zin te hebben bijgesteld.[65]

813. ***Reciprociteit als rechtstoestand.*** In nog andere zin is er ook sprake van reciprociteit. Door de toepassing van het beginsel van nationale behandeling ontstaat in de Unielanden reciprociteit op vreemdelingenrechtelijk en conflictenrechtelijk vlak. Hier is sprake van reciprociteit als rechtstoestand, niet als rechtseis.[66] Binnen de onderscheidene toepassingsgebieden van de verdragen is de vreemdelingenrechtelijke en de conflictenrechtelijke toestand in de Unielanden immers eender.

---

61 Ten aanzien van het Verdrag van Parijs kan nog worden opgemerkt dat in art. 2 van het ontwerp-Jagerschmidt het woord 'réciproquement' werd gebezigd. Dit werd geschrapt om misverstanden te voorkomen: de verdragsopstellers waren het er over eens dat het beginsel van nationale behandeling niet op enige vorm van reciprociteit berust (Actes VP 1880, p. 33 en p. 35).

62 Zie ook Ladas 1938, p. 365 en p. 266.

63 Zie Kosters/Dubbink 1962, p. 435-436.

64 Ostertag 1940, p. 42: "(...) la pensée fondamentale sur laquelle se repose le système conventionnel. Ce système est celui de la réciprocité dite formelle: un pays contractant protège comme les siennes les œuvres d'un autre pays contractant *uniquement parce que* cet autre pays protège lui aussi comme les siennes les œuvres du premier pays." (cursivering toegevoegd) In zijn kritiek vat Hoffmann 1940, p. 76 dit op als een reciprociteitsvoorwaarde voor toepassing van het beginsel van nationale behandeling. Zie ook Hoffmann 1941, p. 149.

65 Baum 1949, p. 10; Baum 1951, p. 116 (zie ook Troller 1952, p. 151).

66 Vgl. Kosters/Dubbink 1962, p. 423. Zie ook alinea 787 hiervoor.

814. Tot zover enkele algemene verkenningen over reciprociteit en de reciprociteitstoets. Thans richt het onderzoek zich op de materiële-reciprociteitstoetsen in de Berner Conventie (par. 6.3), en op de materiële-reciprociteitstoetsen in het Verdrag van Parijs en de Schikking van Madrid (par. 6.4). De Berner Conventie voert daarbij de boventoon: zij bevat de meeste materiële-reciprociteitstoetsen, bovendien zijn haar toetsen gecompliceerder.

6.3. De materiële-reciprociteitstoetsen in de Berner Conventie nader beschouwd

815. ***Plan van behandeling.*** De Berner Conventie kent vier materiële-reciprociteitstoetsen, die alle een uitzondering vormen op haar non-discriminatiebeginsel. Daarnaast kent de conventie ook nog een andere uitzondering op haar non-discriminatiebeginsel, te weten een retorsiebepaling; zij is geen materiële-reciprociteitstoets, maar zij vormt wel een uitzondering op het non-discriminatiebeginsel, en wordt daarom ook behandeld in deze paragraaf. Tezamen genomen is deze paragraaf als volgt opgebouwd:

– algemene aspecten van de Berner materiële-reciprociteitsuitzonderingen (par. 6.3.1), te weten de vormgeving van deze uitzonderingen (par. (a)) en de interferentie met het Europese non-discriminatiebeginsel (par. (b));
– de materiële-reciprociteitsuitzondering inzake de beschermingsduur in artikel 7 lid 8 (par. 6.3.2);
– de materiële-reciprociteitsuitzondering inzake werken van toegepaste kunst in artikel 2 lid 7 (par. 6.3.3.);
– de materiële-reciprociteitsuitzondering inzake het volgrecht in artikel 14ter lid 2 (par. 6.3.4);
– de materiële-reciprociteitsuitzondering inzake het voorbehoud met betrekking tot het vertaalrecht in artikel 30 lid 2 onder b (par. 6.3.5); en
– de retorsie-bepaling in artikel 6 (par. 6.3.6).

6.3.1. Algemene aspecten van de Berner materiële-reciprociteitsuitzonderingen

a. Vormgeving van de Berner materiële-reciprociteitsuitzonderingen

816. ***Inleiding.*** Hiervoor in par. 6.2.2 werd de reciprociteitstoets in haar grondvorm onderzocht. In de onderhavige paragraaf komt de vraag aan de orde hoe de Berner reciprociteitstoetsen zijn vormgegeven – wat is het vreemde element dat zij discrimineren, wat is het referentieland en wat is het referentiepunt?

817. ***Vreemde element.*** Het vreemde element dat door drie van de vier Berner materiële-reciprociteitsuitzonderingen wordt gediscrimineerd, is het vreemde

werk.[67] De conventie dicht ieder werk waarover zij zich ingevolge artikel 3 en 4 ontfermt, een land van oorsprong toe, zulks aan de hand van – primair – de plaats van eerste publicatie (artikel 5 lid 4).[68] Dit land beschouwt zij als het 'vaderland' van het werk. Het werk draagt als het ware de nationaliteit van het land van oorsprong en daarmee is de vreemdheid van het werk in de andere Unielanden gedefinieerd. Het referentieland van deze materiële-reciprociteitsuitzonderingen is dus het land van oorsprong.[69] Eén materiële-reciprociteitsuitzondering in de Berner Conventie discrimineert een ander vreemd element, namelijk de vreemde auteur.[70] Het referentieland van deze materiële-reciprociteitsuitzondering is dus het vaderland van de auteur.

818. ***Geen andere of verdere discriminatie.*** Aldus neemt iedere materiële-reciprociteitsuitzondering een vreemd element op de korrel en laat zij discriminatie van dat vreemde element toe. Andere of verdere discriminatie staat zij niet toe.

819. ***Type 1: discriminatie vreemd werk.*** De materiële-reciprociteitsuitzonderingen die het vreemde werk discrimineren, doen dat derhalve óók indien dit werk door een nationale auteur is gemaakt.[71]

820. Een voorbeeld. Een Nederlandse auteur publiceert zijn werk voor het eerst in een ander Unieland. Vervolgens roept hij bij de Nederlandse rechter de bescherming in Nederland in. Dit werk geldt in Nederland als een vreemd werk; het wordt derhalve getroffen door de materiële-reciprociteitsuitzondering. De Nederlandse auteur die bescherming in Nederland zoekt, wordt dus bij de Nederlandse rechter geconfronteerd met de materiële-reciprociteitsuitzondering – het gaat immers om een vreemd werk.

821. Een ander voorbeeld. De Nederlandse auteur publiceert zijn werk voor het eerst in Nederland en vraagt de Nederlandse rechter om bescherming in een ander Unieland. De Nederlandse rechter past de desbetreffende lex loci protectionis toe, inclusief diens vreemdelingenrecht.[72] Voor die wet geldt het werk als een vreemd werk. Het kan dus gebeuren dat de Nederlandse rechter op grond van de lex loci protectionis de materiële-reciprociteitsuitzondering tegen het werk moet inzetten. Nu wordt de Nederlandse auteur terzake van een Nederlands werk bij de Neder-

---

67 Het gaat om de uitzonderingen inzake de beschermingsduur (art. 7 lid 8), werken van toegepaste kunst (art. 2 lid 7) en het voorbehoud met betrekking tot het vertaalrecht (art. 30 lid 2 onder b, tweede volzin).

68 Zie ook noot 71 van dit hoofdstuk 6.

69 Ziedaar de belangrijkste functie van het land van oorsprong in de Berner Conventie: referentieland voor de materiële-reciprociteitsuitzonderingen.

70 Dit is de uitzondering inzake het volgrecht (art. 14ter). Algemene nationaliteitsrechtelijke problemen die in dit verband kunnen rijzen, zoals bipatridie, apatridie enz. blijven hier buiten beschouwing.

71 Het land van oorsprong van het werk wordt primair gedefinieerd door de eerste publicatie van het werk en niet door de nationaliteit van de auteur (art. 5 lid 4); de nationaliteit van de auteur speelt in dit verband de tweede viool (zij drukt alleen haar stempel op de – praktisch gesproken geringe – verzameling niet gepubliceerde werken of buiten de Unie gepubliceerde werken, art. 5 lid 4 onder c). Een vreemd werk kan derhalve ook door een nationale auteur zijn gemaakt. Dit werd reeds vroeg erkend; zie onder meer Bureau de l'Union, *DdA* 1909 (*Conférence de Berlin*), p. 3; Wauwermans 1910, p. 79-80.

72 Zie par. 5.3.2 onder (a)(iv).

landse rechter geconfronteerd met de materiële-reciprociteitsuitzondering – het gaat immers om bescherming in een ander Unieland, alwaar het Nederlandse werk een vreemd werk is.[73]

822. ***Onderdanen moeten ook worden gediscrimineerd.*** In dergelijke gevallen kan men niet de toepassing van de materiële-reciprociteitsuitzondering achterwege laten omdat de auteur van het vreemde werk een eigen onderdaan is.[74] Dat is immers in strijd met het Berner non-discriminatiebeginsel. De toegelaten uitzondering op het non-discriminatiebeginsel maakt immers alleen discriminatie van vreemde werken mogelijk; andere of verdere discriminaties, zoals wegens de nationaliteit van de auteur, blijven verboden. Zou derhalve de materiële-reciprociteitsuitzondering niet worden aangelegd bij vreemde werken van eigen onderdanen, dan mogen vreemde werken van vreemde auteurs niet worden achtergesteld: de vrijstelling moet ook voor hen gelden, en daarmee is de bodem onder de materiële-reciprociteitsuitzondering weggeslagen. Binnen de door de materiële-reciprociteitsuitzondering toegelaten discriminatie mag derhalve niet worden gediscrimineerd tussen eigen onderdanen en vreemde auteurs.

823. ***Discriminatie tussen vreemde auteurs.*** Binnen de toegelaten discriminatie mag echter wél worden gediscrimineerd tussen vreemde auteurs onderling. Op grond van artikel 20 kunnen Unielanden immers – kort gezegd – onderling regelingen treffen die gunstiger zijn dan de Berner Conventie. Zij kunnen dus de door de conventie toegelaten toepassing van materiële-reciprociteitsuitzonderingen afzweren vis-à-vis elkaars auteurs en/of werken.[75]

824. ***Type 2: discriminatie vreemde auteur.*** Dit alles geldt m.m. ook voor de materiële-reciprociteitsuitzondering die de vreemde auteur discrimineert. Blijft derhalve toepassing van de materiële-reciprociteitsuitzondering vis-à-vis de vreemde auteur achterwege indien het gaat om een nationaal werk, dan mogen vreemde werken van vreemde auteurs niet worden achtergesteld. Ook voor deze werken moet de vrijstelling dan gelden – en dan is de materiële-reciprociteitsuitzondering ondermijnd.[76]

825. ***Referentiepunt.*** Ten slotte het referentiepunt. Gewoonlijk nemen reciprociteitstoetsen het gelijke element uit eigen land tot referentiepunt.[77] Het vreemde element valt dan een bepaalde behandeling ten deel indien het gelijke eigen ele-

---

73 Vgl. alinea 817 hiervoor.

74 Volgens Drexl 1990, p. 136 is een dergelijke handelwijze tegenwoordig de regel.

75 Een voorbeeld van zo'n onderlinge regeling is het Europese non-discriminatiebeginsel, zie nader par. 6.3.1 onder (b). Zo'n bijzondere regeling mag niet in strijd zijn met de Berner Conventie. Zo mogen, zoals zojuist besproken, eigen onderdanen door de regeling niet worden bevoordeeld ten opzichte van auteurs uit derde Unielanden.
Zie in dit verband ook par. 6.2.1 over de uitzondering in de meestbegunstigingsverplichting in art. 4 onder b TRIPs-Overeenkomst.

76 Tussen vreemde werken onderling mag wel worden gediscrimineerd op basis van gunstigere regelingen ex art. 20.

77 Zie par. 6.2.2 onder (b)(iii).

ment in het referentieland ook deze behandeling ten deel valt. Land A erkent bijvoorbeeld alleen vonnissen uit land B, indien land B de vonnissen uit land A erkent. Dit referentiepunt ligt – gelet op het quid-pro-quo-karakter van de materiële-reciprociteitstoets – voor de hand. In de context van de Berner Conventie maakt het echter geen verschil of men het gelijke element uit eigen land of het vreemde element zelf als referentiepunt neemt: het referentieland is als Unieland immers gebonden aan het Berner non-discriminatiebeginsel. Deze elementen mogen daar derhalve niet ongelijk worden behandeld.[78] Unieland A zal dus, vis-à-vis een werk uit Unieland B, voor zijn reciprociteitsuitzondering werken uit Unieland A tot referentiepunt kunnen nemen (dan wordt dus afgestemd op de behandeling van werken uit Unieland A in Unieland B), maar het kan ook werken van Unieland B zelf tot referentiepunt nemen (in dat geval wordt dus afgestemd op de behandeling van werken uit Unieland B in Unieland B zelf) – dit maakt geen verschil omdat Unieland B deze werken gelijk moet behandelen. Men ziet dat de reciprociteitsuitzondering zich in deze omstandigheden dus ook kan richten op de behandeling van het vreemde element in zijn eigen land (het referentieland), of op 'de' behandeling (van Uniegevallen) in het referentieland[79] (en men ziet inderdaad dat de Berner reciprociteitsuitzonderingen weinig oog hebben voor een scherpe identificatie van het referentiepunt).

826. Het is in dit verband bijgevolg onjuist om, indien het element uit eigen land niet (duidelijk) het referentiepunt is, daaruit de conclusie te trekken dat "jede Gegenseitigkeitserwägung"[80] ontbreekt zodat er geen sprake kan zijn van een reciprociteitstoets. Dit is een meermaals gemaakte denkfout.[81]

b. De Berner materiële-reciprociteitsuitzonderingen en het Europese non-discriminatiebeginsel

827. ***Facultatieve toepassing*.** De Berner Conventie stelt de discriminatie door haar materiële-reciprociteitsuitzonderingen niet verplicht: de uitzonderingen op haar

78 Terzijde: het ius conventionis, dat een verschil in behandeling in het referentieland kan meebrengen, is in dit verband niet van belang: het geldt immers ook in eigen land ten aanzien van het vreemde element. Een identificatie van het referentiepunt zou wel relevant zijn indien het referentieland vreemde elementen bevoordeelt – maar dat is een theoretische aangelegenheid (vgl. alinea 774 hiervoor).

79 In dat laatste geval kan ook worden gerefereerd aan de wet van het referentieland: 'de' behandeling in het referentieland wordt immers, gelet op de conventionele conflictregel, beheerst door de wet van het referentieland. Complicaties zijn denkbaar indien het referentieland een niet-Unieland is. Dat zal niet vaak het geval zijn. Het voornaamste referentieland van de conventie, het land van oorsprong, is per definitie immers altijd een Unieland. Is het vaderland van de auteur het referentieland, dan is denkbaar dat het om een niet-Unieland gaat (de verdragsopstellers hebben dat waarschijnlijk over het hoofd gezien, zie alinea 899 hierna). Dat land is niet gebonden aan het Berner beginsel van nationale behandeling: noch aan het non-discriminatiebeginsel, noch aan de conflictregel in dat beginsel. Het eerste kan onder meer worden ondervangen door de eigen auteur als referentiepunt te nemen, vgl. noot 205 van dit hoofdstuk 6. Het tweede betekent dat een referte aan de *wet* van dit referentieland niet noodzakelijkerwijs samenvalt met 'de' behandeling in dat land (denkbaar is immers dat het niet-Unieland een afwijkende conflictenrechtelijke oplossing hanteert waardoor 'de' behandeling in dit land kan worden beheerst door een andere wet dan de wet van het referentieland). Dit is echter een hoogst theoretische aangelegenheid, die hier verder buiten beschouwing blijft.

80 Schneider-Brodtmann 1996, p. 118.

81 Deze denkfout treft men onder meer aan bij Schneider-Brodtmann 1996, p. 118; Knap 1982, p. 237; Troller 1952, p. 158; Troller 1950, p. 281.

non-discriminatiebeginsel zijn facultatief. De Berner Conventie laat de Unielanden derhalve de vrijheid om een of meer materiële-reciprociteitsuitzonderingen niet toe te passen.[82] De in de praktijk belangrijkste uitzonderingen dienen daartoe door de nationale wetgever te worden uitgeschakeld: zij zijn volgens de conventie automatisch van toepassing, tenzij de nationale wetgever anders heeft bepaald. Nederland heeft de toepassing van de Berner materiële-reciprociteitsuitzonderingen, behoudens ingevolge het in deze paragraaf te bespreken Europese non-discriminatiebeginsel, niet afgezworen.[83]

828. ***Non-discriminatiebeginsel art. 12 EG.*** De toepassing van de Berner materiële-reciprociteitsuitzonderingen wordt in Europees verband vrijwel geheel gekanaliseerd.[84] Binnen de werkingssfeer van het EG-Verdrag ketsen deze materiële-reciprociteitsuitzonderingen af op het Europese non-discriminatiebeginsel, dat tegenwoordig is opgenomen in artikel 12 EG.[85] Hierin wordt bepaald dat binnen de werkingssfeer van het EG-Verdrag, en onverminderd de bijzondere bepalingen in dat verdrag, elke discriminatie op grond van nationaliteit is verboden. In de Phil Collins-zaak heeft het Hof van Justitie EG beslist dat het auteursrecht en de naburige rechten onder het werkingssfeer van het EG-Verdrag c.q. het Europese non-discriminatiebeginsel vallen en dat auteurs die onderdaan zijn van een EG-land, of hun rechtsverkrijgenden, zich in ieder ander EG-land rechtstreeks op dit beginsel kunnen beroepen om de aan nationale auteurs voorbehouden bescherming te verkrijgen.[86] Het hof heeft deze beslissing bevestigd in de Ricordi-zaak.[87]

829. ***Art. 20-schikking.*** Dat betekent dat binnen de kring van landen van de Berner Conventie de Europese landen onderling zijn overeengekomen om toepassing van de materiële-reciprociteitsuitzonderingen achterwege te laten.[88] Dat kan worden aangemerkt als een bijzondere schikking in de zin van artikel 20 van de Berner Conventie. Het ligt voor de hand dat, waar materiële-reciprociteitsuitzonderingen zijn verboden, de behoefte aan gelijkmaking van het materiële auteursrecht zich sterker doet gevoelen. En inderdaad zijn door de EG in dit verband harmonisatiemaatregelen genomen.[89]

---

82 Zie ook Wauwermans 1910, p. 90-91; Bureau de l'Union, *DdA* 1910, p. 22; Drexl 1990, p. 128.

83 Aangenomen moet derhalve worden dat de Nederlandse wetgever toepassing van Berner materiële-reciprociteitstoetsen niet strijdig acht met art. 1 Gw. Vgl. ook Staatscommissie IPR, Rapport Algemene Bepalingen 2002, p. 16.

84 Alle landen die behoren tot de Europese Gemeenschap en/of tot de Europese Economische Ruimte, zijn (verplicht) aangesloten bij de Berner Conventie in haar Parijse versie van 1971, zie noot 158 van hoofdstuk 5.

85 Zie ook het analoge non-discriminatiebeginsel in art. 4 EER-Verdrag (*PbEG* 1994, L 1/3), dat in deze studie ter wille van de eenvoud verder buiten beschouwing blijft.

86 HvJ EG 20 oktober 1993, gevoegde zaken nr. C-92/92 (Phil Collins) en nr. C-326/92 (EMI Electrola), *Jur.* 1993, p. I-5145.

87 HvJ EG 6 juni 2002, nr. C-360/00, *Jur.* 2002, p. I-5089 (Ricordi); *GRUR* 2002, p. 689-690.

88 Dit 'voordeel' (namelijk: niet-toepassing van de Berner materiële-reciprociteitstoetsen) behoeft niet óók aan onderdanen van andere WTO-landen te worden verleend, gelet op de uitzondering in art. 4 onder b TRIPs-Overeenkomst; zie par. 6.2.1.

89 In verband met de beschermingsduur Richtlijn 93/98/EEG (*PbEG* 1993, L 290/9), en in verband met het volgrecht Richtlijn 2001/84/EG (*PbEG* 2001, L 272/32); dit komt verder ter sprake in par. 6.3.2 resp. par. 6.3.4.

830. ***Omgekeerde discriminatie toegelaten.*** Het Europese non-discriminatiebeginsel verzet zich er niet tegen dat een in eigen land ontsprongen werk van een nationale auteur slechter wordt behandeld dan een vreemd werk en/of een vreemde auteur.[90] Artikel 12 EG is immers niet van toepassing in zuiver-nationale situaties; het Gemeenschapsrecht vindt dan geen toepassing.[91] Het Europese non-discriminatiebeginsel laat deze 'omgekeerde discriminatie' dus toe.[92]

831. ***Nadere beschouwing.*** Hoe werkt nu – nader beschouwd – het Europese non-discriminatiebeginsel in op de materiële-reciprociteitsuitzonderingen van de Berner Conventie?

832. ***Twee soorten materiële reciprociteit.*** De conventie kent, als gezegd, (i) één materiële-reciprociteitsuitzondering die de vreemde auteur discrimineert, en (ii) materiële-reciprociteitsuitzonderingen die het vreemde werk discrimineren.

833. ***Type 1: discriminatie nationaliteit auteur.*** Eerstgenoemde materiële-reciprociteitsuitzondering discrimineert aan de hand van de nationaliteit van de auteur. Het Europese non-discriminatiebeginsel verbiedt een dergelijke uitzondering: discriminatie van auteurs die onderdaan zijn van een ander EG-land, is immers verboden.[93]

834. ***Type 2: discriminatie nationaliteit werk.*** Voor zover het gaat om materiële-reciprociteitsuitzonderingen die het vreemde werk discrimineren, ligt de zaak iets gecompliceerder. Nu wordt gediscrimineerd aan de hand van de 'nationaliteit' van het werk, niet aan de hand van de nationaliteit van een persoon. Verbiedt artikel 12 EG ook dergelijke discriminatie?

835. ***Tod's-redenering.*** In de Tod's-zaak heeft het Hof van Justitie EG in het kader van de materiële-reciprociteitsuitzondering inzake werken van toegepaste kunst (artikel 2 lid 7 Berner Conventie) geoordeeld dat hier sprake is van indirecte discriminatie, omdat – kort gezegd – auteurs hun werken in de meeste gevallen in hun vaderland voor het eerst publiceren.[94] Voor deze indirecte discriminatie is volgens het hof geen rechtvaardiging te vinden in objectieve omstandigheden, zodat zij is verboden op grond van artikel 12 EG.[95] Het ligt voor de hand dat dit niet alleen geldt voor de materiële-reciprociteitsuitzondering van artikel 2 lid 7, maar ook voor de twee andere materiële-reciprociteitsuitzonderingen die een vreemd werk

90 Zie HR 11 mei 2001, *NJ* 2002, 55 m.nt. J.H. Spoor (Vredestein/Ring 65), r.o. 3.3.3.
91 Kapteyn & VerLoren van Themaat 2008, p. 161-162 en p. 586-587 met verdere verwijzingen.
92 Vgl. alinea 775 hiervoor.
93 HvJ EG 20 oktober 1993, gevoegde zaken nr. C-92/92 (Phil Collins) en nr. C-326/92 (EMI Electrola), *Jur.* 1993, p. I-5145.
94 HvJ EG 30 juni 2005, nr. C-28/04, *Jur.* 2005, p. I-5781 (Tod's/Heyraud), r.o. 18-27 (in r.o. 26: "De auteur van werken die voor het eerst in een lidstaat zijn gepubliceerd, is in de meeste gevallen een onderdaan van deze staat, terwijl de auteur van werken die in een andere lidstaat zijn gepubliceerd, over het algemeen geen onderdaan is van de eerste lidstaat."). Zie ook noot 22 van hoofdstuk 1.
95 r.o. 28-35.

discrimineren.[96] Immers: uitgaande van 's hofs premisse dat auteurs hun werken in de meeste gevallen voor het eerst in eigen land publiceren, is ook hier sprake van indirecte discriminatie; en aangenomen mag worden dat ook hier geen rechtvaardiging voor te vinden is in objectieve omstandigheden. Ergo: ook de materiële-reciprociteitsuitzonderingen die het vreemde werk discrimineren worden verboden door het Europese non-discriminatiebeginsel van artikel 12 EG.

836. ***Alternatieve redenering.*** Die uitkomst berust op de premisse dat auteurs hun werken in de meeste gevallen voor het eerst in eigen land publiceren. Zij had evenwel ook zonder die premisse kunnen worden bereikt, en wel door de volgende redenering (zie ook de tabel met casus in Figuur 3 bij alinea 844 hierna).[97]

837. ***Afbakening probleemgebied.*** Allereerst wordt scherp gesteld op de gevallen waarin de vraag zich voordoet: het probleemgebied. Dit laat zich als volgt afbakenen.

838. In de eerste plaats doet het probleem zich niet voor wanneer het gaat om een werk dat is ontsprongen buiten de EG en dat is gemaakt door een auteur die geen onderdaan is van een EG-land. Die constellatie valt immers buiten de werkingssfeer van het EG-Verdrag. Het Europese non-discriminatiebeginsel verbiedt toepassing van de materiële-reciprociteitsuitzondering in zo'n geval dus niet. Casus 9 in voormelde tabel vormt dus geen probleem. Wordt in zo'n geval inderdaad een materiële-reciprociteitsuitzondering ingezet[98], dan moet zij óók worden ingezet tegen werken van nationale auteurs die buiten de EG zijn ontsprongen. Het Berner non-discriminatiebeginsel laat op zijn beurt immers niet toe dat binnen de toegelaten discriminatie wordt gediscrimineerd tussen nationale auteurs en vreemde auteurs.[99] Casus 3 in de tabel vormt dus ook geen probleem.

839. In de tweede plaats is er geen probleem indien de auteur van het vreemde werk onderdaan is van een ander EG-land. Discriminatie van auteurs uit andere EG-landen is immers op grond van artikel 12 EG verboden, zo volgt uit het Phil Collins-arrest. Nog trefzekerder op dit punt is het Ricordi-arrest, omdat die uitspraak betrekking had op een reciprociteitsuitzondering die het vreemde werk discrimineert. Kortom: waar het ook is ontsprongen, ten aanzien van een vreemd werk van een auteur uit een ander EG-land mag geen materiële-reciprociteitsuitzondering worden toegepast. Casus 5 en 6 in de tabel vormen dus evenmin een probleem.

---

96 Dus: de uitzondering van art. 7 lid 8 inzake de beschermingsduur, en de uitzondering van art. 30 lid 2 onder b, tweede volzin betreffende het vertaalrecht.

97 Het gaat dan om de vierde kolom van die tabel.

98 Zie bijvoorbeeld art. 7 lid 1 van Richtlijn 93/98/EEG inzake de beschermingsduur, dat in zo'n geval verplicht tot inzet van de materiële-reciprociteitsuitzondering. Hierover nader par. 6.3.2.

99 Zie alinea's 818 e.v. hiervoor.

840. Daarmee is het probleem gereduceerd tot de situatie waarin het gaat om een werk dat is ontsprongen in een ander EG-land en dat is gemaakt door ofwel een nationale auteur ofwel een auteur die geen onderdaan is van een EG-land (casus 2 en 8 in de tabel).[100]

841. ***Vraagstelling.*** Welnu, verbiedt het Europese non-discriminatiebeginsel in deze situatie toepassing van de Berner materiële-reciprociteitsuitzonderingen? Het probleem laat zich m.i. langs de volgende lijnen oplossen.

842. Wanneer het gaat om de bescherming van een in eigen land ontsprongen werk van een nationale auteur, dan is sprake van een interne (zuiver-nationale) situatie, waarop artikel 12 EG niet van toepassing is.[101] Is het werk echter in een ander EG-land gepubliceerd, dan is een grensoverschrijdende situatie ontstaan, die derhalve binnen de werkingssfeer van het EG-Verdrag valt.[102] De nationale auteur kan nu wél een beroep doen op het Europese non-discriminatiebeginsel.[103] Dat betekent dat in Nederland de Nederlandse auteur van een Frans werk niet mag worden achtergesteld ten opzichte van de Franse auteur van een Franse werk (casus 2 in de tabel).

843. Daarmee is tevens de oplossing gegeven voor de situatie dat het elders in de EG ontsprongen werk is gemaakt door een auteur die geen onderdaan is van een EG-land (casus 8 in de tabel): hier draait het Berner non-discriminatiebeginsel weer in beeld, en eist dat deze vreemde auteur niet wordt achtergesteld ten opzichte van de nationale auteur.[104] Als dus – zoals zojuist vastgesteld – in Nederland het Franse werk van een Nederlandse auteur niet ten prooi valt aan een materiële-reciprociteitsuitzondering, dan moet ook het Franse werk van een Amerikaanse auteur daarvan gevrijwaard blijven.

844. ***Tabel.*** Aldus is de interactie tussen het Berner non-discriminatiebeginsel, de materiële-reciprociteitsuitzonderingen en het Europese non-discriminatiebeginsel van artikel 12 EG ontrafeld. Zij laat zich samenvatten in onderstaande tabel met casus (Figuur 3).

---

100 De reductie van het probleem laat zich op een ander vlak overigens nog wel verder voeren. In deze situatie doet het probleem zich niet voor indien sprake is van EG-brede harmonisatie; de aanleiding tot inzet van het materiële-reciprociteitswapen is dan immers weggevallen. Dat betekent dat het probleem praktisch gesproken alleen speelt in het kader van de materiële-reciprociteitsuitzondering inzake de bescherming van toegepaste kunst (art. 2 lid 7 van de Berner Conventie).

101 Zie alinea 830 hiervoor.

102 Kapteyn & VerLoren van Themaat 2008, p. 161-162 en p. 586-587.

103 Vgl. HvJ EG 7 februari 1979, nr. C-115/78, *Jur.* 1979, p. 399; *NJ* 1979, 627 (Knoors).

104 Zie alinea's 818 e.v. hiervoor.

	Aan de Nederlandse rechter wordt bescherming in Nederland gevraagd voor een werk met		Verbiedt art. 12 EG toepassing van de Berner materiële-reciprociteitsuitzondering?	
Casus	als vaderland van de auteur	als land van oorsprong	Discriminatie werk (art. 2 lid 7; 7 lid 8; 30 lid 2 onder b, tweede volzin)	Discriminatie auteur (art. 14ter)
1.	Nederland	Nederland	-	-
2.	Nederland	Frankrijk	Ja	-
3.	Nederland	Verenigde Staten	Nee	-
4.	Frankrijk	Nederland	-	Ja
5.	Frankrijk	Frankrijk	Ja	Ja
6.	Frankrijk	Verenigde Staten	Ja	Ja
7.	Verenigde Staten	Nederland	-	Nee ([105])
8.	Verenigde Staten	Frankrijk	Ja	Nee
9.	Verenigde Staten	Verenigde Staten	Nee	Nee

Figuur 3: interactie tussen het Berner non-discriminatiebeginsel, diens materiële-reciprociteitsuitzonderingen en het Europese non-discriminatiebeginsel.

845. ***Conclusie.*** Tezamen genomen blokkeert het Europese non-discriminatiebeginsel dus voor een belangrijk deel de inzet van de materiële-reciprociteitsuitzonderingen van de Berner Conventie. Slechts in een beperkt aantal gevallen laat zij dergelijke uitzonderingen toe. Bestaat er in die gevallen dan vrijheid in de toepassing van materiële-reciprociteitsuitzonderingen? Ook hier treedt het Europese recht in toenemende mate regelend op. Zo dwingt artikel 7 lid 1 van Richtlijn 93/98/EEG (beschermingsduur) tot inzet van de desbetreffende materiële-reciprociteitsuitzondering tegen een buiten de EG ontsprongen werk van een niet-EG auteur. En artikel 7 lid 1 van Richtlijn 2001/84/EG schrijft in het kader van het volgrecht toepassing van de desbetreffende materiële-reciprociteitsuitzondering voor als het gaat om niet-EG auteurs.[106]

6.3.2. Beschermingsduur (art. 7 lid 8)

a. Wordingsgeschiedenis

846. ***Wordingsgeschiedenis.*** De eerste materiële-reciprociteitsuitzondering op het Berner non-discriminatiebeginsel betreft de beschermingsduur. Zij gaat terug tot de Berner Conventie van 1886, en vindt haar oorsprong in de bilaterale auteursrechtverdragen van de negentiende eeuw. Dit kwam in Deel I al aan de orde. Probleem in die tijd was dat de beschermingsduur sterk varieerde van land tot land. De meest ideale oplossing was een door de conventie vastgestelde, uniforme beschermingsduur, zo erkenden de eerste verdragsopstellers. Dit bleek evenwel

105 Over de vraag of deze materiële-reciprociteitsuitzondering in dit geval in het land van oorsprong überhaupt kan worden ingezet, zie alinea 900 hierna.

106 Zie hierover nader alinea's 854 en 903 hierna.

geen haalbare kaart; men kwam niet verder dan het uitspreken van de wens tot uniformering.[107] Onversneden toepassing van het beginsel van nationale behandeling bleek ook op weerstand te stuiten: het werd onverteerbaar geacht dat een vreemd werk langer zou moeten worden beschermd dan in het land van oorsprong.[108] Daarom grepen de verdragsopstellers naar het middel – "connu et pratiqué" – van de materiële-reciprociteitstoets.[109] De Berner Conventie van 1886 bepaalde dienovereenkomstig dat het genot van het auteursrecht "ne peut excéder, dans les autres pays, la durée de la protection accordée dans ledit pays d'origine."[110] Deze formulering vertoont grote gelijkenis met die van het huidige artikel 7 lid 8.

b. Analyse

847. ***Huidige bepaling.*** De wens van de eerste verdragsopstellers tot uniformering van de beschermingsduur is, sinds de Brusselse conferentie van 1948, in vervulling gegaan.[111] Tegenwoordig decreteert artikel 7, lid 1 tot en met 5, van de Parijse conventie van 1971 ius conventionis inzake de beschermingsduur. Deze beschermingsduur omvat, voor 'gewone' werken, het leven van de auteur en vijftig jaren na zijn dood.[112] De Unielanden hebben de bevoegdheid, zo meldt lid 6 voor alle zekerheid, om een langere beschermingsduur toe te kennen. De beschermingsduur wordt, zo besluit lid 8, in alle gevallen geregeld door de lex loci protectionis; tenzij deze wet anders beschikt, overschrijdt de duur evenwel niet de in het land van oorsprong van het werk vastgestelde duur.

848. ***Eerste volzin: conflictenrechtelijk uitgangspunt.*** Daarmee brengt artikel 7 lid 8 vanuit conflictenrechtelijk oogpunt niets nieuws. Dat de beschermingsduur wordt beheerst door de lex loci protectionis, volgt immers reeds uit (de conflictregel in) het beginsel van nationale behandeling. De eerste volzin van artikel 7 lid 8 is hiervan slechts de bevestiging[113] – en met deze bevestiging van het uitgangspunt vormt zij de opmaat tot de slotzin.

849. ***Tweede volzin: vreemdelingenrecht.*** De slotzin bepaalt vervolgens dat, tenzij de lex loci protectionis anders beschikt, de beschermingsduur van deze wet niet de in het land van oorsprong van het werk vastgestelde duur overschrijdt. Aldus wordt het vreemde werk achtergesteld: de beschermingsduur, die door de als toepasselijk aangewezen lex loci protectionis aan het vreemde werk wordt verleend, wordt bijgesteld naar het inferieure niveau in het land van oorsprong van het werk. Hier is derhalve sprake van een materiële-reciprociteitsuitzondering. Het gaat hier niet om een conflictenrechtelijke (deel)verwijzing naar de lex originis, zoals som-

107 Actes BC 1884, p. 42-43 (Rapport de la Commission).
108 Actes BC 1884, p. 30 (Procès-verbaux) en p. 42 (Rapport de la Commission).
109 Droz 1884, p. 449. Droz, voorzitter van de Berner conferenties, noemde het een "décision d'opportunité."
110 Art. 2 lid 2, tweede volzin, van de Berner Conventie van 1886.
111 De Brusselse Conferentie van 1948 schreef een uniforme beschermingsduur als ius conventionis voor.
112 Lid 7 kent een mogelijkheid voor een beperkt aantal landen om dit ius conventionis te negeren. Zie hierover nader Ricketson & Ginsburg 2006, p. 567-568.
113 Zie ook par 5.3.2 onder (b)(ii).

mige auteurs – vrijwel allen zonder onderbouwing – menen.[114] Dit kan, zoals uit het bovenstaande reeds blijkt, niet uit de tekst of de structuur van de bepaling worden afgeleid. Over toepasselijkheid van de lex originis rept de bepaling niet – integendeel: zij onderstreept de heerschappij van de lex loci protectionis. Bovendien doelden reeds de eerste verdragsopstellers op een reciprociteitstoets.[115] Zo is het ook door latere verdragsopstellers opgevat.[116]

850. ***Relatieve materiële-reciprociteitsuitzondering.*** De zogeheten duurvergelijking van artikel 7 lid 8 is een *relatieve* materiële-reciprociteitsuitzondering: de beschermingsduur wordt immers teruggebracht naar het inferieure niveau van de beschermingsduur in het referentieland.[117] Dat referentieland is het land van oorsprong van het werk zoals gedefinieerd in artikel 5 lid 4. Een nationale duurver-

---

114 Zo Ulmer 1975, p. 12, p 32 en p. 39; Ulmer 1977, p. 499, noot 26 *in fine*; Knap 1982, p. 233-235 en p. 237 (zie alinea 826 hiervoor); Schneider-Brodtmann 1996, p. 119, noot 101; Ginsburg 1999, p. 355, noot 280; Katzenberger 2006, p. 2121 en p. 2124. Vgl. ook Lucas & Lucas 2006, p. 958 e.v. (p. 960) en Carrascosa González 2004, p. 119, die er cumulatieve toepasselijkheid in zien. Dat het hier om een vreemdelingenrechtelijke reciprociteitsuitzondering gaat, wordt onderschreven door onder meer Röthlisberger 1906, p. 116; Dungs 1910, p. 39; Bappert & Wagner 1956, p. 41; Boytha 1988, p. 410-411; Spoendlin 1988, p. 13 en p. 15; Drexl 1990, p. 125-127; Locher 1993, p. 7-8. Zie ook par. 5.3.2 onder (b)(iv).

115 Zie ook Actes BC 1884, p. 21 (Procès-verbaux, openingsrede voorzitter Droz). Droz, de voorzitter van de eerste Berner conferenties, schetste de probleemstelling rond de vaststelling van de beschermingsduur als volgt: "(...) comment la durée de la protection, qui varie tellement d'Etat à Etat, sera-t-elle calculée? Sera-ce d'après la loi du pays d'origine ou d'après la loi nationale? Ou prendra-t-on l'une et l'autre comme base, en statuant que la durée n'excèdera dans aucun Etat celle accordée dans le pays d'origine?" In deze probleemstelling zien wij de twee mogelijkheden terug: ofwel een conflictenrechtelijke toepasselijkheid (hetzij de lex originis, hetzij de ('wet van het land van import', thans: de) lex loci protectionis), ofwel een vreemdelingenrechtelijke reciprociteitstoets. Men koos laatstgenoemde oplossing; vgl. ook Actes BC 1908, p. 163 (Procès-verbaux, toespraak gedelegeerde Osterrieth namens gastland Duitsland); Actes BC 1928, p. 241 (Resumé par le Bureau); Actes BC 1948, p. 143 (voorstel België en Bureau). Dat zal niet verbazen. De kwestie van de beschermingsduur werd niet opgelost met een louter conflictenrechtelijke benadering. Toepasselijkheid 'pur et simple' van de nationale wet (de lex loci protectionis) op de beschermingsduur stuitte op het bezwaar dat een vreemd werk de volle beschermingsduur van die wet geniet, óók indien het in het land van oorsprong niet meer wordt beschermd. Deze consequentie werd onaanvaardbaar geacht. Toepasselijkheid van de lex originis op de beschermingsduur bracht ook geen oplossing: zij stuitte op het bezwaar dat vreemde werken mogelijk langer moeten worden beschermd dan nationale werken. Ook deze consequentie werd onaanvaardbaar geacht (een conflictenrechtelijke deelverwijzing naar de lex originis voor de beschermingsduur was dus uitgesloten voor de Berner verdragsopstellers). Het kwam er dus op neer dat men een vreemd werk geen voordeeltje gunde – het ging dus om een vreemdelingenrechtelijk probleem, waarvoor een beproefde vreemdelingenrechtelijke oplossing werd gekozen: een materiële-reciprociteitstoets. De Berner Conventie, die toepasselijkheid van de lex loci protectionis tot uitgangspunt nam, onderwierp de beschermingsduur bijgevolg aan een materiële-reciprociteitstoets vis-à-vis het land van oorsprong: het vreemde werk werd dus niet de langere beschermingsduur van de lex loci protectionis gegund. Het spiegelbeeld kwam ook voor. Zo onderwierp de Conventie van Montevideo van 1889, die de toepasselijkheid van de lex originis tot uitgangspunt nam, de beschermingsduur aan een materiële-reciprociteitstoets vis-à-vis het land waar de bescherming werd ingeroepen: het vreemde werk werd dan dus niet de langere beschermingsduur van zijn lex originis gegund. Het eindresultaat is in beide gevallen hetzelfde: het vreemde werk wordt beschermd gedurende de kortste beschermingsduur. Slechts in een zeldzaam geval werd de beschermingsduur bepaald door de lex originis zonder de veiligheidsklep van een materiële-reciprociteitstoets; zo bijvoorbeeld het bilaterale verdrag tussen Frankrijk en Equador van 1898 en de Conventie van Caracas van 1911 (zie noot 50 resp. noot 101 van hoofdstuk 2).

116 Vgl. Actes BC 1908, p. 163 (Procès-verbaux, toespraak gedelegeerde Osterrieth namens gastland Duitsland); Actes BC 1928, p. 241 (Resumé par le Bureau); Actes BC 1948, p. 143 (voorstel België en Bureau) en p. 213 e.v. (Discussions et résultats).

117 Bij de vergelijkingsexercitie gaat het om de 'netto-beschermingsduur': bijzondere bijstellingen, zoals verlengingen wegens oorlog, moeten ook worden meegenomen (vgl. Bureau de l'Union, *DdA* 1921 (*Belgique*), p. 14 over de Belgische wet van 25 juni 1921, Loi portant prorogation, en raison de la guerre, de la durée des droits de propriété littéraire et artistique).

gelijkingsbepaling zoals artikel 79 lid 2 van de Belgische auteurswet 1994, die zich richt op het vaderland van de auteur, kan daarin uiteraard geen verandering brengen. Over het referentiepunt van de reciprociteitsuitzondering kan men twijfelen: richt de uitzondering zich op de beschermingsduur van het litigieuze werk in zijn land van oorsprong of op de beschermingsduur van een gelijk, eigen werk in dat land? Het lijkt erop dat de eerste verdragsopstellers eerstgenoemd referentiepunt voor ogen stond.[118] Hoe dan ook, deze onduidelijkheid is niet bezwaarlijk: wij zagen reeds dat de keuze van het referentiepunt er binnen het kader van de Berner Conventie niet toe doet.[119]

c. Interactie met ius conventionis

851. ***Verhouding tot ius conventionis.*** De duurvergelijking van artikel 7 lid 8 komt alleen in beeld indien de beschermingsduur van de lex loci protectionis (i) langer is dan iure conventionis is voorgeschreven[120], en bovendien (ii) langer is dan die van de lex originis.[121] Resteert de vraag of artikel 7 lid 8 de minimum-beschermingsduur die in lid 1 tot en met 5 als ius conventionis is voorgeschreven, kan doorbreken. Denkbaar is immers dat het vreemde werk in het land van oorsprong een kortere beschermingsduur geniet omdat het ius conventionis daar niet geldt (artikel 5 lid 3).[122] Mag in de andere Unielanden de beschermingsduur dan worden ingekort tot deze korte beschermingsduur, daarbij onder de grens van het ius conventionis duikend? [123] Het antwoord moet ontkennend zijn. Onder de vigeur van de conventie geniet het vreemde werk ingevolge artikel 5 lid 1 immers een bescherming die bestaat uit twee componenten: nationale behandeling (traitement national) en ius conventionis (traitement unioniste). De reciprociteitsuitzondering van artikel 7 lid 8 vormt een uitzondering op het beginsel van nationale behandeling c.q. het non-discriminatiebeginsel, maar zij laat de andere beschermingscomponent van de conventie – het ius conventionis – onverlet.[124] De ‘strafkorting’ van

---

118 Zie Actes BC 1884, p. 42 (Rapport de la Commission), de oorspronkelijk voorgestelde bepaling bepaalde namelijk: “Toutefois ces avantages ne leur sont réciproquement assurés que pendant l’existence de *leurs* droits dans leur pays d’origine.” (cursivering toegevoegd).

119 Zie par. 6.3.1 onder (a). Buiten het kader van de conventie –waar non-discriminatie geen gegeven is– is die keuze uiteraard wel van belang. Dat heeft de stellers van art. 42 Auteurswet kennelijk niet scherp voor ogen gestaan. Volgens deze bepaling “(…) kan in Nederland geenerlei beroep worden gedaan op auteursrecht, waarvan de duur in het land van oorsprong van het werk reeds verstreken is.” Kiest de bepaling daarmee het litigieuze werk tot referentiepunt? Als dat zo is – de parlementaire geschiedenis brengt geen duidelijkheid –, kan deze reciprociteitstoets buiten het kader van de Berner Conventie tandeloos zijn. Stel dat het land van oorsprong van het werk een beschermingsduur van 70 jaar post mortem auctoris kent, maar vreemde werken discrimineert door hen slechts 50 jaar p.m.a. te beschermen. Dat werk zou in Nederland dan toch de volle beschermingsduur van 70 jaar p.m.a. genieten omdat *zijn* behandeling in het referentieland maatgevend is (en niet de behandeling van Nederlandse werken in dat land).

120 Is de beschermingsduur van de lex loci protectionis korter dan iure conventionis voorgeschreven, dan geldt immers het ius conventionis – ongeacht de beschermingsduur van de lex originis.

121 Is de beschermingsduur van de lex loci protectionis langer dan het conventionele minimum, maar korter dan die van de lex originis, dan is de duurvergelijking van art. 7 lid 8 uiteraard niet aan de orde.

122 Neemt men niet het litigieuze vreemde werk maar het gelijke eigen werk tot referentiepunt, dan doet het probleem zich niet voor. Dit werk geniet immers in het referentieland het ius conventionis. Het is echter de vraag of zo’n referentiepunt uit de bepaling kan worden afgeleid, zie alinea 850 hiervoor.

123 In deze zin Knap 1982, p. 237 e.v.

124 Knap 1982, p. 237 e.v. maakt het ius conventionis (de uniforme beschermingsduur) dus zinledig; vgl. ook Drexl 1990, p. 130.

artikel 7 lid 8 vindt derhalve haar grens in de minimale beschermingsduur die iure conventionis is voorgeschreven.[125]

852. ***Ontbreken van bescherming in land van oorsprong.*** Dat geldt derhalve ook indien het werk in het land van oorsprong in het geheel niet wordt beschermd. Er is wel geopperd dat in dat geval sprake is van een nuljarige beschermingsduur, zodat het werk in de andere Unielanden ingevolge de materiële-reciprociteitsuitzondering evenlang (dus: niet) wordt beschermd.[126] Deze truc ketst reeds op de verplichte minimale beschermingsduur af.[127] Wel laat zich nog de vraag stellen of een inkorting van de beschermingsduur in dit geval überhaupt is toegelaten. Als de lex loci protectionis een langere beschermingsduur kent dan de conventie voorschrijft, moet zij het werk dan de volle beschermingsduur verlenen of mag zij afromen tot de verplichte minimumduur van de conventie? Strikt genomen zou inkorting niet zijn toegelaten: een duurvergelijking is immers onmogelijk nu de beschermingsduur in het land van oorsprong non-existent is. Dit leidt evenwel tot een scheef resultaat: geniet het werk in het land van oorsprong een inferieure beschermingsduur, dan is de inkorting van de beschermingsduur toegelaten - maar is de bescherming in het land van oorsprong zo inferieur dat het werk helemaal niet wordt beschermd, dan moet de volle beschermingsduur worden verleend, waarbij zelfs het ius conventionis wordt overschreden. Dat zal niet de bedoeling van de verdragsopstellers zijn geweest, zodat zich laat verdedigen dat de lex loci protectionis de beschermingsduur in dit geval mag inkorten tot het verplichte conventionele minimum.

d. Facultatieve toepassing en Europese regulering

853. ***Facultatief karakter.*** De conventie stelt de inkorting van de beschermingsduur ex artikel 7 lid 8 niet verplicht. De bepaling laat uitdrukkelijk de mogelijkheid om anders te beschikken.[128] De lex loci protectionis heeft derhalve de vrijheid om haar volle beschermingsduur aan het vreemde werk te verlenen. Hoewel dit uit de eerdere conventies minder duidelijk bleek, heeft de bepaling altijd een facultatief karakter gehad. Sinds de Parijse conferentie van 1896 staat dit buiten twijfel.[129]

---

125 Vgl. Actes BC 1948, p. 215 (Discussions et résultats); Drexl 1990, p. 129 e.v. (Drexl 1990, p. 131 ontzegt evenwel werken die niet in art. 2 lid 1 worden opgesomd, ten onrechte het ius conventionis c.q. de minimale beschermingsduur).

126 Vgl. Vaunois 1910, p. 23; Knap 1982, p. 238 e.v. Daartegen: Wauwermans 1910, p. 91; Boytha 1988, p. 411; Drexl 1990, p. 132; Fawcett & Torremans 1998, p. 471.

127 Daarnaast kan men m.i. niet over een verstreken (nuljarige) beschermingsduur spreken als er nooit bescherming heeft bestaan.

128 De materiële-reciprociteitsuitzondering van art. 7 lid 8 werkt 'automatisch', dat wil zeggen: zolang de nationale wetgever niet anders bepaalt, moet zij worden toegepast.

129 Tijdens die conferentie werd een Zwitsers voorstel om het facultatieve karakter te expliciteren overbodig geacht, Actes BC 1896, p. 161 (Rapport de la Commission). Men vond het zo vanzelfsprekend dat men meende te kunnen volstaan met een opmerking in het rapport. Zie ook Wauwermans 1910, p. 89; Hoffmann 1935, p. 24; Desbois, Françon & Kerever 1976, p. 184; vgl. ook art. 19. Over de conventie van 1886, zie Soldan 1887, p. 409. Desondanks menen enkelen (zoals Baum 1963, p. 354 en Troller 1952, p. 154, die hier later op terugkwam: Troller 1965, p. 126, noot 96) dat het om een verplichting gaat – hiertegen keert zich terecht Drexl 1990, p. 128.

854. ***Richtlijn 93/98/EEG.*** In Europees verband is de toepassingsvrijheid echter aan banden gelegd. Enerzijds wordt toepassing van artikel 7 lid 8 grotendeels verboden door het Europese non-discriminatiebeginsel,[130] anderzijds wordt toepassing in één geval geboden door Richtlijn 93/98/EEG.[131] Artikel 7 lid 1 van deze Richtlijn eist een duurvergelijking (inkorting) voor werken waarvan het land van oorsprong geen EG-land is én de auteur van het werk geen EG-onderdaan is.[132]

855. ***Implementatie in art. 42 Auteurswet.*** Deze eis is in de Nederlandse wet geïmplementeerd in artikel 42, tweede volzin, van de Auteurswet, waarin wordt bepaald dat de inkorting niet geldt voor werken waarvan de auteur onderdaan is van een EU- of EER-land. Nederlandse auteurs zijn ook onderdanen van een EU-land: vallen hun vreemde werken dan ook onder deze vrijstelling? Dit is zeker het geval voor zover het gaat om werken die in de EG ontsprongen zijn. Het Europese non-discriminatiebeginsel dwingt dan immers tot vrijstelling.[133] Geldt de vrijstelling echter ook voor buiten de EG ontsprongen werken van Nederlandse auteurs? Zou dat het geval zijn, dan wordt een categorie vreemde auteurs (namelijk niet-Europese auteurs) achtergesteld ten opzichte van nationale (Nederlandse) auteurs, en dat is in strijd met het Berner non-discriminatiebeginsel. Die strijdigheid kan op twee manieren worden opgeheven. Ofwel de vreemde werken van alle vreemde auteurs worden ook vrijgesteld (waarmee de materiële-reciprociteitstoets zinledig is geworden), ofwel de buiten de EG ontsprongen werken van Nederlandse auteurs worden niet vrijgesteld. Artikel 7 lid 1 van de Richtlijn sluit de eerste oplossing uit: de duurvergelijking moet verplicht worden toegepast bij niet-EG werken van niet-EG auteurs. Daarmee staan niet-EG werken van Nederlandse auteurs schaakmat: de vrijstelling van artikel 42 Auteurswet, tweede volzin, geldt noodgedwongen niet voor hen. De Nederlandse auteur die zijn werk voor het eerst in Australië of Canada publiceert, geniet in Nederland dus de kortere – namelijk vijftigjarige – beschermingsduur omdat het Australische respectievelijk Canadese recht slechts vijftig jaar bescherming verlenen. De Nederlandse wetgever lijkt zich van deze complicatie geen rekenschap te hebben gegeven.[134]

6.3.3. Werken van toegepaste kunst (art. 2 lid 7)

a. Wordingsgeschiedenis

856. ***Voor Berlijnse conferentie 1908.*** De tweede materiële-reciprociteitsuitzondering op het Berner non-discriminatiebeginsel betreft werken van toegepaste kunst; in dit verband gaat het kort gezegd om vormgeving, om het uiterlijk van een op

130 Art. 12 EG, zie ook HvJ EG 6 juni 2002, nr. C-360/00, *Jur.* 2002, p. I-5089 (Ricordi). Zie par. 6.3.1 onder (b).
131 Richtlijn 93/98/EEG van de Raad van 29 oktober 1993 betreffende de harmonisatie van de beschermingstermijn van het auteursrecht en de naburige rechten (*PbEG* 1993, L 290/9).
132 Lid 3 tempert deze eis door (een zekere mate van) eerbiediging van bestaande, genereuze regelingen.
133 Zie alinea 842 hiervoor.
134 Zie de parlementaire geschiedenis van wetsvoorstellen 23 812 en 24 477. Het is ook de vraag of de Europese wetgever zich dit heeft gerealiseerd.

industriële of ambachtelijke wijze vervaardigd voorwerp.[135] Deze uitzondering op het non-discriminatiebeginsel is terug te leiden tot een oude controverse: kan een werk van toegepaste kunst ook in aanmerking komen voor bescherming als 'werk van letterkunde of kunst'? In het begin van de twintigste eeuw varieerde het spectrum van antwoorden grofweg van de Franse opvatting, die werken van toegepaste kunst inderdaad als werken van kunst kwalificeerde (de 'unité de l'art'-theorie), tot de Britse opvatting, die werken van toegepaste kunst vrijwel geheel uitsloot van auteursrechtelijke bescherming.[136] In die laatste opvatting was het werk aangewezen op eventuele – doorgaans inferieure – bescherming als tekening of model (hierna kortweg aangeduid als: modelbescherming).

857. ***Berlijnse conferentie 1908.*** De Berner Conventie kreeg pas met deze controverse te maken toen tijdens de Berlijnse conferentie van 1908 werd voorgesteld om werken van toegepaste kunst op te nemen in de lijst van iure conventionis beschermde werken.[137] Consensus bleef echter uit, en de Berlijnse conferentie kwam niet verder dan te bepalen dat werken van toegepaste kunst worden beschermd voor zover de nationale wet het toestaat (het toenmalige artikel 2 lid 4). Daarmee werd de auteursrechtelijke bescherming van werken van toegepaste kunst volledig overgelaten aan de nationale wetgever. Aan deze was geheel voorbehouden te bepalen of, en hoe, deze werken auteursrechtelijk worden beschermd. Waar de nationale wet een werk van toegepaste kunst in aanmerking liet komen voor bescherming als werk van kunst, gold alleen het beginsel van nationale behandeling (traitement national)[138], en niet het ius conventionis (traitement unioniste).[139] Dit leverde uiteraard een onevenwichtige situatie op, die weinig bevredigend was voor de landen die het werk van toegepaste kunst auteursrechtelijk in bescherming namen. Koploper Frankrijk maakte, om aan nationale behandeling te ontkomen, op dit punt prompt een voorbehoud.[140]

858. ***Na Berlijnse conferentie 1908.*** Pas tijdens de Brusselse conferentie van 1948 lukte het om de controverse – met inzet van een materiële-reciprociteitsuitzondering – te overbruggen.[141] Deze Brusselse oplossing is, met enkele aanpassingen, overgenomen in de huidige conventie.

---

135 Vgl. art. 1 van Richtlijn 98/71/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 oktober 1998 inzake de rechtsbescherming van modellen (*PbEG* 1998, L 289/28).

136 Potu 1914, p. 138 e.v.

137 Actes BC 1908, p. 42 (voorstel Duitsland en Bureau). Vgl. Bureau de l'Union, *DdA* 1909 (*La Convention de Berne revisée*), p. 113 e.v. en p. 125 e.v.; Bureau de l'Union, *DdA* 1910, p. 7. Tot die tijd zweeg de Berner Conventie over werken van toegepaste kunst (zie ook Potu 1914, p. 142; Ricketson & Ginsburg 2006, p. 456).

138 Actes BC 1908, p. 233 (Rapport de la Commission); Potu 1914, p. 158.

139 Actes BC 1948, p. 141 (voorstel België en Bureau): "Ce principe s'écarte du système généralement adopté par la Convention qui impose aux Pays contractants les mêmes devoirs, dès l'instant où elle énonce une règle de droit matériel." Vgl. ook Hoffmann 1935, p. 63.

140 Vgl. Actes BC 1908, p. 233 (Rapport de la Commission); Wauwermans 1910, p. 42-45; Decreet van 2 september 1910 in: *DdA* 1910, p. 130. Door dit voorbehoud ex art. 27 lid 2 van de Berlijnse versie van de conventie bleef Frankrijk, voor wat betreft werken van toegepaste kunst, gebonden aan de eerdere conventies; vgl. Vaunois 1910, p. 17 e.v.; Potu 1914, p. 163; Hoffmann 1935, p. 66. Aldus verschafte Frankrijk zich de ruimte om – via de bedenkelijke 'derde lex originis-uitzondering' – de lex originis te betrekken bij de beantwoording van de vraag of een vreemd werk van toegepaste kunst als werk van kunst moest worden aangemerkt (zie par. 3.1). Enkele landen volgden het Franse voorbeeld, bijvoorbeeld Tunesië, zie *DdA* 1911 (Législation intérieure, Tunesie), p. 2 en p. 29; Hoffmann 1935, p. 66.

141 Over de verwikkelingen tijdens de Romeinse conferentie van 1928, zie uitgebreid Ricketson & Ginsburg 2006, p. 457-462.

b. Analyse

(i) Uitgangspunt: tweeledige wetgevingsvrijheid (art. 2 lid 7, eerste volzin)

859. ***Huidige bepaling: wetgevingsvrijheid.*** Uitgangspunt van de huidige regeling is dat werken van toegepaste kunst moeten worden beschermd. Daartoe zijn zij opgenomen in de opsomming van iure conventionis beschermde werken in artikel 2 lid 1. De invulling van deze bescherming laat de conventie echter in tweeërlei opzicht aan de Unielanden over (artikel 2 lid 7, eerste volzin).

860. ***Vrijheid in regimekeuze.*** In de eerste plaats hebben de Unielanden de vrijheid om een werk van toegepaste kunst niet als werk van kunst, maar als model te beschermen. Zij zijn dus vrij in de keuze van het beschermingsregime: zij kunnen kiezen voor auteursrechtelijke, modelrechtelijke of cumulatieve bescherming.[142] De eerste volzin brengt dit tot uitdrukking waar zij het aan de Unielanden overlaat "om het toepassingsgebied te bepalen van hun wetten betreffende werken van toegepaste kunst en tekeningen en modellen."

861. ***Vrijheid in vormgeving.*** In de tweede plaats zijn de Unielanden vrij in de vormgeving van de bescherming. Dat geldt niet alleen voor de modelbescherming, maar ook voor de auteursrechtelijke bescherming van werken van toegepaste kunst.[143] De verdragsopstellers wilden het Berlijnse beginsel – inhoudende dat de auteursrechtelijke bescherming van werken van toegepaste kunst geheel is overgelaten aan de nationale wetgever – expliciet handhaven. De hegemonie van de nationale wet bleef onaangetast.[144] Dienovereenkomstig bepaalt de eerste volzin van lid 7 dat de nationale wet niet alleen de voorwaarden voor de bescherming van modellen, maar ook de voorwaarden voor de auteursrechtelijke bescherming van werken van toegepaste kunst bepaalt.[145] De nationale wetgever mag voor werken van toegepaste kunst dus een afwijkend auteursrecht hanteren. Hier geldt onder de

---

142 De mogelijkheid van cumulatieve bescherming wordt ongemoeid gelaten door (art. 17 van) Richtlijn 98/71/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 oktober 1998 inzake de rechtsbescherming van modellen (*PbEG* 1998, L 289/28), en door (art. 96 lid 2 van) Verordening (EG) nr. 6/2002 van de Raad van 12 december 2001 betreffende Gemeenschapsmodellen (*PbEG* 2002, L 3/1; nadien gewijzigd).

143 Voor het modelrechtelijke beschermingsregime spreekt dit voor zich: de Berner Conventie treedt niet op modelrechtelijk terrein. Zie ook art. 1 lid 2 Verdrag van Parijs.

144 Actes BC 1948, p. 158 (Discussions et résultats): "Malgré l'opinion énoncée dans le programme (…), l'inscription des œuvres des arts appliqués dans l'énumération des œuvres protégées n'a pas eu pour effet de supprimer la disposition de l'ancien alinéa 4 de l'article 2. Cette disposition, qui réservait l'application de la législation intérieure, a été maintenue en son principe." Vgl. ook Actes BC 1967, p. 88 (Doc. S/1, p. 18; voorstel Zweden en Bureau); Actes BC 1967, p. 1154 (Report Main Committee I); Troller 1952, p. 155.

145 Aangenomen moet worden dat het voorbehoud ten gunste van de nationale wetgeving niet is beperkt tot de voorwaarden voor de bescherming, maar zich uitstrekt tot de gehele bescherming. Dit blijkt uit de uitdrukkelijke handhaving van het Berlijnse voorbehoud alsook uit Actes BC 1967, p. 1154 (Report Main Committee I) en het opnemen van een uitzondering op deze vrijheid: "According to the first sentence of paragraph (5) of the Brussels text, domestic legislation is *free to determine the protection* of works of applied art and industrial designs and models. (…) Countries *should not be completely free* to determine protection: they should observe the minimum term of protection – twenty-five years from the making of the work – which had been inserted in Article 7(4) for works of applied art protected as artistic works." (cursivering toegevoegd).

vigeur van de conventie alleen het beginsel van nationale behandeling (traitement national), en niet het ius conventionis (traitement unioniste).[146]

(ii) De materiële-reciprociteitsuitzondering (art. 2 lid 7, tweede volzin)

862. ***Werking materiële-reciprociteitsuitzondering*.** Hoe ziet nu, gegeven deze tweeledige vrijheid van de nationale wetgeving, de toepassing van artikel 2 lid 7 er in concreto uit?[147]

863. Het begint met de kwalificatie door de lex loci protectionis van een concreet vreemd werk van toegepaste kunst als werk van kunst en/of als model.[148] Kwalificeert de lex loci protectionis het werk niet als werk van kunst, maar alleen als model, dan komt het alleen in aanmerking voor de modelbescherming van de lex loci protectionis – daarmee is voor de Berner Conventie de kous dan af. Voor zover de lex loci protectionis het werk echter als werk van kunst kwalificeert – zodat het in aanmerking komt voor auteursrechtelijke bescherming –, komt de tweede volzin van artikel 2 lid 7 in beeld.

864. Volgens deze bepaling kan, indien het vreemde werk van toegepaste kunst in het land van oorsprong alleen voor bescherming als model in aanmerking komt, onder de lex loci protectionis slechts modelbescherming worden ingeroepen.[149] De lex loci protectionis beschouwt het werk dan niet als een werk van kunst, zodat het verstoken blijft van auteursrechtelijke bescherming. Achterliggende gedachte van deze bepaling is dat modelbescherming doorgaans inferieur is aan auteursrechtelijke bescherming.

865. ***Vreemdelingenrecht*.** Aldus discrimineert artikel 2 lid 7, tweede volzin, vreemde werken van toegepaste kunst die in het land van oorsprong alleen als model kunnen worden beschermd. Het gaat hier dus om een (vreemdelingenrechtelijke) materiële-reciprociteitsuitzondering, niet om een conflictregel. Dit is vrijwel onomstreden.[150]

866. ***Absolute materiële-reciprociteitstoets*.** Deze materiële-reciprociteitstoets heeft een absoluut karakter: de kwalificatie van het vreemde werk als werk van kunst – en daarmee ook de auteursrechtelijke bescherming – is afhankelijk van de vervulling in het land van oorsprong (dus door de lex originis) van een inhoudelijke

146 De enige uitzondering hierop is de minimale beschermingsduur ex art. 7 lid 4, zie hierover alinea's 879 e.v. hierna.

147 Zie ook Figuur 4 bij alinea 877 hierna.

148 Nordemann, Vinck & Hertin 1977, p. 40. Onjuist: Rb. Arnhem 23 juli 1960, *NJ* 1961, 17; *GRUR Int.* 1961, p. 615.

149 Een voorbeeld is Pres. Rb. Den Haag 13 februari 1998, *IER* 1998, nr. 20 (Yakult/Danone), r.o. 14.

150 Niettemin lijkt Ginsburg 1999, p. 355, noot 280, hier een conflictregel te ontwaren. Zie ook Lucas & Lucas 2006, p. 959. Vgl. voorts het argument van de Franse regering in de Tod's-zaak, HvJ EG 30 juni 2005, nr. C-28/04, *Jur.* 2005, p. I-5781 (Tod's/Heyraud), r.o. 30 (zie alinea 442 hiervoor).

voorwaarde inzake de object-vraag. Alleen als de lex originis het desbetreffende werk als werk van kunst aanmerkt, komt het in aanmerking voor de auteursrechtelijke bescherming van de lex loci protectionis. Merkt de lex originis het desbetreffende werk van toegepaste kunst echter niet als werk van kunst aan, dan doet de lex loci protectionis dat ook niet en blijft auteursrechtelijke bescherming achterwege – het werk komt dan alleen nog in aanmerking voor bescherming als model.[151]

(iii) Probleemgeval: geen modelbeschermingswet (art. 2 lid 7, tweede volzin, slot)

867. ***Probleem: geen modelbeschermingswet.*** Een probleem doet zich voor indien onder de lex loci protectionis een bijzondere wettelijke regeling voor modelbescherming ontbreekt. Zo kende bijvoorbeeld Nederland vóór 1 januari 1975 geen modelbescherming.[152] Herleeft dan de hoofdregel dat het werk – onder welk regime dan ook – moet worden beschermd, zodat het werk onder de lex loci protectionis toch voor bescherming als werk van kunst in aanmerking komt? Of betekent het spaak lopen van de uitzondering dat het werk voor geen enkele bescherming van de lex loci protectionis in aanmerking komt? Tijdens de Brusselse conferentie van 1948 zag men dit probleem waarschijnlijk over het hoofd, maar tijdens de Stockholmse conferentie van 1967 werd het onderkend. Aan het slot van artikel 2 lid 7 werd toen bepaald dat indien onder de lex loci protectionis geen bijzondere bescherming voor tekeningen en modellen wordt toegekend[153], het werk als werk van kunst wordt beschermd.[154]

868. Het probleem doet zich derhalve alleen voor onder de vigeur van de Brusselse versie – het probleem is dus praktisch vrijwel niet meer van belang. Hoe dan ook, het laat zich m.i. goed verdedigen dat hier dezelfde oplossing moet worden

---

151 Het referentiepunt van de materiële-reciprociteitstoets is het vreemde, litigieuze werk: het gaat om de kwalificatie van het concrete werk in zijn land van oorsprong (Desbois, Françon & Kerever 1976, p. 163; vgl. ook Ricketson & Ginsburg 2006, p. 464). De tekst van art. 2 lid 7 is daar duidelijk over. Het gaat dus niet om de vraag of in het land van oorsprong voor werken van toegepaste kunst in het algemeen (of voor een bepaalde categorie) auteursrechtelijke bescherming mogelijk is; in deze zin J.H. Spoor in zijn annotatie van Hof Amsterdam 5 juni 1986, *IER* 1986, nr. 48 (Stig Ravn/Koopman). Dat vergt soms een moeizaam onderzoek naar de lex originis (zie ook Ricketson & Ginsburg 2006, p. 467), waarbij ook jurisprudentie in aanmerking moet worden genomen (Troller 1952, p. 156-157; anders Furler 1951, p. 114). Dat kan onhandig zijn, maar het is nu eenmaal inherent aan een materiële-reciprociteitstoets.

152 Zie nader alinea's 869 e.v. hierna. Op 1 januari 1975 werd de Beneluxwet inzake tekeningen en modellen van kracht; sedertdien kent Nederland cumulatieve bescherming. Deze regeling is met ingang van 1 september 2006 vervangen door het Benelux-verdrag inzake de intellectuele eigendom (BVIE) van 25 februari 2005, *Trb.* 2005, 96.

153 Let wel: het gaat er dus om of een *bijzondere* bescherming voor tekeningen en modellen bestaat. Dat bescherming door het algemene onrechtmatige-daadsrecht mogelijk is, is niet relevant. Onjuist: Hof Amsterdam 11 april 2002, *BIE* 2003, nr. 35 (Vitra/Architects), r.o. 5.15-5.16.

154 Actes BC 1967, p. 1155 (Report Main Committee I); zie ook *Kamerstukken II* 1980/81, 16 739, nr. 3, p. 5-6. Voor de goede orde: de slotzin van art. 2 lid 7 komt alleen in beeld indien een regeling voor modelbescherming niet bestaat. Zij is niet van toepassing indien een dergelijke regeling wel bestaat maar het litigieuze werk niet aan de beschermingsvoorwaarden voldoet. In zo'n geval bestaat noch auteursrechtelijke noch modelrechtelijke bescherming: auteursrechtelijke bescherming wordt uitgesloten door de materiële-reciprociteitstoets, modelrechtelijke bescherming door het niet voldoen aan de beschermingsvoorwaarden.

toegepast.[155] Uitgangspunt van de in Brussel ontworpen regeling is immers dat het werk van toegepaste kunst voor – enigerlei – bescherming in aanmerking komt. In dat licht moet de materiële-reciprociteitsuitzondering van artikel 2 lid 7 beperkt worden uitgelegd. Zij mag er niet toe leiden dat het werk van toegepaste kunst tussen wal en schip valt doordat het voor geen enkele bescherming in aanmerking komt.

869. ***Probleem: temporele dimensie.*** Een andere vraag betreft de temporele dimensie van de in de slotzin opgenomen regeling. Denkbaar is dat op het moment waarvoor de bescherming wordt ingeroepen weliswaar een regeling voor modelbescherming is ingevoerd, maar dat deze regeling om overgangsrechtelijke redenen niet van toepassing is ten aanzien van het litigieuze werk. In zo'n geval geldt m.i. ten aanzien van dat werk dat "in dat land geen zodanige bijzondere bescherming wordt toegekend." Ingevolge de slotzin van artikel 2 lid 7 komt het werk dan in aanmerking voor bescherming als werk van kunst.

870. ***BTMW/BVIE: overgangsrecht.*** Deze vraag is voor Nederland van belang. Als gezegd kende Nederland vóór 1 januari 1975 geen modelbescherming: op die datum trad de Eenvormige Beneluxwet inzake tekeningen en modellen ('BTMW') in werking, welke regeling per 1 september 2006 is vervangen door het Beneluxverdrag inzake de intellectuele-eigendom ('BVIE').[156] Wat geldt ten aanzien van werken van toegepaste kunst die dateren van vóór 1 januari 1975? De overgangsbepaling van artikel 25 BTMW respectievelijk artikel 5.3 BVIE bepaalt alleen dat oude beschermingsaanspraken gehandhaafd blijven, maar daarmee is niets gezegd over de vraag of de BTMW/BVIE-bescherming is weggelegd voor 'oude' werken.

871. ***Nieuwheidsvereiste.*** Het nieuwheidsvereiste van de BTMW/BVIE heeft wel effect op die vraag. Ingevolge dit vereiste wordt de bescherming van de BTMW/BVIE alleen verleend indien het werk nieuw is (artikel 1 BTMW; artikel 3.1 lid 1 BVIE). Toen de BTMW op 1 januari 1975 in werking trad, waren de criteria voor nieuwheid opgenomen in artikel 4 lid 1. Sinds 1 december 2003 werden zij geplaatst in artikel 1bis en inhoudelijk enigszins gewijzigd[157] – en in die vorm zijn zij overgenomen in artikel 3.3 lid 1 BVIE. Aan het vereiste van nieuwheid kunnen 'oude' werken – preciezer gezegd: werken die op 1 januari 1975 niet nieuw zijn – per definitie niet voldoen. Door dit vereiste te stellen heeft de Benelux-wetgever hen op voorhand uitgesloten van Benelux-bescherming. Daarmee heeft het nieuwheidsvereiste een overgangsrechtelijke lading: werken die op 1 januari 1975 niet nieuw waren, vallen buiten de Benelux-boot. Voor deze werken geldt m.i. bij-

155 Vgl. ook Hof Arnhem 1 oktober 1979, *NJ* 1980, 584. Zie in dit verband Nordemann, Vinck & Hertin 1977, p. 39-40; Baum 1963, p. 352; Hilty 1986, p. 215; Drexl 1990, p. 139; Anders: Bappert & Wagner 1956, p. 60; Ricketson & Ginsburg 2006, p. 464-465.

156 Zie noot 152 van dit hoofdstuk 6.

157 Protocol houdende wijziging van de Eenvormige Beneluxwet inzake tekeningen en modellen van 20 juni 2002, *Trb.* 2002, 129. Volgens het Gemeenschappelijk Commentaar bij (art. 1bis van) dit Protocol komen de oude en de nieuwe BTMW-nieuwheidscriteria in de praktijk op vrijwel hetzelfde neer. Daarom blijven mogelijke complicaties die kunnen voortvloeien uit deze wijziging van de nieuwheidscriteria hier buiten beschouwing.

gevolg dat in Nederland "geen zodanige bijzondere bescherming wordt toegekend" als bedoeld in artikel 2 lid 7. Voor hen is er nooit een moment in de tijd geweest waarop zij in aanmerking konden komen voor dergelijke bescherming.[158]

872. ***Vernieuwing.*** Hier dient overigens een nuance te worden aangebracht. De 'oude' werken zijn namelijk niet voor eeuwig uitgesloten van BTMW/BVIE-bescherming: onder de BTMW van voor 1 december 2003 was het nieuwheidsvereiste temporeel tot vijftig jaar terug in de tijd begrensd (artikel 4 lid 1 onder a), zodat niet-nieuwe werken weer nieuw konden worden door vijftig jaar in de vergetelheid te geraken. Op deze gedachte van een 'collectief geheugen' is ook de 'vernieuwingsmogelijkheid' van de per 1 december 2003 gewijzigde BTMW, en de BVIE gebaseerd.[159] Is het oude werk aldus 'vernieuwd', dan komt het in aanmerking voor BTMW/BVIE-bescherming – en dan mist de slotzin van artikel 2 lid 7 toepassing ten aanzien van dat werk.

873. ***Voorbeeld.*** Een voorbeeld. Stel dat een vreemd, nieuw werk van toegepaste kunst in 1974 in Nederland is gepubliceerd. Op dat moment kent Nederland geen modelbescherming, er valt dus niets te deponeren. Wanneer die bescherming op 1 januari 1975 wordt ingevoerd, valt het werk buiten de boot omdat het vóór die datum bekend geworden was. Het werk is – om een overgangsrechtelijke reden – gedoemd de BTMW-bescherming mis te lopen. Jaren later, in 2000, treft de rechthebbende een imitatie aan en hij roept bij de Nederlandse rechter auteursrechtelijke bescherming in.[160] In zijn land van oorsprong blijkt het werk niet te worden aangemerkt als werk van kunst, maar alleen als model. Volgens de materiële-reciprociteitsuitzondering van artikel 2 lid 7 komt het in Nederland dus alleen in aanmerking voor modelbescherming. Nu rijst de vraag: is de slotzin van artikel 2 lid 7 in dit geval van toepassing, zodat de materiële-reciprociteitsuitzondering wordt uitgeschakeld? In Nederland bestaat anno 2000 weliswaar een regeling voor modelbescherming, maar *dit* werk komt daar anno 2000 om overgangsrechtelijke redenen niet voor in aanmerking: het werd immers gepubliceerd (niet-nieuw) vóór de inwerkingtreding van die regeling. In dit geval heeft m.i. daarom te gelden dat in Nederland "geen zodanige bijzondere bescherming wordt toegekend" als bedoeld in artikel 2 lid 7. Het werk komt dan dus in aanmerking voor bescherming als werk van kunst. Dat wordt pas anders indien het werk is 'vernieuwd'. Vanaf dat moment komt het immers (voor het eerst) in aanmerking voor BTMW/BVIE-

158 Een dergelijke moment heeft zich daarentegen wel voorgedaan ten aanzien van werken die ná 1 januari 1975 hun nieuwheid hebben verloren. Dergelijke werken konden wel in aanmerking komen voor een "zodanige bijzondere bescherming" (maar zij voldoen niet aan de materiële beschermingsvoorwaarden). Hier speelt deze overgangsrechtelijke dimensie van het nieuwheidsvereiste dus niet. In zo'n geval mist de slotzin van art. 2 lid 7 toepassing, zodat het werk noch voor auteursrechtelijke noch voor modelrechtelijke bescherming in aanmerking komt.

159 Vgl. het Gemeenschappelijk Commentaar bij (art. 1bis van) het Protocol van 20 juni 2002; art. 6 lid 1 Richtlijn 98/71/EG (*PbEG* 1998, L 289/28).

160 In dit voorbeeld wordt uitgegaan van toepasselijkheid van (art. 2 lid 7 van) de Berner Conventie in haar Parijse versie van 1971. Het voorbeeld blijft hetzelfde wanneer de bescherming wordt gevraagd onder de vigeur van de Brusselse versie van 1948, indien men aanneemt – zoals in alinea 868 hiervoor – dat de slotzin van art. 2 lid 7 van de Parijse versie ook geldt onder de Brusselse versie.

bescherming en vindt de slotzin van artikel 2 lid 7 dus geen toepassing meer ten aanzien van dit werk.

874. ***Resumé.*** Deze benadering van artikel 2 lid 7, slotzin, laat zich als volgt resumeren: zolang zij niet weer nieuw zijn geworden, geldt voor werken van toegepaste kunst die op 1 januari 1975 niet nieuw waren, de slotzin van artikel 2 lid 7. Zij komen dus in aanmerking voor auteursrechtelijke bescherming. Door deze benadering wordt recht gedaan aan het uitgangspunt van artikel 2 lid 7 dat werken van toegepaste kunst voor – enigerlei – bescherming in aanmerking moeten komen.

875. ***Anders: Impag-arrest.*** In de Impag-zaak sloeg de Hoge Raad echter een andere weg in.[161] In deze zaak ging het om enkele Amerikaanse spellen waarvoor anno 1997 auteursrechtelijke bescherming in Nederland werd ingeroepen onder de vigeur van de Parijse versie van de Berner Conventie. In eerste aanleg oordeelde de President in kort geding dat – kort gezegd – deze spellen dateren van vóór 1975, zodat de slotzin van artikel 2 lid 7 van toepassing is en de spellen dus voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komen.[162] Het hof sloot zich daarbij aan, maar werd gegispt door de Hoge Raad, die overwoog dat het hof heeft miskend

> "dat indien dit spel in de VS alleen als model is beschermd, ingevolge art. 2 lid 7 Berner Conventie in Nederland, als ander land van de Unie in de zin van deze bepaling, met betrekking tot dit spel slechts de bijzondere bescherming kan worden ingeroepen, welke in Nederland aan modellen wordt toegekend. Het Hof heeft dan ook, door te oordelen dat aan het onderhavige spel auteursrechtelijke bescherming kan worden ontleend zonder vast te stellen of dit ook in de VS het geval is, van een onjuiste rechtsopvatting omtrent het in art. 2 lid 7 bepaalde blijk gegeven."[163]

876. De Hoge Raad wees de toepassing van de slotzin van artikel 2 lid 7 dus van de hand. De vraag of de spellen op 1 januari 1975 al dan niet nieuw waren, doet in de ogen van de Hoge Raad bij de toepassing van artikel 2 lid 7 blijkbaar niet terzake.[164] Dat betekent dat werken van toegepaste kunst die dateren van vóór 1 januari 1975 (dat wil zeggen: op die datum niet nieuw waren) en in hun land van oorsprong alleen als model worden beschermd, in Nederland tussen wal en schip vallen. Tegen hen moet de materiële-reciprociteitsuitzondering van artikel 2 lid 7 worden ingezet, met als gevolg dat zij niet in aanmerking komen voor auteursrechtelijke bescherming, maar alleen voor modelrechtelijke bescherming – terwijl

---

161 HR 29 juni 2001, *NJ* 2001, 602 m.nt. DWFV (Impag/Marvin).

162 Vgl. ook alinea 2.10 van de conclusie van A-G Langemeijer. Vaststaat dat de spellen begin jaren zeventig (voor 1975) op de Amerikaanse markt zijn gebracht; dat zij op 1 januari 1975 niet meer nieuw waren in de zin van art. 4 BTMW, komt in het arrest overigens niet geheel duidelijk uit de feitelijke verf. Zie ook Verkade in zijn NJ-annotatie, alinea 5.

163 r.o. 3.5.4.

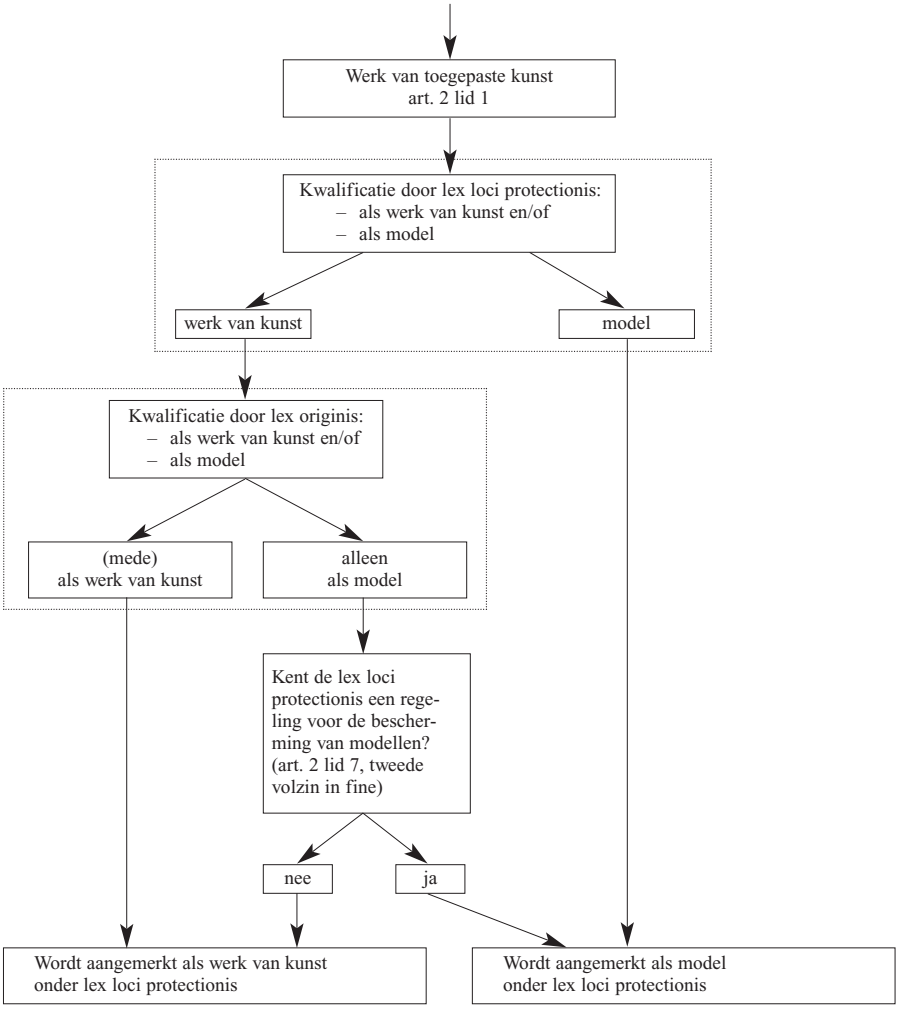
164 Vgl. ook Verkade in zijn NJ-annotatie, alinea 7. Daarmee heeft de slotzin van art. 2 lid 7 in Nederland alleen nog betekenis voor bescherming die wordt gevraagd voor de periode tussen 7 januari 1973 (inwerkingtreding Brusselse versie Berner Conventie) en 1 januari 1975 (inwerkingtreding BTMW) – een theoretische aangelegenheid dus –, mits wordt aangenomen dat onder de Brusselse versie mag worden geanticipeerd op deze bepaling.

zij voor modelrechtelijke bescherming niet in aanmerking komen omdat zij niet nieuw waren toen de desbetreffende modelbeschermingsregeling in werking trad.[165]

(iv) Samenvatting analyse: schema

877. ***Schema.*** Tezamen genomen laat de werking van artikel 2 lid 7 zich schematisch samenvatten als in Figuur 4 hieronder.

878. **Figuur 4: artikel 2 lid 7 Berner Conventie.**



165 Pas als zij ooit 'vernieuwd' zijn, komen zij weer in aanmerking voor BMTW/BVIE-bescherming.

c. Interactie met ius conventionis

879. ***Ius conventionis.*** Waar het vreemde werk in aanmerking komt voor bescherming als werk van kunst, valt het – als gezegd – alleen nationale behandeling (traitement national) ten deel, niet het ius conventionis (traitement unioniste). Hierop maakt artikel 2 lid 7 slechts één uitzondering: de minimale beschermingsduur is 25 jaar na vervaardiging (artikel 7 lid 4).[166]

880. ***Formaliteitenverbod.*** Voor het overige is het ius conventionis niet van toepassing. Mag de nationale wet dus formaliteiten stellen aan het genot van het auteursrecht op werken van toegepaste kunst? Een voorbeeld van zo'n formaliteit is de zogeheten instandhoudingsverklaring van artikel 21 lid 3 van de BTMW, zoals die luidde voor 1 december 2003: indien modelrecht en auteursrecht in één hand zijn, vervalt het auteursrecht gelijktijdig met het modelrecht (dus na maximaal 15 jaar), tenzij de rechthebbende overeenkomstig artikel 24 BTMW een verklaring aflegt met het oog op de instandhouding van zijn auteursrecht.

881. ***Cassina-arrest.*** In het Cassina-arrest achtte de Hoge Raad deze instandhoudingsverklaring in strijd met de Berner Conventie; hij oordeelde dat het geldend maken van het aan artikel 7 lid 4 te ontlenen recht op de minimale beschermingsduur van 25 jaar niet mag worden onderworpen aan deze formaliteit, "aangezien art. 5 lid 2 bepaalt dat het genot en de uitoefening van de in art. 5 lid 1 bedoelde rechten aan geen enkele formaliteit zijn onderworpen."[167] Dit oordeel – hoe lovenswaardig Uniegezind ook – is m.i. onjuist. Artikel 2 lid 7 laat de nationale wetgeving immers uitdrukkelijk de vrije hand als het gaat om de voorwaarden van de auteursrechtelijke bescherming van werken van toegepaste kunst. Het enige ius conventionis dat die vrijheid beknot, is de minimale beschermingsduur ex artikel 7 lid 4.[168] Voor het overige is het ius conventionis, dus óók het formaliteitenverbod in artikel 5 lid 2, niet van toepassing ten aanzien van werken van toegepaste kunst.[169] Daargelaten haar wenselijkheid, was de formaliteit van artikel 21 lid 3 BTMW bijgevolg niet in strijd met de Berner Conventie.[170] Hoe dan ook, voor Nederland heeft de Hoge Raad in het Cassina-arrest anders beslist. Zijn beslissing reikt overigens ver: in de redenering lijkt besloten te liggen dat geen enkele formaliteit mag worden gesteld, óók niet buiten de context van artikel 7 lid 4. Immers, de in artikel 5 lid 1 bedoelde rechten, die volgens het Cassina-arrest ook terzake van werken van toegepaste kunst worden gevrijwaard van formaliteiten

166 Deze minimale beschermingsduur werd tijdens de Stockholmse conferentie ingevoerd.
167 HR 26 mei 2000, *NJ* 2000, 671 m.nt. DWFV (Cassina/Jacobs), r.o. 3.3.2.
168 Uit art. 7 lid 4 *sec* laat zich niet afleiden dat formaliteiten verboden zijn.
169 Terecht merkt Verkade in zijn NJ-annotatie op dat het doortrekken van het formaliteitenverbod minder vanzelfsprekend is. Zie *Kamerstukken II* 1982/83, 16 739, nr. 7, p. 3. Vgl. ook Phaff 1967, p. 223; Phaff 1968, p. 387; Braun & Evrard 1975, p. 246; Nordemann, Vinck & Hertin 1977, p. 40; Verkade 1985, p. 157. Anders onder meer: Gerbrandy 1967, p. 220; Gerbrandy 1988, p. 103; Cohen Jehoram 1968, p. 885; Cohen Jehoram 2000, p. 682.
170 Terzijde: in zuiver-nationale situaties staat een formaliteit als die van art. 21 lid 3 BTMW sowieso niet ter discussie vanwege art. 5 lid 3, zie HR 11 mei 2001, *NJ* 2002, 55 m.nt. J.H. Spoor (Vredestein/Ring 65). Zie in dit verband ook alinea's 776 e.v. hiervoor.

ingevolge artikel 5 lid 2, omvatten niet alleen het recht op de minimale beschermingsduur, maar óók de rechten die de nationale wet terzake van werken van toegepaste kunst verleent. Bijgevolg wordt – in weerwil van artikel 2 lid 7 – *elke* formaliteit verboden, óók een eventuele instandhoudingsverklaring ná het verstrijken van de minimale beschermingsduur van 25 jaar.

882. ***BTMW per 1 december 2003.*** Hoe dan ook, het Cassina-arrest heeft zijn uitwerking niet gemist: de Benelux-wetgever heeft er aanleiding in gezien om de instandhoudingsverklaring af te schaffen. Met ingang van 1 december 2003 zijn artikel 21 lid 3 en artikel 24 BTMW komen te vervallen.[171] In het BVIE vindt men de instandhoudingsverklaring ook niet meer terug.

d. Facultatieve toepassing en Europese regulering

883. ***Facultatieve toepassing.*** Toepassing van de materiële-reciprociteitsuitzondering van artikel 2 lid 7 is facultatief.[172] In Europees verband is zij evenwel grotendeels verboden door het Europese non-discriminatiebeginsel.[173] Daarbuiten hebben de Europese landen (nog) de vrijheid om de materiële-reciprociteitsuitzondering al dan niet toe te passen, zolang het Berner non-discriminatiebeginsel gerespecteerd blijft.

884. ***Art. 47 Auteurswet.*** Wie derhalve op grond van artikel 47 Auteurswet aanneemt dat buiten de EG ontsprongen werken van toegepaste kunst van Nederlandse auteurs auteursrechtelijke bescherming in Nederland genieten[174], zal buiten de EG ontsprongen werken van niet-EG auteurs niet mogen achterstellen. Daarmee is de bodem onder de materiële-reciprociteitsuitzondering weggeslagen.

885. ***Impag-arrest.*** Toch lijkt deze vlieger niet op te gaan. In de eerdergenoemde Impag-zaak oordeelde de Hoge Raad dat de materiële-reciprociteitsuitzondering van artikel 2 lid 7 moest worden toegepast tegen een niet-EG (namelijk een Amerikaans) werk van toegepaste kunst. [175] In deze zaak waren de auteurs geen onderdanen van een EG-land. Het Berner non-discriminatiebeginsel brengt dan mee dat artikel 2 lid 7 óók moet worden ingezet tegen niet-EG werken van Nederlandse auteurs.[176]

---

171 Protocol houdende wijziging van de Eenvormige Beneluxwet inzake tekeningen en modellen van 20 juni 2002, *Trb.* 2002, 129, art. I.U. Zie ook het Gemeenschappelijk Commentaar bij (art. I.U van) dit Protocol.

172 Net als de duurvergelijking van art. 7 lid 8, werkt ook de onderhavige materiële-reciprociteitstoets automatisch, maar kan de lex loci protectionis anders bepalen. Het staat haar vrij om toepassing van art. 2 lid 7, tweede volzin, uit te schakelen en het vreemde werk van toegepaste kunst hoe dan ook als werk van kunst te beschermen. Vgl. Desbois, Françon & Kerever 1976, p. 163; Nordemann, Vinck & Hertin 1977, p. 40; Drexl 1990, p. 140.

173 Art. 12 EG en HvJ EG 30 juni 2005, nr. C-28/04, *Jur.* 2005, p. I-5781 (Tod's/Heyraud), zie par. 6.3.1 onder (b).

174 Zie bijvoorbeeld Rb. Den Bosch 11 maart 1994, *NJ* 1995, 107 m.nt. DWFV.

175 HR 29 juni 2001, *NJ* 2001, 602 m.nt. DWFV (Impag/Marvin), r.o. 3.5.4.

176 Zie par. 6.3.1 onder (b).

6.3.4. Volgrecht (art. 14ter lid 2)

a. Wordingsgeschiedenis

886. ***Voor Brusselse conferentie 1948.*** De derde materiële-reciprociteitsuitzondering op het Berner non-discriminatiebeginsel betreft het volgrecht ('droit de suite'). Dit is kort gezegd het onvervreemdbare recht van de auteur van een oorspronkelijk kunstwerk of manuscript om, na de eerste overdracht, te delen in de opbrengst van elke volgende verkoop van het werk. Het recht is ontstaan vanuit de gedachte dat beeldende kunstenaars – in tegenstelling tot schrijvers – minder mogelijkheden hebben om te delen in het latere succes van hun werk.[177] De kunstenaar die als jong en onbekend talent zijn schilderij voor een appel en een ei heeft verkocht, moet machteloos toezien hoe anderen er later winst mee maken. Ook op dit punt nam Frankrijk het voortouw; in 1920 erkende het bij wet het volgrecht. Een gering aantal landen volgde in die tijd. De Berner Conventie werd met het volgrecht geconfronteerd tijdens de Romeinse conferentie van 1928, maar deze conferentie kwam niet verder dan het uitspreken van de wens dat de Unielanden de mogelijkheid van invoering in overweging nemen.[178] Nadien werd in verschillende richtingen geijverd voor erkenning van het volgrecht: bijvoorbeeld als bestanddeel van het auteursrecht of als naburig recht.[179]

887. ***Brusselse conferentie 1948.*** Tijdens de Brusselse conferentie van 1948 stelden gastland België en het Bureau van de Berner Unie de zaak op scherp. Hun voorstel omvatte erkenning van het volgrecht als ius conventionis in de conventie (lid 1) en een voorbehoud voor de Unielanden terzake van de wijze van inning en de hoogte der bedragen (lid 2).[180] Het voorstel stuitte op veel weerstand.[181] Uiteindelijk werd een compromis bereikt in de vorm van artikel 14bis, waarbij de tekst van het Belgische voorstel grotendeels werd overgenomen, met tussenvoeging van de compromisregeling in een nieuw tweede lid. Dit Brusselse artikel 14bis is ongewijzigd overgenomen in de Stockholmse en Parijse versie van de conventie als artikel 14ter.

888. ***Nederland.*** Nederland heeft het volgrecht nooit willen erkennen, maar is uiteindelijk door een Europese Richtlijn – te weten Richtlijn 2001/84/EG – gedwongen een volgrecht te implementeren.[182] Hiertoe is de Auteurswet met ingang van 1 april 2006 aangepast.[183]

---

177 Zie onder meer Ricketson & Ginsburg 2006, p. 669 e.v. over de wordingsgeschiedenis van het volgrecht.
178 Actes BC 1928, p. 349 (Vœu III).
179 Zo werd onder meer voorgesteld om het volgrecht op te nemen in een afzonderlijk verdrag over naburige rechten. Zie over dit zogeheten Samaden-project van 1939, Ricketson & Ginsburg 2006, p. 674-675.
180 Actes BC 1948, p. 364 (voorstel België en Bureau).
181 Actes BC 1948, p. 363 e.v. (voorstel België en Bureau). Zo stelde Nederland zich op het standpunt dat het volgrecht geen bestanddeel van het auteursrecht is, zodat het geen plaats verdient in de conventie, zie Actes BC 1948, p. 366 (observatie Nederland).
182 Richtlijn 2001/84/EG van het Europees Parlement en de Raad van 27 september 2001 betreffende het volgrecht ten behoeve van de auteur van een oorspronkelijk kunstwerk (*PbEG* 2001, L 272/32). Zie daarover nader onder meer Katzenberger 2004.
183 Wet van 9 februari 2006, *Stb.* 2006, 60 (inwerkingtredingsbesluit in *Stb.* 2006, 151).

b. Analyse

(i) Uitgangspunt en uitzonderingen

889. ***Uitgangspunt (lid 1).*** Uitgangspunt van de regeling van artikel 14ter is de erkenning van het volgrecht; lid 1 geeft in dat verband een beschrijving van het volgrecht. Aldus beslechtten de verdragsopstellers de controverse rond de vraag of het volgrecht een bestanddeel van het auteursrecht is: het volgrecht als beschreven in lid 1 is een bestanddeel van het auteursrecht.[184] Bijgevolg is het beginsel van nationale behandeling – dus de daarin besloten liggende lex loci protectionis-conflictregel[185] en het non-discriminatiebeginsel – van toepassing op het volgrecht.[186]

890. ***Uitzonderingen.*** In de compromisbepaling in het tweede lid wordt vervolgens in twee opzichten gas teruggenomen. De bepaling is wat ongelukkig geformuleerd en heeft daarom aanleiding gegeven tot verschillende misverstanden. Zij luidt als volgt:

> "La protection prévue à l'alinéa ci-dessus n'est exigible dans chaque pays de l'Union que si la législation nationale de l'auteur admet cette protection et dans la mesure où le permet la législation du pays où cette protection est réclamée."[187]

891. ***Voorbehouden (lid 2-3).*** In de eerste plaats maakt deze bepaling aldus een voorbehoud voor de nationale wet: de lex loci protectionis is vrij om de mate van de bescherming te bepalen. Hier geldt dus geen conventioneel minimum.[188] Blijkens de bijzin "indien de nationale wetgeving van de auteur deze bescherming

---

184 Ulmer 1973, p. 503; Ulmer 1974 (*Folgerecht*), p. 599; Khadjavi-Goutard 1977, p. 88-89. Vgl. ook Walter 1973, p. 111; Katzenberger 1970, p. 64 e.v.; Katzenberger 1983, p. 158; considerans onder 4 van de Richtlijn 2001/84/EG.

185 In dit verband kan nog worden opgemerkt dat de locus protectionis het land is waar de verkooptransactie van het origineel plaatsvindt, nu de verkooptransactie het rechtsfeit is dat de aanspraak op de volgrechtvergoeding (de volgrecht-bescherming) meebrengt, zie art. 14ter lid 1 en *Kamerstukken I* 2005/06, 29 912, nr. B, p. 6. Zie ook BGH 16 juni 1994, *GRUR Int.* 1994, p. 1044-1046 (Folgerecht bei Auslandsbezug), waarin werd geoordeeld dat pas sprake kan zijn van een volrecht-aanspraak naar Duits recht indien de verkooptransactie tenminste gedeeltelijk in Duitsland heeft plaatsgevonden. Vgl. ook Siehr 1992; Braun 1995.

186 Onder de vigeur van de pre-Brusselse versies van de Berner Conventie was nog niet uitgekristalliseerd of het volgrecht als een bestanddeel van het auteursrecht moest worden beschouwd; zie ook par. 7.2.3. Zie ook Ulmer 1974 (*Folgerecht*), p. 598-599; Khadjavi-Goutard 1977, p. 88-89. Anders: Ladas 1938, p. 267 e.v.; Walter 1973, p. 113-114.

187 De Nederlandse vertaling luidt als volgt: "De in het voorgaande lid voorziene bescherming kan in ieder land van de Unie slechts worden ingeroepen, indien de nationale wetgeving van de auteur deze bescherming erkent, en in de mate waarin de wetgeving van het land, waar deze bescherming wordt ingeroepen, het toelaat."

188 De vrijheid van de nationale wetgever heeft alleen betrekking op de materiële regels met betrekking tot het volgrecht, niet op eventuele nationale vreemdelingenrechtelijke regels terzake. Dat laatste zou immers betekenen dat de Unielanden naar eigen goeddunken auteurs uit (Unie)landen die het volgrecht erkennen, de bescherming geheel of gedeeltelijk zouden kunnen onthouden op grond van eigen vreemdelingenrechtelijke voorschriften. Deze opvatting is eertijds wel door enkele Duitse auteurs verdedigd (Baum 1949, p. 37; Bappert & Wagner 1956, p. 151), maar werd terecht verworpen door het Bundesgerichtshof, zie BGH 23 juni 1978, *GRUR Int.* 1978, p. 470 (Jeannot). Zo ook Walter 1973, p. 118 e.v.; Ulmer 1974 (*Folgerecht*), p. 600; Nordemann, Vinck & Hertin 1977, p. 115 e.v.; Katzenberger 1983, p. 160; Drexl 1990, p. 144-145; Schneider-Brodtmann 1996, p. 116.

erkent" is de lex loci protectionis zelfs vrij het volgrecht in het geheel niet te erkennen, zoals Nederland tot voor kort heeft gedaan.[189] Dit alles leidt tot de constatering dat het volgrecht geen (echt) ius conventionis is.[190] Het volgrecht is weliswaar een recht als bedoeld in artikel 5 lid 1, maar de Unielanden zijn vrij met betrekking tot de erkenning van het recht en de mate van de bescherming (artikel 14ter lid 2), alsook de wijze van inning en de hoogte der bedragen (artikel 14ter lid 3).

892. ***Materiële-reciprociteitsuitzondering (lid 2).*** In de tweede plaats bepaalt het tweede lid dat het volgrecht van de lex loci protectionis slechts kan worden ingeroepen, indien de nationale wetgeving van de auteur (de lex auctoris) deze bescherming erkent. Dit is een materiële-reciprociteitsuitzondering. Bezien wij deze uitzondering nader.

(ii) De materiële-reciprociteitsuitzondering

893. ***Vreemdelingenrecht.*** Door laatstgenoemde uitzondering op het uitgangspunt worden vreemde auteurs gediscrimineerd. Het gaat hier derhalve om een (vreemdelingenrechtelijke) materiële-reciprociteitstoets, en niet om een conflictenrechtelijke deelverwijzing naar de lex auctoris. Dit is vrijwel onomstreden.[191] Het blijkt ook duidelijk uit tekst en structuur van artikel 14ter (in samenhang met artikel 5 lid 1): de toepasselijke wet – de lex loci protectionis – mag haar bescherming aan een voorwaarde verbinden, te weten de voorwaarde dat de lex auctoris het volgrecht ook erkent. Dat is een reciprociteitstoets, geen toepasselijkverklaring van de lex auctoris. De verdragsopstellers hebben ook uitdrukkelijk bevestigd dat zij in artikel 14ter lid 2 een "clause de réciprocité" hebben geïntroduceerd.[192]

894. ***Analyse materiële-reciprociteitstoets.*** Wél omstreden is de vraag om wat voor materiële-reciprociteitstoets het in artikel 14ter gaat.

---

189 Zo ook Actes BC 1948, p. 368 (Discussions et résultats).

190 Waar het volgrecht geen ius conventionis is, zijn de Unielanden vrij om een andersoortig volgrecht te introduceren, bijvoorbeeld een vervreemdbaar volgrecht. Zo'n volgrecht voldoet niet aan de beschrijving van art. 14ter lid 1. De vraag is dan of zo'n soort volgrecht als een 'recht' in de zin van art. 5 lid 1 moet worden aangemerkt. Die vraag valt buiten het bestek van deze studie. Hoe dan ook, de auteurs van het Unieland dat zo'n andersoortig volgrecht kent, zullen in de andere Unielanden worden geconfronteerd met de hierna te bespreken reciprociteitstoets van art. 14ter lid 2: hun lex auctoris erkent immers niet de *in lid 1 beschreven* bescherming, te weten het *onvervreemdbaar* recht op een geldelijk voordeel bij elke verkooptransactie van het werk na de eerste overdracht door de auteur (vgl. Walter 1973, p. 117).

191 Zo Bappert & Wagner 1956, p. 150; Walter 1973, p. 118 e.v.; Ulmer 1973, p. 504; Ulmer 1974 (*Folgerecht*), p. 600; Ulmer 1975, p. 31-32; Desbois, Françon & Kerever 1976, p. 176; Nordemann, Vinck & Hertin 1977, p. 114; Khadjavi-Goutard 1977, p. 78; Katzenberger 1979, p. 58; Schack 1979, p. 69; Katzenberger 1983, p. 160; Boytha 1988, p. 411; Stewart 1989, p. 133; Drexl 1990, p. 142; Locher 1993, p. 7-8; Kreuzer 1998, p. 2292, nr. 121; Fawcett & Torremans 1998, p. 471; Katzenberger 2006, p. 2087; zie ook BGH 23 juni 1978, *GRUR Int.* 1978, p. 470 (Jeannot). Vgl. ook *Kamerstukken I*, 2005/06, 29 912, nr. B, p. 6. Enkele auteurs menen dat het hier om een conflictenrechtelijke (deel)verwijzing gaat; zo bijvoorbeeld Troller 1950, p. 281; Troller 1952, p. 158; De Boer 1977, p. 709; Schneider-Brodtmann 1996, p. 118 e.v. (vgl. noot 80 van dit hoofdstuk 6). Vgl. ook Lucas & Lucas 2006, p. 959-960.

192 Actes BC 1948, p. 368 (Discussions et résultats) en p. 104 (Rapport général).

895. ***Absolute materiële-reciprociteitsuitzondering.*** In de eerste plaats rijst de vraag welke variant aan de orde is. Gaat het om een relatieve materiële-reciprociteitstoets, waarbij het niveau van de bescherming van de lex loci protectionis wordt bijgesteld naar het inferieure niveau van de lex auctoris?[193] Of gaat het om een absolute voorwaarde, waarbij de lex loci protectionis haar volledige bescherming verleent indien het volgrecht van de lex auctoris aan bepaalde eisen voldoet? De tekst van de bepaling is duidelijk: de auteur kan de volgrecht-bescherming inroepen "in de mate waarin de wetgeving van het land, waar deze bescherming wordt ingeroepen, het toelaat." Artikel 14ter relateert de mate van de bescherming dus aan de lex loci protectionis, niet aan de lex auctoris. Waar de 'hoeveelheid' volgrecht wordt bepaald door de lex loci protectionis, is de relatieve reciprociteitsvariant uitgesloten.[194] De Nederlandse wetgever heeft dit miskend voor zover hij in artikel 43g lid 2 Auteurswet heeft bepaald dat auteurs die geen onderdaan zijn van een EU- of EER-land in Nederland slechts volgrecht-bescherming genieten *in de mate waarin en de duur waarvoor* hun vaderland het volgrecht erkent ten behoeve van EG/EER-auteurs. Deze bepaling is dus in strijd met artikel 14ter lid 2 van de Berner Conventie (en met artikel 7 lid 1 van Richtlijn 2001/84/EG).[195]

896. ***Eis.*** Vervolgens rijst de vraag welke eisen deze absolute materiële-reciprociteitstoets aan de lex auctoris stelt. Stelt zij inhoudelijke eisen aan het volgrecht van de lex auctoris, bijvoorbeeld de eis dat de lex auctoris een bescherming kent die identiek of equivalent is aan de bescherming van de lex loci protectionis?[196] Of is voldoende dat de lex auctoris het volgrecht principieel erkent, ook al is dat slechts een ontluikend, onvolwassen volgrecht?[197] Uit artikel 14ter lid 2 volgt slechts laatstgenoemde eis.[198] Het volgrecht kan immers worden ingeroepen "indien de nationale wetgeving van de auteur deze bescherming erkent", waarbij de woorden "deze bescherming" betrekking hebben op het recht als beschreven in lid 1, niet

193 In deze zin: Desbois, Françon & Kerever 1976, p. 176; Dessemontet 1986, p. 352.

194 Ook in de verdragsgeschiedenis vindt de absolute variant steun: een Oostenrijks voorstel tijdens de Brusselse conferentie in 1948 om de relatieve variant te introduceren en de absolute achterwege te laten, werd ingetrokken en niet overgenomen; zie Actes BC 1948, p. 365 (voorstel Oostenrijk).

195 Art. 7 lid 1 van de Richtlijn schrijft immers geen relatieve, maar een absolute reciprociteitstoets voor: het draagt de lidstaten op te bepalen dat – kort gezegd – auteurs die geen onderdaan zijn van een EU- of EER-land alleen dan op het volgrecht overeenkomstig de Richtlijn en de wetgeving van de betrokken lidstaat aanspraak kunnen maken *wanneer* de wetgeving van hun vaderland de bescherming van het volgrecht erkent ten behoeve van EG/EER-auteurs. Om deze misstand in art. 43g lid 2 Auteurswet recht te zetten moeten de woorden "in de mate waarin en de duur waarvoor" worden vervangen door "wanneer" of (beter, want conform art. 14ter lid 2:) "indien".

196 Vgl. Ricketson & Ginsburg 2006, p. 680 (overigens niet geheel eenduidig) die "substantial equivalence" eisen. Vgl. voorts Ulmer 1974 (*Droit de suite*), p. 98-99, en Ulmer 1974 (*Folgerecht*), p. 600).

197 In deze zin: Walter 1973, p. 124 e.v.; Katzenberger 1979, p. 65 e.v.; Mom 1982, p. 135; Drexl 1990, p. 143-144.

198 Ulmer 1974 (*Folgerecht*), p. 600 en Nordemann, Vinck & Hertin 1977, p. 115 stellen daarbij ook de eis dat het recht daadwerkelijk kan worden geëffectueerd. Die eis is toelaatbaar voor zover zij betrekking heeft op de juridische effectuering (handhaving) van het recht, maar niet voor zover zij betrekking heeft op de feitelijke effectuering, bijvoorbeeld feitelijke tegenwerking door de kunsthandel (zo Ulmer 1974 (*Folgerecht*), p. 600). Het gaat immers om de erkenning van het volgrecht door de nationale wet. Vgl. ook Katzenberger 1979, p. 67.
De in de conventie opgenomen absolute materiële-reciprociteitstoets die slechts de erkenning van het volgrecht door de lex auctoris eist, komt in feite neer op de zogeheten theorie van de 'minimum-erkenning' (vgl. Ricketson & Ginsburg 2006, p. 300-301), die het Bureau van de Berner Unie ooit – ten onrechte – als algemeen uitgangspunt van de conventie heeft gepostuleerd (zie Bureau de l'Union, *DdA* 1926, p. 53).

op de volgrecht-bescherming van de lex loci protectionis in de bijzin die volgt. De erkenning van het volgrecht volstaat derhalve.[199]

897. ***Referentiepunt.*** Maar daarmee is de kous nog niet af. De vraag rijst waar de erkenning door de lex auctoris precies betrekking op moet hebben. Nu artikel 14ter in het geheel geen referentiepunt noemt, laat zich de vraag stellen of het gaat om de erkenning van het volgrecht in het algemeen of in het concrete geval. De ontstaansgeschiedenis van artikel 14ter brengt weinig duidelijkheid. Het ligt niettemin voor de hand om, in aansluiting op de andere Berner reciprociteitstoetsen, het referentiepunt te zoeken in het concrete geval.[200] Dat betekent bijvoorbeeld dat indien de lex autoris alleen volgrecht erkent voor kunstwerken en niet voor manuscripten, de auteur in de andere Unielanden geen aanspraak kan maken op volgrecht terzake van zijn manuscript.

898. ***Referentiewet/referentieland.*** Anders dan de andere reciprociteitstoetsen, die het land van oorsprong als bedoeld in artikel 5 lid 4 tot referentieland nemen, stemt de reciprociteitstoets van artikel 14ter af op de wet van het vaderland van de auteur.[201] Waarom de verdragsopstellers het land van oorsprong hier hebben laten varen, is onduidelijk; de travaux préparatoires laten ons in het ongewisse.[202] Hoe dan ook, de keus is duidelijk.[203] In dit verband kunnen zich evenwel nog enkele problemen voordoen.[204]

899. ***Probleem 1: lex auctoris buiten Unie.*** Zo is denkbaar dat de conventie formeel toepasselijk is (artikel 3 of 4) terwijl de auteur geen onderdaan van een Unieland is. Dan wordt getoetst aan de wet van een niet-Unieland, dat derhalve niet is gebonden aan het Berner beginsel van nationale behandeling c.q. het nondiscriminatiebeginsel. Wat nu indien deze wet het volgrecht wel erkent, maar vreemde auteurs uitsluit? De verdragsopstellers lijken deze situatie over het hoofd te hebben gezien. Deze lacune kan op twee manieren worden ondervangen. Ofwel men introduceert een referentiepunt.[205] Ofwel men stelt een aanvullende formele-

---

199 Enerzijds vormt deze reciprociteitstoets een relatief kleine inbreuk op het grondbeginsel van de nationale behandeling, anderzijds kan zij een rem op de verdere ontwikkeling van het volgrecht op nationaal niveau zijn. Van een royaal volgrecht genieten immers ook vreemde auteurs mee, terwijl de eigen auteurs omgekeerd niet zijn verzekerd van een volgrecht – of een even royaal volgrecht – in den vreemde. Een pover volgrecht is genoeg om de eigen auteurs te verzekeren van het volgrecht in de Unielanden die dit recht erkennen.

200 Vgl. Drexl 1990, p. 147.

201 Terzijde: merk op dat de verdragsopstellers hebben gekozen voor een referte aan de *wet* van het referentieland. Waarom hebben zij niet, in lijn met de hiervoor behandelde reciprociteitstoetsen, gerefereerd aan de behandeling (van een of ander referentiepunt) in het referentieland? Waarschijnlijk zijn zij er (onbewust) van uitgegaan dat dit altijd samenvalt. In theorie is echter een uitzondering denkbaar, die hier verder buiten beschouwing blijft; zie noot 79 van dit hoofdstuk 6.

202 Zie Actes BC 1948, p. 362-368 (Article 14bis nouveau, travaux préparatoires et débats).

203 Vgl. onder meer Boytha 1988, p. 411; Drexl 1990, p. 146. Ondanks de duidelijke tekst – en in tegenstelling tot de heersende mening – stellen enkele auteurs dat hier de lex originis wordt bedoeld (zo bijvoorbeeld Stewart 1989, p. 133).

204 Algemene nationaliteitsrechtelijke problemen die in dit verband kunnen rijzen, zoals bipatridie, apatridie enz. blijven hier buiten beschouwing.

205 Men kan dan bijvoorbeeld afstemmen op de behandeling van Unie-auteurs onder de lex auctoris; zie noot 79 van dit hoofdstuk 6. Art. 7 lid 1 van Richtlijn 2001/84/EG (*PbEG* 2001, L 272/32) kiest deze benadering.

reciprociteitsvoorwaarde.[206] Vereist is dan dat de lex auctoris zijn nationale auteurs en Unieauteurs gelijk behandelt.[207] Deze aanvullende eis laat zich rechtvaardigen nu zij het algemene uitgangspunt is waarop artikel 14ter is gebouwd.[208] M.i. heeft de laatste oplossing de voorkeur: zij sluit mogelijke chicanes uit, men is er zeker van dat de Unie-auteurs niets te kort komen.[209]

900. ***Probleem 2: situatie in land van oorsprong.*** Een andere probleem dat de verdragsopstellers over het hoofd hebben gezien, betreft de situatie in het land van oorsprong. Mag in dit land de materiële-reciprociteitstoets van artikel 14ter worden ingezet tegen een vreemde auteur? Volgens artikel 5 lid 3 niet: in het land van oorsprong geldt alleen het beginsel van nationale behandeling en is de conventie voor het overige niet van toepassing, ook artikel 14ter dus niet. De auteur uit een Unieland zonder volgrecht zou dan in alle landen van de Unie het volgrecht kunnen worden ontzegd, behalve in het land van oorsprong. Dit zal echter niet de bedoeling van de verdragsopstellers zijn geweest. In het kader van artikel 14ter wordt immers scherpgesteld op de wet van het vaderland van de auteur, en staat het land van oorsprong van het werk op één lijn met de andere Unielanden; en er valt geen goede grond aan te wijzen waarom van alle andere Unielanden in één land de materiële-reciprociteitstoets niet mag worden toegepast. Een argument kan ook worden ontleend aan de tekst van artikel 14ter lid 2, die spreekt over "ieder land van de Unie" zonder het land van oorsprong uit te zonderen.[210] Wij zullen daarom maar aannemen dat artikel 5 lid 3 deze toets toelaat, zodat ook in het land van oorsprong de materiële-reciprociteitstoets van artikel 14ter mag worden ingezet tegen een vreemde auteur.

(iii) Samenvatting analyse

901. ***Samenvatting.*** Tezamen genomen gaat het in artikel 14ter lid 2 derhalve om een absolute materiële-reciprociteitstoets, waarbij van de lex auctoris wordt geëist dat zij in het concrete geval een volgrecht erkent. De laatste bijzin van deze bepaling ("en in de mate waarin de wetgeving van het land, waar deze bescherming wordt ingeroepen, het toelaat"), zo is gebleken, heeft een tweeledige betekenis.

---

206 Zie ook Walter 1973, p. 129-130; Drexl 1990, p. 146. Katzenberger 1979, p. 68 meent dat het Unieland in deze situatie op grond van art.14ter geen volgrecht hoeft te verlenen.

207 Het is m.i. meer in overeenstemming met de Uniegedachte om de formele-reciprociteitsvoorwaarde niet alleen te laten gelden in relatie tot de auteurs van het land waarvoor de bescherming wordt ingeroepen (zo Walter 1973, p. 130), maar tot alle Unieauteurs.

208 Katzenberger 1979, p. 68 en Drexl 1990, p. 146 menen dat indien een niet-Unie auteur zijn gewone verblijfplaats in een Unieland heeft, de wet van dat Unieland in analogie met art. 3 lid 2 als lex auctoris heeft te gelden (vgl. ook Schneider-Brodtmann 1996, p. 122). M.i. gaat het te ver om via genoemde bepaling tot een andere nationaliteit van de auteur te concluderen. Bovendien: wat indien de wet van dat Unieland geen volgrecht erkent en de echte nationale wet wel? Blijft de auteur dan verstoken van volgrecht? Of – twijfelachtige oplossing – krijgt hij een herkansing onder zijn echte nationale wet?

209 Denk aan de situatie dat de lex auctoris twee volgrechten erkent – een royale voor de eigen auteurs en een povere voor vreemde auteurs.

210 Geheel overtuigend is dat argument om twee redenen overigens niet. In de eerste plaats moet men eerst over de 'uitschakeling' van art. 5 lid 3 heenstappen. In de tweede plaats: tijdens dezelfde Brusselse conferentie werd de formule 'ieder land van de Unie' ook elders in de verdragstekst opgenomen – in art. 2 lid 4 (thans lid 6) – en daarmee kon onmogelijk ook het land van oorsprong zijn bedoeld. Zie noot 31 van hoofdstuk 7.

Enerzijds postuleert zij een voorbehoud voor de nationale wet[211], anderzijds sluit zij een relatieve materiële-reciprociteitstoets uit.[212] Verder reikt zij niet. Met name is haar referte aan de wetgeving van het land, waar de bescherming wordt ingeroepen, geen zelfstandige verwijzing naar de lex loci protectionis: toepasselijkheid van de lex loci protectionis vloeit immers reeds voort uit het beginsel van nationale behandeling, nu het volgrecht een recht in de zin van artikel 5 lid 1 is.[213]

c. Facultatieve toepassing en Europese regulering

902. ***Facultatieve toepassing.*** Net als de andere reciprociteitsuitzonderingen op het non-discriminatiebeginsel, is toepassing van de reciprociteitstoets van artikel 14ter lid 2 facultatief.[214] Een Unieland mag bepalen dat de reciprociteitstoets achterwege blijft.[215]

903. ***Richtlijn 2001/84/EG.*** In Europees verband is deze toepassingsvrijheid echter gereguleerd. Waar het gaat om auteurs die onderdaan zijn van andere EG/EER-landen is toepassing van de reciprociteitstoets verboden op grond van het Europese non-discriminatiebeginsel.[216] Waar het gaat om auteurs die onderdaan zijn van derde landen, is toepassing van de reciprociteitstoets daarentegen verplicht gesteld door artikel 7 lid 1 van Richtlijn 2001/84/EG. Deze auteurs kunnen alleen dan op het volgrecht overeenkomstig deze Richtlijn en de wetgeving van de betrokken lidstaat aanspraak maken, wanneer hun lex auctoris de bescherming van het volgrecht erkent ten behoeve van EG-auteurs en hun rechtsopvolgers.[217]

904. ***Richtlijn in strijd met Berner Conventie.*** Genoemd artikel 7 lid 1 van deze Richtlijn is m.i. in strijd met artikel 14ter van de Berner Conventie waar het gaat om de bescherming van de rechtsopvolger van een niet-Europese auteur. Artikel 7 lid 1 van de Richtlijn stelt het volgrecht van niet-Europese auteurs en hun rechtsopvolgers namelijk afhankelijk van de voorwaarde dat "de wetgeving van het land waarvan de auteur *of zijn rechtsopvolger* onderdaan is, de bescherming van het volgrecht erkent ten behoeve van auteurs uit de lidstaten en hun rechtsopvolgers"

---

211 Zie alinea 891 hiervoor.

212 Zie alinea 895 hiervoor.

213 De referte vormt derhalve niet meer dan een bevestiging van de lex loci protectionis-conflictregel in art. 5 voor het volgrecht (zie par. 5.3.2 onder (b)(ii)). Over de toepasselijkheid van de lex loci protectionis op de vraag wie het volgrecht geniet na de dood van de auteur, zie alinea 1065 hierna.

214 Walter 1973, p. 119; Ulmer 1974 (*Folgerecht*), p. 600; Desbois, Françon & Kerever 1976, p. 177; Katzenberger 1979, p. 59; Drexl 1990, p. 147. Vgl. ook Schneider-Brodtmann 1996, p. 124 die zich hier – vanwege zijn conflictenrechtelijke kwalificatie van de materiële-reciprociteitstoets – in de bocht van het begunstigingsbeginsel wringt.

215 Net als art. 7 lid 8 en art. 2 lid 7 werkt de materiële-reciprociteitstoets van art. 14ter 'automatisch', dat wil zeggen: zolang de nationale wetgever niet anders bepaalt, moet zij worden toegepast.

216 Vgl. HvJ EG 20 oktober 1993, gevoegde zaken nr. C-92/92 (Phil Collins) en nr. C-326/92 (EMI Electrola), *Jur.* 1993, p. I-5145, zie par. 6.3.1 onder (b). Overigens wordt het volgrecht grotendeels geharmoniseerd door Richtlijn 2001/84/EG (*PbEG* 2001, L 272/32).

217 Een lidstaat heeft op grond van art. 7 lid 3 nog wel de vrijheid om de reciprociteitstoets niet toe te passen vis-à-vis niet-EG/EER-auteurs, maar die wel in die lidstaat hun gewone verblijfplaats hebben. Zie art. 43g lid 1 onder c Auteurswet.

(cursivering toegevoegd). De rechtsopvolger wordt dus het volgrecht ontzegd indien de wetgeving van zijn vaderland geen volgrecht erkent ten behoeve van Europese auteurs en hun rechtsopvolgers. Daarmee stemt deze bepaling voor rechtsopvolgers van niet-Europese auteurs af op (de wet van) een ander referentieland dan de conventie – en dat is in strijd met de conventie. Voor de reciprociteitstoets van artikel 14ter is immers uitsluitend de nationale wet van de auteur (lex auctoris) van belang, niet de nationale wet(ten) van de rechtsopvolger(s).[218]

6.3.5. Voorbehoud tienjaarsregel bij vertalingen (art. 30 lid 2 onder b, tweede volzin)

905. ***Inleiding*.** De vierde materiële-reciprociteitsuitzondering op het Berner nondiscriminatiebeginsel ligt verscholen in artikel 30 lid 2 onder b, tweede volzin, dat werd opgenomen tijdens de Stockholmse conferentie in 1967. Deze zeldzame materiële-reciprociteitsuitzondering heeft betrekking op het voorbehoud om het recht van vertaling te beperken.

906. ***Voorbehoud 'tienjaarsregel'*.** Dit voorbehoud wordt genoemd in de eerste volzin van artikel 30 lid 2 onder b. Het gaat om het volgende. Artikel 8 van de Berner Conventie bepaalt dat de door de conventie beschermde auteurs gedurende de gehele duur van hun rechten op het oorspronkelijk werk het uitsluitend recht genieten om vertalingen te maken of daartoe toestemming te verlenen. Ten aanzien van artikel 8 kan op grond van artikel 30 lid 2 onder b, eerste volzin, een voorbehoud worden gemaakt. Dit voorbehoud houdt in dat in plaats van artikel 8, artikel 5 van de Berner Conventie van 1896 wordt toegepast, volgens welke bepaling het recht op vertaling ophoudt te bestaan indien de auteur niet binnen tien jaar na de eerste publicatie van het originele werk, van dit recht gebruikt heeft gemaakt door een vertaling te publiceren in één van de landen van de Unie (de 'tienjaarsregel').[219] Het voorbehoud staat alleen open voor landen die voor het eerst tot de Berner Conventie toetreden (artikel 30 lid 2 onder b, eerste volzin) en voor ontwikkelingslanden die reeds bij de Unie zijn aangesloten maar die onder eerdere versies van de conventie op dit punt geen voorbehoud hadden gemaakt (artikel V lid 1 onder a (ii) van het Aanhangsel bij de Berner Conventie).[220]

---

218 Deze fout werkt door in art. 43g lid 2 Auteurswet. Merk voorts op dat de eis die de reciprociteitstoets van art. 7 lid 1 van deze Richtlijn aan (de wet van) het referentieland stelt, niet geheel overeenkomt met art. 14ter van de conventie. Laatstgenoemde bepaling stelt het volgrecht afhankelijk van de voorwaarde dat "de nationale wetgeving van de auteur deze bescherming erkent." Art. 7 lid 1 van de Richtlijn eist dat deze wet "de bescherming van het volgrecht erkent ten behoeve van auteurs uit de lidstaten en hun rechtsopvolgers."

219 Vgl. art. 25 lid 3 van de Romeinse en de Brusselse versies. Volgens art. 30 lid 2 onder b, eerste volzin, gaat het daarbij alleen om de vertaling in een taal die algemeen wordt gebruikt in het land dat het voorbehoud maakt.

220 Bij de Berner Conventie is door de Parijse conferentie van 1971 een Aanhangsel opgenomen dat betrekking heeft op de positie van ontwikkelingslanden (zie Actes BC 1971). Zie daarover nader Ricketson & Ginsburg 2006, p. 879-963. Merk op dat art. V lid 1 onder a (ii) van het Aanhangsel in *Trb.* 1972, 157 onjuist is vertaald. De bijzin "zelfs indien het een land is dat geen lid is van de Unie" moet zijn: "zelfs indien het *niet* een land is dat geen lid is van de Unie", men raadplege de Franse tekst: "même s'il n'est pas un pays étranger à l'Union"; zie ook Actes BC 1971, p. 211 (Signed text). Terzijde: ontwikkelingslanden die gebruikmaken van de mogelijkheid van art. II van het Aanhangsel kunnen in beginsel geen voorbehouden ex art. 30 lid 2 meer maken (art. V lid 2 en 3 Aanhangsel).

907. ***Relatieve materiële-reciprociteitsuitzondering.*** Op dit voorbehoud heeft de materiële-reciprociteitsuitzondering in de tweede volzin van artikel 30 lid 2 onder b betrekking. Zij kent de andere Unielanden de bevoegdheid toe om het recht van vertaling terzake van werken die in het voorbehoud-land zijn ontsprongen, tot 'een soortgelijke bescherming' ineen te laten schrompelen.[221] Het gaat hier dus om een relatieve materiële-reciprociteitsuitzondering.[222]

908. ***Uitzondering ontwikkelingslanden.*** Deze reciprociteitsuitzondering is evenwel niet toegelaten, indien het desbetreffende land van oorsprong een ontwikkelingsland is dat een verklaring heeft afgelegd overeenkomstig artikel V lid 1 onder a van het Aanhangsel, zo bepaalt artikel I lid 6 onder b Aanhangsel.

909. ***Praktijk.*** Voor zover valt na te gaan zijn er nu geen landen die het voorbehoud van artikel 30 lid 2 onder b, eerste volzin, maken. De reciprociteitsuitzondering in de tweede volzin heeft dus geen praktische betekenis.

6.3.6. Retorsie niet-Unielanden (art. 6 lid 1)

910. ***Inleiding.*** Ten slotte bezien wij de vijfde uitzondering op het Berner non-discriminatiebeginsel. Deze uitzondering speelt in de relatie met niet-Unielanden.

911. ***Wordingsgeschiedenis.*** Deze uitzondering gaat terug tot het additionele Protocol van 1914 en was met name bedoeld om Canada een wapen in handen te geven tegen de Verenigde Staten, die toen niet bij de Unie waren aangesloten.[223] De Romeinse conferentie van 1928 verhuisde haar naar artikel 6 van de conventie en de Brusselse conferentie van 1948 bouwde haar verder uit. In Stockholm onderging zij enkele wijzigingen van voornamelijk redactionele aard.[224]

912. ***Eerste volzin.*** Artikel 6 ziet op de situatie dat een niet-Unieland niet in voldoende mate bescherming verleent aan werken van auteurs die onderdaan zijn van een Unieland. In zo'n geval is het desbetreffende Unieland bevoegd om zich te revancheren: ingevolge artikel 6 lid 1, eerste volzin mag het de bescherming beperken van werken van auteurs die (i) op het moment van eerste publicatie onderdaan zijn van het niet-Unieland en die (ii) op dat moment niet hun gewone verblijfplaats in een Unieland hebben.

---

221 Let wel: de reciprociteitsbepaling heeft alleen betrekking op het voorbehoud genoemd onder b, niet op een voorbehoud dat op grond van art. 30 lid 2 onder a is gemaakt (zie daarover Ricketson & Ginsburg 2006, p. 1086-1087).

222 De onderhavige uitzondering op het non-discriminatiebeginsel werkt niet 'automatisch': het gaat om een mogelijkheid waar de Unielanden gebruik van kunnen maken.

223 Over de achtergrond van deze uitzondering, zie Bureau de l'Union, *DdA* 1914; Ricketson & Ginsburg 2006, p. 102-103. Amerikaanse auteurs profiteerden van de Berner Conventie door hun werken eerst in Canada te publiceren (zogeheten 'back-door protection'), maar omgekeerd lieten de Verenigde Staten buitenlandse auteurs in de kou staan.

224 Actes BC 1928, p. 197 (Rapport général); Actes BC 1948, p. 180-183 (Article 6, travaux préparatoires et débats); zie voorts Ricketson & Ginsburg 2006, p. 252 e.v.; Nordemann, Vinck & Hertin 1977, p. 62.

913. Bij de toepassing van artikel 6 lid 1, eerste volzin, gaat het niet om reciprociteit, maar om vergelding – preciezer gezegd: retorsie.[225] Het Unieland stelt een benadelende maar rechtmatige daad tegenover een benadelende maar rechtmatige daad van het niet-Unieland. Het uitgangspunt van non-discriminatie wordt verlaten omdat het niet-Unieland onvoldoende bescherming biedt.

914. De bepaling geeft de Unielanden daarbij een ruime discretionaire marge.[226] Enerzijds laat zij zich niet uit over de eisen die aan het niet-Unieland mogen worden gesteld; als criterium wordt slechts genoemd dat het niet-Unieland "niet in voldoende mate" beschermt. Anderzijds zwijgt zij over de strafmaatregelen die mogen worden opgelegd; het Unieland mag de "bescherming beperken." Er kan dus ook worden bezuinigd op het ius conventionis.

915. Een voorbeeld. Indien Iran (een niet-Unieland) de werken van Nederlandse auteurs niet in voldoende mate beschermt, zou Nederland de bescherming mogen beperken van werken van buiten de Unie wonende Iraanse auteurs. Zolang Nederland niet het land van eerste publicatie van het werk is, is dit een aangelegenheid tussen deze twee landen en blijven de andere Unielanden buiten de tweestrijd. Zo zal Frankrijk de bescherming van werken van de genoemde Iraanse auteurs niet mogen beperken omdat de werken van Nederlandse auteurs in Iran onvoldoende worden beschermd. Uiteraard mag Frankrijk deze maatregel wél treffen indien de werken van Franse auteurs in Iran onvoldoende worden beschermd. De eerste volzin van artikel 6 lid 1 geeft ieder Unieland voor zich de mogelijkheid om een inferieure bescherming van zijn auteurs in het niet-Unieland te wreken.[227] De plaats van eerste publicatie doet daarbij niet ter zake.

916. ***Tweede volzin*****.** De in Brussel ingevoerde tweede volzin voert de druk verder op.[228] Indien het (Unie)land van eerste publicatie gebruik maakt van de retorsiemogelijkheid, zijn de andere Unielanden bevoegd de bescherming van de verdoemde werken net zo ver in te perken als in het land van eerste publicatie. Zou Nederland in het gegeven voorbeeld het land van eerste publicatie zijn en gebruik maken van de retorsiemogelijkheid, dan zou Frankrijk dus kunnen besluiten de bescherming van werken van Iraanse auteurs tot het Nederlandse niveau terug te brengen (ook al worden de werken van Franse auteurs in Iran wel goed beschermd).

---

225 Kosters/Dubbink 1962, p. 424 met verdere verwijzingen; Nordemann, Vinck & Hertin 1977, p. 62; Desbois, Françon & Kerever 1976, p. 155; Actes BC 1948, p. 180 (voorstel België en Bureau): "mesures de rétorsion." Reciprociteit en vergelding komen voort uit dezelfde gedachte (zie par. 6.2.2 onder (a)).

226 Zie ook lid 2 (maatregelen hebben geen terugwerkende kracht) en lid 3 (kennisgeving). Anders dan de hiervoor behandelde uitzonderingen op het non-discriminatiebeginsel, werken de uitzonderingen van art. 6 niet 'automatisch': het gaat om mogelijkheden waar de Unielanden gebruik van kunnen maken.

227 Gelet op art. 3 lid 2 kan een Unieland bovendien óók de slechte bescherming van werken van in zijn land gewoonlijk verblijvende auteurs wreken (Desbois, Françon & Kerever 1976, p. 155). Nederland kan bijvoorbeeld de retorsie toepassen indien naar Nederland gevluchte Iraanse auteurs in Iran auteursrechtelijk worden geboycot.

228 Actes BC 1948, p. 180-183 (Article 6, travaux préparatoires et débats).

917. Bij de toepassing van de tweede volzin van artikel 6 lid 1 gaat het dus strikt genomen om een relatieve materiële-reciprociteitstoets: de bescherming in de andere Unielanden kan worden bijgesteld naar het (lagere) niveau van bescherming in het land van eerste publicatie.[229] Materieel gezien komt dit evenwel neer op een vorm van collectieve retorsie ten opzichte van het onwillige niet-Unieland.

918. ***Praktijk.*** Artikel 6 heeft tegenwoordig geen praktische betekenis. Voor zover valt na te gaan is de bepaling slechts eenmaal ingezet – in de jaren twintig van de twintigste eeuw, door Canada tegen de Verenigde Staten.[230]

6.4. De materiële-reciprociteitstoetsen in het Verdrag van Parijs en de Schikking van Madrid nader beschouwd

919. ***Inleiding.*** De opeenvolgende verdragsopstellers van het Verdrag van Parijs en zijn Madrileense 'subverdrag', de Schikking van Madrid, zijn zuiniger geweest met materiële-reciprociteitstoetsen dan hun collega's van de Berner Conventie: het Verdrag van Parijs en de Schikking van Madrid kennen ieder slechts één materiële-reciprociteitstoets. Deze toetsen zijn ondertussen zozeer uitgekristalliseerd dat zij tegenwoordig nauwelijks nog stof doen opwaaien. Beide zitten in de merkenrechtelijke hoek: de toets van het Verdrag van Parijs heeft betrekking op zogeheten telle quelle-merken[231], de toets van de Schikking van Madrid heeft betrekking op merken die krachtens deze Schikking zijn verkregen.[232] De wordingsgeschiedenis van deze toetsen is al uitvoerig in Deel I aan de orde gekomen.[233]

920. ***Algemene vormgeving.*** Hoe zijn deze reciprociteitstoetsen vormgegeven?[234] Het referentieland van beide reciprociteitstoetsen is het 'land van oorsprong'. Dat is in beide verdragen primair gedefinieerd als het land van de Parijse respectievelijk de Madrileense Unie waar de deposant ('inzender') een daadwerkelijke en wezenlijke inrichting van nijverheid of handel heeft.[235] Het vreemde element dat door de beide reciprociteitstoetsen op de korrel wordt genomen is dus, zo kan uit de definitie worden afgeleid, de vreemde deposant, en dat is primair de in den

229 De onderhavige reciprociteitstoets neemt, anders dan de andere reciprociteitstoetsen in de conventie, niet het land van oorsprong of het vaderland van de auteur tot referentieland, maar het land van eerste publicatie. In feite gaat het om een afgeleide van het land van oorsprong.

230 Bureau de l'Union, *DdA* 1924 (zie ook *DdA* 1924, p. 13-14); Nordemann, Vinck & Hertin 1977, p. 62; Ricketson & Ginsburg 2006, p. 254; zie ook Actes BC 1928, p. 197 (Rapport général).

231 Art. 6 quinquies A lid 1, en D, van het Verdrag van Parijs. Het Verdrag van Parijs kent verder geen andere reciprociteitstoetsen. Voor het octrooirecht geldt dat de 'Italiaanse' materiële-reciprociteitstoets ten aanzien van art. 2 jo. 4bis Verdrag van Parijs het niet heeft gered, zie par. 4.2.2 onder (a).

232 Art. 6 van de Schikking van Madrid.

233 Zie hoofdstuk 4, met name par. 4.2.2 onder (b).

234 Zie par. 6.2.2 onder (b).

235 Heeft hij niet een dergelijke inrichting in de desbetreffende Unie, dan is het land van oorsprong het land van de desbetreffende Unie, waar hij zijn woonplaats heeft. En heeft hij geen woonplaats in een land van de desbetreffende Unie, dan is dit het land van zijn nationaliteit, in het geval dat hij onderdaan is van een land van de desbetreffende Unie. Zie art. 6 quinquies A lid 2 van het Verdrag van Parijs, en art. 1 lid 3 van de Schikking van Madrid.

vreemde bedrijvige deposant. Denkbaar is dus dat de reciprociteitstoetsen worden ingezet tegen een eigen onderdaan.

921. Bezien wij deze beide reciprociteitstoetsen nader.

922. ***Verdrag van Parijs (telle quelle-merken).*** De eerste materiële-reciprociteitstoets betreft, als gezegd, telle quelle-merken (artikel 6 quinquies van het Verdrag van Parijs). De telle quelle-regeling is bedoeld voor de situatie dat een merkhouder zijn in zijn eigen land gebruikte merk in een ander Unieland niet als merk beschermd kan krijgen omdat het teken volgens de desbetreffende vreemde merkenwet wegens zijn vorm geen merk kan zijn.[236] In die situatie wordt internationale expansie onder één merk gehinderd. Het beginsel van nationale behandeling biedt geen uitkomst voor dat probleem. Immers, de desbetreffende lex loci protectionis luidt nu eenmaal zo, óók in de zuiver-nationale situatie. Dat de merkhouder in het andere Unieland zijn merk niet beschermd kan krijgen, levert dus geen strijd met het beginsel van nationale behandeling c.q. het non-discriminatiebeginsel op. De telle quelle-regeling van artikel 6 quinquies schiet de merkhouder in dit geval te hulp: als zijn merk op regelmatige wijze is ingeschreven in het land van oorsprong, moet het merk in dit andere Unieland eveneens tot depot worden toegelaten en als zodanig ('telle quelle') worden beschermd.[237] De desbetreffende lex loci protectionis wordt dus gedwongen dit teken als merk te accepteren. Daarmee is sprake van bevoordeling, want in een zuiver-nationale situatie zou het teken niet als merk worden geaccepteerd.[238] Deze bevoordeling is evenwel afhankelijk gesteld van een voorwaarde: de 'extra' bescherming wordt alleen verleend indien en zolang het merk in het land van oorsprong is ingeschreven.[239] Als het merk in het land van oorsprong niet (meer) is ingeschreven, wordt het in het andere Unieland niet (meer) beschermd. Hier is dus sprake van een vreemdelingenrechtelijke absolute materiële-reciprociteitstoets betreffende de inschrijving.

923. Die toets vormt echter géén uitzondering op het Parijse beginsel van nationale behandeling c.q. non-discriminatiebeginsel. Zij is immers een voorwaarde voor een *bevoordelende* behandeling, een behandeling die uitstijgt boven de normale 'nationale behandeling'; zij is niet gekoppeld aan het beginsel van nationale behandeling. Wordt derhalve de 'extra' bescherming niet (meer) verleend omdat niet (meer) wordt voldaan aan deze materiële-reciprociteitsvoorwaarde, dan is geen sprake van achterstelling, maar van gelijkstelling. Het voordeel valt weg, men valt terug op de nationale behandeling.

---

236 Zie alinea's 361 e.v. en 382 e.v. hiervoor.
237 Art. 6 quinquies A, lid 1 Verdrag van Parijs.
238 Zie alinea 367 hiervoor.
239 Art. 6 quinquies A, lid 1, en D. De woorden "n'est pas enregistrée" in art. 6 quinquies D brengen mee dat een continue registratie in het land van oorsprong is vereist, zie Actes VP 1958, p. 615 (Discussie in Commission III).

924. ***Facultatieve toepassing.*** Toepassing van deze materiële-reciprociteitsvoorwaarde is facultatief. Een land mag de toepassing van deze toets achterwege laten. In de praktijk zal waarschijnlijk weinig animo bestaan voor een dergelijke ongeclausuleerde bevoordeling van vreemde deposanten. Hoe dan ook, toepassing mag wel achterwege gelaten worden. Maar daarbij dient wel het non-discriminatiebeginsel in acht te worden genomen. Stel bijvoorbeeld dat een deposant met de Nederlandse nationaliteit zijn daadwerkelijke en wezenlijke inrichting van nijverheid of handel in Rusland heeft: in zo'n geval geldt Rusland als land van oorsprong. In Nederland mag de toepassing van de reciprociteitstoets nu niet achterwege blijven omdat de deposant een eigen onderdaan is. Dat is immers in strijd met het Parijse non-discriminatiebeginsel. Zou derhalve de toets niet worden aangelegd wanneer de deposant een eigen onderdaan is, dan mogen deposanten met een vreemde nationaliteit niet worden achtergesteld: de vrijstelling moet ook voor hen gelden. Er mag immers niet worden gediscrimineerd tussen eigen onderdanen en vreemdelingen.[240]

925. ***Discriminatie tussen vreemde deposanten.*** Binnen de toegelaten discriminatie mag echter wél worden gediscrimineerd tussen vreemde deposanten onderling. Op grond van artikel 19 kunnen Unielanden immers – kort gezegd – onderling regelingen treffen voor zover die niet in strijd zijn met het Verdrag van Parijs. Zij kunnen dus de toepassing van deze materiële-reciprociteitstoets afzweren vis-à-vis elkaars deposanten.[241] Hier draait echter voor WTO-landen de meestbegunstigingsclausule van artikel 4 van de TRIPs-Overeenkomst in beeld: voor zover het Verdrag van Parijs niet is uitgezonderd in artikel 4 onder d van de TRIPs-Overeenkomst, dient dit voordeel (dus: de niet-toepassing van deze materiële-reciprociteitstoets) ook te worden verleend aan de onderdanen van alle andere WTO-landen.[242]

926. ***Schikking van Madrid (internationale inschrijvingen).*** De tweede reciprociteitstoets betreft, als gezegd, merken die krachtens de Schikking van Madrid zijn verkregen. Deze Schikking en haar systeem kwam ook al in hoofdstuk 4 aan de orde.[243] Kort gezegd komt het op het volgende neer: wie beschikt over een merkinschrijving in het land van oorsprong (de 'basisinschrijving'), kan, via de nationale administratie van dat land, bij het Bureau van de Parijse Unie een internationale inschrijving aanvragen. Deze internationale inschrijving werkt als een bundel van nationale inschrijvingsverzoeken in de verschillende aangesloten landen. Zo bespaart men zich de moeite van verschillende nationale inschrijvingen. Vanaf het tijdstip van deze internationale inschrijving is de bescherming van het merk in de aangesloten landen dezelfde als ware dit merk daar rechtstreeks gedeponeerd. De bundel valt aldus uiteen in verschillende nationale merkrechten, die ieder door het lokale merkenrecht worden beheerst.

---

240 Zie in verband met de Berner Conventie par. 6.3.1 onder (a).
241 Zie alinea 929 hierna.
242 Zie par. 6.2.1 (noot 34 van dit hoofdstuk 6).
243 Zie par. 4.2.2 onder (b)(ii).

927. De internationale inschrijving en de daarop berustende nationale merkrechten zijn evenwel gedurende de eerste vijf jaar afhankelijk van de basis-inschrijving in het land van oorsprong, in dier voege dat hun bescherming niet meer geheel of gedeeltelijk zal kunnen worden ingeroepen wanneer gedurende deze vijfjaarsperiode het (basis)merk in het land van oorsprong niet meer geheel of gedeeltelijk bescherming geniet.[244] Dit is dus een absolute materiële-reciprociteitstoets betreffende het bestaan van het recht. Deze toets is, anders dan de reciprociteitstoets betreffende telle quelle-merken, wél een uitzondering op het Parijse non-discriminatiebeginsel (welk beginsel deze materiële-reciprociteitsuitzondering normaliter zou verbieden). Hier is immers sprake van discriminatie.

928. ***Geen facultatieve toepassing*.** Toepassing van deze toets is niet facultatief, maar verplicht. Zij is ingebakken in het systeem van de Madrileense Schikking, en de verdragsopstellers hebben haar toepassing uitdrukkelijk gewild – niet alleen de verdragsopstellers van 1891, maar (juist) ook de verdragopstellers van 1957, tijdens de laatste herziening van deze Schikking. Men wilde immers de mogelijkheid behouden van een 'central attack', een aanval in rechte op de geldigheid van basisinschrijving.[245] Tegenover de mogelijkheid voor de deposant om in één keer een bundel van nationale inschrijvingsverzoeken in te dienen, moest – zo vond men – voor concurrenten de mogelijkheid blijven bestaan om in één keer de geldigheid van al die inschrijvingen aan te vallen.[246] Een land mag daarom niet afzien van toepassing van deze materiële-reciprociteitsuitzondering.[247]

929. ***Europees non-discriminatiebeginsel*.** Ten slotte rijst de vraag hoe het Europese non-discriminatiebeginsel van artikel 12 EG op de twee zojuist besproken materiële-reciprociteitstoetsen inwerkt.[248] Daarbij dient voorop te worden gesteld dat het industriële-eigendomsrecht c.q. het merkenrecht valt binnen de werkingssfeer van het EG-Verdrag, en dat het dus ook wordt bestreken door artikel 12 EG, net als het auteursrecht.[249] Voorts mag worden aangenomen dat het onderscheid naar land van oorsprong indirecte discriminatie is. Naar analogie van het Tod's-arrest kan men immers stellen: waar auteurs hun werken in de meeste gevallen in

244 Na deze periode zijn de internationale inschrijving en de daarop berustende nationale merkrechten onafhankelijk van het (basis)merk in het land van oorsprong. Art. 6 lid 2 en 3 van de Schikking van Madrid.

245 Als een merk ten gevolge van zo'n aanval in zijn land van oorsprong geen bescherming meer geniet, kan aan de internationale inschrijving en de daarop berustende nationale inschrijvingen krachtens art. 6 (ook) geen bescherming meer worden ontleend.

246 Zie par. 4.2.2 onder (b)(ii).

247 De meestbegunstigingsclausule van art. 4 TRIPs-Overeenkomst komt dus niet in beeld, zie par. 6.2.1 (noot 34 van dit hoofdstuk 6).

248 Alle landen die behoren tot de Europese Gemeenschap en/of tot de Europese Economische Ruimte, zijn (verplicht) aangesloten bij het Verdrag van Parijs in zijn Stockholmse versie van 1967, zie noot 158 van hoofdstuk 5. Dit geldt niet voor de Schikking van Madrid (wel is de EG zelf toegetreden tot het Protocol bij de Schikking van Madrid van 27 juni 1989, zie Verordening (EG) nr. 1992/2003 (*PbEU* 2003, L 296/1), alsook het desbetreffende Besluit 2003/793/EG (*PbEU* 2003, L 296/20), en het Madrileense Protocol van 27 juni 1989 (*PbEU* 2003, L 296/22)).

249 De "bescherming van de industriële en commerciële eigendom" wordt ook uitdrukkelijk in het EG-Verdrag genoemd (vgl. art. 30 EG). Zie ook HvJ EG 20 oktober 1993, gevoegde zaken nr. C-92/92 (Phil Collins) en nr. C-326/92 (EMI Electrola), *Jur.* 1993, p. I-5145 (vgl. met name r.o. 22 en de conclusie van A-G Jacobs).

hun vaderland voor het eerst publiceren, zullen ook deposanten hun daadwerkelijke en wezenlijke inrichting van nijverheid of handel in de meeste gevallen in hun vaderland hebben.[250] Het onderscheid naar land van oorsprong levert dus indirecte discriminatie op. Hoe werkt dit uitgangspunt in op de onderhavige materiële-reciprociteitstoetsen? Dient hun toepassing achterwege te blijven op grond van artikel 12 EG?

930. Het antwoord moet ontkennend zijn. De onderhavige materiële-reciprociteitstoetsen worden, anders dan de toetsen van de Berner Conventie, niet geraakt door het non-discriminatiebeginsel van artikel 12 EG. De reden hiervoor is verschillend.

931. De telle quelle-reciprociteitstoets wordt niet geraakt door artikel 12 EG omdat haar toepassing geen discriminatie ten opzichte van de zuiver-nationale situatie oplevert, zoals wij hierboven hebben vastgesteld. Er wordt alleen een *gunstigere* behandeling ontzegd, een behandeling die niet is weggelegd in de zuiver-nationale situatie. Toepassing van deze toets leidt tot gelijke behandeling. Er is dus geen sprake van discriminatie, zodat het discriminatieverbod van artikel 12 EG niet in beeld komt.[251]

932. Met de 'Madrileense' reciprociteitstoets ligt dat anders: hier is wel sprake van (indirecte) discriminatie. Zoals wij hierboven hebben vastgesteld, wordt deze toets door de Schikking van Madrid echter verplicht voorgeschreven: zij is inherent aan het systeem van dit verdrag en de verdragsopstellers hebben haar bij de laatste herziening uitdrukkelijk willen behouden. In deze objectieve omstandigheden ligt m.i. een rechtvaardiging voor de indirecte discriminatie van artikel 6 van de Schikking van Madrid. Reeds om deze reden – dus daargelaten de vraag of de Schikking van Madrid prevaleert boven het EG-Verdrag – wordt de onderhavige materiële-reciprociteitstoets niet geraakt door artikel 12 EG.

250 HvJ EG 30 juni 2005, nr. C-28/04, *Jur.* 2005, p. I-5781 (Tod's/Heyraud), r.o. 18-27. Zie ook par. 6.3.1 onder (b). Dit geldt ook voor de subsidiaire definitie van het land van oorsprong (woonplaats), terwijl de meer subsidiaire definitie (nationaliteit) directe discriminatie oplevert; zie noot 235 van dit hoofdstuk 6.

251 Het non-discriminatiebeginsel (zowel van art. 2 Verdrag van Parijs als van art. 12 EG) draait, als gezegd, wél in beeld wanneer de 'telle quelle'-reciprociteitstoets niet wordt ingezet tegen eigen onderdanen.

7. De reikwijdte van het beginsel van nationale behandeling

7.1. Inleiding

933. ***Inleiding.*** In de voorgaande twee hoofdstukken zijn de twee componenten van het beginsel van nationale behandeling onderzocht. Eerst, in hoofdstuk 5, is de conflictenrechtelijke component onderzocht, te weten de lex loci protectionis-verwijzing.[1] Vervolgens, in hoofdstuk 6, is de vreemdelingenrechtelijke component onderzocht, te weten het non-discriminatiebeginsel. Thans, in het onderhavige hoofdstuk 7, wordt de reikwijdte van het beginsel van nationale behandeling onderzocht. De reikwijdte van het beginsel van nationale behandeling is logischerwijs ook de reikwijdte van zijn twee componenten. Zij is dus de reikwijdte van het non-discriminatiebeginsel; en zij is de reikwijdte van de conflictregel, ofwel – Savigniaans geformuleerd – de omvang van de verwijzingscategorie van de lex loci protectionis-verwijzingsregel.

934. ***Reikwijdte is materiële toepassingsgebied.*** De reikwijdte van het beginsel van nationale behandeling wordt bepaald door het materiële toepassingsgebied van de Berner Conventie respectievelijk het Verdrag van Parijs: waarop de verdragen van toepassing zijn, daarop is ook hun beginsel van nationale behandeling van toepassing.

935. Het materiële toepassingsgebied van de Berner Conventie laat zich kennen uit de preambule en uit artikel 1, die beide al sinds de eerste Berner conferentie in 1884 stipuleren dat de conventie strekt tot "de bescherming van de rechten der auteurs op hun werken van letterkunde en kunst."

936. Het materiële toepassingsgebied van het Verdrag van Parijs laat zich kennen uit artikel 1: dit verdrag is van toepassing op de "bescherming van industriële eigendom", waarbij industriële eigendom is gedefinieerd als omvattende de "octrooien van uitvinding, de gebruiksmodellen, de tekeningen of modellen van nijverheid, de fabrieks- of handelsmerken, de dienstmerken, de handelsnaam en de aanduidingen van herkomst of benamingen van oorsprong, zomede de bestrijding van de oneerlijke mededinging."[2] Dat laatste verdient een korte uitweiding. Wij dienen ons te realiseren dat het Parijse beginsel van nationale behandeling niet alleen op

---

1 Zie ook alinea 764 hiervoor.

2 Buiten deze definitie van industriële eigendom vallen dus bijvoorbeeld kwekersrechten en topografierechten, zie alinea 10 hiervoor. Zie voorts art. 1 lid 3 van het Verdrag van Parijs.

de zojuist genoemde industriële-eigendomsrechten van toepassing is, maar óók op de bestrijding van de oneerlijke mededinging.[3] Ook de oneerlijke mededinging wordt dus beheerst door de conflictregel in dit beginsel van nationale behandeling, welke conflictregel – vertaald naar de oneerlijke mededinging[4] – exclusief de marktregel stipuleert.[5] Deze conflictregel wordt tegenwoordig alom miskend. Zo hebben nationale wetgevers specifieke conflictregels voor de oneerlijke mededinging ontwikkeld.[6] En ook de Europese wetgever heeft zich niet onbetuigd gelaten: artikel 6, lid 1 en 2, van de Rome II-Verordening bevat een conflictenrechtelijke regeling voor de oneerlijke mededinging.[7] Dergelijke conflictregels dienen, zo moge duidelijk zijn, te wijken voor de conflictregel van het Verdrag van Parijs, die immers prevaleert.[8] Dit wordt hier terzijde opgemerkt; oneerlijke mededinging valt immers buiten het bestek van deze studie.

937. ***Bescherming.*** Keren wij terug naar de reikwijdte van het beginsel van nationale behandeling: dit beginsel is, als gezegd, van toepassing op 'de bescherming' van de betrokken intellectuele-eigendomsrechten. In lijn daarmee wordt in de verdragen ook steeds gesproken over (de wetgeving van) het land waar 'de bescherming' wordt ingeroepen.[9]

---

3 Oneerlijke mededinging wordt nader gedefinieerd in art. 10bis Verdrag van Parijs. De bestrijding van oneerlijke mededinging deed haar intrede in het Verdrag van Parijs tijdens de conferentie van Brussel in 1897 en 1900; zij werd toen geregeld in art. 10bis ("Les ressortissants de la Convention (art. 2 et 3), jouiront, dans tous les États de l'Union, de la protection accordée aux nationaux contre la concurrence déloyale"), zie Actes VP 1987/1900, p. 164 (voorstel Frankrijk); p. 187-188, p. 310 en p. 382-383 (Procès-verbaux); p. 359 (Tableau); en p. 411 (Actes adoptés). Tijdens de conferentie van Washington in 1911 werd oneerlijke mededinging óók in art. 2 opgenomen, zie Actes VP 1911, p. 42-43 (voorstel Bureau); p. 268-271 (Rapport I de la Sous-Commission Articles 1 et 2); p. 305 (Rapport V de la Sous-Commission Marques); p. 310 (Rapport d'ensemble); p. 334 (Actes adoptés).

4 Zie ook Polak 1998 (*Preadvies*), p. 104.

5 Zie ook Ulmer 1975, p. 20.

6 Zie bijvoorbeeld art. 4 van de Wet conflictenrecht onrechtmatige daad van 11 april 2001, art. 136 van de Zwitserse IPR-Wet van 18 december 1987, en § 48 lid 2 van de Oostenrijkse IPR-Wet van 15 juni 1978. Zie ook Hellner 2007, p. 51-52. Zie in verband met art. 4 Wet conflictenrecht onrechtmatige daad onder meer het advies van de Staatscommissie IPR van 23 december 1996 in: De Boer 1998, p. 57 (p. 64). Zie ook alinea 452 hiervoor. Zie nader Van Nispen 2007 (*Onrechtmatige daad* IV), aant. 76-86 met verdere verwijzingen.

7 Verordening (EG) nr. 864/2007 (*PbEU* 2007, L 199/40); zie par. 5.1.1 onder (c)(ii). Art. 6 van deze verordening heeft betrekking op 'oneerlijke concurrentie' (lid 1 en 2) en op 'daden die de vrije concurrentie beperken' (lid 3). Eerstgenoemde categorie wordt ook bestreken door het Verdrag van Parijs (zie art. 10bis); hier prevaleert derhalve de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling van dat verdrag. Bij laatstgenoemde categorie gaat het om schendingen van het mededingingsrecht (zie overweging 22 en 23). Het lijkt onwaarschijnlijk dat de verdragsopstellers die in 1900 'oneerlijke mededinging' in het Verdrag van Parijs invoerden, daarbij ook het oog hebben gehad op schendingen van het mededingingsrecht. Zij sneden art. 10bis immers geheel toe op de traditionele 'oneerlijke concurrentie', terwijl zij toch niet onbekend kunnen zijn geweest met het mededingingsrecht (dat bestond anno 1890 immers al; in de Verenigde Staten was in 1890 de Sherman Act afgekondigd, zie Mok 2004, p. 14). Ergo: de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling van het Verdrag van Parijs is niet van toepassing op 'daden die de vrije concurrentie beperken' als bedoeld in art. 6 lid 3 Rome II-Verordening, en laat de conflictregel in die bepaling dus ongemoeid. Zie, nader over art. 6, ook Schaafsma 2008, p. 1001-1003.

8 Deze situatie – alsook de vraag of deze situatie wenselijk is – wordt hier niet verder uitgewerkt omdat de oneerlijke mededinging buiten het bestek van deze studie valt (zie alinea 10 hiervoor, alsook alinea 1219 hierna).

9 In alinea's 278 e.v. hiervoor is reeds uiteengezet dat de referte aan beschermings*omvang* en rechtsmiddelen in art. 5 lid 2 van de Berner Conventie geen afbakening van de reikwijdte van het beginsel van nationale behandeling behelst. Het Verdrag van Parijs is in dit opzicht duidelijker, omdat het in art. 2 lid 1, tweede volzin, spreekt over "dezelfde bescherming."

938. ***Publiekrechtelijke bescherming.*** Het beginsel van nationale behandeling heeft betrekking op de *gehele* bescherming van de betrokken intellectuele-eigendomsrechten. Het ziet dus niet alleen op de privaatrechtelijke bescherming van deze rechten, maar óók op de – in de praktijk overigens minder relevante – publiekrechtelijke bescherming van die rechten, zoals door straf- en bestuursrechtelijke regelingen. In dit verband, zo kwam in hoofdstuk 5 al naar voren, brengt het buiten toepassing laten van de formele-territorialiteitscomponent van de oorspronkelijke conflictregel in het beginsel van nationale behandeling een onderscheid met zich.[10] Ten aanzien van de publiekrechtelijke bescherming kan deze component immers niet buiten toepassing worden gelaten; hier geldt dus nog altijd de materieel- én formeel-territoriaal toepasselijke wet. Ten aanzien van de privaatrechtelijke bescherming kan de formele-territorialiteitscomponent daarentegen wél buiten toepassing blijven; de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling is hier geconverteerd naar de lex loci protectionis-verwijzing.[11]

939. ***Privaatrechtelijke bescherming.*** In dit hoofdstuk staat de privaatrechtelijke bescherming centraal. Deze behelst, zo werd al in hoofdstuk 5 aangesneden, in het bijzonder[12]:

– het object van de bescherming (wat wordt verstaan onder een werk van letterkunde of kunst, een merk, een uitvinding, enz.);
– het subject van de bescherming (ten gunste van wie ontstaat het recht);
– de inhoud van de bescherming (ontstaan, omvang en einde van de rechten); en
– de handhaving van de bescherming (de 'rechtsmiddelen' en de sancties).

940. Op deze elementen is dus het beginsel van nationale behandeling, dat wil zeggen het non-discriminatiebeginsel en de lex loci protectionis-verwijzing, van toepassing, zulks uiteraard met inachtneming van eenvormig intellectuele-eigendomsrecht (ius conventionis) in de verdragen.

941. ***Plan van behandeling.*** In dit hoofdstuk worden deze vier elementen nader onderzocht, zowel voor de Berner Conventie (par. 7.2) als voor het Verdrag van Parijs (par. 7.3). Daarbij ligt, zoals steeds in deze studie, de nadruk op het auteursrecht c.q. de Berner Conventie, omdat de meeste meningsverschillen zich in het kader van die conventie voordoen.[13] Vervolgens wordt in par. 7.4 stilgestaan bij

---

10 Zie par. 5.3.2 onder (a)(i).

11 Zie par. 5.3, met name par. 5.3.3. Ten overvloede: op de vreemdelingenrechtelijke kant van het beginsel van nationale behandeling heeft dit alles geen effect: zowel de publiek- als de privaatrechtelijke bescherming worden beheerst door het non-discriminatiebeginsel.

12 Zie par. 5.3.2 onder (b)(iv). Vgl. ook Katzenberger 2006, p. 2122, nr. 127; Drexl 2006, p. 861 e.v.; Ricketson & Ginsburg 2006, p. 315 met een ietwat andere indeling die op hetzelfde neerkomt. Zie ook Ladas 1938, p. 363.

13 Zie alinea 29 hiervoor. Voorts ligt de nadruk in dit hoofdstuk meer op de conflictenrechtelijke aspecten van de reikwijdte van het beginsel van nationale behandeling dan op de vreemdelingenrechtelijke aspecten daarvan. Dat neemt niet weg dat de reikwijdte (verwijzingscategorie) van de lex loci protectionis-conflictregel en het non-discriminatiebeginsel logischerwijs gelijk zijn.

een aantal terreinen waarop het beginsel van nationale behandeling, behoudens enkele kleine uitzonderingen, *niet* van toepassing is, namelijk exploitatie, vererving en procesrecht.

7.2. Bescherming van de rechten der auteurs terzake van hun werken van letterkunde en kunst

942. ***Inleiding.*** Als gezegd is de Berner Conventie, en dus ook haar beginsel van nationale behandeling, van toepassing op de bescherming van de rechten der auteurs op hun werken van letterkunde en kunst. Deze bescherming is opgebouwd uit de vier zojuist genoemde elementen, die in deze par. 7.2 nader worden onderzocht. Dus:

– het object van de bescherming: het werk van letterkunde of kunst (par. 7.2.1),
– het subject van de bescherming: de auteur (par. 7.2.2),
– de inhoud van de bescherming: de rechten (par. 7.2.3), en
– de handhaving van de bescherming: de 'rechtsmiddelen' en de sancties (par. 7.2.4).

7.2.1. Het object van de bescherming: het werk van letterkunde of kunst

943. ***Kaderdefinitie conventie.*** Het eerstgenoemde element van de bescherming waarop het beginsel van nationale behandeling van toepassing is, is het object van de bescherming: het werk van letterkunde of kunst. De term 'werken van letterkunde of kunst' omvat blijkens artikel 2 lid 1 van de Berner Conventie alle voortbrengselen op het gebied van letterkunde, wetenschap en kunst, welke ook de wijze of de vorm van uitdrukking zij. Uit de conventie laat zich afleiden dat het om een intellectuele creatie moet gaan.[14] Deze 'kaderdefinitie' schept echter weinig duidelijkheid.[15] Zij behoeft nadere invulling.

944. ***Lex loci protectionis.*** Deze invulling geschiedt primair door de lex loci protectionis. Ingevolge de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling is deze wet immers van toepassing op de vraag welke voortbrengselen op het gebied van letterkunde, wetenschap en kunst als 'werk van letterkunde of kunst' moeten

14 Vgl. art. 2 lid 5; zie voorts het Rapport van de Brusselse conferentie in 1948, waarin wordt vermeld dat men het niet nodig vond "de spécifier que ces œuvres constituassent une création intellectuelle car (...) si nous parlons des œuvres littéraires et artistiques, c'est déjà un terme qui indique qu'il s'agit d'une création personnelle ou bien d'une création intellectuelle dans l'ordre des Lettres et Arts.", Actes BC 1948, p. 94 (Rapport général). Hierover nader Ricketson 1992, p. 10; Ricketson & Ginsburg 2006, p. 402-403.

15 In een enkel geval kan men in travaux préparatoires een negatieve afbakening ontwaren, zo bijvoorbeeld ten aanzien van geluidsdragers, zie hierover Drexl 1990, p. 55-56.

worden aangemerkt. Dit lijkt sinds de Berlijnse conferentie in 1908 vrijwel onomstreden.[16]

945. ***Ius conventionis*.** Haar macht over de object-vraag moet de lex loci protectionis echter grotendeels weer afstaan aan de conventie, omdat de conventie ius conventionis oplegt in artikel 2 en 2bis.[17] Een belangrijk onderdeel van dit ius conventionis is de opsomming in artikel 2 lid 1 van werken die in ieder geval werken van letterkunde of kunst zijn. Deze opsomming is in de loop der tijd steeds verder uitgebreid. Deze opsomming in artikel 2 lid 1 is enerzijds ius conventionis, anderzijds enuntiatief.[18]

946. Bezien wij deze twee aspecten van de opsomming van artikel 2 lid 1 nader – zij zijn van belang voor de wisselwerking tussen dit ius conventionis en de lex loci protectionis.

947. ***Aspect 1: ius conventionis-karakter*.** Het ius conventionis-karakter van de opsomming brengt mee dat de lex loci protectionis alle werken die worden opgesomd in artikel 2 lid 1, moet beschermen, ook al kent deze wet zelf geen bescherming van dergelijke werken.[19] Zij moet hen als werken van letterkunde of kunst beschouwen en beschermen.

948. Het ius conventionis-karakter van deze opsomming is evenwel niet altijd vanzelfsprekend geweest. De meningen verschilden reeds onder de Berner Conventie van 1886. Sterke argumenten pleitten toen voor een dergelijk dwingend karakter van de opsomming: een in de opsomming genoemd werk moest onder de vigeur van de conventie worden beschermd, ook al bood de nationale wet zelf een dergelijk werk geen bescherming.[20] Daartegenover stond de opvatting dat de in de opsomming genoemde werken alleen moesten worden beschermd voor zover de nationale wet dergelijke werken zelf bescherming bood. Aldus beschouwd was de opsomming slechts een niet-verplichtende illustratie.[21]

16 Zie onder meer HR 27 januari 1995, *NJ* 1995, 669 m.nt. JHS (Bigott-Batco/Doucal), r.o. 3.3, en alinea 22 van de conclusie van A-G Strikwerda; BGH 26 juni 2003, *GRUR* 2003, p. 876-878 (Sendeformat). Zie voorts onder meer Hoffmann 1935, p. 52; Troller 1950, p. 277-278; Troller 1978, p. 46; Ulmer 1975, p. 37; De Boer 1977, p. 689; Boytha 1988, p. 412; Nordemann 1989; Fawcett & Torremans 1998, p. 500; Drexl 2006, p. 837, nr. 57; Katzenberger 2006, p. 2122, nr. 127 en 129. Anders: Schack 1979, p. 63-64; Schack 1988, p. 60, noot 49. Onder de Berner Conventie van 1886 was nog onduidelijk welk recht moest worden toegepast op de object-vraag. Het discussiepunt was of de object-vraag werd meegezogen in een van de lex originis-uitzonderingen op het beginsel van nationale behandeling (zo bijvoorbeeld Röthlisberger 1906, p. 26-27: "Durch die Bemessung des Schutzfrist und die Auferlegung dieser oder jener Art von Förmlichkeiten im Ursprungslande wird mittelbar die Frage der Einreihung eines Werkes in diese oder jene Kategorie schutzfähiger Werke präjudiziert."; zie over de 'derde lex originis-uitzondering' nader par. 3.1). Dit probleem verdween onder de Berlijnse versie van 1908 doordat het onafhankelijkheidsbeginsel werd ingevoerd: de lex originis-uitzonderingen werden afgeschaft of beteugeld. Sedertdien was duidelijk dat de object-vraag exclusief werd beheerst door het beginsel van nationale behandeling c.q. de daarin besloten liggende conflictregel. Voor de zekerheid werd in (het huidige) art. 5 lid 2 zelfs nog uitgespeld dat genot en uitoefening van het auteursrecht onafhankelijk zijn van het bestaan van bescherming in het land van oorsprong. Zie over dit alles hoofdstuk 3.

17 Het ius conventionis maakt ook uitzonderingen mogelijk (zie bijvoorbeeld art. 2 lid 4).

18 Troller 1950, p. 278.

19 Ulmer 1980, p. 87. Anders: Drexl 1990, p. 47.

20 In deze zin: Darras 1887, p. 536; Bastide 1890, p. 79; Röthlisberger 1906, p. 148 e.v.; Potu 1914, p. 97 e.v.

21 Cass. crim. 15 juni 1899, *JDI* 1899, p. 818-822 (May/Landsberg); De Beaufort 1909, p. 324 e.v.

949. Dit probleem lag in 1908 op de tafel van de Berlijnse verdragsopstellers, die zich in dit verband ten doel stelden elke dubbelzinnigheid uit de weg te ruimen. De Italiaanse delegatie had daartoe een bepaling voorgesteld die buiten twijfel stelde dat de opsomming ius conventionis was.[22] De conferentie dacht de kwestie evenwel op te lossen met de volgende bepaling, die aan artikel 2 werd toegevoegd: "Les Pays contractants sont tenus d'assurer la protection des œuvres mentionnées ci-dessus." In het Commissierapport werd opgemerkt:

> "Toutes les œuvres énumérées dans les deux premiers alinéas de l'article 2 du projet ont droit à la protection et les Pays contractants doivent leur assurer cette protection. C'est ce qui dit dans l'alinéa 3 de manière à écarter tous les doutes. Si, par hasard, la protection est demandée par une de ces œuvres dans un pays de l'Union, et si elle y est refusée, parce que la législation ne protège pas une œuvre de ce genre, le Gouvernement du pays sera en faute de n'avoir pas fait le nécessaire pour l'application de la Convention."[23]

950. In hun poging duidelijkheid te verschaffen, creëerden de verdragsopstellers met hun bepaling echter een nieuw misverstand – een fenomeen dat zich in de geschiedenis van de conventie wel vaker heeft voorgedaan. De nieuwe bepaling smaakte immers naar een verplichting op statelijk niveau. Dus rees de vraag: was de opsomming nu dwingend ius conventionis, zodat een opgesomd werk hoe dan ook als een werk van letterkunde of kunst moest worden beschermd, ook al bood de nationale wet zelf dergelijke werken geen bescherming?[24] Of hield de opsomming geen ius conventionis in, maar was zij louter een implementatie-verplichting voor de nationale wetgever? In die opvatting richtte de bepaling zich slechts tot de wetgever met de verplichting om de wetgeving zo aan te passen dat, in ieder geval waar de conventie van toepassing is, de opgesomde werken worden beschermd. Houdt een Unieland zich niet aan die verplichting, dan levert dat (slechts) een verdragsschending door de desbetreffende staat op, maar deze tekortkoming laat de zeggenschap van de nationale wet onverlet.[25] In die opvatting was de macht van de lex loci protectionis over de object-vraag derhalve ongebroken.[26] Aldus liepen de meningen uiteen – de beloofde duidelijkheid was uitgebleven.[27]

---

22 Het Italiaanse voorstel luidde: "Les œuvres mentionnées ci-dessus seront protégées d'après les stipulations de la présente Convention, quelle que soit la législation intérieure de chaque pays.", zie Actes BC 1908, p. 286 (voorstel Italië).

23 Actes BC 1908, p. 233 (Rapport de la Commission).

24 In deze zin Röthlisberger 1910, p. 04 en Wauwermans 1910, p. 45 en p. 48-49 ("C'est en ce sens qu'il faut interpréter la citation du rapport."). Beide auteurs namen zelf deel aan de Berlijnse conferentie.

25 Vgl. Ricketson 1987, p. 316.

26 Vaunois 1910, p. 20-21.

27 Hebben de Berlijnse verdragsopstellers, in hun streven naar 'verplichte bescherming', eenvormig privaatrecht en implementatieverplichting verward? Of hebben zij een compromis gezocht in de controverse onder de Berner Conventie van 1886? Het Rapport van de Commissie laat ons met die vragen achter. Gelet op de voorgeschiedenis en de opvattingen van conferentiegangers als Wauwermans en Röthlisberger, ligt de ius conventionis-opvatting m.i. het meest voor de hand. Het Rapport is echter ambivalent en verschaft sterke aanwijzingen voor de tweede opvatting. Zo wordt reeds de probleemstelling in de sleutel van deze opvatting geplaatst: "Quelle est la valuer de cette énumération? Deux opinions sont possibles. Les pays contractants sont obligés de protéger les œuvres dont il s'agit, *de telle sorte que, si leur législation est insuffisante, ils doivent la compléter pour satisfaire à la Convention*. A l'inverse, on dit que, si tout pays est tenu de protéger ce qui, d'après sa législation, est considéré comme œuvre littéraire et artistique, il ne serait pas obligé de protéger une →

951. Wonderlijk genoeg maakte het Bureau van de Berner Unie de laatstgenoemde opvatting tot de zijne. In het voorstel voor de Romeinse conferentie van 1928 constateerde het stellig, samen met gastland Italië, dat de Berlijnse bepaling slechts verplichtingen tussen regeringen creëerde. Voorgesteld werd om de opsomming tot ius conventionis te verheffen, zodat iedere justitiabele zich rechtstreeks op de conventie kon beroepen.[28] Het voorstel stuitte echter op Zweedse bezwaren van constitutionele aard en werd verworpen.[29] Deze tournures van de Romeinse conferentie maken duidelijk dat – in ieder geval sedertdien – de opsomming niet als ius conventionis kon worden aangemerkt.[30]

952. Een hernieuwde poging tijdens de Brusselse conferentie van 1948 slaagde wel. In artikel 2 lid 4 (thans lid 6) werd bepaald: "Les œuvres mentionnées ci-dessus jouissent de la protection dans tous les pays de l'Union."[31] Daarmee was het ius conventionis-karakter van de opsomming in het eerste lid buiten twijfel gesteld.

953. ***Aspect 2: enuntiatief karakter.*** Bezien wij vervolgens het tweede aspect van deze opsomming, namelijk haar enuntiatieve karakter. Dit enuntiatieve karakter brengt mee dat werken die in artikel 2 lid 1 niet worden opgesomd, maar die door de lex loci protectionis wel worden aangemerkt als werken van letterkunde of kunst, moeten worden beschermd op grond van het beginsel van nationale behandeling; daarnaast zijn zij het ius conventionis deelachtig. De conventie is immers van toepassing op 'werken van letterkunde of kunst' – en de opsomming is niet limitatief, maar enuntiatief ('zoals').[32] Zij bepaalt welke werken in ieder geval als

---

œuvre même énumérée dans l'article 4, si, d'après sa législation, le caractère d'œuvre littéraire ou artistique ne lui était pas reconnu.", zie Actes BC 1908, p. 229-230 (Rapport de la Commission), cursivering toegevoegd. Vgl. ook de toelichting op art. 12, zie Actes BC 1908, p. 258 (Rapport de la Commission).

28 Actes BC 1928, p. 66 (voorstel Italië en Bureau).

29 Actes BC 1928, p. 230 (Resumé par le Bureau); vgl. Ricketson 1987, p. 317.

30 Vgl. Hoffmann 1941, p. 146-149.

31 Actes BC 1948, p. 146-147 (voorstel België en Bureau) en p. 157-158 (Discussions et résultats). De vraag of de bepaling daarnaast ook nog een statelijke verplichting tot implementatie inhoudt, verliest daarmee haar belang. M.i. is deze verplichting geschrapt, want men wilde haar "remplacer (...) par une protection fondée directement sur la Convention", zie Actes BC 1948, p. 146 (voorstel België en Bureau). Overigens is de nieuwe bepaling (wederom) niet vlekkeloos. Zij spreekt immers ius conventionis uit over "alle landen van de Unie", zonder het land van oorsprong uit te zonderen. Geldt dit ius conventionis dan ook in het land van oorsprong? Dat zou in strijd zijn met het aloude (en later tijdens de Stockholmse conferentie van 1967 herbevestigde) uitgangspunt van de conventie dat de bescherming in het land van oorsprong als interne aangelegenheid ongemoeid wordt gelaten (art. 5 lid 3, zie par. 3.3; vgl. ook Röthlisberger 1906, p. 150-151). Men lijkt dit over het hoofd te hebben gezien. M.i. moet deze vraag – gegeven voormeld uitgangspunt – ontkennend worden beantwoord. In de praktijk zal dit probleem zich overigens waarschijnlijk niet snel voordoen. Als een werk in de ius conventionis-opsomming figureert, zal de nationale wetgever in de regel niet talmen het ook in de nationale wet op te nemen, opdat werken van eigen bodem niet worden achtergesteld bij iure conventionis beschermde werken.

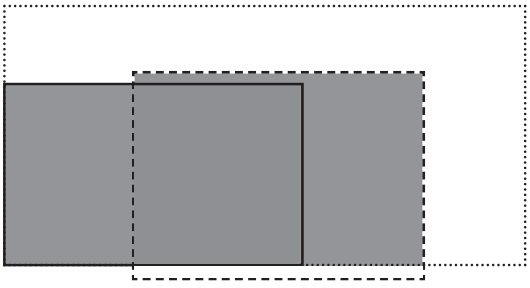
32 De 'zoals'-formule is tijdens de Berlijnse conferentie opgenomen. In de Berner Conventie van 1886 was de bepaling enigszins anders vormgegeven, maar haar niet-limitatieve karakter was ook toen duidelijk. Zie Röthlisberger 1906, p. 147, en Cass. crim. 15 juni 1899, *JDI* 1899, p. 818-822 (May/Landsberg). Toepasselijkheid van de conventie betekent overigens ook dat het ius conventionis van toepassing is. Dit lijkt Nordemann 1989, p. 618 l.k., over het hoofd te zien. Een gewiekste wetgever die de conventie buiten de deur wil houden om werken of auteurs van eigen bodem te bevoordelen, zou kunnen trachten een nieuwe categorie werken niet als werken van letterkunde of kunst aan te merken en hun bescherming vorm te geven buiten het auteursrecht. Deze problematiek, die verband houdt met de kaderdefinitie van art. 2 lid 1, valt buiten het bestek van deze studie.

werken van letterkunde of kunst in de zin van de conventie moeten worden beschouwd, maar sluit andere werken niet uit.[33] Bovendien stelt de conventie sinds de Berlijnse conferentie van 1908 in artikel 19 buiten twijfel dat het ius conventionis – dus ook de opsomming in artikel 2 lid 1 – slechts een minimumbescherming inhoudt die een beroep op een grotere mate van bescherming in de nationale wet niet in de weg staat.

954. ***Resumé.*** Al met al zien wij bij de object-vraag derhalve een intensieve wisselwerking tussen lex loci protectionis en ius conventionis. De conventie is van toepassing op 'werken van letterkunde of kunst' en geeft daarvan een kaderdefinitie in artikel 2 lid 1. De lex loci protectionis bepaalt in beginsel welke werken hieronder moeten worden begrepen, maar zij moet haar heerschappij grotendeels weer afstaan aan het ius conventionis in artikel 2 en 2bis. Als een werk wordt genoemd in artikel 2 lid 1 van de conventie, dan moet de lex loci protectionis het werk beschermen, ook al kent zij zelf geen bescherming van dergelijke werken. In het omgekeerde geval (dus: een werk wordt niet genoemd in artikel 2 lid 1, maar wordt door de lex loci protectionis wel beschermd als een werk van letterkunde of kunst) is de conventie c.q. artikel 5 eveneens van toepassing. De conventie is immers van toepassing op de bescherming van werken van letterkunde of kunst en de opsomming van artikel 2 lid 1 is niet uitputtend. Dat betekent dat werken die niet in de verplichte opsomming van artikel 2 lid 1 figureren, onder de ene lex loci protectionis wel, en onder de andere lex loci protectionis niet worden beschermd.

955. ***Schema.*** In Figuur 5 is een en ander schematisch weergegeven. De verzameling 'werken van letterkunde of kunst' in de zin van (de kaderdefinitie van) de Berner Conventie is gestippeld omlijnd; de verzameling opgesomde werken van artikel 2 lid 1 dicht omlijnd; de verzameling werken van letterkunde of kunst ingevolge de lex loci protectionis gestreept omlijnd. Het grijze gedeelte moet worden beschermd op grond van de conventie.

956. **Figuur 5: de verzameling beschermde werken.**



33 Zie ook Ladas 1938, p. 213; Nordemann 1989; Ricketson & Ginsburg 2006, p. 409. Anders: Ostertag 1940, p. 41 e.v. (bestreden door onder meer Hoffmann 1940, p. 76; Hoffmann 1941, p. 146 en Troller 1950, p. 277-278), alsmede Vaver 1986, p. 590 e.v. (bestreden door Nordemann 1989, p. 615 e.v.).

957. ***Verdere wisselwerking*.** Daarmee is de kous nog niet af; de wisselwerking tussen lex loci protectionis en ius conventionis gaat nog verder. Hoewel de lex loci protectionis haar macht over de object-vraag grotendeels moet afstaan aan het ius conventionis, herneemt zij enige zeggenschap waar het gaat om de interpretatie van dit ius conventionis c.q. artikel 2 lid 1. Op sommige punten kan dit daadwerkelijke betekenis hebben.[34] Zo noemt artikel 2 lid 1 bijvoorbeeld "cinematografische werken, waarmee volgens een soortgelijke werkwijze uitgedrukte werken worden gelijkgesteld" en het laat daarbij in het midden welke werken moeten worden gelijkgesteld met cinematografische werken. Hier heeft de lex loci protectionis enige speelruimte – uiteraard wel binnen de grenzen van de verdragsinterpretatieregels, want een verdragsbepaling moet te goeder trouw worden uitgelegd overeenkomstig de gewone betekenis van de termen van de conventie in hun context en in het licht van voorwerp en doel van de conventie.[35] Daarnaast beheerst de lex loci protectionis ook nog een ander aspect van de object-vraag. Het werk van letterkunde of kunst moet een intellectuele creatie zijn, zo zagen wij eerder.[36] Aldus komt de vraag in beeld welke mate van oorspronkelijkheid is vereist. Over deze vraag zwaait de lex loci protectionis de scepter.

7.2.2. Het subject van de bescherming: de auteur

958. ***Subject-vraag*.** Het tweede element van de bescherming waarop het beginsel van nationale behandeling van toepassing is, is het subject van de bescherming. Dit is de 'subject-vraag': ten gunste van wie ontstaat het auteursrecht? Met andere woorden: wie is de originaire rechthebbende – het subject – van het auteursrecht op het werk? Was vroeger, onder de Berner Conventie van 1886, vanuit conflictenrechtelijk perspectief de object-vraag omstreden[37], tegenwoordig is deze subject-vraag een twistappel in het internationale auteursrecht.[38] In deze par. 7.2.2 wordt de subject-vraag nader onderzocht. Daarbij wordt achtereenvolgens ingegaan op het subject in het algemeen (par. (a)), het subject van de morele rechten (par. (b)), en het subject van het filmauteursrecht (par. (c)).

a. Het subject in het algemeen

(i) Inleiding

959. ***Nationale verschillen*.** In het materiële recht levert het antwoord op de subject-vraag doorgaans niet zo veel problemen op: de alom aanvaarde grondgedachte is reeds lang dat de schepper van het werk wordt aangemerkt als de auteur, ten gunste van wie het recht ontstaat.[39] De subject-vraag levert echter niet altijd een

34 Zie ook Ricketson & Ginsburg 2006, p. 410-411.
35 Vgl. art. 31 Weens Verdragenverdrag 1969, zie par. 5.3.1 onder (b).
36 Zie alinea 943 hiervoor.
37 Zie noot 16 van dit hoofdstuk 7.
38 Zie par. 5.1.1.
39 Ulmer 1977, p. 495.

eenduidig antwoord op. In sommige gevallen bepalen nationale wetten dat, in afwijking van deze grondgedachte, het auteursrecht ontstaat ten gunste van een ander dan de schepper van het werk. De schepper is dan derhalve niet de originaire rechthebbende. Een bekend voorbeeld betreft de schepper die in het kader van zijn dienstverband of een opdracht een werk maakt. In sommige landen ontstaat het auteursrecht in zo'n geval ten gunste van de schepper, in andere landen echter ten gunste van de werkgever of de opdrachtgever.[40] Een ander voorbeeld betreft de vraag of het auteursrecht kan ontstaan ten gunste van een rechtspersoon: in sommige landen kan dat, in andere niet.[41] Divergerende antwoorden kunnen zich ook voordoen indien meerdere personen hebben bijgedragen aan een werk, bijvoorbeeld het dramatisch-muzikale werk waaraan een componist en een librettist bijdraagt.[42] Een ander voorbeeld is het cinematografische werk, waaraan velen hun bijdrage leveren.[43] Men ziet dat er gevallen zijn waarin verschillend wordt gedacht over de subject-vraag. Daarbij ligt de voornaamste breuklijn in het Kanaal. In de continentaal-Europese opvatting overheerst het beginsel dat het auteursrecht ontstaat ten gunste van de schepper, de zogenaamde scheppersdoctrine. Daarentegen is dit beginsel in de Anglo-Amerikaanse opvatting minder overheersend; in die opvatting wordt het auteursrecht ook wel verleend aan een ander dan de schepper. Welk auteursbegrip tot uitgangspunt wordt genomen, hangt samen met de onderliggende visie op het auteursrecht.[44] Nederland neemt op dit punt een tussenpositie in.

960. ***Auteur.*** De Berner Conventie bezigt in dit verband het begrip 'auteur', maar geeft geen definitie van dit begrip. De vraag rijst derhalve wie deze conventionele auteur is.[45]

961. ***Originaire rechthebbende.*** Wat in ieder geval duidelijk is, is dat de conventie de auteur – wie dat ook verder moge zijn – beschouwt als de originaire rechthebbende, degene ten gunste van wie het recht ontstaat. Dit blijkt uit verschillende bepalingen, waaronder bepalingen die teruggaan tot de conventie van 1886.

– Zo bepaalt artikel 5 lid 1, dat teruggaat tot artikel 2 van de conventie van 1886, dat de 'auteur' de rechten geniet die de nationale wet en de conventie verlenen.

---

40 Vgl. art. 7 Auteurswet.
41 Vgl. art. 8 Auteurswet.
42 Zie Ulmer 1977, p. 502-503.
43 Voor het cinematografische werk is door de Stockholmse conferentie in 1967 evenwel een specifieke regeling getroffen in art. 14bis. Deze komt ter sprake in par. 7.2.2 onder (c).
44 Strowel 1993, p. 19-20; Seignette 1994.
45 Voor alle duidelijkheid: de term 'schepper' wordt in deze studie gebruikt voor degene die het werk daadwerkelijk heeft gecreëerd. Onder de 'originaire rechthebbende' wordt verstaan degene ten gunste van wie het auteursrecht wordt verleend; dat kan dus een ander dan de schepper zijn. Wat onder het begrip 'auteur' moet worden verstaan, wordt in deze paragraaf onderzocht. De conventie bezigt noch de term 'maker' (zoals in art. 2 Auteurswet; hierover Seignette 1994, p. 47, noot 288), noch de term 'schepper'. Weliswaar wordt in de Nederlandse vertaling van art. 4 onder b gesproken over "scheppers van bouwwerken" (*Trb.* 1972, 157), maar dat is een onjuiste vertaling, want in de doorslaggevende authentieke Franse tekst wordt gewoon gesproken over "les auteurs des œuvres d'architecture"; zie ook de Engelse tekst ("authors of works of architecture") en de Duitse tekst ("die Urheber von Werken der Baukunst").

– Artikel 2 lid 6 bepaalt in lijn met de Berner Conventie van 1886 dat de bescherming bestaat ten gunste van de 'auteur' – derhalve de originaire rechthebbende – en zijn rechtsopvolgers.
– Voorts blijkt het ook uit artikel 15 lid 1, dat teruggaat tot artikel 11 van de conventie van 1886. Uit deze bepaling volgt dat wie als 'auteur' wordt aangemerkt, wordt toegelaten voor de rechter om vervolging wegens inbreuk in te stellen. Wie wordt toegelaten voor de rechter om vervolging wegens inbreuk in te stellen, is – zo mag worden aangenomen – de rechthebbende.[46] Bijgevolg is de auteur de rechthebbende.[47]
– Ten slotte garanderen vele bepalingen in de conventie de 'auteur' het ius conventionis.

Met de 'auteur' doelt de conventie derhalve in ieder geval – en logischerwijs[48] – op de originaire rechthebbende.[49] De 'auteur' is de kapstok waar de conventie de rechten aan ophangt.

962. Maar daarmee is de kous natuurlijk niet af. Immers, wie moet dan als auteur/originaire rechthebbende worden aangemerkt? De vraag rijst of de conventie hierover zelf uitsluitsel geeft (anders gezegd: bestaat op dit punt ius conventionis?), of dat zij zelf géén invulling geeft aan haar auteursbegrip. Deze vraag – die vaak en ten onrechte wordt verwaarloosd – laat zich niet gemakkelijk beantwoorden omdat uit de conventie geen duidelijke visie op het auteursrecht naar voren komt.[50]

(ii) Ius conventionis in de vorm van een verdragsautonoom auteursbegrip?

963. ***Een verdragsautonoom auteursbegrip?*** Sommige auteurs, zoals Dietz, stellen dat het begrip 'auteur' verdragsautonoom moet worden uitgelegd in dier voege dat de auteur de schepper van het werk is.[51] Dat zou betekenen dat de conventie voorschrijft dat het auteursrecht ten gunste van de schepper ontstaat, welk ius conventionis zou prevaleren boven nationale bepalingen zoals artikel 7 en 8 Auteurs-

46 Aan complicerende factoren zoals de procederende licentienemer, zal men in de negentiende eeuw niet hebben gedacht; dergelijke factoren kunnen buiten beschouwing blijven.

47 Ginsburg meent dat art. 15 lid 1 de gelijkstelling van auteur en rechthebbende als een weerlegbaar vermoeden opzet (Ginsburg 1999, p. 351 en p. 354; Ricketson & Ginsburg 2006, p. 1317). Dat is onjuist. Het vermoeden van deze bepaling houdt in dat degene wiens naam op het werk staat vermeld, als auteur moet worden beschouwd. Dáárop heeft het vermoeden van art. 15 lid 1 betrekking. De bepaling voegt daar volledigheidshalve aan toe dat wie aldus als auteur wordt beschouwd, bijgevolg degene is die voor de rechter wordt toelaten om vervolging wegens inbreuk in te stellen (en dus de rechthebbende is). Op de gelijkstelling van auteur en rechthebbende heeft het vermoeden derhalve geen betrekking, over die gelijkstelling is de bepaling stellig en glashelder.

48 Het zou immers weinig zin hebben een conventie rond het begrip 'auteur' te bouwen als die auteur niet tevens de rechthebbende is.

49 Overigens is de conventie op dit punt niet helemaal consequent geweest. Zo liet art. 3 van de Berner Conventie van 1886 het recht ontstaan ten gunste van de uitgever, zulks ten nadele van de 'auteur'; zie nader alinea 975 hierna. Het artikel werd in 1896 geschrapt. Oppervlakkig gezien lijkt de compromisbepaling van art. 14bis ook een inconsistentie te bevatten. Dit is evenwel verklaarbaar, zie daarover nader par. 7.2.2 onder (c).

50 Ricketson 1992, p. 8.

51 Dietz 1993. Zie ook Nordemann, Vinck & Hertin 1977, p. 35; Bureau WIPO, Draft Model Law on Copyright. Vgl. voorts Ricketson 1992; Ricketson 1987, p. 157 e.v. en p. 903; Ricketson & Ginsburg 2006, p. 357 e.v.

wet.[52] Aldus opgevat, regelt de conventie de subject-vraag zelf en komt het beginsel van nationale behandeling en de daarin besloten liggende conflictregel (de lex loci protectionis-verwijzing) op dit punt derhalve niet in het vizier. Het probleem is dan teruggebracht tot de vraag wie als de schepper moet worden aangemerkt.[53] Die vraag kan zich bijvoorbeeld voordoen indien er meerdere scheppers van een werk zijn. Daarover – zoveel is wel duidelijk – zwijgt de conventie, zodat op dit bescheiden punt dan een rol zou zijn weggelegd voor lex loci protectionis-verwijzing. Naar de heersende mening geeft de conventie echter geen invulling aan haar auteursbegrip. Als dat zo is, is de subject-vraag in haar geheel overgeleverd aan het beginsel van nationale behandeling en de daarin besloten liggende conflictregel, de lex loci protectionis-verwijzing.[54]

964. Onderzocht moet dus worden of de Berner Conventie een verdragsautonome invulling geeft aan haar auteursbegrip.

965. Duidelijk is dat de conventie geen definitie van haar auteursbegrip bevat. Ook blijkt nergens tussen de regels van de verdragsbepalingen door, dat de auteur degene is die het werk heeft geschapen; en gedurende de gehele geschiedenis van de conventie zwijgen de travaux préparatoires over dit punt.[55] Wil men derhalve als regel van ius conventionis aannemen dat de auteur de schepper is, dan zullen de argumenten daarvoor wel ijzersterk moeten zijn. Plausibiliteit volstaat niet om een verdragsregel van dwingende aard aan te nemen. Onderzoeken wij, met die maatstaf, de argumenten die worden aangevoerd voor een verdragsautonome invulling van het auteursbegrip in de Berner Conventie.

966. ***Argumenten uit latere versies*.** Bij de beoordeling van deze argumenten moet worden vooropgesteld dat in de loop van de twintigste eeuw de meningsverschillen tussen – kort gezegd – de Anglo-Amerikaanse en de continentaal-Europese opvatting over de subject-vraag zich steeds scherper hebben afgetekend.[56] Pogingen om tijdens latere conferenties een definitie voor het begrip ‘auteur’ op te stellen ketsten dan ook af op een gebrek aan overeenstemming. Zo strandde tijdens de Brusselse conferentie in 1948 een voorstel om een definitie op te nemen.[57] Ook de moeizame onderhandelingen tijdens de Stockholmse conferentie in 1967 over de regeling van het cinematografische werk in artikel 14bis, tonen aan hoezeer de meningen verschillen.[58] Reeds op dit manifeste gebrek aan overeenstemming, dat als een rode draad door de latere conferenties loopt, ketsen argumenten die zijn ontleend aan latere versies van de conventie af.

---

52 Ricketson 1992, p. 28.
53 Nordemann, Vinck & Hertin 1977, p. 36.
54 Zie ook Bergé 1996, p. 299 en p. 115.
55 De opmerking in de travaux préparatoires van de Stockholmse conferentie van 1967 komt aan de orde in par. 7.2.2 onder (c).
56 Vgl. Strowel 1993, p. 381; Ricketson & Ginsburg 2006, p. 359-360.
57 Actes BC 1948, p. 164-165 (voorstel Oostenrijk).
58 Reimer & Ulmer 1967, p. 447 e.v.; de discussie is begin jaren negentig weer opgelaaid in het kader van het opstellen van een WIPO model-auteurswet, zie Dietz 1993, p. 3 e.v. en Seignette 1994, p. 77, noot 114.

967. Dat geldt bijvoorbeeld voor het argument dat de conventie in artikel 7 de beschermingsduur afhankelijk maakt van de dood van de auteur (post mortem auctoris), waaruit wordt afgeleid dat de auteur alleen een mens kan zijn.[59] Daargelaten dat daarmee nog steeds geen antwoord is gegeven op de vraag wie de auteur is (is dat bijvoorbeeld de schepper of de natuurlijk persoon die zijn werkgever is?), snijdt het argument geen hout omdat deze duurbepaling pas van later datum is. Vóór de Brusselse conferentie in 1948 bepaalde de conventie over de beschermingsduur niet meer dan dat zij de duur, toegekend in het land van oorsprong, niet kan overschrijden.[60] Pas sinds de Brusselse conferentie schrijft de conventie de post mortem auctoris-duurbepaling in artikel 7 lid 1 dwingend voor, tijdens welke conferentie – zo zagen wij zojuist – tegelijk een poging tot definitie van het auteursbegrip mislukte.

968. Ook argumenten die zijn ontleend aan de tijdens de Romeinse conferentie in 1928 opgenomen bepaling over de zogeheten morele rechten (artikel 6bis), ketsen af op dit manifeste gebrek aan overeenstemming tijdens de latere conferenties.[61] Hetzelfde geldt voor argumenten die zijn ontleend aan artikel 14bis, de tijdens de Stockholmse conferentie in 1967 opgenomen compromisregeling inzake het cinematografische werk.[62] Overigens vallen aan de travaux préparatoires van de Stockholmse conferentie wél argumenten te ontlenen die tegen een verdragsautonome definitie pleiten. Zo werd tot twee keer toe expliciet opgemerkt dat de Unielanden onder de auteur ook een filmproducent mochten verstaan.[63] Bovendien werd opgemerkt dat het 'works for hire'-concept, waarbij de werkgever originaire rechthebbende is, niet in strijd is met de conventie.[64] De verdragsopstellers van 1967 gingen derhalve niet uit van een verdragsautonoom auteursbegrip.

969. ***Argumenten uit beginjaren.*** Bij de beoordeling van de vraag of de conventie een invulling geeft aan haar auteursbegrip dienen argumenten die zijn ontleend aan latere versies van de conventie dus te worden geëcarteerd. Bezien wij dan de argumenten die zijn ontleend aan de vroege versies van de Berner Conventie. In dat verband worden drie argumenten naar voren gebracht.

970. ***Argument 1: intellectuele creatie.*** In de eerste plaats wordt wel aangevoerd dat de Berner Conventie van meet af aan vereist dat een werk een zekere intellectuele creatie moet zijn, waaruit wordt afleid dat de 'auteur' degene is wiens intel-

59 Ricketson 1992, p. 11; Dietz 1993, p. 27.
60 Art. 2 van de Berner conventie van 1886, zie alinea 225 hiervoor.
61 Vgl. Ricketson 1992, p. 11 en p. 21; Dietz 1993, p. 27. Dit neemt overigens niet weg dat zich ten aanzien van de morele rechten zelf wél een verdragsautonoom auteursbegrip laat verdedigen. Deze benadering wordt verder ontwikkeld in par. 7.2.2 onder (b).
62 Deze regeling komt verder ter sprake in par. 7.2.2 onder (c).
63 Zie alinea's 1022 tot en met 1024 hierna.
64 De Hongaarse delegatie had een bepaling voorgesteld over werken die in dienstbetrekking zijn gemaakt (Actes BC 1967, p. 710, Doc. S/196), waardoor de conferentie op deze problematiek stuitte. Tijdens de beraadslagingen werd vervolgens vastgesteld dat het 'works-for-hire' concept niet in strijd is met de conventie. De Hongaren hebben hun voorstel ingetrokken op voorwaarde dat het in het rapport werd vermeld. Zie Actes BC 1967, p. 912-913 (summary minutes Main Committee I); Actes BC 1967, p. 1190, nr. 334-335 (Report Main Committee I).

lectuele creatieve activiteit het werk tot stand heeft gebracht.[65] Uit dat vereiste vloeit echter hooguit voort dat de schepper van het werk enkel een mens kan zijn, aangenomen dat niet-mensen, zoals andere levende wezens en machines, niet over intellectuele creativiteit beschikken.[66] Maar daarmee is niet gezegd dat het conventionele begrip 'auteur', ofwel de originaire rechthebbende, noodzakelijkerwijs alleen op de schepper slaat. In zijn uitgebreide betoog voert Dietz dit argument opvallend genoeg ook niet aan.[67]

971. ***Argument 2: tegenbewijs.*** Een tweede argument wordt geput uit artikel 15, dat teruggaat tot artikel 11 van de Berner Conventie van 1886. Deze bepaling behelst het vermoeden dat degene wiens naam op het werk staat vermeld, als auteur moet worden beschouwd, zulks behoudens tegenbewijs.[68] De mogelijkheid van tegenbewijs, zo luidt het argument, is inherent aan het beginsel dat de auteur de schepper is.[69] Dit argument snijdt geen hout. De bepaling laat immers in het midden wat onder het begrip 'auteur', anders dan de rechthebbende, moet worden verstaan.

972. ***Argument 3: communis opinio.*** Ten slotte resteert het derde, centrale argument dat ten tijde van de totstandkoming van de Berner Conventie de scheppersdoctrine communis opinio was. Het was, zo wordt betoogd, voor de verdragsopstellers zo vanzelfsprekend dat het auteursrecht ten gunste van de schepper ontstaat, dat zij het onnodig vonden hieraan een definitie te wijden.[70] Naderhand, zo wordt daaraan toegevoegd, zijn de meningen gaan verschillen en kon een definitie om die reden niet meer tot stand komen.

973. Bezien wij dit argument nader.

974. In dit verband wordt als onderbouwing onder meer naar voren gebracht dat de 'Association Littéraire Internationale', de lobby van de scheppers, de stuwende kracht achter de conventie is geweest.[71] Daarmee wordt echter miskend dat de uiteindelijke verdragstekst de resultante is van vele in het spel zijnde belangen.[72] Om dezelfde reden falen argumenten die uit enkele natuurrechtelijk-getinte opmerkingen in bijvoorbeeld de convocatie voor de conventie – duidelijk propaganda – willen afleiden dat de scheppersdoctrine destijds allesoverheersend was.[73]

---

65 Bureau WIPO, Draft Model Law on Copyright, p. 252, nr. 79; Ricketson 1992, p. 10, en p. 21. Zie ook noot 14 van dit hoofdstuk 7.
66 Zie hierover nader De Cock Buning 1993.
67 Dietz 1993.
68 Zie ook noot 47 van dit hoofdstuk 7.
69 Vgl. Seignette 1994, p. 59.
70 Ricketson 1992, p. 8; Dietz 1993, p. 13-19; Strowel 1993, p. 381.
71 Dietz 1993, p. 13; Ricketson 1992, p. 6.
72 Ook Ricketson erkent dat, Ricketson 1992, p. 6. Deze vereniging, de latere 'Association Littéraire et Artistique Internationale', voer zelf overigens ook niet zuiver op het kompas van de scheppersdoctrine, zo blijkt uit haar standpunt over art. 3 van de conventie van 1886. Ingevolge dit artikel ontstond het auteursrecht van een in de Unie gepubliceerd werk van een niet-Unie schepper ten gunste van de uitgever. In plaats van zich te beijveren voor de verbetering van positie van de niet-Unie-schepper, pleitte de vereniging in 1889 voor een uitbreiding van art. 3, zie Actes BC 1896, p. 54 (Tableau des vœux émis par divers congrès et assemblées).
73 Dietz 1993, p. 13-19.

975. Ook artikel 3 van de conventie van 1886 wordt in dit verband naar voren gebracht. Ingevolge dit artikel werd het auteursrecht verleend aan de uitgever van een werk dat in de Unie werd gepubliceerd en waarvan de auteur onderdaan was van een niet-Unieland. De bepaling was ingeblazen door politiek-economische motieven. Zij luidde als volgt:

> "Les stipulations de la présente Convention s'appliquent également aux éditeurs d'œuvres littéraires ou artistiques publiées dans un des pays de l'Union, et dont l'auteur appartient à un pays qui n'en fait pas parti."

976. Dit artikel levert evenwel een ambivalent beeld op. Enerzijds toont het bestaan van artikel 3 aan dat de verdragsopstellers in 1884-1886 zich niet lieten leiden door de scheppersdoctrine.[74] Anderzijds lijkt de bepaling het begrip 'auteur' te reserveren voor de schepper. Het artikel was geen lang leven beschoren. Tijdens de Parijse conferentie van 1896 werd artikel 3 geschrapt. Een mogelijke ontwikkeling van de bescherming van de auteur in de richting van de bescherming van de producent (uitgever) werd daarmee, aldus Dietz, in de kiem gesmoord.[75] Daar staat echter tegenover dat de motieven om artikel 3 te schrappen diffuus waren; utiliteitsoverwegingen lijken een hoofdrol te hebben gespeeld.[76] Al met al valt uit artikel 3 en zijn schrapping derhalve geen eenduidig krachtig argument af te leiden dat een dwingend verdragsautonoom auteursbegrip kan dragen.

977. Uit de toenmalige nationale wetten van de deelnemende landen blijkt, dat ten tijde van de totstandkoming van de conventie géén sprake was van een communis opinio dat het auteursrecht altijd ten gunste van de schepper van het werk ontstaat. Duidelijk blijkt dit uit het toenmalige Britse recht, dat het auteursrecht in sommige gevallen verleende aan een ander dan de schepper, bijvoorbeeld aan de werkgever van de schepper of aan de opdrachtgever.[77] De deelname van het Verenigd Koninkrijk aan de Berner Conventie bracht daarin geen verandering. De nationale wetgeving ter zake bleef ongewijzigd.[78] Ook de implementatiewet voor de

---

74 Actes BC 1884, p. 43-44 (Rapport de la Commission). De auteursgerichte bepaling in de ontwerp-conventie van de Zwitserse Bondsraad, werd op voorstel van (opmerkelijk genoeg) de Duitse delegatie vervangen door genoemd art. 3. Een bepaling van gelijke strekking als art. 3 treft men aan in art. 2 van het Frans-Duitse verdrag van 1883.

75 Dietz 1993, p. 21.

76 Actes BC 1896, p. 113 (Procès-verbaux, opmerking Duitse gedelegeerde Reichardt); p. 164 e.v. (Rapport de la Commission); p. 195 e.v. (voorstel Duitsland).

77 Zie onder meer Copyright Act 1842 (5 & 6 Vict. c. 45, art. 18); Engraving Copyright Acts 1734 en 1766 (8 Geo. II c.13 en 7 Geo. III c. 38); Sculpture Copyright Act 1814 (54 Geo. III c. 56); Fine Acts Copyright Act 1862 (25 & 26 Vict. c. 68, art. 1). Hierover: Copinger 1881, p. 126 e.v. en passim; Slater 1884, p. 143-146; MacGillivray 1902, p. 66, p. 153, p. 164 en p. 174-175; vgl. ook Report Copyright Commission 1878 en de bijbehorende J. Stephen's Digest of the Law of Copyright.

78 Het Engelse auteursrecht was zachtstgezegd ondoorzichtig; de Copyright Commission van 1878 merkte op: "The law is wholly destitute of any sort of arrangement, incomplete, often obscure, and even when it is intelligible upon long study, it is in many parts so ill-expressed that no one who does not give such study to it can expect to understand it." (Report Copyright Commission 1878, p. vii). De auteurswet van 1911 stelde later orde op zaken (1 & 2 Geo. 5, c. 46). Ook in deze wet werden op de hoofdregel dat de schepper de originaire rechthebbende is een aantal uitzonderingen gemaakt, zoals ten gunste van de werkgever (art. 5). Zie Copinger/Easton 1915, p. 108-119 en p. 574.

Berner Conventie bracht geen verandering. Integendeel, in artikel 11 van deze wet werd onder het begrip "author"/originaire rechthebbende niet alleen de schepper verstaan, maar ook "any person claiming through the author."[79] In dit verband dient ook de achtergrond van de Britse deelname van de conventie in het oog te worden gehouden. De Britten hadden oorspronkelijk gehoopt op deelname van de Verenigde Staten aan de conventie. De Verenigde Staten haakten echter af, en de prijs om het Verenigd Koninkrijk binnen boord te houden – Britse deelname gaf de conventie gewicht – was dat het geen significante wijzigingen in zijn wetgeving hoefde aan te brengen.[80]

978. Ook in andere verdragsluitende landen werd het recht niet altijd aan de schepper verleend, maar kon bijvoorbeeld ook de Staat of een rechtspersoon de originaire rechthebbende zijn.[81] Zo verleende ook de toenmalige Nederlandse auteurswet het auteursrecht soms aan een ander dan de schepper.[82] Nederland trad weliswaar uiteindelijk niet toe tot de conventie van 1886, maar debatteerde wel mee tijdens de inhoudelijke conferenties van 1884 en 1885. En toen Nederland zich in 1912 opmaakte om toe te treden tot de Berlijnse versie van de conventie en daartoe een geheel nieuwe auteurswet opstelde, nam het zonder dralen bepalingen op die het auteursrecht aan een ander dan de schepper verlenen (artikel 7 en 8 Auteurswet). Men wilde de nieuwe auteurswet nauwkeurig afstemmen op de conventie, maar zag op dit punt kennelijk geen onverenigbaarheid.[83]

979. ***Conclusie ten aanzien van argument 3.*** Al met al was in de begintijd van de conventie geen sprake van een communis opinio in de verdragsluitende staten inhoudende dat het auteursrecht enkel ten gunste van de auteur ontstaat. Daar komt nog bij dat in de literatuur van die tijd een verdragsautonome definitie werd ontkend. De schaarse auteurs die zich hier over hebben uitgelaten, zijn duidelijk. Röthlisberger, die zelf heeft deelgenomen aan de Parijse en de Berlijnse confe-

79 Art. 11 van de International Copyright Act 1886 van 25 juni 1886 (49 & 50 Vict. c. 33): "In this Act, unless the context requires otherwise (…) the expression 'author' means the author, inventor, designer, engraver, or maker of any literary or artistic work, and includes any person claiming through the author. (…)." Zie onder meer MacGillivray 1902, p. 353 en Hansard's Parliamentary Debates (3e series), 49 Victoriae, 1886 (Vol. 305); Journals of the House of Commons, January 12th, 1886 to September 25th, 1886, p. 241.

80 Ricketson 1992, p. 7.

81 Zie het overzicht in Röthlisberger 1906, p. 84-85.

82 Art. 2 van de auteurswet van 28 juni 1881 ("Met auteurs worden gelijk gesteld: (…) b. openbare instellingen, vereenigingen, stichtingen en vennootschappen, ten opzigte van de door hen bezorgde werken; (…)").

83 Zo wordt in de memorie van toelichting opgemerkt: "Vraagt men naar de bouwstoffen voor de aanhangige wetsvoordracht, dan valt het oog natuurlijkerwijze in de eerste plaats op het tractaat van Berlijn, zooals dit door Nederland is aanvaard. Gelijk de toetreding tot het verdrag de oorzaak is van het indienen van dit wetsontwerp, zoo heeft ook de tekst van het verdrag den inhoud ervan grootendeels bepaald. Waar een geheel nieuw nationaal recht in het leven moest geroepen worden, lag het voor de hand dit nauw te doen aansluiten aan het internationale recht, waarop het steunt." (*Kamerstukken II* 1911/12, 227, nr. 3, p. 1-2). Nu hoeft de opvatting van de Nederlandse wetgever op zichzelf uiteraard niet de juiste uitleg van de conventie te zijn. Bovendien is theoretisch denkbaar dat men in de nationale wet een afwijking heeft willen maken voor de gevallen waar de conventie niet van toepassing is, maar die mogelijkheid is, gelet op het geciteerde oogmerk van de wetgever, praktisch vrijwel uitgesloten. De opstelling van de Nederlandse wetgever moet echter worden gezien als een indicatie dat men in die tijd in de conventie geen verdragsautonoom auteursbegrip las. Hetzelfde geldt voor de Britse wetgever in dezelfde tijd, zie art. 5 van de Britse auteurswet van 1911 (zie noot 78 van dit hoofdstuk 7).

renties, meldt anno 1906 in zijn gezaghebbende commentaar op de Berner Conventie dat het begrip 'auteur' in de conventie moet worden uitgelegd aan de hand van de nationale wet, en verwerpt daarmee een verdragsautonome uitleg.[84] Ook Dungs, die als Duitse gedelegeerde eveneens deelnam aan deze beide conferenties, verwerpt een verdragsautonome uitleg waar hij opmerkt dat als auteur moet worden aangemerkt, degene die naar de wet van het land waar de bescherming wordt ingeroepen als zodanig geldt. In dat verband signaleert hij als consequentie dat denkbaar is – "wenn auch in der Praxis wohl ausgeschlossen" – dat verschillende personen in verschillende landen als auteur worden aangemerkt.[85]

980. ***Conclusie.*** Tezamen genomen maken de aangevoerde argumenten weliswaar duidelijk dat de scheppersdoctrine van meet af aan de grondgedachte van de conventie is geweest, maar blijken zij niet een dwingend verdragsautonoom auteursbegrip te kunnen dragen. Wanneer nationale wetten uitzonderingen maken op dit algemene uitgangspunt, bijvoorbeeld ten gunste van de werkgever of de opdrachtgever, is dat derhalve niet onverenigbaar met de conventie.[86] Wel kan worden gezegd dat een nationale wet die dit algemene uitgangspunt ondergraaft door het auteursrecht *als hoofdregel* aan anderen dan de schepper te verlenen – een theoretische situatie –, in strijd is met de conventie.[87] Waar de grens precies ligt, is moeilijk te bepalen; die vraag valt evenwel buiten het bestek van deze studie. Binnen het bestek van deze studie kan worden geconcludeerd dat de Berner Conventie géén dwingend verdragsautonoom auteursbegrip kent.[88] Met de 'auteur' doelt zij

---

84 Röthlisberger 1906, p. 85: "Der Begriff "Urheber" ist nach den Gesetzen des Landes, wo der Schutz beansprucht wird, auszulegen, und zwar im weitesten Sinne, (…)." Het zij in herinnering gebracht dat Röthlisberger secretaris (later Directeur) van het Bureau van de Berner Unie was en deelnam aan de conferenties in Parijs (1896) en Berlijn (1908).

85 Dungs 1910, p. 31.

86 Vgl. ook Verkade 1992, p. 11-12.

87 Vgl. het geschrapte art. 3 van de Berner Conventie van 1886, zie alinea 976 hiervoor.

88 Dat kan men betreuren (vgl. alinea's 1227 e.v. hierna), maar naar geldend recht is het niet anders. Het ontbreken van een verdragsautonoom auteursbegrip wreekt zich overigens (ook) bij het formele toepassingsgebied van de conventie, dat onder meer wordt afgebakend aan de hand van het begrip 'auteur'. Stel, er is een arbeidsverhouding tussen een werknemer die onderdaan van een Unieland is, en een werkgever die geen onderdaan van een Unieland is en zijn gewone verblijfplaats buiten de Unie heeft. De werknemer maakt in het kader van zijn dienstbetrekking een boek (hij is dus de schepper), en dat boek wordt voor het eerst buiten de Unie gepubliceerd. Vervolgens roept één van beiden bij de Nederlandse rechter de bescherming in Nederland in. Vraag: is de Berner Conventie van toepassing? Als de schepper-werknemer als auteur moet worden aangemerkt, is de conventie op grond van art. 3 lid 1 onder a van toepassing. Als daarentegen de werkgever als auteur moet worden aangemerkt, is de conventie niet van toepassing. De vraag is dus: wie is de auteur? En dan draait de vraag in beeld: aan de hand van welk recht moet die vraag worden beantwoord? Verschillende benaderingen zijn mogelijk. Denkbaar is dat de geadieerde rechter deze vraag aan de hand van zijn eigen recht beantwoordt (de lex fori). Ook is denkbaar – en dat heeft mijn voorkeur – dat deze vraag wordt beantwoord aan de hand van het recht dat van toepassing zou zijn als de Berner Conventie van toepassing zou zijn (dus de lex loci protectionis). In het gegeven voorbeeld zou dat als volgt uitpakken. De bescherming wordt voor Nederland ingeroepen; naar Nederlands recht is de werkgever de auteur (art. 7 Auteurswet), zodat de Berner Conventie niet van toepassing is. Was daarentegen de bescherming voor bijvoorbeeld Duitsland ingeroepen, dan had op grond van de lex loci protectionis – Duits recht – de werknemer als de auteur gegolden, en was de Berner Conventie wel van toepassing geweest. Men ziet: het ontbreken van een verdragsautonoom auteursbegrip brengt mee dat het formele toepassingsgebied van de conventie rafelig is – geen van beide benaderingen kan dat tegengaan. Enfin, in de praktijk zal deze soep wel niet zo heet gegeten worden. Het is een uitzonderlijke constellatie, en nog maar weinig landen zijn niet aangesloten bij de Berner Conventie. Morele rechten brengen in dit verband een verdere complicatie, dit komt aan de orde in noot 128 van dit hoofdstuk 7.

(slechts) op de (originaire) rechthebbende. Waar zij over de 'auteur' spreekt, kan men dus ook de '(originaire) rechthebbende' lezen.

(iii) Het beginsel van nationale behandeling en de subject-vraag

981. ***Lex loci protectionis.*** De conventie, zo hebben wij zojuist vastgesteld, kent geen ius conventionis ('traitement unioniste') met betrekking tot haar begrip 'auteur'. Dat betekent dat op de subject-vraag dus louter het beginsel van nationale behandeling ('traitement national') van toepassing is, en dat betekent dat de subject-vraag wordt beheerst door de lex loci protectionis, welke wet immers wordt aangewezen door de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling.[89] Dit wordt tegenwoordig vaak miskend, zo hebben wij geconstateerd in par. 5.1.1: langs verschillende wegen wordt tegenwoordig getracht om de subject-vraag aan de heerschappij van de lex loci protectionis te onttrekken en haar te onderwerpen aan één rechtsstelsel. Als argument voor deze pogingen tot dépeçage wordt doorgaans aangevoerd dat dit de internationale exploitatie zou vereenvoudigen.[90] Wat daar echter ook van zij, onder het geldende recht – de Berner Conventie – is dit niet toegelaten.

982. ***Inherent onderdeel bescherming.*** De subject-vraag is, net als de object-vraag, immers een inherent element van de bescherming van de rechten der auteurs op hun werken van letterkunde of kunst. De subject-vraag valt onder het materiële toepassingsgebied van de Berner Conventie: het gaat immers om de bescherming van de rechten van de 'auteur' op zijn werk van letterkunde en kunst. De vraag wie deze bescherming toekomt, is daarvan logischerwijs een inherent onderdeel.[91] Bijgevolg wordt de subject-vraag bestreken door het beginsel van nationale behandeling en (dus ook) door de daarin besloten liggende conflictregel: op de subject-vraag is derhalve de lex loci protectionis van toepassing.

983. ***Onafhankelijkheidsbeginsel.*** Het lossnijden van de subject-vraag – dus een conflictenrechtelijke 'Zersplitterung' van de bescherming – zou alleen mogelijk zijn door een uitdrukkelijke verdragsbepaling. De Berner Conventie bevat een dergelijke uitzondering op haar beginsel van nationale behandeling niet. Integendeel, waar de subject-vraag onder het beginsel van nationale behandeling valt, verbiedt het onafhankelijkheidsbeginsel in artikel 5 lid 2 elke toepassing van een andere wet dan de lex loci protectionis.

---

89 Zie onder meer Katzenberger 2006, p. 2123, nr. 129; Drexl 2006, p. 837, nr. 57; BGH 2 oktober 1997, *GRUR Int.* 1998, p. 427-431 (Spielbankaffaire). Zie verder het meningenoverzicht in par. 5.1.1.

90 Ook imperialistische motieven kunnen een rol spelen, vgl. noot 60 van hoofdstuk 2, noot 94 van hoofdstuk 5, en met name par. 8.2.1 onder (b)(ii).

91 Daar komt bij dat de subject-vraag niet alleen op zichzelf genomen een inherent onderdeel vormt van de bescherming van de rechten der auteurs op hun werken van letterkunde of kunst, zij is bovendien ook onlosmakelijk verbonden met een ander element van de bescherming, te weten de inhoud van het recht. Zie ook Quaedvlieg 1997, p. 161. Zie hierover ook par. 8.2.1 onder (e).

984. ***Geen non-discriminatiebeginsel?*** Dat het Berner beginsel van nationale behandeling óók betrekking heeft op de subject-vraag, zal men vanuit een vreemdelingenrechtelijke invalshoek bezwaarlijk kunnen ontkennen. Anders zou immers ook de vreemdelingenrechtelijke component van het beginsel van nationale behandeling (dus: het non-discriminatiebeginsel) zijn prijsgegeven en zou de conventie discriminatie op het gebied van de subject-vraag toelaten. Het is onomstreden dat dat niet het geval is. De consequentie is duidelijk: waar het beginsel van nationale behandeling in zijn vreemdelingenrechtelijke dimensie de subject-vraag beheerst, beheerst het deze vraag uiteraard ook in zijn conflictenrechtelijke dimensie.[92]

985. ***Bevestiging in verdragsgeschiedenis.*** Dat het Berner beginsel van nationale behandeling óók betrekking heeft op de subject-vraag, wordt voorts ook bevestigd door de verdragsgeschiedenis. Daarbij moet worden opgemerkt dat aanwijzingen over de subject-vraag in de vroegste verdragsgeschiedenis schaars zijn. De subject-vraag wekte destijds niet de belangstelling waarin zij zich tegenwoordig mag koesteren. Voor zover men hier een probleem voorzag, werd dat meer als een academisch probleem gezien, hetgeen niet verwonderlijk is omdat de nationale verschillen toen minder waren uitgekristalliseerd dan heden ten dage.[93] Voor de Berner conferentie was de subject-kwestie dan ook simpel: zij viel onder de algemene hoofdregel van het beginsel van nationale behandeling. Zo signaleerde Röthlisberger in zijn gezaghebbende commentaar anno 1906 op de Berner Conventie dat de subject-vraag wordt beheerst door de wet van het land waar de bescherming wordt ingeroepen:

> "Urheber. Die Definition dieses Ausdrucks hat auf den Berner Konferenzen zu keinen Auseinandersetzungen Anlass gegeben. (…) Der Begriff 'Urheber' ist nach den Gesetzen des Landes, wo der Schutz beansprucht wird, auszulegen, und zwar im weitesten Sinne, denn er umfasst alle der Autorschaft fähigen Wesen und Bildungen, physische und moralische Personen in Einzel- oder Kollektivtätigkeit, welche den Wahren Namen nennen oder nicht nenne."[94]

986. Overigens ging in 1886 de aandacht van de verdragsopstellers voor het subject verder dan alleen het beginsel van nationale behandeling. In verband met het subject stelden zij een regel van ius conventionis op, namelijk de regel van materieel bewijsrecht in het huidige artikel 15 ten aanzien van de vraag wie in concreto als 'auteur' moet worden aangemerkt.[95] Aldus regelden zij één aspect van de

---

92 Dit lijkt niet altijd te worden onderkend door de enkele auteurs die in het beginsel van nationale behandeling wel een conflictregel onderkennen, maar deze conflictregel niet van toepassing achten op de subject-vraag (zie par. 5.1.1).

93 Vgl. Dungs 1910, p. 31 ("wenn auch in der Praxis wohl ausgeschlossen", zie alinea 979 hiervoor).

94 Röthlisberger 1906, p. 84-85 (zie ook alinea 979 hiervoor).

95 Art. 11 van de conventie van 1886. Deze bepaling gaat via art. 7 van het Frans-Duitse verdrag 1883 terug tot art. 28 van de Duitse auteurswet van 11 juni 1870, dat op zijn beurt was geënt op oude regelingen in Frankfurt en Beieren (Dambach 1871, p. 177; Dambach 1883, p. 23). De desbetreffende bepaling in de Berner Conventie heeft geen conflictenrechtelijke betekenis, zij heeft alleen betrekking op "une question de procédure, savoir à la présomption en vertu de laquelle celui dont le nom est indiqué sur l'ouvrage est considéré comme auteur jusqu'à preuve contraire.", zie Actes BC 1885, p. 34-35 (Procès-verbaux, opmerking Duitse gedelegeerde Reichardt); vgl. ook p. 50 (Rapport de la Commission). Zie ook noot 47 van dit hoofdstuk 7.

subject-vraag – ook daarom is de subject-vraag een aspect van de bescherming die de conventie wil regelen –, voor het overige lieten zij haar over aan (de conflictregel in) het beginsel van nationale behandeling.

987. En ruim tachtig jaar later, tijdens de Stockholmse conferentie in 1967, waren de verdragsopstellers zich er nog immer van bewust dat de subject-vraag onder de reikwijdte van het beginsel van nationale behandeling valt, zo rapporteerde de voorzitter van Main Committee I.[96]

988. ***Arbeidsverhoudingen.*** Toepasselijkheid van het beginsel van nationale behandeling c.q. de lex loci protectionis op de subject-vraag brengt mee dat de originaire rechthebbende per land kan verschillen. In de praktijk zal zich dit meestal laten gevoelen in het kader van arbeids- en opdrachtverhoudingen. Velen betogen tegenwoordig dat deze subject-divergentie de internationale exploitatie van het werk kan bemoeilijken; anderen relativeren deze bezwaren.[97] Wat er ook van dergelijke bezwaren zij, het is – als gezegd – een consequentie van het Berner beginsel van nationale behandeling. Geldend recht derhalve.

989. Men bedenke daarbij dat deze kwestie ook al ten tijde van de totstandkoming van de Berner Conventie bekend was: juist ten aanzien van de subject-vraag in arbeidsverhoudingen verschilden reeds in die tijd immers de subject-aanwijzingen van de verdragsluitende staten.[98] De Berner verdragsopstellers hebben daarin echter geen aanleiding gezien om een verdragsregeling te treffen; zij lieten het bij overbrugging van de nationale verschillen door het beginsel van nationale behandeling. Waarschijnlijk vonden zij de vraag niet belangrijk genoeg. Ook later is het niet van een verdragsregeling gekomen.[99]

990. In de praktijk zal men deze kwestie derhalve zoveel mogelijk contractueel moeten ondervangen. De werkgever of opdrachtgever die zich wenst te voorzien van de wereldwijde exploitatierechten, zal een zo ruim mogelijke overdracht van rechten moeten opzetten, verstevigd met vangnetten zoals een contractuele verplichting tot nadere overdracht en – voor het geval overdracht in bepaalde landen is uitgesloten – een zo ruim mogelijke exclusieve licentie. Van hem wordt enig internationaal rechtsbewustzijn gevergd.[100] Langs deze weg lijkt de rechtspraktijk zich tot nu toe aardig te redden.

---

96 Ulmer 1977, p. 499, zie alinea 1015 hierna. Dit ziet Ginsburg 1986, p. 28 over het hoofd.

97 Bezwaren zijn geuit door onder meer Ulmer 1975, p. 41; Drobnig 1976, p. 203; De Boer 1977, p. 691-692; De Boer 1993, p. 5; Ginsburg 1986, p. 30; Seignette 1990, p. 198; Van Eechoud 2003, p. 179; Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 709-710. Daarentegen relativeert Quaedvlieg 1997, p. 162 de in dit verband naar voren gebrachte bezwaren tegen de lex loci protectionis. Vgl. ook Steenhoff 1997, p. 9-10.

98 Zie alinea's 977 e.v. hiervoor.

99 Tijdens de Stockholmse conferentie lag een Hongaars voorstel ter tafel om op dit punt ius conventionis te creëren. Het werd echter ingetrokken. Zie noot 64 van dit hoofdstuk 7. Ten aanzien van de subject-vraag terzake van het cinematografische werk zijn wel enkele verdragsregels tot stand gekomen (art. 14bis), zie par. 7.2.2 onder (c).

100 Quaedvlieg 1997, p. 162 l.k.

991. ***Ulmers oplossing.*** Vermelding verdient de weg die Ulmer op dit punt is ingeslagen.[101] Ulmer constateert dat het verschil in subjectbepaling storend kan zijn voor de internationale exploitatie van een werk en zoekt een oplossing om de exploitatierechten in één hand te concentreren. Ulmer neemt daartoe tot uitgangspunt dat het auteursrecht wordt verleend aan de schepper-werknemer. De vraag of het auteursrecht aan de werkgever toekomt, is daarmee een vraag van overdracht – derhalve een vraag die buiten de reikwijdte van het beginsel van nationale behandeling valt.[102] Deze (mogelijke) overdracht wortelt in de arbeidsverhouding, waarop het arbeidsstatuut van toepassing is. Derhalve is het arbeidsstatuut van toepassing op de vraag of de werkgever door overdracht rechthebbende is geworden. Daarmee is echter nog geen eenheidsoplossing gebracht. Nationale bepalingen die de werkgever als originaire rechthebbende aanwijzen, staan nog in de weg. Immers, het arbeidsstatuut kan wel bepalen dat er geen overdracht aan de werkgever plaatsvindt, maar in sommige landen zal de werkgever op grond van de wet als originaire rechthebbende worden aangemerkt (bijvoorbeeld artikel 7 Auteurswet). Ulmer elimineert dit obstakel als volgt: in alle landen, zo stelt hij, is het uitgangspunt dat het recht wordt verleend aan de schepper-werknemer. Wettelijke bepalingen die het auteursrecht aan de werkgever verlenen hebben daarom geen betrekking op de vraag wie de originaire rechthebbende is; het zijn arbeidsrechtelijke bepalingen, aldus Ulmer. Zij regelen niets anders dan een op de arbeidsverhouding gebaseerde overdracht van een recht dat in beginsel aan de scheppende werknemer toekomt. Aldus is een uniforme uitgangssituatie gecreëerd: in alle landen is de schepper-werknemer altijd de originaire rechthebbende. De vraag of het recht aan de werkgever toekomt, is daarmee altijd een vraag van (arbeidsrechtelijke) overdracht, die wordt beheerst door het arbeidsstatuut. Zo is een uniforme oplossing bereikt: het arbeidsstatuut beheerst de vraag of de werkgever de rechthebbende is.[103]

992. Een voorbeeld.[104] Volgens Duits recht geldt de scheppende werknemer als originaire rechthebbende.[105] Wordt de arbeidsverhouding beheerst door Nederlands recht, dan moet (ook) in Duitsland de werkgever als rechthebbende worden aangemerkt. Volgens het op de arbeidsverhouding toepasselijke Nederlandse recht is het auteursrecht immers 'overgedragen' aan de werkgever (artikel 7 Auteurswet). Wordt de arbeidsverhouding daarentegen beheerst door Duits recht, dan moet (ook) in Nederland de werknemer als rechthebbende worden aangemerkt.

---

101 Ulmer 1977, p. 504 e.v., Ulmer 1985, p. 266 e.v. (zo ook Kreuzer 1998, p. 2291). Ulmer beziet het vraagstuk duidelijk tegen de achtergrond van het beginsel van nationale behandeling. Veelal minder goed uitgewerkte varianten treft men aan bij een aantal andere auteurs, waaronder Gerbrandy 1988, p. 49 (waartegen Quaedvlieg 1997, p. 158-159). Ulmer heeft deze redenering ontwikkeld voor het auteursrecht en het octrooirecht (zie ook alinea 1043 hierna).

102 Zie par. 7.4.1.

103 Let wel: aan de orde is de vraag of de werkgever de rechthebbende is, niet of hij de originaire rechthebbende is. Dat is in Ulmers visie immers altijd de schepper-werknemer. Het gaat hier dus om een soort 'secundaire subjectbepaling'.

104 In dit voorbeeld wordt er van uitgegaan dat partijen terzake niets zijn overeengekomen. Was dat het geval, dan zullen de zaken immers meestal eenvoudiger liggen.

105 Zie o.m. Rojahn 2006, p. 879 e.v.

Het Duitse recht wijst immers de scheppende werknemer aan als originaire rechthebbende. De 'overdracht' van artikel 7 Auteurswet vindt niet plaats – deze bepaling blijft buiten beeld omdat Nederlands recht niet op de arbeidsverhouding van toepassing is. Het recht 'blijft' bij de scheppende werknemer.

993. Het voordeel van Ulmers constructie – eenheid bij de bepaling wie in de arbeidsrelatie de rechthebbende is – is overigens relatief. Waar een overdracht in het spel is, dienen zich vragen van goederenrechtelijke aard aan, zoals de vraag welk recht van toepassing is op de vatbaarheid van het auteursrecht voor overdracht. Op deze vraag is, zo erkent Ulmer, de lex loci protectionis van toepassing, zodat per land zal moeten worden nagegaan welke rechten zijn overgedragen aan de werkgever en welke rechten bij de werknemer blijven.[106] Ulmers constructie is dus niet zo doeltreffend als zij op het eerste gezicht wellicht lijkt.[107] Bovendien is deze oplossing alleen doeltreffend indien overal dezelfde conflictregels inzake het op de arbeidsverhouding toepasselijke recht worden toegepast. Dat is niet noodzakelijkerwijs het geval.[108]

994. Afgezien van deze relativeringen houdt Ulmers theorie geen stand onder de vigeur van de Berner Conventie. Bezien wij zijn redenering nader. De kern van Ulmers oplossing schuilt in de eenheid die wordt aangebracht in de subject-vraag. Daartoe neemt Ulmer als axioma aan dat het subject onder elke nationale wet altijd de schepper-werknemer is, zodat de verkrijging door de werkgever nooit originair kan zijn, maar altijd derivatief is. Hij spreekt in dit verband van de universele idee "die, wenn irgend man von Naturrecht sprechen kann, eine naturrechtliche Idee ist: Das geistige Eigentum erwächst in der Person des Urhebers oder Erfinders, dem Werk oder Erfindung zu danken ist."[109] Dit scheppersaxioma wordt echter ontkracht door de Berner Conventie zelf, die immers de subjectbepaling geheel overlaat aan de lex loci protectionis en die in artikel 14bis zelfs uitdrukkelijk als uitgangspunt erkent dat de originaire rechthebbende ook een nietschepper (de filmproducent) kan zijn, nota bene een regeling die onder leiding van Ulmer tot stand gekomen is.[110] Een werkgever kan derhalve wel degelijk originair verkrijgen. Ulmers scheppersaxioma is een onjuiste fictie. Die fictie wordt inderdaad gelogenstraft door nationale wetten die de werkgever als originaire rechthebbende aanwijzen, zoals het reeds eerder besproken artikel 7 Auteurswet. Of in een dergelijke bepaling een overdracht moet worden gezien – de kunstgreep die Ulmer toepast – is een vraag die aan de desbetreffende wet is voorbe-

106 Ulmer 1977, p. 509. Een voorbeeld: in sommige landen zal alleen een doeloverdracht plaatsvinden, in andere een volledige overdracht.
107 Dit nadeel onderkent Ulmer 1975, p. 42 zelf overigens ook.
108 Ulmer 1977, p. 509 constateert dat hier verschil van mening mogelijk is (aanvaardt men bijvoorbeeld rechtskeuzebevoegdheid of niet?), maar lijkt daar niet zwaar aan te tillen.
109 Ulmer 1977, p. 506.
110 Ook valt niet in te zien waarom dit axioma wel zou gelden in de context van een arbeidsverhouding en niet in de context van het cinematografische werk – een onderscheid dat Ulmer overigens niet aanbrengt. De filmauteursrechtregeling van art. 14bis komt aan de orde in par. 7.2.2 onder (c).

houden.[111] Waar bijvoorbeeld een wet, zoals de Nederlandse, bepaalt dat de werkgever als auteur ('maker') van het werk moet worden aangemerkt, is echter sprake van een originaire verkrijging door de werkgever.[112] Het recht wordt hem ab ovo verleend, hij *is* de auteur – en dat is een vraag van auteursrecht, die derhalve door het beginsel van nationale behandeling wordt bestreken.[113] De nationale wetgever had de zaak ook anders kunnen inrichten: hij had er ook voor kunnen kiezen de schepper-werknemer als originaire rechthebbende aan te wijzen en in de wet een overdracht van rechten aan de werkgever op te nemen.[114] Maar dat heeft hij niet gedaan. De conclusie moet zijn dat Ulmers oplossing onder de vigeur van de Berner Conventie geen stand houdt.[115]

995. ***Resumé.*** Vatten wij onze bevindingen tot dusver over de subject-vraag kort samen: de Berner Conventie kent geen dwingend verdragsautonoom auteursbegrip, de subject-vraag wordt derhalve beheerst door de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling, de lex loci protectionis-verwijzing. Dit is de algemene regel ten aanzien van de subject-vraag. Bezien wij nu twee specifieke gevallen: het subject van de morele rechten (par. (b)) en het subject van het filmauteursrecht (par. (c)).

b. Het subject van de morele rechten (art. 6bis)

996. ***Morele rechten.*** Aan de 'auteur' kent de Berner Conventie in artikel 6bis ook een aantal zogeheten 'morele rechten' toe. Deze bepaling is in 1928 tijdens de Romeinse conferentie in de conventie opgenomen. De auteur kreeg toen "het recht om het vaderschap van een werk op te eischen, evenals het recht om zich te verzetten tegen elke misvorming, verminking of andere wijziging van dat werk, die nadeel zou kunnen brengen aan zijn eer of goeden naam."[116] Terwijl de andere materiële bepalingen van de conventie betrekking hebben op de exploitatie van het werk, hebben de morele rechten derhalve betrekking op erezaken: intellectueel

111 Ulmer 1977, p. 506 e.v. formuleert een universeel antwoord en verlaat zich daarbij enkel op het Amerikaanse auteursrecht en de visie daarop van Nimmer, die een overdracht construeert om een mogelijk conflict met de Amerikaanse constitutie te voorkomen (vgl. Quaedvlieg 1997, p. 159).

112 Quaedvlieg 1997, p. 158.

113 Dat partijen anders overeen kunnen komen (dat wil zeggen: overeen kunnen komen dat de werknemer als auteur wordt aangemerkt), doet er niet aan af dat – bij gebreke van een dergelijke overeenkomst – de werkgever originair verkrijgt. Vgl. Ulmer 1977, p. 506, die in een bepaling als art. 7 Auteurswet in feite een vermoeden ziet, "latent steht hinter ihr der Gedanke einer auf dem Arbeitsvertrag beruhenden Übertragung." Vgl. ook Gerbrandy 1988, p. 49 en daartegen Quaedvlieg 1997, p. 158-159.

114 De Berner Conventie laat zo'n cessio legis toe, vgl. Actes BC 1908, p. 236 (Rapport de la Commission).

115 Ad absurdum: stel dat de wet van land A bepaalt dat als auteur van een werk dat door een gehuwde vrouw is gemaakt, haar man moet worden aangemerkt. In een procedure voor de Nederlandse rechter rijst de vraag wie de rechthebbende is: de man of de vrouw. Moet de Nederlandse rechter nu als volgt redeneren: de vraag of de man rechthebbende is, is een vraag van huwelijksvermogensrecht; volgens Nederlands conflictenrecht is daarop de wet van land A van toepassing; bijgevolg moet de man als rechthebbende van het auteursrecht in Nederland worden aangemerkt?

116 Zo luidt de Nederlandse vertaling in *Stb.* 1931, 361. Tijdens de twee volgende conferenties van 1948 en 1967 is art. 6bis verder uitgekristalliseerd.

vaderschap en integriteit van het werk.[117] De morele rechten zijn daarmee typische scheppersrechten. Zij staan volgens artikel 6bis geheel los van de exploitatierechten.

997. ***Vraagstelling.*** Zoals hierboven is uiteengezet, bepaalt de lex loci protectionis wie als auteur moet worden aangemerkt. Denkbaar is dus dat een nationale wet een ander dan de schepper als 'auteur' aanmerkt. Vraag: worden aan deze niet-scheppende 'auteur' dan niet alleen de exploitatierechten, maar óók de morele rechten verleend? Op het eerste gezicht lijkt een bevestigend antwoord voor de hand te liggen. De conventie gebruikt immers zowel in het kader van de exploitatierechten, als in het kader van de morele rechten dezelfde term 'auteur'. Toch is het de vraag of dit juist is.

998. ***Argument 1: ratio.*** Gelet op hun inhoud zijn de morele rechten immers zonder twijfel voor de schepper bestemd. Het is zijn eer die door de morele rechten wordt beschermd. Daarom zijn zij iure conventionis ook niet vervreemdbaar.[118] De eer van de schepper wordt enerzijds beschermd door het recht om het intellectuele vaderschap van het werk op te eisen, welke mogelijkheid "surgit nécessairement et exclusivement du fait et acte, intime et personnel, de la création de l'œuvre."[119] Anderzijds wordt zijn eer beschermd door de rechten die de integriteit van het werk hoeden. Het werk, zo merkten de verdragsopstellers op, weerspiegelt immers de persoonlijkheid van zijn schepper, hij leeft voort in zijn werk; een aantasting van het werk kan daarom als een schending van zijn persoonlijke integriteit worden gezien.[120] De ratio van de morele rechten is derhalve gelegen in de bescherming van de eer van de schepper. Gelet op deze ratio horen zij niet in handen van een niet-schepper.[121]

---

117 In haar authentieke Franse versies heeft de conventie in art. 6bis altijd gesproken over "la paternité." In de Nederlandse vertalingen van de Romeinse en de Brusselse tekst (*Stb.* 1931, 361 resp. *Trb.* 1955, 45) is dit vertaald als "vaderschap", in de vertaling van de Parijse tekst (*Trb.* 1972, 157) als "auteurschap." De eerste vertaling is te verkiezen omdat zij geen ruimte laat voor misverstanden. Met "paternité" wordt immers gedoeld op het 'schepperschap' ofwel het intellectuele vaderschap, en niet op 'auteurschap' in de zin van 'originaire rechthebbendeschap'.

118 In het Rapport général van Piola Caselli wordt opgemerkt dat de eerste alinea van art. 6bis ("Onafhankelijk van de vermogensrechtelijke auteursrechten en zelfs na overdracht van die rechten, behoudt de auteur (...)") bevestigt dat de morele rechten het specifieke karakter hebben van een recht dat *inhaeret personae* en dat zij bijgevolg niet overdraagbaar zijn (Actes BC 1928, p. 203). Zie ook Actes BC 1928, p. 181 (Rapport Sous-Commission pour le droit moral); zo ook het Italiaanse voorstel, zie Actes BC 1928, p. 174 en p. 177). Piola Caselli 1935, p. 68, heeft dit later nogmaals expliciet bevestigd. Gerbrandy 1988, p. 307, merkt op dat overdracht van morele rechten conform de internationale doctrine is uitgesloten, zie ook Van Isacker 1961, p. 42 en passim. Ook aan het in 1948 ingevoerde lid 2 ligt de gedachte ten grondslag dat morele rechten onvervreemdbaar zijn. Onvervreemdbaarheid laat uiteraard onverlet dat de auteur contractueel in zekere mate kan afzien van het inroepen van deze rechten of dat de uitoefening anderszins contractueel kan worden geregeld (vgl. Piola Caselli 1935, p. 68). Over de onvervreemdbaarheid van de morele rechten wordt overigens ook anders gedacht. Zo zag Ricketson 1987, p. 467 geen beletselen voor een overdracht, vgl. ook Ricketson & Ginsburg 2006, p. 599-600 (zo ook Hoffmann 1935, p. 111; De Boer 1977, p. 709).

119 Actes BC 1928, p. 177 (voorstel Italië); zie ook Actes BC 1928, p. 203 (Rapport général).

120 Zie ook Actes BC 1928, p. 202 (Rapport général).

121 Zie ook Ulmer 1977, p. 510.

999. ***Argument 2: travaux préparatoires*.** Uit de travaux préparatoires blijkt inderdaad ondubbelzinnig dat de verdragsopstellers met de 'auteur' in artikel 6bis doelden op de schepper. Zo wordt in het rapport van de desbetreffende subcommissie over de introductie van de bepaling gemeld:

> "(...) il est désormais hors de doute que le créateur d'une œuvre littéraire et artistique conserve sur le produit de sa pensée des droits qui sont au-dessus et en dehors des conventions d'aliénation."[122]

1000. ***Een verdragsautonome definitie*.** Tezamen genomen zijn dit sterke argumenten voor een verdragsautonome definitie van het begrip 'auteur' in artikel 6bis: onder de 'auteur' verstaat deze bepaling dan de schepper. Dat zou derhalve een ius conventionis-uitzondering zijn op het conventionele auteursbegrip, dat – zoals eerder uiteengezet – de invulling van het begrip 'auteur' overlaat aan de lex loci protectionis.[123]

1001. ***Geen extrapolatie*.** Hier past een caveat. Immers, de verleiding bestaat om de bedoeling van de stellers van artikel 6bis te extrapoleren buiten het kader van de morele rechten en te concluderen dat de conventie *als geheel* een verdragsautonome definitie van het begrip 'auteur' kent. Zo'n extrapolatie is ten onrechte. Nergens blijkt dat de stellers van artikel 6bis het aloude algemene uitgangspunt van de conventie dat ieder Unieland zelf bepaalt wie als 'auteur' moet worden aangemerkt, overboord hebben willen zetten. Ook van een stilzwijgende verlating van dit algemene uitgangspunt is geen sprake. In de eerste plaats ketst dit immers af op het uitdrukkelijke manifeste gebrek aan overeenstemming over de subject-vraag in zijn algemeenheid tijdens de latere conferenties.[124] In de tweede plaats komt de voormelde bedoeling van de stellers van artikel 6bis naar voren in het – door henzelf als geïsoleerd beschouwde – kader van de morele rechten. Hun debat was beperkt tot de morele rechten, waarvan – gelet op hun ratio – welhaast vanzelfsprekend is dat zij voor de schepper zijn bestemd. Bovendien lag de focus van hun debat op de inhoud van die rechten, niet op het subject daarvan, en al helemaal niet op het subject van de exploitatierechten. Van de (implicaties rond de) subject-vraag zijn de stellers van artikel 6bis zich niet bewust geweest. Waarschijnlijk hebben zij niet bij deze problematiek stilgestaan omdat auteur en schepper in de praktijk vrijwel altijd samenvielen.[125] De argumenten die pleiten voor een verdragsautonoom auteursbegrip in artikel 6bis kan men derhalve niet doortrekken naar het auteursbegrip in de rest van de conventie.

---

122 Actes BC 1928, p. 181 (Rapport Sous-Commission pour le droit moral; onderstreping toegevoegd). Zie ook Actes BC 1928, p. 238 (Resumé par le Bureau), waar niet meer over de 'schepper' of de 'auteur' wordt gesproken maar over de schrijver en de kunstenaar.

123 Krachtens art. 6bis lid 2 (zoals ingevoerd in 1948) is de lex loci protectionis overigens wel van toepassing op de vraag wie na de dood van de 'auteur' de morele rechten uitoefent. Zie hierover nader par. 7.4.2.

124 Zie alinea's 966 e.v. hiervoor.

125 Vgl. Dungs 1910, p. 31 (zie alinea 979 hiervoor).

1002. ***Voordeel verdragsautonome definitie.*** Keren wij terug naar deze verdragsautonome definitie in artikel 6bis. Het voordeel is duidelijk: de conventie dwingt tot verlening van morele rechten aan degene voor wie zij duidelijk bedoeld zijn: de schepper.

1003. ***Nadeel verdragsautonome definitie.*** Het nadeel van deze benadering is niettemin ook duidelijk. De conventie bezigt de term 'auteur' dan immers in twee verschillende betekenissen. In het kader van de exploitatierechten is de 'auteur' de originaire rechthebbende, nader aan te wijzen door de lex loci protectionis. In het kader van de morele rechten is de 'auteur' – de originaire rechthebbende van de morele rechten – de schepper van het werk. Het conventionele auteursbegrip wordt dan derhalve gesplitst.[126] Terminologisch is deze benadering inconsistent.

1004. Dit bezwaar laat zich in zoverre ondervangen dat de conventie zelf, getuige artikel 6bis, morele rechten als een aparte categorie rechten met een afwijkend, specifiek karakter beschouwt, en uitdrukkelijk een onderscheid maakt tussen morele rechten en – in de rest van de conventie – exploitatierechten.[127] In dat licht laat zich een onderscheid wat betreft de subject-vraag gemakkelijker rechtvaardigen.

1005. Bovendien is een zekere mate van onderscheid in het conventionele auteursbegrip welhaast onontkoombaar. Immers, stel dat een nationale wet in een bepaald zuiver-nationaal geval de exploitatierechten aan de werkgever verleent, en de morele rechten aan de scheppende werknemer. Hoe te handelen onder de vigeur van de conventie indien men vasthoudt aan een consistent conventioneel auteursbegrip? Exploitatierechten en morele rechten moeten dan aan dezelfde persoon – de conventionele 'auteur' – worden verleend. Moet dan bijvoorbeeld de werkgever ook ten aanzien van de morele rechten als 'auteur' gelden? Dan blijft de werknemer onder deze wet als lex loci protectionis verstoken van morele rechten, hetgeen in strijd is met het in het beginsel van nationale behandeling besloten liggende non-discriminatiebeginsel. Om hieraan te ontsnappen zal men dus op zijn minst moeten dulden dat de nationale wet een verschillende invulling kan geven aan het conventionele begrip 'auteur' in het kader van exploitatierechten enerzijds en in het kader van morele rechten anderzijds. Daarmee is een begin van een onderscheid in het conventionele auteursbegrip gegeven. Ook wie een splitsing van het conventionele auteursbegrip niet aandurft, ontkomt derhalve niet aan het toestaan van deze splitsing op nationaal niveau – tenzij men de mogelijkheid van strijd met het fundamentele non-discriminatiebeginsel voor lief neemt.

---

126 Een analoog probleem speelt onder de vigeur van de Nederlandse Auteurswet, die immers zowel ten aanzien van exploitatierechten als ten aanzien van morele rechten spreekt over de 'maker' (art. 25 Auteurswet). Ook hier wordt een splitsing van het makersbegrip verdedigd, bijvoorbeeld door Gerbrandy 1988, p. 290 en p. 401; Van Lingen 2007, p. 113-115; Hof Amsterdam 10 februari 1970, *NJ* 1971, 130. Zie hierover voorts Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 361-362.

127 Dat onderscheid is overgenomen in de TRIPs-Overeenkomst, zie art. 9 lid 1, tweede volzin; zie daarover Gervais 2003, p. 124-125.

1006. ***Conclusie.*** Het bezwaar tegen een verdragsautonoom auteursbegrip voor morele rechten – namelijk de splitsing van het conventionele auteursbegrip – wordt door dit alles uiteindelijk niet weggenomen, maar het verliest aan kracht. Het bezwaar wordt m.i. zozeer ondervangen dat het niet opweegt tegen het voordeel van zo'n verdragsautonoom begrip, namelijk dat recht wordt gedaan aan de overduidelijke bedoeling van de stellers van artikel 6bis en aan de ratio van deze bepaling. M.i. wordt derhalve in artikel 6bis, in afwijking van de rest van de conventie, met de 'auteur' de schepper bedoeld. Deze splitsing van het conventionele auteursbegrip, hoezeer ook bezwaarlijk vanuit terminologisch oogpunt, doet enerzijds recht aan de eenstemmigheid van de verdragsopstellers wat betreft het subject van de morele rechten, en doet anderzijds recht aan de onenigheid van de verdragsopstellers over het subject van de exploitatierechten.[128]

1007. ***Huston-arrest.*** Vermeldenswaard is ten slotte de eigenzinnige weg die de Franse Cour de cassation insloeg in de Huston-zaak.[129] Het hof draaide met een grote bocht om de hete brei heen en verklaarde botweg de Franse rechtsregels inzake morele rechten – inclusief de Franse subject-bepaling in dit verband – tot 'lois d'application impérative' die altijd in Frankrijk moeten worden toegepast.[130] Onder de vigeur van de Berner Conventie is de tournure van de cassatierechter zowel onjuist als overbodig.[131] Zij is onjuist voor wie in artikel 6bis een verdragsautonoom auteursbegrip ziet. De nationale kwalificatie tot 'lois d'application impérative' miskent immers deze verdragsautonome definitie, onderdeel van het dwingende ius conventionis. Zij is ook onjuist voor wie in artikel 6bis geen verdragsautonoom auteursbegrip ziet, maar de subject-vraag inzake de morele rechten gewoon verbuigt volgens de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling, de lex loci protectionis-verwijzing. De nationale kwalificatie tot 'lois d'application impérative' miskent immers deze prevalerende conventionele conflictregel. Behalve onjuist, is de tournure bovendien overbodig. Immers, zowel met de

---

128 Terzijde: in noot 88 van dit hoofdstuk 7 zagen wij dat het ontbreken van een verdragsautonoom auteursbegrip meebrengt dat het formele toepassingsgebied van de Berner Conventie rafelig is. Voor de morele rechten bestaat echter, als gezegd, m.i. wél een verdragsautonoom auteursbegrip. Men kan dat gegeven op verschillende manieren laten inwerken op het formele toepassingsgebied van de conventie. Denkbaar is bijvoorbeeld dat men dat gegeven irrelevant acht voor het formele toepassingsgebied, bijvoorbeeld omdat de verdragsopstellers hier niet aan lijken te hebben gedacht. Denkbaar is ook de benadering dat, als het om morele rechten gaat, onder de 'auteur' in art. 3 en 4 de schepper moet worden verstaan. Dan loopt het formele toepassingsgebied van de conventie voor morele rechten en exploitatierechten dus enigszins uiteen. Uitgaande van een dwingend verdragsautonoom auteursbegrip voor morele rechten, is deze laatste benadering m.i. het meest geëigend.

129 Cass. civ. I 28 mei 1991, *Rev. crit. DIP* 1991, p. 752 m.nt. P-Y. Gautier (Huston/Turner; 'Asphalt Jungle'); zie ook *RIDA* 149 (1991), p. 197; *Informatierecht/AMI* 1991, p. 221-222 m.nt. Seignette. De zaak heeft veel stof doen opwaaien, zie onder meer Seignette 1991, p. 221-222; Seignette 1994, p. 77, noot 111; Ginsburg & Sirinelli 1991; Ricketson 1992, p. 24; De Boer 1993. Zie ook Cour d'appel Parijs 6 juli 1989, *Rev. crit. DIP* 1989, p. 706 m.nt. P-Y. Gautier (zie ook *GRUR Int.* 1989, p. 937 m.nt. A. Françon; Seignette 1990, p. 198 e.v.; Siefarth 1991, p. 96); en Tribunal de grande instance Parijs 23 november 1988, *Rev. crit. DIP* 1989, p. 372 m.nt. P-Y. Gautier (zie ook *D.* 1989, p. 342 m.nt. B. Audit; *RIDA* 140 (1989), p. 205).

130 Met 'lois d'application impérative' doelt de Cour de cassation waarschijnlijk gewoon op 'lois de police' ofwel regels van positieve openbare orde; "ce flou linquistique ne doit pas masquer un très bel exemple de loi de police (...)", constateert Gautier in zijn noot onder het arrest in *Rev. crit. DIP* 1991, p. 753. Zie ook Seignette 1991, p. 221; De Boer 1993, p. 6.

131 Over de toepasselijkheid van de Berner Conventie in deze zaak, zie de annotatie van B. Audit in *D.* 1989, p. 345, en de annotatie van P-Y. Gaultier in *Rev. crit. DIP* 1989, p. 718. Vgl. ook Goldstein 2001, p. 128-129.

verdragsautonome definitie in artikel 6bis als met de lex loci protectionis-verwijzing zou men in de Huston-zaak tot hetzelfde resultaat zijn gekomen.

c. Het subject van het filmauteursrecht (art. 14bis)

1008. ***Inleiding.*** In één kwestie doet de conventie een expliciete uitspraak over de subject-vraag. Het betreft de bepaling over het cinematografische werk, artikel 14bis. Deze bepaling werd tijdens de Stockholmse conferentie in 1967 in de conventie opgenomen. Omdat deze bepaling dikwijls verkeerd wordt begrepen, krijgt zij hier meer aandacht dan zij – als detailregeling – eigenlijk verdient.

(i) Achtergrond

1009. ***Brusselse regime.*** Vóór de Stockholmse conferentie kende de conventie een bepaling over het cinematografische werk die kort gezegd inhield dat zo'n werk als een oorspronkelijk werk wordt beschermd, zulks onverminderd de rechten van de auteur van het werk dat wordt verfilmd, bijvoorbeeld een boek (artikel 14 van de Berner Conventie zoals herzien in Brussel in 1948). Over de vraag ten gunste van wie het auteursrecht op het cinematografische werk ontstaat, zweeg deze bepaling. Bijgevolg werd de subject-vraag ten aanzien van het cinematografische werk, net als de subject-vraag ten aanzien van andere werken, beantwoord aan de hand van het ingevolge de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling toepasselijke recht.[132]

1010. ***Nationale verschillen.*** De nationale rechtsstelsels regelden de subject-vraag ten aanzien van het cinematografische werk op sterk uiteenlopende wijze. Deze verschillen – die tot op de dag van vandaag bestaan – werden met name veroorzaakt doordat bij de totstandkoming van een cinematografisch werk een veelheid van personen betrokken is, zodat ruimte ontstaat voor uiteenlopende opvattingen over de allocatie van het auteursrecht. De Stockholmse verdragsopstellers wisten zich geconfronteerd met grofweg drie opvattingen. In de eerste plaats was er de Anglo-Amerikaanse opvatting, waarin het auteursrecht ten gunste van de producent van het cinematografische werk ontstaat (het 'film-copyright systeem'). Dit vereenvoudigt de exploitatie van het cinematografische werk aanzienlijk. Immers, geen van de vele personen die een bijdrage hebben geleverd aan het cinematografische werk, kan de exploitatie daarvan in de wielen rijden. In de meeste continentaal-Europese landen bestond daarentegen de opvatting dat het recht ontstaat ten gunste van de scheppers van het cinematografische werk (het 'schepper-systeem'), met dien verstande dat zij soms worden vermoed hun exploitatierechten te hebben overgedragen aan de producent. Ten slotte ontstond in enkele landen het recht ten gunste van de schepper, maar werd dit recht bij wet overgedragen aan de producent (het 'cessio legis-systeem').[133]

---

132 Over de subject-vraag ten aanzien van cinematografische werken vóór de Stockholmse conferentie, zie onder meer Bureau de l'Union, *DdA* 1935.

133 Reimer & Ulmer 1967, p. 448; Saito 1985, p. 280.

1011. ***Probleem.*** Deze diversiteit verstoorde de internationale exploitatie van het cinematografische werk binnen de Berner Unie, hetgeen met name door de opkomst van de televisie sinds de Brusselse conferentie als problematisch werd ervaren.[134] Om een cinematografisch werk internationaal te kunnen exploiteren, moest immers per land worden vastgesteld aan wie de rechten toekwamen. Met name omdat bij de totstandkoming van een cinematografisch werk veel personen betrokken zijn, was dat geen gemakkelijke zaak in de landen met het scheppersysteem. De lobby van filmproducenten drong aan op een oplossing. Na jarenlange voorbereiding en moeizame onderhandelingen werd tijdens de Stockholmse conferentie in 1967 uiteindelijk een compromis bereikt, het huidige artikel 14bis. De bepaling draagt duidelijk de sporen van de strijd.

(ii) De regeling van art. 14bis lid 2

1012. ***Algemeen uitgangspunt.*** In lid 2 van artikel 14bis wordt het probleem te lijf gegaan. De fraaiste oplossing, een verdragsautonome subject-bepaling, was bij voorbaat kansloos gelet op de grote meningsverschillen.[135] Wat betreft de subjectbepaling liet men de zaken daarom bij het oude: de ingevolge de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling toepasselijke wet bepaalt ten gunste van wie het auteursrecht op het cinematografische werk ontstaat. Dit algemene uitgangspunt – dus: de lex loci protectionis – werd voor alle duidelijkheid gememoreerd in de eerste bepaling van lid 2. Aldus werd in lid 2 onder a bepaald: "La détermination des titulaires du droit d'auteur sur l'œuvre cinématographique est réservée à la législation du pays où la protection est réclamée."[136] Deze bepaling bevat derhalve niets nieuws.[137]

1013. ***Kern van de oplossing.*** De kern van de oplossing schuilt in de bepaling onder b, luidende:

> "Toutefois, dans les pays de l'Union où la législation reconnaît parmi ces titulaires les auteurs des contributions apportées à la réalisation de l'œuvre cinématographique, ceux-ci, s'ils se sont engagés à apporter de telles contributions, ne pourront, sauf stipulation contraire ou particulière, s'opposer à la reproduction, la mise en circulation, la représentation et l'exécution publiques, la

134 Zie Actes BC 1967, p. 1176 (Report Main Committee I); Reimer & Ulmer 1967, p. 448; Ricketson & Ginsburg 2006, p. 379 e.v.

135 Zie bijvoorbeeld Study Group on the International Protection of Cinematografic Works 1961, p. 25: "The Study Group was unanimous in holding that both under the Berne Convention and under the Universal Copyright Convention, countries were free to vest copyright in a cinematographic work either in the individual "intellectual creator" of the cinematografic work or in the film producer (called "maker" in the United Kingdom) and that it would probably be impractical to try to impose one of these systems on all countries."

136 In de Nederlandse vertaling: "Het is aan de wetgeving van het land waar de bescherming wordt ingeroepen voorbehouden te bepalen wie de rechthebbenden op het auteursrecht op het cinematografische werk zijn."

137 Zie ook par. 5.3.2 onder (b)(ii).

transmission par fil au public, la radiodiffusion, la communication au public, le sous-titrage et le doublage des textes, de l'œuvre cinématographique."[138]

1014. Deze bepaling richt zich tot de Unielanden met het schepper-systeem. Zij schrijft deze landen voor dat – kort gezegd – degenen die een bijdrage hebben geleverd aan de totstandkoming van het cinematografische werk, zich niet tegen de exploitatie kunnen verzetten wanneer zij zich verbonden hebben tot het leveren van die bijdragen (tenzij anders is overeengekomen). Aldus wordt vermoed dat de producent de exploitatierechten die de bepaling noemt, mag uitoefenen. Dit wordt wel het 'legitimatie-vermoeden' genoemd.[139]

1015. ***Geen nieuwe conflictregel in art. 14bis 2 onder a.*** Ergo: artikel 14bis is er op uit om de exploitatie in de landen met het schepper-systeem te stroomlijnen ten faveure van de producent.[140] Het is hem niet te doen om een (nieuwe) conflictregel over de subject-vraag te geven. De conflictregel ligt immers al besloten in het beginsel van nationale behandeling. De bepaling onder a had derhalve ook achterwege gelaten kunnen worden. Zij is louter als uitgangspunt voor de gedachtegang opgenomen. Dit wordt expliciet bevestigd door Ulmer – Ulmer is in dit verband de deskundige bij uitstek, omdat hij tijdens de Stockholmse conferentie als voorzitter van Main Committee I én als voorzitter van de werkgroep over het regime van cinematografische werken, was belast met de totstandkoming van de regeling over het cinematografische werk. Sterker nog, de bepaling is tijdens de conferentie ontworpen en voorgesteld door Ulmers werkgroep.[141] Ulmer merkte over deze bepaling op:

"Die Experten waren sich der Tragweite des Grundsatzes der Inländerbehandlung bewußt. Wenn die allgemein geltende Regel ausdrücklich für Filmwerke formuliert wurde, so hatte dies seinen Grund nur darin, daß es zweckmäßig erschien, sie als gedanklichen Ausgangspunkt der weiteren

138 In de Nederlandse vertaling: "In de landen van de Unie waar de wetgeving als rechthebbenden mede erkent de auteurs die bijdragen hebben geleverd aan de totstandkoming van het cinematografische werk kunnen dezen, wanneer zij zich verbonden hebben tot het leveren van die bijdragen, behoudens andersluidende of bijzondere bepalingen, zich evenwel niet verzetten tegen de verveelvoudiging, het in omloop brengen, de openbare opvoering en uitvoering, de overbrenging per draad aan het publiek, de radio-uitzending, de mededeling aan het publiek, het aanbrengen van ondertitels en het nasynchroniseren van de teksten van het cinematografische werk."

139 Let wel: een *overdracht van rechten* aan de producent wordt dus niet vermoed. Zie ook Reimer & Ulmer 1967, p. 450. Het legitimatie-vermoeden wordt vervolgens hier en daar bijgesteld. Zo geldt zij niet – tenzij de nationale wet anders bepaalt – ten aanzien van enkele sleutelfiguren, te weten de scenarioschrijver, de dialoogschrijver, de filmcomponist en de hoofdregisseur (zie art. 14bis lid 3) (terzijde: zie ook Richtlijn 93/98/EEG (*PbEG* 1993, L 290/9), overweging 4 en art. 2). Voorts rijst de vraag of er een schriftelijkheidseis geldt voor de verbintenis tot het leveren van de bijdrage. Art. 14bis lid 2 onder c behandelt die vraag, zie daarover nader par. 7.4.1.

140 De bepaling is er derhalve niet op uit om, zoals soms wordt betoogd, het film-copyright systeem in de conventie te integreren. Dat systeem paste immers ook vóór 1967 in de conventie. Zie ook Actes BC 1967, p. 1179, nr. 287-288 (Report Main Committee I) en alinea 1023 hierna.

141 Actes BC 1967, p. 710 (Doc. S/195; voorstel Working Group of Main Committee I); zie ook Actes BC 1967, p. 1184 (Report Main Committee I). In het voorstel van de Zweedse gastheren van de conferentie en het Bureau van de Berner Unie kwam zij niet voor, zie Actes BC 1967, p. 125 e.v (Doc. S/1, p. 55).

in Stockholm getroffenen Regelung voranzustellen: Wer Inhaber des Urheberrechts am Filmwerk ist, bestimmt die Rechtsordnung des Schutzlandes."[142]

1016. Dat de verdragsopstellers de bepaling onder a als uitgangspunt voor de gedachtegang hebben opgenomen, is niet onbegrijpelijk. Men heeft, na alle discussies, voor de duidelijkheid en ter geruststelling voorop willen stellen dat de lex loci protectionis (dus: ieder Unieland voor zichzelf) blijft bepalen aan wie het filmauteursrecht wordt verleend. Bovendien zou zonder de bepaling onder a het film-copyright systeem enigszins in de lucht blijven hangen.[143] De nieuwe regeling van artikel 14bis richt zich immers alleen tot de Unielanden die het scheppersysteem hanteren, omdat alleen in die landen de problemen zich voordoen.

1017. Op het gebied van de subject-vraag regelt artikel 14bis derhalve niets nieuws. De bepaling van lid 2 onder a papegaait louter voor de duidelijkheid de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling.[144]

(iii) Enkele misvattingen over art. 14bis

1018. ***Denkfouten.*** Ironisch genoeg heeft deze bepaling echter juist veel onduidelijkheid veroorzaakt – een fenomeen dat wij in de geschiedenis van de Berner Conventie al vaker hebben gezien. In de kern genomen worden er in dit verband twee denkfouten gemaakt.[145]

1019. ***Denkfout 1: uitzondering.*** In de eerste plaats beschouwen sommige auteurs – vanuit uiteenlopende invalshoeken – artikel 14bis lid 2 onder a als een uitzonderingsgeval.[146] Dat deze bepaling echter geen uitzondering is, maar een herhaling van de hoofdregel, is zojuist uiteengezet.

---

142 Ulmer 1977, p. 499. Zie ook Actes BC 1967, p. 890, nr. 1118 (summary minutes Main Committee I), waar de gedelegeerde van Monaco opmerkte dat "(…) the text of paragraph (2) of the new Article 14bis was a natural result of 'national treatment' (…)."

143 Zie Actes BC 1967, p. 871, nr. 875.2 (summary minutes Main Committee I), waar voorzitter Ulmer opmerkte: "In regard to the question of deciding the ownership of copyright in a cinematographic work, they could state that the decision was a matter for the legislation in the country in which protection was claimed – which would satisfy the 'film copyright' and 'legal assignment' countries – (…)."

144 Let wel: deze bepaling heeft alleen betrekking op de exploitatierechten, niet op de morele rechten. Het subject van de morele rechten is immers de schepper (zie par. 7.2.2 onder (b)). Dat betekent derhalve dat de exploitatie door de producent altijd nog in de wielen kan worden gereden door de morele rechten (vgl. de Huston-zaak, zie alinea 1007 hiervoor). De stellers van art. 14bis beseften dat ook. Deze kwestie lag echter zo gevoelig dat zij ten aanzien van de morele rechten bij voorbaat de doek in de ring gooiden. Zie Actes BC 1967, p. 134-136 (Doc. S/1, p. 64-66; voorstel Zweden en Bureau); Actes BC 1967, p. 1188 (Report Main Committee I).

145 Een derde denkfout is dat deze bepaling een Gesamtverweisung (naar de lex loci protectionis dan wel de lex fori) zou inhouden; in deze zin Drobnig 1976, p. 199; Schack 1979, p. 45; Siefarth 1991, p. 95; Van Eechoud 2003, p. 116; Schack 2007, p. 459. De Berner Conventie kent echter geen Gesamtverweisungen, zie par. 5.3.2 onder (b)(iii).

146 Dat gebeurt vanuit uiteenlopende invalshoeken: (i) Dietz ziet er bijvoorbeeld een eenzame uitzondering in op het – door hem in de conventie ontwaarde – verdragsautonome auteursbegrip (Dietz 1993, p. 29 e.v., zie alinea 963 hiervoor; vgl. ook Ricketson 1992, p. 14 e.v.). (ii) Anderen menen dat het hier sprake is van een uitzondering omdat de conventie in hun ogen de subject-vraag voor het overige geheel onregeld laat (ook in conflictenrechtelijk opzicht), zie bijvoorbeeld Ginsburg 1999, p. 354; Carrascosa González 2004, p. 116; Ricketson & Ginsburg 2006, p. 1316-1317. (iii) Quaedvlieg 1997, p. 155 e.v. ten slotte lijkt andersom te redeneren door te pleiten voor extrapolatie van de lex loci protectionis-verwijzing in art. 14bis lid 2 onder a tot een algemene conflictregel voor de subject-bepaling, die ook voor andere werken dan alleen cinematografische werken geldt.

1020. ***Denkfout 2: terminologie.*** In de tweede plaats wordt een enkele keer uit artikel 14bis een tegenstelling tussen auteur en rechthebbende afgeleid.[147] In dat verband wordt gewezen op het lid 1, waarin wordt bepaald dat de 'rechthebbende' op het auteursrecht op het cinematografische werk dezelfde rechten geniet als de 'auteur' van een oorspronkelijk werk. Voorts wordt gewezen op de bepaling van lid 2 onder b, waarin de beide termen eveneens figureren.

1021. Op het eerste gezicht bevreemdt de woordkeus van artikel 14bis. Het zou consistenter zijn geweest om de term 'auteur' te bezigen, en niet de term 'rechthebbende' in te voeren. Inhoudelijk kent de conventie, zoals we al eerder zagen, echter geen verschil tussen beide termen. Zij zijn uitwisselbaar.[148] Voor het cinematografische werk is dit niet anders. Het was de Stockholmse verdragsopstellers immers niet om de subject-vraag te doen, het ging hen alleen om de introductie van het legitimatie-vermoeden. De subject-vraag werd door hen niet anders beantwoord dan ten aanzien van andere werken (en ten aanzien van cinematografische werken vóór de Stockholmse tekst, toen de conventie nog gewoon uitging van de 'auteur' van het cinematografische werk!). Dit blijkt ook uit de Stockholmse travaux préparatoires. Zo werd in het voorstel van de Zweedse gastheren en het Bureau van de Berner Unie een bepaling voorgesteld, die uiteindelijk in artikel 14bis lid 1 zou worden opgenomen. Het voorstel luidde als volgt:

> "L'auteur de l'œuvre cinématographique jouit des mêmes droits que l'auteur d'une œuvre originale, y compris les droits visés à l'alinéa précédent."[149]

1022. In het voorstel werd dus niet over de 'rechthebbende', maar over "l'auteur de l'œuvre cinématographique" gesproken. In de toelichting wordt in dit verband uitdrukkelijk opgemerkt dat de Unielanden vanzelfsprekend vrij zijn om de producent als 'auteur' aan te merken:

> "La question de savoir si les Pays de l'Union peuvent traiter comme auteurs les producteurs d'œuvres cinématographiques a, comme mentionné lors des travaux préparatoires, été laissée ouverte dans le texte de la Convention. Les Pays sont donc entièrement libres à cet égard. En établissant le Programme de la Conférence, il a été jugé superflu de l'indiquer par une disposition expresse."[150]

1023. Ook tijdens de conferentie was men het hier over eens. Het Verenigd Koninkrijk had nog voorgesteld om een zinsnede op te nemen "to the effect that the countries of the Union should be free to treat the maker of a cinematografic work

147 Met name door Ginsburg, zie Ginsburg 1999, p. 353-354 en Ricketson & Ginsburg 2006, p. 1316-1317.
148 Zie alinea 980 hiervoor.
149 Actes BC 1967, p. 127-128 (Doc. S/1, p. 57-58; voorstel Zweden en Bureau). De bepaling was eigenlijk overbodig, maar werd zekerheidshalve voorgesteld om duidelijk te maken dat de auteur van een cinematografische werk óók de rechten genoot waarnaar werd verwezen.
150 Actes BC 1967, p. 128 (Doc. S/1, p. 58; voorstel Zweden en Bureau), zie ook de aldaar genoemde travaux préparatoires.

as its author." Maar zo'n zinsnede werd overbodig geacht. In het rapport van Main Committee I wordt opgemerkt dat de conventie altijd al op die manier is opgevat:

> "As regards the United Kingdom proposal, it was agreed that it was not necessary to insert the proposed sentence, as it was generally admitted that the Convention had always been interpreted in the manner suggested in that proposal, and as the situation would be clarified in the proposed new Article 14bis."[151]

1024. Niet alleen geven beide passages aan dat de conventie in haar algemeenheid geen verdragsautonoom auteursbegrip bezigt, ook blijkt – geheel in overeenstemming met de systematiek van de conventie – dat met de 'auteur' de rechthebbende werd bedoeld (immers, als onder de 'auteur' ook de producent mag worden verstaan, is duidelijk dat hieronder de rechthebbende moet worden verstaan).[152]

1025. Dat komt nog bij dat, toen de in alinea 1021 hiervoor aangehaalde bepaling in de conventie werd opgenomen als het huidige artikel 14bis lid 1, de 'auteur' daarbij zonder enige toelichting of commentaar werd vervangen door de 'rechthebbende'. Daaruit blijkt wederom dat men deze begrippen uitwisselbaar achtte. Waar artikel 14bis derhalve spreekt over de 'rechthebbende', doelt het op niemand anders dan de auteur (gelijk zij in haar andere bepalingen op de rechthebbende doelt wanneer zij over de 'auteur' spreekt).[153] Een materieel onderscheid tussen auteur en rechthebbende vindt geen steun in de totstandkomingsgeschiedenis van de bepaling.

1026. Resteert de vraag waarom de verdragsopstellers dan niet simpelweg en consistent de term 'auteur' hebben gebezigd. Het antwoord moet – tamelijk prozaïsch – naar alle waarschijnlijkheid worden gevonden in het compromiskarakter van de bepaling. De regeling over het cinematografische werk lag gevoelig, zij heeft de Stockholmse conferentie verhoudingsgewijs veel tijd gekost en dreigde de crux van de conferentie te worden. Het oorspronkelijke voorstel van de Zweedse gastheren en van het Bureau van de Berner Unie, dat consistent over de 'auteur' sprak, werd tijdens de conferentie in een werkgroep onder leiding van Ulmer onder handen genomen om het voor alle landen aanvaardbaar te maken. Toen pas – op het laatste moment – is de bepaling van lid 2 onder a voorgesteld, waarin de term 'rechthebbende' opdook, vermoedelijk om de schepper-landen niet tezeer voor het

---

151 Actes BC 1967, p. 1179, nr. 287-288 (Report Main Committee I).

152 Dietz 1993, p. 31-33 tracht de opmerking over het Britse voorstel te ontkrachten met de stelling dat het uiteindelijke art. 14bis niet de beloofde duidelijkheid heeft gebracht. Daargelaten of men de bepaling al dan niet duidelijk vindt, gaat Dietz aldus voorbij aan hetgeen de verdragsopstellers voorop stelden, namelijk dat de conventie altijd al op genoemde manier is opgevat. Zouden de verdragsopstellers in de uiteindelijke bepaling van die gevestigde en door henzelf tijdens de conferentie bevestigde visie hebben willen afwijken, dan zou die koerswijziging toch op zijn minst in de travaux préparatoires c.q. het Rapport moeten zijn besproken. Dat is niet het geval.

153 Dat art. 14bis lid 2 onder b elders over spreekt over de auteurs (die bijdragen hebben geleverd aan de totstandkoming van het cinematografische werk) is verklaarbaar: deze bepaling richt zich immers tot de schepper-landen. Vgl. ook Quaedvlieg 1997, p. 156 l.k.

hoofd te stoten. Een vingerwijzing vindt men in het gevoelen dat enkele jaren eerder in een comité van experts was uitgesproken: het verdient de voorkeur om de term 'auteur' te reserveren voor de schepper – maar aangezien de conventie geen definitie bevat, is het uiteindelijk aan de Unielanden om te bepalen wie als auteur wordt aangemerkt:

> "Il fut remarqué, à ce propos, que s'il semblait préférable d'indiquer en principe que seul le créateur intellectuel est l'auteur, il n'en restait pas moins que la Convention ne contient pas de définition de l'auteur et que celle-ci demeure du ressort de la législation nationale."[154]

1027. Al met al moge duidelijk zijn dat artikel 14bis een waterig compromis is. De bepaling is wel getypeerd als "the most obscure and the least useful in the whole Convention."[155] Men mag er dan ook geen conclusies met algemene pretenties ten aanzien van de subject-vraag aan verbinden, en dat geldt al helemaal als het om *a contrario* redeneringen gaat.[156]

d. Conclusie

1028. Vatten wij bovenstaand onderzoek naar de subject-vraag kort samen. De subject-vraag, zo hebben wij gezien, is een inherent element van de bescherming van de rechten der auteurs op hun werken van letterkunde of kunst, waarop de Berner Conventie van toepassing is. Uit het onderzoek blijkt dat de conventie zelf geen dwingend verdragsautonoom auteursbegrip kent. Bijgevolg wordt de subject-vraag – net als de andere elementen van de bescherming – 'gewoon' beheerst door het beginsel van nationale behandeling en de daarin besloten liggende conflictregel, de lex loci protectionis. Dat lijdt alleen uitzondering in het kader van de morele rechten: in artikel 6bis wordt, in afwijking van de rest van de conventie, met de 'auteur' uitsluitend de schepper bedoeld. In het kader van de morele rechten kent de conventie dus een dwingend verdragsautonoom auteursbegrip; hier is de invulling van het begrip 'auteur' niet overgelaten aan de lex loci protectionis.

1029. Ten slotte hebben wij gezien dat de regeling in artikel 14bis inzake het cinematografische werk in dit alles geen verandering brengt. Deze regeling herhaalt het algemene uitgangspunt dat de subject-vraag wordt beheerst door het beginsel van nationale behandeling en de daarin besloten liggende conflictregel, de lex loci protectionis. Daarop borduurt zij voort met een regeling die, gegeven dit uitgangspunt, de internationale exploitatie van cinematografische werken moet vergemakkelijken (namelijk door de invoering van een legitimatie-vermoeden voor de landen met het 'schepper-systeem'). Aan het uitgangspunt dat de subject-vraag wordt beheerst door het beginsel van nationale behandeling en de daarin besloten

154 Actes BC 1967, p. 128 (Doc. S/1, p. 58; voorstel Zweden en Bureau).
155 Ricketson & Ginsburg 2006, p. 388.
156 Zie bijvoorbeeld Strowel 1993, p. 387; Ginsburg 1986, p. 27; Ginsburg 1999, p. 354; Ricketson & Ginsburg 2006, p. 1316-1317, die allen *a contrario* redeneringen bouwen op art. 14bis.

liggende lex loci protectionis, doet de regeling van artikel 14bis dus geen afbreuk. Integendeel, zij bestendigt dit uitgangspunt uitdrukkelijk in lid 2 onder a.

7.2.3. De inhoud van de bescherming: de rechten

1030. ***De 'rechten'.*** Het derde element van de bescherming waarop het beginsel van nationale behandeling van toepassing is, is de inhoud van de bescherming: de rechten. Het beginsel van nationale behandeling in artikel 5 lid 1 heeft betrekking op "de rechten, welke de onderscheidene wetten thans of in de toekomst aan de eigen onderdanen verlenen of zullen verlenen."[157] Deze rechten zijn "de rechten der auteurs op hun werken van letterkunde en kunst", zo blijkt uit de preambule en artikel 1.

1031. ***Verdragsautonoom begrip.*** Wat moet precies onder deze rechten worden verstaan? Valt daar bijvoorbeeld ook een subsidieregeling voor auteurs onder? De conventie geeft geen expliciete definitie. Is deze vraag dan, net als de subject-vraag ten aanzien van exploitatierechten, geheel aan het krachtens de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling toepasselijke recht overgelaten? Het antwoord moet ontkennend zijn. Zou deze vraag geheel aan het toepasselijke recht zijn overgelaten, dan zouden landen immers de bodem onder het beginsel van nationale behandeling kunnen wegtrekken door rechten te diskwalificeren als een 'recht' in de zin van artikel 5 lid 1. Dat zou alleen niet mogelijk zijn voor het soort rechten dat door de conventie wordt verleend (het ius conventionis), maar die rechten moeten op grond van de conventie toch al worden verleend; het beginsel van nationale behandeling zou dan dus zijn zelfstandige betekenis verliezen.[158] Dit kan niet het geval zijn. Artikel 5 lid 1 plaatst de rechten van de lex loci protectionis en de ius conventionis-rechten immers *naast* elkaar: "de rechten, welke de onderscheidene wetten thans of in de toekomst aan de eigen onderdanen verlenen of zullen verlenen, alsmede de rechten door deze Conventie in het bijzonder verleend."[159] Ook de geschiedenis van de conventie is op dit punt duidelijk. De conventie van 1886 kende, net als haar bilaterale voorgangers, immers nauwelijks ius conventionis; de bescherming werd via het beginsel van nationale behandeling vrijwel geheel geput uit de toepasselijke nationale wet. Als die wet volkomen vrij zou zijn geweest om te bepalen welke rechten onder het beginsel van nationale behandeling vallen, zou de Berner Conventie niets hebben voorgesteld.

1032. ***Invulling.*** De "rechten van de auteur op zijn werk van letterkunde of kunst" moet dus wel een verdragsautonoom begrip zijn. De vraag is dus wat hieronder moet worden verstaan. Daarover bestaat discussie.[160]

---

157 En m.m. heeft art. 5 lid 3 betrekking op "dezelfde rechten als de auteurs, die onderdaan van" het land van oorsprong zijn.

158 Vgl. Ricketson & Ginsburg 2006, p. 313.

159 Dit is het geval sinds de Berlijnse conferentie van 1908, zie alinea 260 hiervoor.

160 Vgl. bijvoorbeeld Drexl 1990, p. 71-84 over verschillende vergoedingsaanspraken ('domaine public payant', 'public lending right') en het reprorecht.

1033. Uitgangspunt dient te zijn dat het begrip "rechten van de auteur op zijn werk van letterkunde of kunst" overeenkomstig de gewone betekenis van deze term in zijn context en in het licht van voorwerp en doel van de Berner Conventie moet worden uitgelegd.[161] Alsdan lijkt de omschrijving van Vaver, die aansluit bij "the primary meaning common to most national copyright laws", de meest aannemelijke: "an author has in relation to his/her work the right to exclude others from reproducing or using the work in some way. The RBC extends this primary meaning to include a right to receive remuneration from the user of the work, even where the author is unable to prevent the use."[162] Daarnaast moet, in ieder geval sinds zijn entree in de Berner Conventie in 1948, ook het volgrecht onder dit begrip worden geschaard. Dit recht past weliswaar niet in de zojuist geciteerde omschrijving, maar het is expliciet door de conventie omarmd, en heeft dus – in ieder geval voor zover het voldoet aan de definitie van artikel 14ter lid 1 – te gelden als een 'recht' in de zin van artikel 5 lid 1.[163]

1034. Door deze invulling van het begrip "rechten van de auteur op zijn werk van letterkunde of kunst" vallen bijvoorbeeld subsidieregelingen of belastingvoordelen voor auteurs, alsmede constructies zoals het 'domaine public payant', buiten het beginsel van nationale behandeling.

1035. ***Rubrica non est lex.*** Op de bescherming van de aldus afgebakende verzameling rechten is het beginsel van nationale behandeling van toepassing.[164] Daarbij is niet van belang of het om privaatrechtelijke of publiekrechtelijke bescherming gaat – op beide is het beginsel van nationale behandeling van toepassing (daarbij zij aangetekend dat, thans, dit onderscheid wél van belang is voor de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling: voor de privaatrechtelijke bescherming kan deze conflictregel immers worden geconverteerd in de lex loci protectionis-verwijzing[165], voor de publiekrechtelijke bescherming echter niet; daar blijft de 'oude' conflictregel – het formele-territorialiteitsbeginsel – van toepassing).[166] Ook is niet van belang of die rechten door de auteurswet worden verleend. De conventie spreekt immers over de "wetten" en niet over de "auteurswetten", zoals verschillende negentiende-eeuwse bilaterale verdragen wel deden.

---

161 Vgl. art. 31 Weens Verdragenverdrag 1969 (zie par. 5.3.1 onder (b)).

162 Vaver 1986, p. 717 ("RBC" betekent "Revised Berne Convention"). Een uitvoerig onderzoek naar het 'rechten'-begrip van de Berner Conventie valt buiten het bestek van deze studie. Zie ook Ricketson & Ginsburg 2006, p. 314.

163 Zie ook par. 6.3.4, alsmede noot 190 van hoofdstuk 6.

164 De verdragsopstellers hadden een ruime benadering voor ogen. Het is m.i. daarom gerechtvaardigd om ook eventuele in de rechtspraak ontwikkelde bescherming onder het beginsel van nationale behandeling te scharen. Zo ook Nordemann, Vinck & Hertin 1977, p. 55. Dat de verdragsopstellers alleen aan wettelijke bescherming hebben gedacht, zal zijn ingegeven door het destijds overheersende legisme.

165 Elke andere conflictenrechtelijke benadering is, zo moge duidelijk zijn, uitgesloten. Waar bijvoorbeeld de Franse Cour de cassation de Franse rechtsregels inzake morele rechten aanmerkte als regels van positieve openbare orde die altijd in Frankrijk moeten worden toegepast, is dat dus in strijd met de Berner Conventie (Cass. civ. I 28 mei 1991, *Rev. crit. DIP* 1991, p. 752 e.v. m.nt. P-Y. Gautier (Huston/Turner; 'Asphalt Jungle'); zie alinea 1007 hiervoor, alsmede noot 170 van dit hoofdstuk 7).

166 Zie par. 5.3.2 onder (a)(i). Vanuit vreemdelingenrechtelijk oogpunt betekent dat bijvoorbeeld dat een strafbaarstelling zich niet zal mogen beperken tot inbreuk op het auteursrecht terzake van een werk van eigen bodem.

Zo zag het beginsel van nationale behandeling in het Frans-Duitse verdrag van 1883 bijvoorbeeld op "des avantages qui y sont ou y seront accordés par la loi pour la protection des ouvrages de littérature ou d'art."[167] Een dergelijke beperking tot de auteurswet kan tot rubriceringschicanes leiden en daarom hebben de Berner verdragsopstellers er van afgezien. Als dus bijvoorbeeld een nationale wet morele rechten beschermt buiten de context van het auteursrecht – bijvoorbeeld in de context van de onrechtmatige daad[168] –, dan doet dat niet af aan de gelding van het beginsel van nationale behandeling en de daarin besloten liggende lex loci protectionis-verwijzing.[169] Morele rechten zijn immers 'rechten' als bedoeld in artikel 5 lid 1.[170]

1036. ***Alle aspecten.*** Ten slotte moet worden opgemerkt dat het beginsel van nationale behandeling alle aspecten van deze rechten beheerst, welke aspecten grofweg in het drieluik van ontstaan, omvang en het einde van deze rechten kunnen worden ondergebracht.[171] Zo is – in het kader van het ontstaan van deze rechten – het beginsel van nationale behandeling van toepassing op de vraag of het werk in een tastbare vorm moet zijn vastgelegd.[172] In het kader van de omvang (werking) van de beschermde rechten gaat het met name om de beschermingsomvang en de beperkingen daarvan, zoals met betrekking tot anthologieën, citaten, kopieën voor eigen gebruik, enz. Daarmee beheerst het beginsel van nationale behandeling c.q. de lex loci protectionis dus ook de inbreuk-vraag.[173] En in het kader van het einde van de beschermde rechten gaat het voornamelijk om de beschermingsduur. Daargelaten het ius conventionis, is ook hier het beginsel van nationale behandeling c.q. de lex loci protectionis exclusief van toepassing, zo maakt artikel 7 lid 8 nog eens duidelijk.[174]

---

167 Zie alinea 178 hiervoor.

168 Vgl. Actes BC 1967, p. 1159 (Report Main Committee I).

169 Anders Van Eechoud 2003, p. 111, die in de vrijheid om morele rechten buiten de context van het eigenlijke auteursrecht te beschermen, ook de conflictenrechtelijke vrijheid ziet om bijvoorbeeld de lex loci delicti-verwijzingsregel toe te passen.

170 Overigens is de toepasselijkheid van het beginsel van nationale behandeling op de morele rechten bovendien in de travaux préparatoires duidelijk uitgesproken: "Le nouvel article proposé devrait porter le numéro 6bis, devant occuper dans la série des articles de la Convention une place intermédiaire après les six premiers articles, qui contiennent des dispositions générales, applicables au règlement du droit d'auteur dans son double contenu personnel et patrimonial, et avant les articles suivants qui règlent les droits exclusifs patrimoniaux.", zie Actes BC 1928, p. 177 (voorstel Italië).

171 Vgl. § 34 lid 1 van de Oostenrijkse IPR-wet van 15 juni 1978 ("Das Entstehen, der Inhalt und das Erlöschen von Immaterialgüterrechten"); Ulmer 1975, p. 37 en p. 108 (art. D).

172 Art. 2 lid 2 laat de Unielanden in dit opzicht vrij om te bepalen dat werken van letterkunde en kunst, of een of meer categorieën daarvan, niet beschermd zijn voor zover zij niet in een tastbare vorm zijn vastgelegd. Terzijde: als andere aspecten rond het ontstaan van beschermde rechten worden ook wel de object-vraag en formaliteitenvereisten genoemd (zie bijvoorbeeld Katzenberger 2006, p. 2122). De object-vraag is in deze studie echter voor de duidelijkheid apart behandeld (par. 7.2.1). Formaliteiten worden iure conventionis verboden door art. 5 lid 2.

173 Zie ook Kreuzer 1998, p. 2291, nr. 120, en p. 2256-2257, nr. 26. Daarmee worden ook kwesties zoals de beperking en verdeling van aansprakelijkheid, en de vraag wie aansprakelijk kan worden gehouden, bestreken (welke aspecten De Boer 2007, p. 26 afsplitst; vgl. ook Van Eechoud 2003, p. 213). Ulmer 1975, p. 38 schaart sancties ook onder deze categorie. Zie hierover par. 7.2.4. Zie voorts par. 5.3.3 onder (b)(i) over het verschil tussen de lex loci protectionis en de lex loci delicti. Terzijde: wat betreft de omvang van de beschermde rechten heeft de conventie zelf een bodem van eenvormig privaatrecht gelegd (het ius conventionis).

174 Zie hierover par. 6.3.2.

7.2.4. De handhaving van de bescherming: 'rechtsmiddelen' en sancties

1037. ***Handhaving.*** Het vierde en laatste element van de bescherming waarop het beginsel van nationale behandeling van toepassing is, is de handhaving van de bescherming: de rechtsmiddelen en de sancties.

1038. ***'Rechtsmiddelen'.*** De tweede volzin van artikel 5 lid 2 maakt duidelijk dat ook "de rechtsmiddelen, die de auteur worden gewaarborgd ter handhaving van zijn rechten" onder de bescherming valt die door het beginsel van nationale behandeling wordt beheerst.[175] In hoofdstuk 3 kwam reeds aan de orde dat hiermee op de juridische mogelijkheden tot handhaving van het recht wordt gedoeld.[176] Men denke in dit verband met name aan rechtsvorderingen: de vordering tot onrechtmatigverklaring, tot verbod van inbreukmakende handelingen, tot schadevergoeding, tot winstafdracht, tot het afleggen van rekening en verantwoording, tot afgifte, tot vernietiging of onbruikbaarmaking, tot verstrekking van een lijst van afnemers, tot bekendmaking van het vonnis, enz.[177] Ook het beslag moet hieronder worden begrepen. In dit verband ontwierpen de verdragsopstellers een aparte bepaling, waarin werd vastgelegd dat de auteur, overeenkomstig de wetgeving van elk land, beslag kan laten leggen op inbreukmakende exemplaren (het huidige artikel 16).[178] En ook strafrechtelijke mogelijkheden, zoals voeging in het strafproces als benadeelde partij terzake van een vordering tot schadevergoeding ex artikel 51a e.v. Sv, zijn 'rechtsmiddelen' die onder het beginsel van nationale behandeling vallen.

1039. ***Sancties.*** Sancties zijn het gevolg van rechtens gehonoreerde rechtsvorderingen. Waar de rechtsvorderingen onder de reikwijdte van het beginsel van nationale behandeling vallen, vallen de daaruit voortvloeiende sancties daar derhalve logischerwijs ook onder.[179] In negentiende-eeuwse bilaterale verdragen werd dikwijls in een apart artikel bepaald dat ingeval van inbreuk de rechter dezelfde "sai-

175 In het kader van de morele rechten treffen wij een soortgelijke bepaling aan: ook art. 6bis lid 3 bepaalt dat de rechtsmiddelen ter handhaving van de morele rechten worden geregeld door de wetgeving van het land waar de bescherming wordt ingeroepen. Het is een overbodige echo van art. 5 lid 2 (zo ook Nordemann, Vinck & Hertin 1977, p. 65). De morele rechten werden in 1928 ten tijde van de Romeinse conferentie in de conventie opgenomen. Wat de bescherming betreft, werd de minimale omvang toen in ius conventionis vastgelegd, maar het kwam de conferentie geraden voor om in (het toenmalige) art. 6bis lid 2 te bepalen dat de landen zelf de voorwaarden kunnen vaststellen waaronder deze rechten kunnen worden uitgeoefend; waarschijnlijk werd de traditionele referte aan de rechtsmiddelen daar klakkeloos aan toegevoegd. Vgl. Actes BC 1928, p. 179 (voorstel Italië) en Actes BC 1928, p. 204 (Rapport général).

176 Zie par. 3.2.2 onder (b)(ii). Terzijde: zie over handhaving van intellectuele-eigendomsrechten ook de TRIPs-Overeenkomst (met name art. 41 e.v.) en Richtlijn 2004/48 van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten (*PbEU* 2004, L 195/16; gerectificeerde tekst); over deze richtlijn zie onder meer Huydecoper 2004 en De Cock Buning & Numann 2007, p. 38-45.

177 Zie ook Katzenberger 2006, p. 2122, nr. 127, en p. 2124, nr. 129.

178 Art. 12 van de Berner Conventie van 1886. Zie ook art. 9 van de ontwerp-conventie van de Zwitserse Bondsraad (Actes BC 1884, p. 12). Zo'n bepaling figureerde ook in veel negentiende-eeuwse bilaterale verdragen. Zie Soldan 1887, p. 510; Röthlisberger 1906, p. 258 e.v. (p. 263: "eigentlich (…) nicht nötig" gelet op het beginsel van nationale behandeling); Ladas 1938, p. 605.

179 Vgl. Vaunois 1910, p. 11; Actes VP 1925, p. 478-479 (Rapport Sous-Commission IV).

sies, confiscations, condamnations aux peines correctionelles et aux dommages-intérêts, déterminées par les législations respectives" toepaste, als was de inbreuk gepleegd vis-à-vis een werk van eigen bodem.[180] De Berner verdragsopstellers vonden dat echter vanzelfsprekend gelet op het beginsel van nationale behandeling, en lieten een dergelijke bepaling achterwege.[181]

1040. ***Beginsel van nationale behandeling.*** Toepasselijkheid van het beginsel van nationale behandeling op rechtsmiddelen c.q. rechtsvorderingen, en op sancties, betekent dat te dier zake het non-discriminatiebeginsel geldt[182] alsmede de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling. Die conflictregel is – waar het gaat om publiek- c.q. strafrechtelijke rechtsmiddelen en sancties – de ingevolge het formele-territorialiteitsbeginsel toepasselijke wet, en – waar het gaat om privaatrechtelijke rechtsmiddelen en sancties – de lex loci protectionis.[183] Onder de vigeur van de Berner Conventie is de vraag welk recht van toepassing is op sancties, derhalve geen zelfstandige vraag.[184]

7.3. Bescherming van de industriële eigendom

1041. ***Bescherming van industriële eigendom.*** In par. 7.2 zijn de vier elementen van de 'bescherming van de rechten der auteurs op hun werken van letterkunde en kunst' onderzocht, op welke bescherming het beginsel van nationale behandeling in de Berner Conventie van toepassing is. Hetgeen aldaar is opgemerkt, geldt m.m. ook voor de bescherming van industriële eigendom en het beginsel van nationale

180 Art. 13 lid 1 van het Frans-Duitse verdrag van 19 april 1883 (Recueil des conventions (propriété littéraire) 1904, p. 70; hierover Lyon-Caen 1884, p. 460-461; Dambach 1883, p. 40). Vgl. ook art. VII van het Frans-Britse verdrag van 3 november 1851 (British and Foreign State Papers 1850-1851, Vol. 40, p. 27 e.v.); art. 6 van het Nederlands-Franse verdrag van 29 maart 1855, en art. 6 van het Nederlands-Belgische verdrag 30 augustus 1858 (zie noot 85 van hoofdstuk 1); art. 11 van het Frans-Portugese verdrag van 11 juli 1866 (Recueil des conventions (propriété littéraire) 1904, p. 306); art. 5 van het Belgisch-Spaanse verdrag van 26 juni 1880 (Recueil des conventions (propriété littéraire) 1904, p. 123); art. 13 lid 1 van het Belgisch-Duitse verdrag van 12 december 1883 (Recueil des conventions (propriété littéraire) 1904, p. 65).

181 Röthlisberger 1906, p. 249. Vgl. het in alinea 89 hiervoor aangehaalde arrest van de Italiaanse Corte di cassazione 14 januari 1900, *Monitore dei Tribunali*, Vol. 41, 1900, II serie, vol. 3, p. 176-177 (Albrecht & Meister/Gualassini), in de Franse vertaling in *DdA* 1900, p. 121: "Une fois les formalités remplies (…), l'auteur peut exercer le droit lui appartenant, conformément aux principes et aux *sanctions* que consacre la loi de l'État où il entend le faire valoir, (…)." (cursivering toegevoegd).

182 Ook wat betreft rechtsmiddelen en sancties mag dus niet worden gediscrimineerd. Dat geldt ook voor de publiek- c.q. strafrechtelijke bescherming: zo mogen de straffen op inbreuk op het auteursrecht terzake van een vreemd werk niet lichter zijn dan de straffen op inbreuk op het auteursrecht terzake van een werk van eigen bodem.

183 Vgl. ook art. 10bis lid 1. Rechtsmiddelen en (civiele) sancties kan men overigens ook scharen onder de inhoud (werking) van de bescherming zoals bedoeld in par. 7.2.3: zo bijvoorbeeld Ulmer 1975, p. 38. In deze studie komen zij afzonderlijk aan de orde teneinde een plaats te geven aan de referte aan de rechtsmiddelen ter handhaving van rechten. Terzijde: de rechtsmiddelen c.q. rechtsvorderingen die de lex loci protectionis kent, komen op grond van art. 5 lid 1 en 2 in ieder geval toe aan de auteur als bedoeld in de conventie. De vraag wie naast de auteur nog bepaalde rechtsvorderingen toekomen – bijvoorbeeld de licentienemer –, wordt eveneens beheerst door de lex loci protectionis. Zie ook Kreuzer 1998, p. 2257 met verdere verwijzingen.

184 Zie Polak 1995 over internationaal sanctierecht in het internationaal privaatrecht. Anders De Boer 2007, p. 26, die bijvoorbeeld de aard en de mate van schadevergoeding aan een ander rechtsstelsel wil onderwerpen.

behandeling in het Verdrag van Parijs. De onderhavige paragraaf kan daarom kort zijn.[185] Ook deze bescherming is opgebouwd uit de vier genoemde elementen:

– het object van de bescherming (wat moet worden verstaan onder een uitvinding, een merk, enz.?);
– het subject van de bescherming (ten gunste van wie ontstaat het recht?);
– de inhoud van de bescherming (ontstaan, omvang en einde van de rechten); en
– de handhaving van de bescherming (de 'rechtsmiddelen' en de sancties).

1042. Op deze elementen is het beginsel van nationale behandeling van het Verdrag van Parijs (dus de daarin besloten liggende dubbelslag van lex loci protectionis-conflictregel en non-discriminatiebeginsel) van toepassing, zulks uiteraard behoudens het ius conventionis.[186] De perikelen die zich in dit verband in de context van de Berner Conventie voordoen – met name ten aanzien van de subject-vraag – spelen in de context van het Verdrag van Parijs niet of nauwelijks een rol.

1043. ***Subject-vraag uitvinder-werknemer.*** Op één punt is wel sprake van enige discussie, al is die discussie niet zo intensief als in het auteursrecht. Het betreft de subject-vraag ten aanzien van in dienstverband gedane uitvindingen: komt het octrooirecht in zo'n geval toe aan de werknemer of aan de werkgever?[187] Vaak wordt gemeend dat deze subject-vraag wordt beheerst door het recht dat op de arbeidsovereenkomst van toepassing is.[188] Ook Ulmer heeft deze opvatting verdedigd. Hij heeft daartoe een specifieke redenering ontwikkeld die wij reeds in de context van het auteursrecht hebben geanalyseerd en onhoudbaar hebben bevonden.[189]

1044. Over deze subject-vraag kan het volgende worden opgemerkt. Het Verdrag van Parijs bevat zelf geen aanwijzingen omtrent de vraag aan wie het octrooirecht originair toekomt. In het bijzonder ligt in het verdrag geen verdragsautonome subjectbepaling besloten die er toe dwingt om de geestelijk vader van de uitvinding (de 'uitvinder') als de originaire rechthebbende aan te merken. Het verdrag gebruikt de term 'uitvinder' slechts eenmaal: in artikel 4ter, waarin wordt bepaald dat "de uitvinder" het recht heeft als zodanig in het octrooi te worden vermeld.[190]

---

185 Over de term 'industriële eigendom', zie par. 7.1.

186 Zo geeft art. 1 lid 4 van het Verdrag van Parijs bijvoorbeeld de nadere aanwijzing dat onder octrooien moeten worden begrepen de verschillende soorten van octrooien van nijverheid, welke door de wetgevingen van de landen der Unie erkend zijn, zoals octrooien van invoer, verbeteringsoctrooien, aanvullingsoctrooien en -certificaten, enz.

187 De Nederlandse wet beantwoordt deze vraag in art. 12 Rijksoctrooiwet 1995; zie daarover nader Huydecoper & Van Nispen 2002, p. 289 e.v.

188 In deze zin Bodenhausen 1946, p. 5-9 (zie ook Bodenhausen 1947, p. 119; Bodenhausen 1955, p. 130-132); Croon 1947, p. 233-234; Bremer 1985, p. 165-168; Godenhielm 1957, p. 154 e.v. Godenhielm heeft deze kwestie ook opgeworpen binnen de AIPPI ("Question 15", zie AIPPI Annuaire 1957(NS4), p. 293-296; zie daarover ook noot 296 van hoofdstuk 5). Vgl. voorts Troller 1952, p. 193-194, noot 20. Anders: De Haan 1955, p. 158-159, die – terecht – stelling heeft genomen tegen de opvatting van Bodenhausen. In HR 1 maart 2002, *NJ* 2003, 210 m.nt. Heerma van Voss (TNO/Ter Meulen) kwam de vraag niet aan de orde in cassatie, zie r.o. 3.3.1; vgl. ook de conclusie van A-G Huydecoper, alinea 7.

189 Ulmer 1977, p. 506-507; zie par. 7.2.2 onder (a)(iii).

190 Art. 4ter werd tijdens de conferentie te Londen in 1934 ingevoerd, zie Actes VP 1934, p. 259-260 (voorstellen Denemarken en Nederland), p. 373 (Rapport Sous-Commission II), en p. 456 (Rapport général).

Met 'uitvinder' doelt het verdrag dus op de geestelijk vader van de uitvinding. Maar *daarnaast* – waar het verdrag over de (originaire) rechthebbende spreekt – bezigt het verdrag verder de neutrale term 'octrooihouder' (of 'aanvrager') en niet de term 'uitvinder'. Het Verdrag van Parijs bevat dus geen ius conventionis op grond waarvan de uitvinder – of de uitvinder-werknemer – noodzakelijkerwijs als de originaire rechthebbende zou hebben te gelden. Dit wordt ook bevestigd door de travaux préparatoires van de conferentie in Londen in 1934. Nederland stelde toen voor om een bepaling op te nemen over in dienstverband gedane uitvindingen. De voorgestelde bepaling hield in dat aan de werknemer die een uitvinding heeft gedaan, terwijl zijn werkgever recht heeft op het octrooi, een billijke vergoeding moet worden toegekend.[191] De onderliggende gedachte is dus dat de uitvinder-werknemer niet noodzakelijkerwijs de (originaire) rechthebbende is – en die gedachte werd niet bestreden (het voorstel werd uiteindelijk om andere redenen afgewezen).[192] Men ging er dus van uit dat het verdrag daar niet toe dwingt. Net als de Berner Conventie bevat het Verdrag van Parijs dus geen ius conventionis omtrent de subjectbepaling.[193]

1045. Bij gebreke van dergelijk ius conventionis geldt hier dus, net als in het kader van de Berner Conventie, het beginsel van nationale behandeling en de daarin besloten liggende dubbelslag van lex loci protectionis-conflictregel en non-discriminatiebeginsel.[194] De toepasselijkheid van de lex loci protectionis ten aanzien van de subjectbepaling wordt miskend in sommige nationale wetten[195], alsook door het Europees Octrooiverdrag van 5 oktober 1973.[196] Artikel 60 lid 1 van dit verdrag verklaart namelijk de 'lex loci laboris' van toepassing op de subject-vraag ten aanzien van een door een werknemer gedane uitvinding.[197] Deze bepaling is dus in strijd met de lex loci protectionis-verwijzingsregel in artikel 2 van het Verdrag van Parijs, en zij zal daarvoor moeten wijken.[198]

---

191 Actes VP 1934, p. 258 (voorstel Nederland): "Article 4ter (1) Au salarié qui a fait une invention, tandis que son employeur a droit au brevet pour cette invention, une rémunération équitable doit être accordée d'après les règles de la législation intérieure de chacun des pays de l'Union. (2) Toute convention contraire est nulle et non avenue." Later werd het voorstel geherformuleerd, zie Actes VP 1934, p. 372 (Rapport Sous-Commission II).

192 Actes VP 1934, p. 372-373 (Rapport Sous-Commission II), zie ook p. 592 (Vœu VII).

193 Over de Berner Conventie, zie par. 7.2.2 onder (a)(ii).

194 In de praktijk zal men deze kwestie derhalve, net als in verband met het auteursrecht, zoveel mogelijk contractueel moeten ondervangen. Zie alinea 990 hiervoor.

195 Zo bijvoorbeeld de Belgische IPR-Wet van 16 juli 2004 en de Bulgaarse IPR-Wet van 4 mei 2005, zie noot 132 van hoofdstuk 5.

196 Verdrag inzake de verlening van Europese octrooien ('Europees Octrooiverdrag'), München 5 oktober 1973, *Trb.* 1975, 108 (Nederlandse vertaling in *Trb.* 1976, 101); zie laatstelijk *Trb.* 2007, 232.

197 Deze bepaling luidt als volgt: "The right to a European patent shall belong to the inventor or his successor in title. If the inventor is an employee, the right to a European patent shall be determined in accordance with the law of the State in which the employee is mainly employed; if the State in which the employee is mainly employed cannot be determined, the law to be applied shall be that of the State in which the employer has his place of business to which the employee is attached." Art. 60 is herzien door de Akte tot herziening van het Verdrag inzake de verlening van Europese octrooien, München 29 november 2000, *Trb.* 2002, 9 (Nederlandse vertaling in *Trb.* 2002, 64 en 170); zie laatstelijk *Trb.* 2007, 233. Lid 1 is evenwel ongewijzigd gebleven.

198 Het Europees Octrooiverdrag vormt, zo wordt ook in zijn preambule vermeld, een bijzondere overeenkomst in de zin van art. 19 van het Verdrag van Parijs. Op grond van art. 19 van het Verdrag van Parijs kunnen Unielanden bijzondere overeenkomsten treffen tot bescherming van de industriële eigendom voor zover deze overeenkomsten niet in strijd zijn met de bepalingen van het Verdrag van Parijs.

7.4. Exploitatie, vererving en procesrecht

1046. ***Inleiding.*** In de twee voorgaande paragrafen hebben wij onderzocht waar het beginsel van nationale behandeling in de Berner Conventie en in het Verdrag van Parijs op van toepassing is. In de onderhavige paragraaf staan wij stil bij een drietal terreinen waarop het beginsel van nationale behandeling van de Berner Conventie en van het Verdrag van Parijs, behoudens enkele kleine uitzonderingen, *niet* van toepassing is, namelijk de exploitatie van de betrokken intellectuele-eigendomsrechten (par. 7.4.1), de vererving en de posthume handhaving van de betrokken intellectuele-eigendomsrechten (par. 7.4.2), en procesrechtelijke aangelegenheden (par. 7.4.3).

7.4.1. Exploitatie

1047. ***Exploitatie buiten beginsel van nationale behandeling.*** De Berner Conventie en het Verdrag van Parijs zijn niet van toepassing op de exploitatie van de desbetreffende intellectuele-eigendomsrechten. Men denke in dit verband aan uiteenlopende goederenrechtelijke en contractenrechtelijke vragen, zoals de vraag of en in hoeverre een intellectuele-eigendomsrecht vatbaar is voor overdracht, beslag of vestiging van een beperkt recht erop; de vraag welke vereisten aan een overdracht of vestiging van een beperkt recht worden gesteld; de vraag welke beperkte rechten op een intellectuele-eigendomsrecht kunnen rusten en welke de aard en de inhoud van deze rechten zijn; de vraag op welke wijze deze beperkte rechten zich wijzigen, overgaan en tenietgaan en welke hun onderlinge verhouding is; de vraag of en in hoeverre een licentie kan worden verleend; de vraag welke vereisten aan een licentie worden gesteld; enz. Zoals uit de vorige paragrafen bleek, zijn de verdragen alleen van toepassing op de *bescherming* van deze rechten – bescherming tegen kort gezegd schending – en niet op deze rechten *als vermogensrechten*. Dat geldt dus ook voor het beginsel van nationale behandeling in deze verdragen, dat immers het materiële toepassingsgebied van de verdragen volgt.[199]

1048. ***'En conséquence'.*** Deze strekking van de verdragen en hun beginsel van nationale behandeling blijkt ook uit de verduidelijkende zinsnede die in de negentiende eeuw traditioneel werd opgenomen na het beginsel van nationale behandeling. Dat is in het Verdrag van Parijs de tweede volzin van artikel 2 lid 1, waarin het gevolg van het beginsel van nationale behandeling wordt geschetst: de onderdanen van andere Unielanden zullen "dezelfde bescherming" genieten als de eigen onderdanen, alsmede "hetzelfde wettelijk verhaal tegen elke inbreuk op hun rechten." Op exploitatie heeft het verdrag dus geen betrekking. Voor de Berner Conventie geldt hetzelfde. In de ontwerp-conventie van de Zwitserse Bondsraad van 1884 werd na het beginsel van nationale behandeling bepaald: "En conséquence, ils auront la même protection que ceux-ci et le même recours légal con-

199 Zie par. 7.1.

tre toute atteinte portée à leurs droits, (...)."[200] Deze zinsnede, die in de meeste auteursrechtverdragen van die tijd werd gebruikt, werd door de Berner verdragsopstellers als vanzelfsprekend en overbodig beschouwd en daarom geschrapt. Een inhoudelijke wijziging beoogden zij daarmee echter uitdrukkelijk niet.[201] Uit de travaux préparatoires van de eerste Berner conferentie in 1884 blijkt overigens ook dat de verdragsopstellers enkel de bescherming van het auteursrecht op het oog hadden, en dat er geenszins sprake was van een regeling voor *alle* rechten van de auteur, zoals bijvoorbeeld vis-à-vis de exploitant: "il ne s'agit nullement de régler *tous* les droits qui compètent aux auteurs sur leurs œuvres littéraires et artistiques, par exemple vis-à-vis l'éditeur."[202]

1049. ***Consequenties.*** Het beginsel van nationale behandeling is dus niet van toepassing is op bepalingen die de exploitatie van de desbetreffende intellectuele-eigendomsrechten regelen, zoals bepalingen betreffende het contractenrecht en het goederenrecht. Dat betekent vanuit vreemdelingenrechtelijk oogpunt dat de verdragen terzake discriminatie niet verbieden. En het betekent vanuit conflictenrechtelijk oogpunt dat het aan het conflictenrecht van de Unielanden is overgelaten om te bepalen welk recht van toepassing is op de verschillende vragen die rijzen in het kader van de exploitatie van intellectuele-eigendomsrechten.[203]

1050. ***Ius conventionis.*** In hun ius conventionis laten de Berner Conventie en het Verdrag van Parijs de exploitatie van de intellectuele-eigendomsrechten ook vrijwel ongeregeld.[204] Wel laat zich uit de Berner Conventie afleiden dat onder haar vigeur het auteursrecht, althans de exploitatierechten, vatbaar voor overdracht moet zijn: artikel 2 lid 6 bepaalt immers dat de bescherming bestaat ten gunste van de auteur en van zijn rechtsopvolgers.[205] Dit liet zich ook reeds afleiden uit arti-

---

200 Actes BC 1884, p. 11 (ontwerp-conventie Zwitserse Bondsraad).

201 Zie alinea's 178 e.v. hiervoor.

202 Actes BC 1884, p. 41 (Rapport de la Commission): "(...) il ne s'agit nullement de régler *tous* les droits qui compètent aux auteurs sur leurs œuvres littéraires et artistiques, par exemple vis-à-vis l'éditeur, mais seulement de protéger un droit tout à fait spécial, qui dans certains pays est envisagé comme un véritable droit de propriété, tandis qu'ailleurs on n'y voit qu'un droit personnel, d'une nature particulière, il est vrai (*Urheberrecht*)." (cursiveringen overgenomen uit Actes). Vgl. ook Piola Caselli 1935, p. 68.

203 Zo ook (onder meer) Darras 1892 (*De l'état actuel*), p. 813; Bureau de l'Union, *DdA* 1895, p. 164; Ladas 1938, p. 366; Desbois, Françon & Kerever 1976, p. 152; Masouyé 1978, p. 34, nr. 5.7; Ricketson 1987, p. 209, vgl. ook Ricketson & Ginsburg 2006, p. 319-320; Drexl 1990, p. 69; Drexl 2006, p. 863, nr. 133. Een behandeling van deze vragen valt buiten het bestek van deze studie (zie ook alinea 13 hiervoor); zie daarover nader, voor wat betreft Nederland, onder meer De Boer 1977, p. 705-710; Van Eechoud 2003, p. 193 e.v.; Van der Burg 2006; Van Engelen 2007, p. 111 e.v. In dit verband is van belang Verordening (EG) nr. 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008, betreffende het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (*PbEU* 2008, L 177/6), ook wel de "Rome I-Verordening" genoemd; zie daarover Torremans 2008.

204 Zie ook Ricketson 1987, p. 209, en p. 904-905. Ulmer 1975, p. 43 ziet in art. 11bis lid 3 en art. 14bis lid 2 van de Berner Conventie twee specifieke uitzonderingen. Zie voorts art. 6 quater van het Verdrag van Parijs voor een specifieke situatie bij de overdracht van een merk. Het Verdrag van Parijs kent – op het snijvlak van bescherming en exploitatie – voorts enkele bepalingen over dwanglicenties voor octrooien en gebruiksmodellen (in art. 5A). Over dwanglicenties onder de Berner Conventie, zie onder meer Ricketson & Ginsburg 2006, p. 756 e.v.

205 Let wel, de conventie schrijft voor dat het volgrecht ex art. 14ter alsmede de morele rechten ex art. 6bis onvervreemdbaar zijn (zie ook noot 118 van dit hoofdstuk 7).

kel 2 van de Berner Conventie van 1886, volgens welke bepaling de bescherming zich uitstrekt tot de rechtsopvolgers van de auteur.[206] Uitdrukkelijk werd in de desbetreffende travaux préparatoires opgemerkt dat onder deze rechtsopvolgers ("ayants cause") de verkrijgers onder algemene en bijzondere titel moeten worden begrepen.[207] Aldus verankerde de conventie de communis opinio van die tijd dat het auteursrecht vatbaar voor overdracht is.[208]

1051. ***Aanvullende conflictregel in art. 14bis lid 2 onder c.*** Het bovenstaande neemt niet weg dat de Berner Conventie één conflictregel kent, die – voor een zeer specifieke situatie – betrekking heeft op een 'exploitatievraag'. Het gaat om de conflictregel in artikel 14bis lid 2 onder c, welke bepaling onderdeel uitmaakt van de regeling betreffende cinematografische werken. Deze regeling kwam in par. 7.2.2 al aan de orde.[209] Kort gezegd: om de exploitatie van cinematografische werken te vergemakkelijken schrijft artikel 14bis een zogeheten legitimatie-vermoeden voor, dat er op neer komt dat bepaalde auteurs die een bijdrage hebben geleverd aan de totstandkoming van een cinematografische werk, zich niet tegen de exploitatie daarvan kunnen verzetten wanneer zij zich verbonden hebben tot het leveren van die bijdragen, zulks tenzij anders is overeengekomen (lid 2 onder b).[210] Dat is dus een beperking iure conventionis van hun auteursrechtelijke bescherming. En hier komt de conflictregel in artikel 14bis lid 2 onder c om de hoek kijken: zij bepaalt kort gezegd welk recht van toepassing is op de vraag of, voor de toepassing van dit legitimatie-vermoeden, deze verbintenis tot het leveren van de bijdrage schriftelijk moet zijn aangegaan. Die vraag wordt ingevolge deze conflictregel beheerst door het recht van het Unieland waar de producent van het cinematografisch werk zijn zetel of verblijfplaats heeft.[211]

1052. Deze conflictregel heeft op zichzelf genomen dus geen betrekking op de bescherming van het auteursrecht op een cinematografisch werk; zij heeft daar-

206 Zie Actes BC 1884, p. 45 (Rapport de la Commission) en p. 78 (Textes adoptés); Actes BC 1885, p. 42 (Rapport de la Commission). De Berlijnse verdragsopstellers vonden de referte aan de rechtsopvolgers overbodig en schrapten haar, zie Actes BC 1908, p. 236 (Rapport de la Commission). In 1948 keerde zij op aandringen van de Britse delegatie in de Brusselse versie voor de zekerheid terug in het toenmalige art. 2 lid 4 (thans lid 6), zie Actes BC 1948, p. 165 (Discussions et résultats).

207 Actes BC 1885, p. 42 (Rapport de la Commission). Vgl. ook Actes BC 1908, p. 236 (Rapport de la Commission).

208 Dambach 1883, p. 9; Röthlisberger 1906, p. 86. Zie bijvoorbeeld ook art. 3 van het Frans-Duitse verdrag van 19 april 1883 (Recueil des conventions (propriété littéraire) 1904, p. 70), en art. 6 van de ontwerp-conventie van de Zwitserse Bondsraad (Actes BC 1884, p. 11).

209 Zie daarover par. 7.2.2 onder (c).

210 Krachtens lid 3 geldt dit vermoeden in beginsel niet voor auteurs van scenario's, dialogen en muziekwerken die zijn gemaakt voor het tot stand brengen van het cinematografische werk, en ook niet voor degene die bij het tot stand brengen daarvan de leiding heeft.

211 Daar laat art. 14bis lid 2 onder c het echter niet bij. Het opent ook nog de mogelijkheid dat het recht van het Unieland waarvoor de bescherming wordt ingeroepen, óók op deze vraag van toepassing is. Dan is dus sprake van cumulatieve toepasselijkheid van deze beide rechtsstelsels. De landen die hun wet aldus cumulatief toegepast wensen te zien, moeten daarvan kennis geven aan de WIPO; tot op heden heeft alleen Portugal van deze mogelijkheid gebruikt gemaakt; zie Berne Notification No.116 op <www.wipo.int>. Reimer & Ulmer 1967, p. 451 schetst een levendig verslag van de discussies die tot deze compromis-bepaling hebben geleid; zie ook Actes BC 1967, p. 805 (Plenary of the Berne Union).

entegen betrekking op de contractuele verhouding tussen de bij de totstandkoming van het werk betrokkenen – een exploitatievraag dus.[212] Deze conflictregel is dus ook geen dépeçerende uitzondering op de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling; zij is een aanvullende conflictregel[213], ook al moet daarbij worden aangetekend dat zij wel nauw samenhangt met de bescherming.[214]

1053. Men kan zich in dit verband nog een vreemdelingenrechtelijke vraag stellen, namelijk: wordt de door deze aanvullende conflictregel bestreken vraag – dus de vraag of voor de toepassing van het legitimatie – vermoeden de verbintenis tot het leveren van de bijdrage schriftelijk moet zijn aangegaan – óók bestreken door het Berner non-discriminatiebeginsel, zodat vreemdelingenrechtelijke discriminatie bij de beantwoording van die vraag is verboden? Strikt genomen is het non-discriminatiebeginsel hier niet van toepassing: exploitatievragen vallen buiten de reikwijdte van het beginsel van nationale behandeling en dus ook buiten de reikwijdte van diens non-discriminatiebeginsel. Maar dat zal zeker niet de bedoeling van de verdragsopstellers zijn geweest. Op grond van het feit dat de conventie hier regelend optreedt mag worden aangenomen dat het Berner non-discriminatiebeginsel zich ook laat gelden ten aanzien van deze specifieke exploitatievraag.

7.4.2. Vererving en posthume handhaving

1054. ***Vererving buiten beginsel van nationale behandeling.*** Net als de exploitatie valt ook de vererving van intellectuele-eigendomsrechten buiten de reikwijdte van het beginsel van nationale behandeling van de Berner Conventie en het Verdrag van Parijs. Ook de vererving betreft immers niet de bescherming van deze rechten. Dit betekent dat het non-discriminatiebeginsel van de verdragen hier niet van toepassing is, en dat het aan het conflictenrecht van de Unielanden is overgelaten om te bepalen welk recht van toepassing is op de verschillende vragen rond de vererving van een intellectuele-eigendomsrecht.[215]

1055. Het Verdrag van Parijs zwijgt in het geheel over vererving, de Berner Conventie echter niet.

---

212 In dat licht bezien, is deze conflictregel een vreemde eend in de bijt van de conventie. Haar bestaan laat zich verklaren uit het feit dat naar een compromis werd gezocht.

213 Zie ook par. 5.3.2 onder (b)(iv).

214 Deze conflictregel geldt immers (alleen) voor de toepassing van het legitimatie-vermoeden. En zij kan, hoewel zij zelf geen betrekking heeft op de auteursrechtelijke bescherming, daar indirect wel effect op sorteren. Want als een auteur zich mondeling heeft verbonden tot het leveren van zijn bijdrage, en het ingevolge de onderhavige conflictregel toepasselijke recht van het land waar de producent zijn zetel heeft, een schriftelijk contract eist, gaat het legitimatie-vermoeden niet op: de auteursrechtelijke bescherming wordt dan niet beperkt, en de auteur kan zich verzetten tegen de exploitatie van het cinematografische werk.

215 Zie ook Darras 1887, p. 578. Ook de negentiende-eeuwse bilaterale auteursrechtverdragen lieten de vererving van het auteursrecht gewoonlijk ongemoeid. Een uitzondering is het Frans-Spaanse verdrag van 16 juni 1880 dat in art. 1 bepaalde: “Ces droits seront garantis aux auteurs des deux pays pendant toute leur vie et, après leur décès, pendant cinquante ans, aux héritiers, donataires, légataires, cessionaires ou à tous ayants droit conformément à la législation du pays du défunt.”, zie Recueil des conventions (propriété littéraire) 1904, p. 221.

1056. ***Berner Conventie: vererfbaarheid.*** In de eerste plaats laat zich uit de Berner Conventie afleiden dat onder haar vigeur het auteursrecht, althans de exploitatierechten, voor vererving vatbaar moet zijn.[216] Net als de vatbaarheid voor overdracht, laat ook de vatbaarheid voor vererving zich afleiden uit artikel 2 lid 6 van de huidige conventie alsmede uit artikel 2 van de Berner Conventie van 1886.[217] Onder de in laatstgenoemde bepaling gebruikte term "ayants cause" moeten immers ook de rechtsopvolgers onder algemene titel worden begrepen, zo melden de travaux préparatoires uitdrukkelijk.[218] Aldus verankerde de conventie de communis opinio van die tijd dat het auteursrecht vatbaar voor vererving is.[219]

1057. ***Berner Conventie: posthume bescherming onvervreemdbare rechten.*** In de tweede plaats regeert de Berner Conventie in twee gevallen over het graf van de auteur heen. Het gaat om de twee onvervreemdbare rechten in de conventie, te weten de morele rechten (artikel 6bis) en het volgrecht (artikel 14ter).[220]

1058. ***Morele rechten.*** Ten aanzien van de morele rechten bepaalt de conventie in artikel 6bis lid 2, eerste volzin, dat de nationale wetgeving van het land waar de bescherming wordt ingeroepen, bepaalt welke personen of instellingen bevoegd zijn deze rechten uit te oefenen na de dood van de auteur:

> "Les droits reconnus à l'auteur en vertu de l'alinéa 1) ci-dessus sont, après sa mort, maintenus au moins jusqu'à l'extinction des droits patrimoniaux et exercés par les personnes ou institutions auxquelles la législation nationale du pays où la protection est réclamée donne qualité. (…)."[221]

1059. Behoedzaam spreekt de bepaling niet over vererving van rechten, maar over de (bevoegdheid tot) uitoefening van rechten na de dood van de auteur. Zo ver-

---

216 Caveat: het volgrecht (art. 14ter) en de morele rechten (art. 6bis) vormen hierop een uitzondering: zij kunnen, maar hoeven niet, vatbaar voor vererving te zijn. Dit komt in de onderhavige paragraaf aan de orde.

217 Anders De Boer 1977, p. 692, die stelt dat de lex loci protectionis bepaalt of en in hoeverre het auteursrecht vatbaar is voor vererving.

218 Zie Actes BC 1885, p. 42 (Rapport de la Commission). Zie verder alinea 1050 hiervoor.

219 Zie ook Dambach 1883, p. 9; Röthlisberger 1906, p. 86. Sommigen leiden de vatbaarheid voor vererving af uit de beschermingsduur, die het leven van de auteur en vijftig jaren na zijn dood omvat. Daargelaten de vraag wat dan gold voordat de posthume bescherming in de conventie werd opgenomen (in 1908) en verplicht werd gesteld (in 1948), is de redenering m.i. onjuist. Zij luidt: omdat het auteursrecht na de dood van de auteur voortbestaat, moet het vererfbaar zijn (in deze zin onder meer Fromm 1966, p. 1244; Van Eechoud 2003, p. 111). Non sequitur: posthume bescherming kan immers ook anders dan door vererving gestalte krijgen. Denkbaar is dat het auteursrecht niet vererft, maar na de dood van de auteur toekomt aan de staat of aan een instelling die waakt over het culturele erfgoed – een oplossing die de conventie zelf noemt in art. 6bis en art. 14ter. Dat de conventie het auteursrecht vererfbaar acht, laat zich daarentegen als voormeld wel afleiden uit art. 2 van de conventie van 1886. Dat neemt overigens niet weg dat de Unielanden in die tijd nog de vrijheid hadden om het auteursrecht te laten eindigen op het tijdstip van de dood van de auteur. Vererfbaarheid was dan niet aan de orde. Toen posthume bescherming in Brusselse versie verplicht werd gesteld, kwam dat anders te liggen. Het recht moest nog vijftig jaar na de dood van de auteur voortbestaan en daarmee was de verplichte vererfbaarheid voor alle landen van de Unie een gegeven.

220 Over de (on)vervreemdbaarheid van morele rechten, zie ook noot 118 van dit hoofdstuk 7.

221 In de Nederlandse vertaling: "De krachtens het eerste lid hierboven aan de auteur toegekende rechten worden na zijn dood gehandhaafd ten minste tot het vervallen van de vermogensrechten, en uitgeoefend door de daartoe door de nationale wetgeving van het land waar de bescherming wordt ingeroepen bevoegd verklaarde personen of instellingen."

mijdt zij diplomatiek de dogmatische vraag of dergelijke persoonlijke rechten überhaupt kunnen worden vererfd, of dat alleen sprake kan zijn van handhaving in naam van de auteur.[222]

1060. De achtergrond van de bepaling is deze. De morele rechten verwierven zich een plaats in de conventie tijdens de Romeinse conferentie in 1928. Deze conferentie richtte zich op de bescherming van de morele rechten tijdens het leven van de auteur, en liet de vraag naar de handhaving van deze rechten na de dood van de auteur geheel onbeantwoord. De meningsverschillen bleken op dat punt namelijk onoverbrugbaar.[223] Een van de strijdpunten betrof de vraag wie zich na de dood van de auteur op het recht kan beroepen. In sommige landen waren dat de erfgenamen, in andere landen waren dat instellingen zoals academies.[224] Tijdens de Brusselse conferentie van 1948 kwam 'post mortem auctoris'-handhaving van morele rechten een stap dichterbij. De conferentie kwam weliswaar niet tot een verplichting, maar uit de Brusselse bepaling sprak duidelijk de wenselijkheid van handhaving van de morele rechten na de dood van de auteur tenminste tot het vervallen van de exploitatierechten. Daarmee drong zich wederom de omstreden vraag op wie zich na de dood van de auteur op het recht kan beroepen – "question fort discutée."[225] De Brusselse verdragsopstellers overbrugden de patstelling door ieder zijn zin te geven: zij delegeerden deze vraag aan de wet van het land waar de bescherming wordt ingeroepen, en die oplossing is aan de huidige conventie doorgegeven.[226] Daarbij is zij in de huidige conventie verder geëvolueerd; zo werd de posthume handhaving van morele rechten in beginsel verplicht.[227]

1061. Artikel 6bis lid 2 bevat dus een conflictregel die voorschrijft dat de nationale wetgeving van het land waar de bescherming wordt ingeroepen van toepassing is op vraag wie na de dood van de auteur de morele rechten uitoefent.[228]

---

222 Zo stellen bijvoorbeeld Gerbrandy 1988, p. 306, en Van Isacker 1961, p. 181, dat morele rechten niet kunnen vererven.

223 Men zag hier van af "étant donné la différence de vues encore existante (...) pour ce qui trait soit à la détermination de la personne ou de l'organe qui aurait le droit, ou l'obligation de faire valoir cette protection, soit aux moyens par lesquels ou aux conditions dans lesquelles cette protection doit être réalisée.", zie Actes BC 1928, p. 202 (Rapport général). De Romeinse conferentie liet het bij de wens tot regeling, zie Actes BC 1928, p. 349 (Vœu I).

224 Actes BC 1928, p. 179 (voorstel Italië); Actes BC 1948, p. 185 (voorstel België en Bureau). Opmerkelijk was de oplossing die de Italiaanse gastheren van de conferentie in dit verband voorstelden: zij kozen voor een lex originis-conflictregel ("Après la mort de l'auteur ces droits seront exercés par les personnes ou organes désignés par la législation du Pays d'origine de l'œuvre."), zie Actes BC 1928, p. 173 en p. 179 (voorstel Italië).

225 Actes BC 1948, p. 185 (voorstel België en Bureau).

226 Consequentie van de gekozen oplossing is dat de morele rechten in de verschillende Unielanden door verschillende personen en/of instellingen worden gehandhaafd – dat kan onhandig zijn, maar dat is nu eenmaal het gevolg van deze compromis-oplossing.

227 Tegelijk werd voor met name de common law-landen een ontsnappingsclausule opgenomen in de tweede volzin van art. 6bis lid 2, zie Desbois, Françon & Kerever 1976, p. 209 e.v. Nederland valt niet onder deze uitzonderingsbepaling, omdat zijn wetgeving op het tijdstip van de bekrachtiging door Nederland van (het desbetreffende deel van) de Parijse Akte op 24 oktober 1985 (*Trb.* 1985, 151) in art. 25 Auteurswet bepalingen bevatte die na de dood van de auteur de bescherming verzekeren van alle krachtens art. 6bis lid 1 toegekende morele rechten. Dat de wet in dit verband enkele formaliteiten stelt, doet daaraan m.i. niet af.

228 Er is in Nederland weinig rechtspraak in dit verband. Een bekende uitspraak is Pres. Rb. Amsterdam 24 februari 1992, *BIE* 1994, nr. 83 ('O Fortuna'), waarin art. 6bis lid 2 BC evenwel over het hoofd lijkt te zijn →

1062. Met de referte aan "de nationale wetgeving van het land waar de bescherming wordt ingeroepen" hebben de Brusselse verdragsopstellers aansluiting gezocht bij de algemene conflictregel van de Berner Conventie, de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling. Waar wij deze algemene conflictregel hebben geconverteerd in een lex loci protectionis-verwijzing[229], zal ook de referte in artikel 6bis lid 2 aan de "nationale wetgeving van het land waar de bescherming wordt ingeroepen", mogen worden geconverteerd en opgevat als een verwijzing naar de lex loci protectionis.

1063. Volgens de conflictregel in artikel 6bis lid 2 bepaalt de lex loci protectionis dus in de eerste plaats of de morele rechten voor vererving vatbaar zijn. Acht zij hen voor vererving vatbaar, dan kunnen vragen van erfrecht rijzen. Die vragen vallen in beginsel buiten het bereik van artikel 6bis lid 2, zodat hier de toepassing van het conflictenrecht van de geadieerde rechter in beeld komt.[230] Zo zal de vraag wie als erfgenaam verkrijgt, worden beantwoord door het (door het conflictenrecht van de geadieerde rechter aan te wijzen) erfstatuut.[231] Acht de lex loci protectionis de morele rechten echter niet voor vererving vatbaar, dan zal zij moeten bepalen wie bevoegd is deze rechten uit te oefenen na de dood van de auteur. Dat kan een instelling zijn, die waakt over het culturele erfgoed, maar dat kunnen ook de naaste verwanten of de erfgenamen zijn. Zij verkrijgen dan niet – zoals bij vererving– de rechten, maar alleen de bevoegdheid tot handhaving ervan. Ook hier zal vervolgens doorgaans het erfstatuut worden ingezet om te bepalen wie als erfgenaam moet worden aangemerkt.

1064. De Nederlandse wet kent geen vererving van morele rechten.[232] In artikel 25 lid 2 en 4 Auteurswet wordt bepaald dat de morele rechten na het overlijden van

---

gezien. Het ging in deze zaak onder meer om de handhaving in Nederland van morele rechten van de Duitse componist Carl Orff. De vraag rees of zijn uitgever deze rechten kon inroepen. De president in kort geding stelde vast dat 'de' morele rechten van Orff naar Duits recht bij versterf aan zijn weduwe waren toegevallen en vervolgens naar Duits recht waren overgedragen aan de uitgever. Voor de vraag welke vormvereisten voor deze overdracht in acht moeten worden genomen, wendde de president zich vervolgens tot de lex loci actus. Dat was Duits recht, zodat – zo lijkt de gedachteganggang te zijn geweest – art. 25 Auteurswet niet aan de orde is. Naar Duits recht was de overdracht kennelijk formeel geldig, zodat de uitgever de morele rechten kon inroepen. Het moge duidelijk zijn dat hier de plank in verschillende opzichten is misgeslagen. Daargelaten dat morele rechten onder de vigeur van de conventie onvervreemdbaar zijn, schuilt de kernfout in de miskenning van art. 6bis lid 2 BC. Immers, volgens dit artikel bepaalt Nederlands recht wie in Nederland de morele rechten post mortem auctoris kan handhaven. Dat is degene die daartoe door de auteur is aangewezen (art. 25 lid 2 Auteurswet). De relevante vraag was dus of Orff zijn echtgenote of zijn uitgever had aangewezen voor de handhaving van zijn morele rechten in Nederland, bij gebreke waarvan deze rechten – voor wat betreft Nederland – bij zijn overlijden waren vervallen (behoudens interventie door het formaliteitenverbod, zie alinea 1064 hierna). Zie ook Visser 1993, p. 170-171.
Ook in Hof Den Haag 11 september 2003, *AMI* 2004, nr. 6 m.nt. Van Eechoud (Raedecker/NCC) lijkt art. 6bis lid 2 over het hoofd te zijn gezien. Het hof kwam wel tot de – in de desbetreffende zaak – juiste slotsom dat het Nederlandse art. 25 lid 2 Auteurswet van toepassing is, maar schraagde dat oordeel ten onrechte op art. 6bis lid 4 (waarmee lid 3 bedoeld zal zijn) in plaats van op art. 6bis lid 2 (r.o. 10).

229 Zie par. 5.3.

230 Niettemin is denkbaar dat de lex loci protectionis in dit verband zelf nadere aanwijzingen geeft (vgl. het Franse art. L. 121 Code de la propriété intellectuelle); die prevaleren dan. De posthume handhaving is immers primair in handen van de lex loci protectionis gelegd.

231 Zie ook Ulmer 1977, p. 500-501.

232 Gerbrandy 1988, p. 306; Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 363 e.v.

de auteur toekomen aan de door de auteur bij uiterste wilsbeschikking aangewezene; heeft de auteur nagelaten een dergelijke hoeder van de morele rechten aan te wijzen, dan vervallen deze rechten bij zijn dood.[233] In de praktijk wordt dit obscure aanwijzingsvereiste natuurlijk vrijwel altijd over het hoofd gezien – dat lijkt ook de bedoeling van de wetgever te zijn geweest.[234] Hoe dan ook, de Nederlandse wet stelt aldus, op straffe van verval van het recht, een formaliteit aan (de voortduring van) de bescherming van de morele rechten na de dood van de auteur: de auteur moet immers iemand aanwijzen. Dat is een formaliteit.[235] En die formaliteit is verboden op grond van artikel 5 lid 2.[236] Wanneer dus posthume bescherming voor Nederland wordt ingeroepen moet, onder de vigeur van de Parijse Berner Conventie, dit aanwijzingsvereiste op grond van het formaliteitenverbod van artikel 5 lid 2 buiten toepassing blijven ten aanzien van werken die buiten Nederland zijn ontsprongen.[237] Ten aanzien van werken van Nederlandse bodem geldt het aanwijzingsvereiste wel (artikel 5 lid 3).[238]

1065. ***Volgrecht.*** Het tweede geval waarin de Berner Conventie over het graf van de auteur heen regeert, betreft het volgrecht in artikel 14ter lid 1.[239] Na de dood van de auteur wordt het volgrecht genoten door "les personnes ou institutions auxquelles la législation nationale donne qualité", zo schrijft deze bepaling voor. Deze bepaling is tijdens dezelfde, Brusselse conferentie in 1948 ontworpen als het zojuist besproken artikel 6bis lid 2. Net als bij de morele rechten, zagen de Brusselse verdragsopstellers ook bij dit onvervreemdbare recht aanleiding om de posthume bescherming in handen van de lex loci protectionis te leggen. Gewone vererving lag ook hier kennelijk gevoelig.[240] De verdragsopstellers hakten de knoop door met het bijltje, waarmee zij tijdens dezelfde conferentie ook hakten in

---

233 Deze regeling is in 1973 in werking getreden ter implementatie van (de Brusselse versie van) art. 6bis lid 2 BC (*Stb.* 1972, 579 en 722). Hiermee gaf de wetgever invulling aan de vraag wie bevoegd zijn om de morele rechten na de dood van de auteur uit te oefenen (zie *Kamerstukken II* 1964/65, 7877, nr. 3, p. 9 e.v.). Terzijde: aanwijzing kan ook bij codicil geschieden, zie art. 4:97 onder c BW.

234 Het verval van de morele rechten in het geval dat er geen aanwijzing heeft plaatsgevonden, komt uit de koker van het parlement (amendement mejuffrouw Haars c.s., *Kamerstukken II* 1971/72, 7877, nr. 34). Volgens Cohen Jehoram 1998, p. 62-63 (die zich overigens een voorstander van de regeling betoont), was het gevoelen in de Tweede Kamer dat dergelijke aanwijzingen zelden zouden voorkomen, zodat aldus de posthume bescherming van morele rechten feitelijk illusoir kon worden gemaakt. Internationaal gezien neemt Nederland daarmee een uitzonderingspositie in.

235 Het gaat niet alleen om het vormvoorschrift dat de aanwijzing bij testament of codicil moet plaatsvinden – de verplichte aanwijzing is op zichzelf ook reeds een formaliteit.

236 Zie Visser 1993, p. 171. Zo ook Van Eechoud 2003, p. 115, noot 329; Van Engelen 2007, p. 114-115.

237 Het formaliteitenverbod komt in dit verband pas in beeld onder de vigeur van de Parijse versie van art. 6bis, die voor Nederland op 30 januari 1986 in werking trad (*Trb.* 1985, 151). De Brusselse versie verplichtte immers niet tot posthume handhaving van de morele rechten.

238 Zie par. 3.3, alsmede alinea's 775 e.v. hiervoor. Zou de Nederlandse wetgever zich dit destijds hebben gerealiseerd?

239 Zie ook par. 6.3.4.

240 Het voorstel van België en het Bureau van de Berner Unie ging uit van gewone vererving van het volgrecht (Actes BC 1948, p. 362-364). Dat werd niet overgenomen, want de uiteindelijke bepaling sprak over "de door de nationale wetgeving aangewezen personen of instellingen." Een en ander wordt niet verklaard in de travaux préparatoires. Door de lex loci protectionis ook zeggenschap te geven over de post mortem auctoris-bescherming hoopten de verdragsopstellers ongetwijfeld eventuele bezwaren tegen de introductie van het volgrecht in de Unielanden vóór te zijn.

de morele rechten: ieder kreeg zijn zin door invoering van een conflictregel die terzake de lex loci protectionis toepasselijk verklaart. Onder de "nationale wetgeving" moet dus de lex loci protectionis worden verstaan.[241] De werking van de postmortale regeling in artikel 14ter lid 1 is gelijk aan die van artikel 6bis lid 2.[242]

1066. ***Synthese Berner Conventie.*** Tezamen genomen: wat betreft de vererving van het auteursrecht postuleert de Berner Conventie de vererfbaarheid van het auteursrecht, en laat zij de Unielanden in conflictenrechtelijk opzicht verder vrij. Bij de morele rechten en het volgrecht is het andersom: geen verplichte vererfbaarheid, maar wel conflictregels terzake van de vraag wie bevoegd is deze rechten na de dood van de auteur uit te oefenen. Waarom? De reden is dat niet alleen het principe van posthume bescherming van de morele rechten en het volgrecht omstreden was, maar ook de vormgeving ervan: vererfbaarheid was geen vanzelfsprekend gegeven.[243] Wilden de verdragsopstellers de patstelling doorbreken en posthume bescherming van deze rechten in de conventie realiseren, dan moesten zij het vererfbaarheidpostulaat hier loslaten. Op dit punt kregen de Unielanden dus de vrijheid. Maar om te zorgen dat voor ieder land alleen de eigen oplossing geldt, moesten de verdragsopstellers de conflictenrechtelijke vrijheid tegelijk aan banden leggen. Dat verklaart waarom de conventie voor deze rechten wél een postmortale conflictregel heeft gecreëerd en waarom dat de lex loci protectionis-verwijzing is. Dit was de prijs die voor deze controversiële posthume bescherming moest worden betaald.

---

241 Zo ook Ulmer 1977, p. 500; De Boer 1977, p. 709; Katzenberger 1983, p. 160; Kreuzer 1998, p. 2291. De verwijzing naar de "nationale wetgeving" heeft aanleiding gegeven tot meningsverschillen. Zo stellen enkele auteurs dat hier sprake is van een verwijzing naar de lex auctoris, de nationale wet van de overleden auteur (Troller 1952, p. 159; Drobnig 1976, p. 199). Deze stelling lijkt te berusten op een misverstand, dat is ontmaskerd door Ulmer 1977, p. 500 (zie ook De Boer 1977, p. 709, noot 85). Enkele andere auteurs stellen dat de bepaling louter de regelingsvrijheid van de nationale wetgever uitspreekt, en niet ook conflictenrechtelijke betekenis heeft (zo bijvoorbeeld Walter 1973, p. 116, noot 7; Locher 1993, p. 98, noot 9; Schneider-Brodtmann 1996, p. 125). Regelingsvrijheid houdt in dat de nationale wetgever het volgrecht, in tegenstelling tot de overige exploitatierechten, niet vererfbaar behoeft te stellen; hij mag bijvoorbeeld ook een (overheids)instelling aanwijzen. Een samengaan van deze regelingsvrijheid met conflictenrechtelijke vrijheid kan echter niet door de verdragsopstellers zijn beoogd. In de delicate kwestie van posthume bescherming was immers – net als bij de morele rechten – volstrekte autonomie binnen de eigen landsgrenzen de enige oplossing die voor allen aanvaardbaar was. Ieder land kiest zijn eigen oplossing, die binnen de landsgrenzen exclusief van toepassing is (materiële territorialiteit). Buitenlandse oplossingen blijven buiten de deur. En daarmee is conflictenrechtelijke vrijheid uitgesloten. Want stel dat een Unieland de regelingsvrijheid aangrijpt om een overheidsinstelling aan te wijzen en de conflictenrechtelijke vrijheid invult met een lex auctoris-verwijzing. Dan zal de nationale rechter oordelen dat de overheidsinstelling van dit land *in alle Unielanden* het volgrecht van overleden onderdanen geniet. Dat was stellig niet de bedoeling van de verdragsopstellers. Een samengaan van regelings- en conflictenrechtelijke vrijheid leidt er toe dat, afhankelijk van de aangezochte rechter, het volgrecht in één en hetzelfde land aan verschillende personen of instellingen toekomt – dat was een onaanvaardbaar resultaat. Gegeven de te overbruggen patstelling, volstond daarom alleen toepasselijkheid van de lex loci protectionis.

242 Zie alinea's 1061 e.v. hiervoor; zie ook Ulmer 1977, p. 500. Terzijde: de Unielanden zijn vrij om de mate van volgrecht-bescherming te bepalen (zie alinea 891 hiervoor); dat geldt ook voor de duur van het volgrecht. Denkbaar is dus bijvoorbeeld dat het volgrecht zo is vormgegeven dat het vervalt bij de dood van de auteur; vragen rond post mortem auctoris-handhaving spelen dan niet.

243 Bij de morele rechten komt dit het duidelijkst uit de verf van de travaux préparatoires. De onvervreemdbaarheid van de morele rechten en het volgrecht zal hebben bijgedragen aan de controverse. Omdat zij niet kunnen worden overgedragen, betekent posthume bescherming immers dat de exploitatie van het werk (de uitoefening van de exploitatierechten) door een exploitatierechten-rechthebbende ook na de dood van de auteur nog in de wielen kan worden gereden.

1067. Strikt genomen hebben deze conflictregels geen betrekking op de 'bescherming', zoals gedefinieerd in par. 7.1, van de morele rechten respectievelijk het volgrecht; zij hebben daarentegen betrekking op de vraag wie bevoegd is deze rechten uit te oefenen na de dood van de auteur. Aldus bezien zijn zij dus geen dépeçerende uitzonderingen op de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling, maar aanvullende conflictregels.[244] Daar moet bij worden aangetekend dat zij natuurlijk wel zeer nauw samenhangen met de (posthume) bescherming van de desbetreffende rechten.

1068. Waar sprake is van aanvullende conflictregels, laat zich ten slotte nog de vreemdelingenrechtelijke vraag stellen die ook werd gesteld ten aanzien van de aanvullende conflictregel in artikel 14bis lid 2 onder c.[245] Dus: worden de door deze aanvullende conflictregels bestreken vragen óók bestreken door het Berner non-discriminatiebeginsel, zodat vreemdelingenrechtelijke discriminatie bij de beantwoording van die vragen is verboden? Ook hier mag op grond van het feit dat de conventie regelend optreedt, worden aangenomen dat het Berner non-discriminatiebeginsel zich terzake laat gelden.

7.4.3. Procesrecht

1069. ***Procesrecht buiten beginsel van nationale behandeling.*** Een derde terrein dat buiten de reikwijdte van het beginsel van nationale behandeling van de Berner Conventie en van het Verdrag van Parijs valt, is het procesrecht.[246]

1070. ***Verdrag van Parijs.*** Voor het Verdrag van Parijs wordt dit expliciet duidelijk gemaakt door artikel 2 lid 3, dat bepaalt dat onder meer de bepalingen van de wetgeving van ieder Unieland met betrekking tot de rechterlijke of administratieve procesgang en de bevoegdheid, uitdrukkelijk worden voorbehouden. Deze bepaling gaat terug tot de beginjaren van het Verdrag van Parijs.[247] Tijdens de Parijse conferentie in 1880 wilde de Belgische gedelegeerde Demeur weten hoe ver het beginsel van nationale behandeling zich zou uitstrekken.[248] Demeur was bevreesd

244 Zie ook par. 5.3.2 onder (b)(iv).

245 Zie alinea 1053 hiervoor.

246 Nota bene: over rechtsmiddelen en sancties, zie par. 7.2.4. De vraag of procesrechtelijke aangelegenheden vallen onder de reikwijdte van het beginsel van nationale behandeling van het Verdrag van Parijs en van de Berner Conventie, was in het verleden met name van belang in verband met de cautio iudicatum solvi: wordt deze cautio verboden door het beginsel van nationale behandeling? Het antwoord – zo komt in deze paragraaf aan de orde – moet ontkennend zijn omdat procesrechtelijke aangelegenheden niet onder de reikwijdte van het beginsel van nationale behandeling vallen. Zo ook Pouillet & Plé 1896, p. 31-32 (Verdrag van Parijs); Darras 1892 (*Lettre de France*), p. 48-49 (Berner Conventie; met verdere verwijzingen naar rechtspraak en literatuur); Darras 1892 (*De l'état actuel*), p. 813-814 (Berner Conventie). Tegenwoordig doet dat probleem zich nauwelijks meer voor, omdat de cautio iudicatum solvi door veel andere regelingen wordt verboden, zie bijvoorbeeld de Haagse Rechtsvorderingsverdragen van 1905 en 1954 (art. 17), en – in het kader van het Europees non-discriminatiebeginsel – HvJ EG 26 september 1996, nr. C-43/95, *Jur.* 1996, p. I-4661 (Data Delecta); HvJ EG 20 maart 1997, nr. C-323/95, *Jur.* 1997, p. I-1711 (Hayes); HvJ EG 2 oktober 1997, nr. C-122/96, *Jur.* 1997, p. I-5325 (Saldanha).

247 Zie ook alinea 359 hiervoor.

248 Actes VP 1880, p. 32 (Procès-verbaux).

dat dit beginsel meebracht dat procesrechtelijke discriminatie van buitenlanders ook werd verboden. Werd hiermee bijvoorbeeld de cautio iudicatum solvi afgeschaft? En, zo ging Demeur voort, in sommige landen kon de eigen onderdaan een vreemdeling, onafhankelijk van diens woonplaats, voor de nationale rechter dagen: kon de vreemdeling nu ook gebruik maken van dit forum actoris? Men stelde hem gerust: het beginsel van nationale behandeling was altijd zo begrepen dat het niet zag op procesrechtelijke aangelegenheden.[249] Daarop constateerde Demeur dat de conferentie van mening was dat het beginsel van nationale behandeling niet geldt ten aanzien van dergelijke kwesties:

> "(...) on est d'accord que l'assimilation ne doit porter que sur les conditions relatives à l'acquisition et à la conservation des droits, sans qu'il soit rien changé aux formes de la procédure concernant les étrangers."[250]

1071. Teneinde elke twijfel weg te nemen, wilde Demeur dit niettemin expliciteren. Dit leidde tot de interpretatieve bepaling nr. 3 van het slotprotocol bij het Verdrag van Parijs van 1883.[251] Zij luidde:

> "Il est entendu que la disposition finale de l'article 2 de la Convention ne porte aucune atteinte à la législation de chacun des États contractants, en ce qui concerne la procédure suivie devant les tribunaux et la compétence de ces tribunaux."[252]

1072. Deze bepaling is later, door de Haagse conferentie in 1925, enigszins gewijzigd, en in het verdrag opgenomen als het derde lid van artikel 2. Zij maakt dus, als gezegd, duidelijk dat het beginsel van nationale behandeling van het Verdrag van Parijs niet van toepassing is op het procesrecht.[253]

1073. ***Berner Conventie.*** Hetzelfde geldt voor het beginsel van nationale behandeling van de Berner Conventie. Ook hier moeten wij terug naar het prille begin, toen de Berner Conventie werd geconcipieerd. De verdragsopstellers van de Berner Conventie, zo kwam al eerder aan de orde, lieten zich anno 1884-1886

---

249 Actes VP 1880, p. 32 (Procès-verbaux). De opsteller van het voorontwerp voor het Verdrag van Parijs, de Franse gedelegeerde Jagerschmidt, merkte op dat het beginsel van nationale behandeling niet zag op "formalités judiciaires. Cela a toujours été entendu ainsi." Zo ook voorzitter Bozérian: "L'assimilation ne va pas jusque-là.", zie Actes VP 1880, p. 32 (Procès-verbaux).

250 Actes VP 1880, p. 95 (Procès-verbaux).

251 Actes VP 1880, p. 95-96 en p. 114 (Procès-verbaux); p. 128 (Projet de Protocole de clôture).

252 Actes VP 1883, p. 59 (Protocole de clôture).

253 Een uitzondering zou men wellicht kunnen zien in art. 10ter lid 2 van het Verdrag van Parijs. Krachtens deze bepaling, die is opgenomen door de Haagse conferentie in 1925, verbinden de Unielanden zich om "maatregelen te treffen om aan syndicaten en verenigingen, welke de belanghebbende fabrikanten, producenten of kooplieden vertegenwoordigen en welker bestaan niet strijdig is met de wetten van hun land, toe te staan in rechte of bij administratieve autoriteiten op te treden ter bestrijding van de handelingen, bedoeld in de artikelen 9, 10 en 10bis, voor zover de wet van het land, waarin de bescherming wordt gevraagd, zulks toestaat aan de syndicaten en verenigingen van dat land." Deze bepaling betreft inderdaad (mede) een procesrechtelijke aangelegenheid (de bevoegdheid van 'gilden' om in rechte op te treden), maar zij raakt niet (de reikwijdte van) het beginsel van nationale behandeling; het gaat hier om een statelijke verplichting tot het invoeren van wetgeving, zie Bodenhausen 1968, p. 147-148. Zie over deze bepaling ook noot 483 van hoofdstuk 5.

mede inspireren door het gloednieuwe Verdrag van Parijs, dat in 1883 was gesloten.[254] Dat is in het onderhavige verband duidelijk zichtbaar: de Zwitserse Bondsraad nam de interpretatieve bepaling nr. 3 van het slotprotocol van het Verdrag van Parijs letterlijk over in zijn ontwerp; de door hem voorgestelde bepaling was volkomen identiek aan die van het Parijse slotprotocol.[255] In Bern werd evenwel anders geoordeeld over het nut van deze bepaling dan in Parijs: de Berner verdragsopstellers, zo bleek tijdens conferentie van 1884, vonden deze bepaling zo vanzelfsprekend dat zij haar schrapten.[256] Ergo: ook het Berner beginsel van nationale behandeling is niet van toepassing op het procesrecht.[257]

254 Zie alinea's 174 en 177 hiervoor.

255 In het ontwerp-slotprotocol stelde de Zwitserse Bondsraad de volgende interpretatieve bepaling nr. 1 voor: "Il est entendu que la disposition finale de l'article 2 de la convention ne porte aucune atteinte à la législation de chacun des Etats contractants, en ce qui concerne la procédure suivie devant les tribunaux et la compétence de ces tribunaux." (Actes BC 1884, p. 13). De desbetreffende slotbepaling van art. 2 luidde als volgt: "En conséquence, ils auront la même protection que ceux-ci et le même recours légal contre toute atteinte portée à leurs droits, sous réserve de l'accomplissement des formalités et des conditions prescrites par la législation du pays d'origine de l'œuvre." Deze zinsnede is uiteindelijk weggelaten, zie daarover alinea's 177 tot en met 181 hiervoor.

256 Actes BC 1884, p. 63 (Rapport de la Commission): "La Commission a tout d'abord estimé que le numéro 1 était superflu et pouvait être supprimé sans inconvénient." Dit ziet Cattreux 1889, p. 87-88, die meent dat de cautio iudicatum solvi onder de Berner Conventie is verboden maar onder het Verdrag van Parijs ingevolge de interpretatieve bepaling nr. 3 van het slotprotocol is toegelaten, over het hoofd.

257 Dat geldt (dus) ook voor de formule "les moyens de recours garantis à l'auteur pour sauvegarder ses droits" in de illatieve bepaling van art. 5 lid 2, tweede volzin. Tegenwoordig stellen enkele auteurs – ten onrechte – dat deze formule alleen betrekking heeft op procesrechtelijke aangelegenheden (zie alinea 439 hiervoor). Zoals uiteengezet in par. 3.2.2 onder (b)(ii), en in par. 7.2.4, heeft deze formule echter betrekking op de juridische mogelijkheden tot handhaving van het recht, dat wil zeggen (met name) de rechtsvorderingen.

8. Herformulering en hervorming

1074. ***Inleiding; plan van behandeling.*** Wij hebben in ons onderzoek nu het punt bereikt waarop het beginsel van nationale behandeling in de Berner Conventie en het Verdrag van Parijs in al zijn onderdelen is onderzocht en verklaard. Daarmee is voldaan aan de probleemstelling van deze studie zoals die in de Inleiding werd geformuleerd.[1] In het onderhavige hoofdstuk 8 gaan wij een stapje verder. In de eerste plaats wordt getracht om aan de hand van de gevonden onderzoeksresultaten de kernbepalingen van de Berner Conventie en het Verdrag van Parijs te herformuleren in eigentijdse taal en denktrant (par. 8.1). Die exercitie bevindt zich dus nog in het domein van het geldende recht: het is slechts een *herformulering* van het geldende recht. Na die exercitie verlaten wij het domein van het geldende recht voor enkele beschouwingen over wat in de onderhavige materie wenselijk recht zou zijn (par. 8.2), hetgeen ten slotte wordt verwerkt in concrete voorstellen tot hervorming van de Berner Conventie en het Verdrag van Parijs (par. 8.3).

8.1. Herformulering van de Berner Conventie en het Verdrag van Parijs

1075. ***Inleiding.*** Uit het onderzoek bleek dat het beginsel van nationale behandeling zowel een conflictregel als een vreemdelingenrechtelijke regel bevat, alsook dat deze (statutistische) conflictregel kan worden geconverteerd in een (Savigniaanse) lex loci protectionis-verwijzingsregel. Een en ander geeft aanleiding tot de uitdagende – en wellicht overmoedige – gedachte om de desbetreffende bepalingen van de Berner Conventie en het Verdrag van Parijs op een hedendaagse, Savigniaanse leest te herformuleren. Dat is met name een intellectuele uitdaging, want de kans dat een herformulering van de verdragsteksten ook werkelijk zou plaatsvinden lijkt miniem. Hoe dan ook, in deze par. 8.1 is een poging tot herformulering gedaan, waarbij de focus – zoals steeds – is gelegd op de complexere Berner Conventie.[2] Getracht is om geen betekenisverschil met de oorspronkelijke verdragen te laten ontstaan: het gaat tenslotte om een herformulering. Niettemin is er op enkele kleine punten, die duidelijk van ondergeschikt belang zijn, sprake van een betekenisverschil; dit wordt dan vermeld. Er zijn slechts twee substantiële inhoudelijke afwijkingen van de oorspronkelijke verdragen, namelijk (i) het ecarteren van de formele-territorialiteitscomponent uit de conflictregel in het be-

1 Zie alinea 21 hiervoor.
2 Zie ook alinea 29 hiervoor.

ginsel van nationale behandeling; en (ii) het omzetten van de overgebleven materieel-territoriale conflictregel in een Savigniaanse lex loci protectionis-verwijzing. Deze afwijkingen zijn, zoals wij in par. 5.3.1 en par. 5.3.2. uitvoerig hebben onderzocht, toegelaten.

8.1.1. Herformulering van de Berner Conventie

1076. ***Berner Conventie.*** Bezien wij eerst een mogelijke herformulering van (de recentste versie van) de Berner Conventie. Deze herformulering wordt stap voor stap opgebouwd in par. (a), (b) en (c). Ten slotte wordt in par. (d) een proeve van een herformuleringsontwerp gepresenteerd.

a. Herformulering van art. 5 lid 1 Berner Conventie

1077. ***Beginsel van nationale behandeling.*** Beginnen wij met het beginsel van nationale behandeling in artikel 5 lid 1. Hier scheiden wij eerst, à la Savigny, conflictenrecht en vreemdelingenrecht.[3] Het beginsel van nationale behandeling, waarin deze twee zijn vervlochten, wordt gesplitst in een conflictregel en een non-discriminatiebeginsel. Artikel 5 lid 1 van de Berner Conventie wordt dus geherformuleerd in twee aparte bepalingen: één bepaling waarin het non-discriminatiebeginsel wordt neergelegd (artikel 4 van het herformuleringsontwerp), en één bepaling waarin de conflictregel wordt neergelegd (artikel 5 van het herformuleringsontwerp).

1078. ***Non-discriminatiebeginsel.*** Eerstgenoemde bepaling, houdende het non-discriminatiebeginsel, zou als volgt kunnen worden geformuleerd:

> "Binnen het toepassingsgebied van deze Conventie is elke discriminatie op grond van nationaliteit of land van oorsprong verboden, behoudens ingevolge de door deze Conventie uitdrukkelijk toegelaten uitzonderingen."[4]

1079. Deze redactie is geïnspireerd door het Europese non-discriminatiebeginsel in artikel 12 EG. Bezien wij haar nader. Gekozen is voor de term "toepassingsgebied", die duidelijker is dan de in artikel 12 EG gebezigde term "werkingssfeer". Onder het toepassingsgebied van de Berner Conventie moet worden verstaan het materiële, formele en temporele toepassingsgebied, zoals dat uit de artikelen 1, 3, 4 en 18 van de conventie valt af te leiden.[5] Voorts kan worden opgemerkt dat de bepaling "elke" discriminatie op grond van nationaliteit of land van oorsprong verbiedt. Dat betekent dat twee theoretische mogelijkheden die onder de vigeur

---

3 Vgl. par. 5.1.2 onder (c)(ii).
4 Art. 4 van het ontwerp (zie par. 8.1.1 onder (d)).
5 In het herformuleringsontwerp worden de bepalingen inzake het formele en het materiële toepassingsgebied wat duidelijker naar voren gehaald, zie art. 3 van het ontwerp; dit komt hierna in par. 8.1.1 onder (c) nog ter sprake.

van de Berner Conventie bestaan, worden geëcarteerd. Dat is in de eerste plaats de mogelijkheid om een vreemde inbreukmaker te discrimineren door hem een zwaardere sanctie op te leggen dan een nationale inbreukmaker. Die mogelijkheid wordt geëcarteerd, en daarmee wordt dus afgeweken van de Berner Conventie, die discriminatie onder inbreukmakers immers niet verbiedt.[6] Aan deze afwijking ten opzichte van de Berner Conventie hoeven wij niet zwaar te tillen; het is een theoretische aangelegenheid. In de tweede plaats wordt de mogelijkheid geëcarteerd dat een nationale wet vreemde auteurs of werken bevoordeelt. Waar "elke" discriminatie op grond van nationaliteit of land van oorsprong wordt verboden, zullen de nationale auteurs of werken immers ook niet mogen worden gediscrimineerd. Dit is dus een afwijking ten opzichte van de Berner Conventie, die immers bevoordeling van vreemde auteurs of werken ('omgekeerde discriminatie') door een nationale wet toestaat.[7] Ook aan deze afwijking hoeven wij niet zwaar te tillen, want ook dit is een overwegend theoretische aangelegenheid. Bovendien verliest het argument dat vóór deze bevoordelingsmogelijkheid pleit – namelijk dat men moet voorkomen dat auteurs en werken uit niet-Unielanden beter worden behandeld dan Unie-auteurs en Unie-werken – zijn kracht omdat de Berner Conventie tegenwoordig bijna mondiale dekking heeft. Niettemin, wanneer men deze afwijking van de Berner Conventie ontoelaatbaar zou achten, zou op dit punt een uitzondering kunnen worden opgenomen. Overigens moet worden opgemerkt dat discriminatie van nationale auteurs of werken niet wordt verboden voor zover die discriminatie het spiegelbeeld is van bevoordeling van vreemde auteurs of werken door het *ius conventionis*: dat is immers een uitdrukkelijk door de conventie toegelaten uitzondering.[8] Dat brengt ons bij het slot van de zojuist ontworpen bepaling: "behoudens ingevolge de door deze Conventie uitdrukkelijk toegelaten uitzonderingen." Het gaat hier om de vijf uitzonderingen op het non-discriminatiebeginsel, die in par. 6.3 zijn behandeld, alsmede om de zojuist genoemde discriminatie die door het ius conventionis wordt veroorzaakt. De toevoeging dat de uitzondering "uitdrukkelijk" moet zijn toegelaten, vormt – tezamen met het verbod van "elke" discriminatie – de belichaming van het onafhankelijkheidsbeginsel op vreemdelingenrechtelijk vlak.[9]

1080. ***Conflictregel.*** Bezien wij vervolgens de andere component van het beginsel van nationale behandeling, de conflictregel. Wij hebben in par. 5.3.2 en par. 5.3.3 gezien dat de conflictregel kan worden geconverteerd in een Savigniaanse verwijzingsregel, en wij vonden daarvoor reeds een formulering.[10] Deze verwijzingsregel wordt nu gebruikt, en gecombineerd met een bepaling over het eenvormige recht in de conventie, het ius conventionis. Dat zou er als volgt uit kunnen zien:

---

6 Zie noot 7 van hoofdstuk 6.
7 Zie alinea 774 hiervoor.
8 Vgl. alinea 775 hiervoor.
9 Zie par. 8.1.1 onder (b); vgl. ook par. 3.2.2 onder (b)(ii).
10 Zie alinea 719 hiervoor.

"De bescherming van de rechten der auteurs op hun werken van letterkunde en kunst wordt beheerst

(a) door uitsluitend het recht van het Unieland voor welks grondgebied deze bescherming wordt ingeroepen, alsmede

(b) door de bepalingen in hoofdstuk II van deze Conventie."[11]

1081. Over deze redactie kan het volgende worden opgemerkt.

1082. In de bepaling onder (a) is het woord "uitsluitend" toegevoegd. Hiermee wordt tot uitdrukking gebracht dat er geen uitzonderingen op deze conflictregel mogen worden gemaakt: uitsluitend de lex loci protectionis is toepasselijk. Het vormt daarmee de belichaming van het onafhankelijkheidsbeginsel op conflictenrechtelijk vlak (ook artikel 5 lid 2, tweede volzin, van de Berner Conventie bezigt het woord "uitsluitend").[12] Voorts wordt in deze bepaling gesproken over het recht van een "Unieland". Daar kunnen twee kanttekeningen bij worden gemaakt. In de eerste plaats: er kan alleen worden verwezen naar het recht van een Unieland omdat, zoals wij al eerder hebben vastgesteld, de conflictregel in de conventie geen universeel toepassingsgebied heeft.[13] In de tweede plaats: onder het recht van een Unieland moet ook het in dat land eventueel geldende (uit andere bron dan de Berner Conventie voortvloeiende) supranationale auteursrecht worden verstaan.[14] Daarom spreekt de bepaling niet over het "nationale recht" van een Unieland. Ten slotte kunnen ook nog twee kanttekeningen worden gemaakt bij de formule "het Unieland voor welks grondgebied deze bescherming wordt ingeroepen". In de eerste plaats is gekozen voor de woorden "voor welks grondgebied" omdat die de materiële territorialiteit net iets scherper weergeven dan het ook gebruikte (en inhoudelijk overigens evenzeer juiste) "waarvoor". In het voetspoor van deze bewoordingen, zo wordt volledigheidshalve opgemerkt, moeten refertes aan "het land waar de bescherming wordt ingeroepen" in andere artikelen van de conventie worden gewijzigd in refertes aan "het land voor welks grondgebied de bescherming wordt ingeroepen."[15] In de tweede plaats is de traditionele formule "wordt ingeroepen" gehandhaafd. Denkbaar is ook de formule "is verleend", waarmee dan wordt bedoeld: verleend door de wet, niet door een overheidsinstantie zoals bij een octrooi. Deze formule draagt evenwel het risico in zich dat wordt gechicaneerd over de vraag of het recht wel rechtsgeldig is verleend. Een andere denkbare formule treft men aan in artikel 8 lid 1 van de Rome II-Verordening, dat spreekt over "het land waarvoor de bescherming wordt gevorderd." Deze formule is evenwel onbevredigend omdat de conflictenrechtelijke vraag ook buiten rechte aan de orde kan komen. Al met al levert de traditionele formule "wordt ingeroepen" de

11 Art. 5 lid 1 van het ontwerp (zie par. 8.1.1 onder (d)). Terzijde: de bescherming in het land van oorsprong komt hierna in par. 8.1.1 onder (b) aan de orde.

12 Zie par. 8.1.1 onder (b); vgl. ook par. 3.2.2 onder (b)(ii).

13 Zie noot 479 van hoofdstuk 5.

14 Zie daarover nader par. 5.3.3 onder (b)(ii).

15 Zie par. 5.3.2 onder (b)(ii).

minste problemen op.[16] Om die reden, en om zo dicht mogelijk bij de conventie te blijven, is zij gehandhaafd.

1083. De bepaling onder (b) doelt op de in artikel 5 lid 1 van de conventie genoemde "rechten door deze Conventie in het bijzonder verleend" (het ius conventionis). In het ontwerp zijn de desbetreffende bepalingen van eenvormig recht samengebracht in een apart hoofdstuk (hoofdstuk II), waarnaar de bepaling onder (b) verwijst. Dat brengt dus enige herstructurering van de conventie met zich; dit komt hierna nog ter sprake.[17]

1084. Aldus is een bepaling houdende een conflictregel en een ius conventionisregel opgetuigd, die in artikel 5 van het herformuleringsontwerp wordt opgenomen. Maar daarmee is de kous nog niet af: dit artikel zal nog met een aantal leden moeten worden uitgebreid; de zojuist ontworpen bepaling wordt het eerste lid.[18]

1085. ***Lid 2: samenloop.*** Het is bijvoorbeeld geïndiceerd om, nu in de zojuist ontworpen bepaling de twee bronnen zijn genoemd die de auteursrechtelijke bescherming leveren (namelijk het toepasselijke rechtsstelsel en het ius conventionis), meteen de verhouding tussen die twee bronnen te regelen. Deze regeling komt er op neer dat het eenvormige recht van de conventie prevaleert boven het toepasselijke rechtsstelsel, behalve voor zover dit rechtsstelsel een betere bescherming verleent dan het eenvormige recht van de conventie. Daarmee wordt artikel 19 van de Berner Conventie geabsorbeerd.[19] Redactioneel tegen dit artikel 19 aanleunend, zou zo'n samenloopbepaling als volgt kunnen luiden:

> "De bepalingen in hoofdstuk II van deze Conventie prevaleren boven het op grond van het eerste lid onder (a) toepasselijke recht. Zij beletten evenwel niet dat een beroep wordt gedaan op een grotere mate van bescherming, die door dit recht mocht zijn voorgeschreven."[20]

1086. ***Lid 3: verwijzingscategorie.*** Voorts is het geïndiceerd om de verwijzingscategorie van de conflictregel nader aan te duiden. Strikt genomen is dat niet nodig: de verwijzingscategorie loopt immers gelijk aan het materiële toepassingsgebied van de conventie, te weten de bescherming van de rechten der auteurs op hun werken van letterkunde en kunst. Niettemin is het toch geïndiceerd om de verwijzingscategorie nader te omschrijven, omdat – zo hebben wij al eerder vastge-

---

16 Zij omvat ook negatief-declaratoire situaties (verklaring voor recht van niet-inbreuk). Dit is onomstreden. Bovendien is in dat soort situaties doorgaans in een eerder stadium de bescherming al buiten rechte ingeroepen.

17 Zie art. 8 e.v. van het ontwerp (zie par. 8.1.1 onder (d)).

18 Deze leden zijn in het ontwerp gerangschikt naar hun praktische belang; een bepaling inzake de verwijzingscategorie is in de praktijk bijvoorbeeld belangrijker dan een openbare orde-exceptie.

19 Vgl. ook par. 5.3.2 onder (b)(v).

20 Art. 5 lid 2 van het ontwerp (zie par. 8.1.1 onder (d)). De eerste zin is voor de duidelijkheid toegevoegd, maar zou in sommige landen op constitutionele bezwaren kunnen stuiten. Zij kan ook achterwege blijven. Dan wordt het: "De bepalingen in hoofdstuk II van deze Conventie beletten niet dat een beroep wordt gedaan op een grotere mate van bescherming, die mocht zijn voorgeschreven door het op grond van het eerste lid onder (a) toepasselijke recht."

steld – hierover veel misverstanden bestaan. Naar aanleiding van het onderzoek in hoofdstuk 7, zou deze bepaling als volgt kunnen worden vormgegeven:

> "Onverminderd het tweede lid, bepaalt het op grond van het eerste lid onder (a) toepasselijke recht in het bijzonder:
> (a) welke voortbrengselen op het gebied van letterkunde, wetenschap en kunst als 'werken van letterkunde en kunst' worden beschermd;
> (b) ten gunste van wie de rechten ontstaan;
> (c) het ontstaan, de omvang en het einde van de rechten; en
> (d) de rechtsmiddelen die de auteur worden gewaarborgd ter handhaving van zijn rechten."[21]

1087. Wij zien hier de vier elementen terug die in hoofdstuk 7 zijn onderzocht: object-vraag, subject-vraag, de inhoud van de bescherming en de handhaving ervan. De woorden "onverminderd het tweede lid" maken (nogmaals) duidelijk dat het ius conventionis prevaleert, terwijl de woorden "in het bijzonder" voor de zekerheid tot uitdrukking brengen dat de onderhavige bepaling een niet-limitatieve invulling vormt van het voorwerp van de conventie, namelijk "de bescherming van de rechten der auteurs op hun werken van letterkunde en kunst."

1088. ***Lid 4: Sachnormverweisung*.** Vervolgens is het, ter voorkoming van misverstanden, geïndiceerd om duidelijk te maken dat het gaat om een Sachnormverweisung.[22] Inspiratie puttend uit moderne IPR-verdragen van de Haagse Conferentie voor IPR, zou zo'n bepaling kunnen luiden:

> "In het eerste lid onder (a) wordt onder 'recht' verstaan het in een land van de Unie geldende recht, met uitsluiting van regels van conflictenrecht."[23]

1089. ***Lid 5: openbare orde-exceptie*.** Daarmee is de kous echter nog steeds niet af. In par. 5.3.2 hebben wij immers gezien dat de conversie van de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling naar een Savigniaanse verwijzingsregel alleen kan geschieden indien aan een drietal voorwaarden is voldaan.[24] Daaraan zullen wij recht moeten doen. De eerste voorwaarde is dat een openbare orde-exceptie wordt opgenomen.[25] Zo'n exceptie zou als volgt kunnen luiden:

> "De toepassing van het door het eerste lid onder (a) aangewezen recht kan slechts worden geweigerd voor zover deze toepassing klaarblijkelijk onverenigbaar zou zijn met de openbare orde."[26]

---

21 Art. 5 lid 3 van het ontwerp (zie par. 8.1.1 onder (d)).
22 Zie par. 5.3.2 onder (b)(iii), en par. 5.1.1 onder (b)(i), alinea 440 hiervoor.
23 Art. 5 lid 4 van het ontwerp (zie par. 8.1.1 onder (d)). Vgl. bijvoorbeeld art. 21 lid 1 van het Haags Kinderbeschermingsverdrag 1996 en art. 10 van het Haags Zekerhedenverdrag 2006.
24 Zie par. 5.3.2 onder (a).
25 Zie par. 5.3.2 onder (a)(iii).
26 Art. 5 lid 5 van het ontwerp (zie par. 8.1.1 onder (d)). Vgl. bijvoorbeeld art. 22 van het Haags Kinderbeschermingsverdrag 1996, en art. 12 van het voorstel van de Staatscommissie IPR in: Staatscommissie IPR, Rapport Algemene Bepalingen 2002, p. 69-77.

1090. ***Lid 6: formele territorialiteit.*** De tweede voorwaarde betreft de formele-territorialiteitscomponent van de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling. Deze component kan, zo hebben wij vastgesteld in par. 5.3.2, niet achterwege worden gelaten ten aanzien van bepalingen van publiekrechtelijke aard, zoals strafrechtelijke bepalingen.[27] Voor dergelijke bepalingen moet de formele territorialiteit dus worden gehandhaafd. Dit zou als volgt kunnen worden geformuleerd:

> "De toepassing van het in het eerste lid onder (a) bedoelde recht van het land voor welks grondgebied de bescherming wordt ingeroepen, is voorbehouden aan de autoriteiten van dit land voor zover het gaat om bepalingen van publiekrechtelijke aard."[28]

1091. Voor het overige blijft formele territorialiteit achterwege. Zij is in het auteursrecht immers geheel verdwenen. Met name is zij niet gereïncarneerd in een exclusieve-bevoegdheidsgrond, zoals wél het geval is het in industriële-eigendomsrecht. Aan de derde voorwaarde – de opname van een exclusieve-bevoegdheidsregeling – hoeft dus niet te worden voldaan.[29]

1092. Daarmee is de herformulering van het beginsel van nationale behandeling in artikel 5 lid 1 van de Berner Conventie voltooid.[30]

b. Herformulering van art. 5 lid 2 en 3 Berner Conventie

1093. ***Art. 5 lid 2; onafhankelijkheidsbeginsel.*** Dat brengt ons bij artikel 5 lid 2 van de Berner Conventie, waarin het onafhankelijkheidsbeginsel is neergelegd. Dit beginsel hoeft niet meer in een aparte bepaling te worden neergelegd. De onafhankelijkheid is immers, zoals hiervoor ter sprake kwam, reeds tot uitdrukking gebracht in de conflictregel en in het non-discriminatiebeginsel.[31] Op conflictenrechtelijk vlak is de onafhankelijkheid gewaarborgd door het woord "uitsluitend" in de conflictregel (daarmee wordt 'Auflockerung' uitgesloten[32]) alsmede door een bepaling inzake de verwijzingscategorie op te nemen (daarmee wordt 'Zersplitterung' uitgesloten[33]). En op vreemdelingenrechtelijk vlak is de onafhankelijkheid gewaarborgd doordat het non-discriminatiebeginsel "elke" discriminatie verbiedt, behoudens "uitdrukkelijk" door de conventie toegelaten uitzonderingen. Tezamen genomen volgt daaruit dat, behoudens deze uitzonderingen, de bescherming door het recht van het land voor welks grondgebied zij wordt ingeroepen,

---

27 Zie par. 5.3.2 onder (a)(i).
28 Art. 5 lid 6 van het ontwerp (zie par. 8.1.1 onder (d)).
29 Zie par. 5.3.2 onder (a)(ii).
30 Opgemerkt zij dat uit par. 5.3.3 onder (b) ook nog inspiratie zou kunnen worden geput voor op te nemen bepalingen (bijvoorbeeld een definitie van het grondgebied, een regeling inzake in-, uit- en doorvoer, enz.). Dat zou echter het bestek van een herformulering te buiten gaan; dat is immers een uitbreiding.
31 Zie alinea's 1079 en 1082 hiervoor.
32 Dus: geen rechtskeuze, geen rechtsgevolgen-uitzondering, geen accessoire aanknoping, geen proper law-exceptie, enz.
33 Dus: geen dépeçage.

volstrekt onafhankelijk is van de bescherming in andere landen, daaronder begrepen het land van oorsprong. Een aparte bepaling waarin die onafhankelijkheid nogmaals expliciet wordt uitgesproken, is dus overbodig. Nu zou men kunnen tegenwerpen dat het onafhankelijkheidsbeginsel expliciet moet worden opgetekend om recht te doen aan de wordingsgeschiedenis van de conventie. Het onafhankelijkheidsbeginsel markeert immers een cruciale stap in de ontwikkeling van het internationale intellectuele-eigendomsrecht en de Berner Conventie, een stap die de verdragsopstellers expliciet hebben willen vastleggen. Op die grond is verdedigbaar dat het onafhankelijkheidsbeginsel ook nog expliciet in een aparte bepaling wordt verwoord.[34] Toch is dat in het ontwerp niet gedaan – gestreefd is naar eenvoud en bondigheid, en in dat licht is een dergelijke bepaling, die tenslotte overbodig is, niet opgenomen. Alleen het formaliteitenverbod in de eerste volzin van artikel 5 lid 2 moet nog een plek krijgen. Dit formaliteitenverbod is een regel van eenvormig recht (ius conventionis), en daarom verhuist deze bepaling naar hoofdstuk II van het ontwerp, waarin het eenvormige recht wordt samengebracht.[35]

1094. ***Art. 5 lid 3; land van oorsprong.*** Bezien wij vervolgens artikel 5 lid 3, dat betrekking heeft op de bescherming in het land van oorsprong. Wij hebben gezien dat de eerste volzin van deze bepaling wil uitdrukken dat de conventie niet van toepassing is op de bescherming in het land van oorsprong, terwijl de tweede volzin daarop een uitzondering maakt door toepassing van het beginsel van nationale behandeling in het land van oorsprong voor te schrijven.[36] Het is een wat omslachtige constructie die er toe strekt het beginsel van nationale behandeling wél, en het ius conventionis niet van toepassing te laten zijn op de bescherming in het land van oorsprong. Dat kan ook simpeler worden geformuleerd – in het herformuleringsontwerp zou dat als volgt kunnen worden verwoord:

> "Op de bescherming van de rechten der auteurs op hun werken van letterkunde en kunst in het land van oorsprong zijn artikel 5 lid 1 onder (b), artikel 5 lid 2, en de bepalingen in hoofdstuk II niet van toepassing."[37]

1095. Ingevolge deze bepaling is de conventie binnen het materiële, formele en temporele toepassingsgebied wél van toepassing op de bescherming in het land van oorsprong, maar wordt al het ius conventionis uitgeschakeld. Dat is dus in feite de omgekeerde benadering van artikel 5 lid 3 van de Berner Conventie (dat de conventie niet-toepasselijk verklaart, maar het beginsel van nationale behandeling vervolgens weer inschakelt). Het eindresultaat is hetzelfde, terwijl de hier gekozen benadering logischer en duidelijker is.

---

34 Dan zou, na art. 4 en 5, de volgende bepaling kunnen worden opgenomen: "Behoudens de in artikel 4 bedoelde uitzonderingen, is de in artikel 5 bedoelde bescherming van de rechten der auteurs op hun werken van letterkunde en kunst volstrekt onafhankelijk van de bescherming in andere landen, daaronder begrepen het land van oorsprong."

35 Art. 8 van het ontwerp (zie par. 8.1.1 onder (d)).

36 Zie par. 3.3.

37 Art. 6 van het ontwerp (zie par. 8.1.1 onder (d)).

c. Overige bepalingen en opzet van het ontwerp

1096. ***Indeling.*** Wij hebben nu artikel 5 lid 1 tot en met 3 van de Berner Conventie geherformuleerd. Dat kan in een ontwerp worden opgenomen, waarbij enkele andere bepalingen ook nog enigszins worden geherstructureerd. Voorts wordt in het ontwerp een indeling in vier hoofdstukken ingevoerd:

Hoofdstuk I: Algemene bepalingen
Hoofdstuk II: Eenvormig recht
Hoofdstuk III: Administratieve bepalingen
Hoofdstuk IV: Slotbepalingen

1097. ***Artikelsgewijs.*** In hoofdstuk I van het ontwerp worden de algemene bepalingen van de conventie neergelegd. Het gaat om de volgende zeven artikelen:
- Als artikel 1 wordt artikel 1 van de Berner Conventie opgenomen, betreffende de Unie.[38]
- Als artikel 2 wordt een bepaling met definities opgenomen. Het gaat om de definitie van "werken van letterkunde en kunst" (overgenomen uit artikel 2 lid 1 van de Berner Conventie[39]), de definitie van het "land van oorsprong" (overgenomen uit artikel 5 lid 4 van de Berner Conventie), de definitie van "gepubliceerde werken" (overgenomen uit artikel 3 lid 3 van de Berner Conventie), de definitie van gelijktijdige publicatie (overgenomen uit artikel 3 lid 4 van de Berner Conventie), alsmede de gelijkstelling van auteurs die geen onderdaan zijn van een Unieland maar wel in een Unieland wonen, met onderdanen van dat land (overgenomen uit artikel 3 lid 2 van de Berner Conventie).
- Als artikel 3 wordt een bepaling inzake het materiële en formele toepassingsgebied opgenomen.[40] Het materiële toepassingsgebied is de bescherming van de rechten der auteurs op hun werken van letterkunde en kunst (overgenomen uit artikel 1 van de Berner Conventie).[41] Voor de bepaling inzake het formele toepassingsgebied worden artikel 3 lid 1 en artikel 4 lid 1 van de Berner Conventie samengevoegd.[42]
- Als artikel 4 wordt het zojuist geformuleerde non-discriminatiebeginsel opgenomen. Daarmee is de vreemdelingenrechtelijke component van artikel 5 lid 1 van de Berner Conventie overgenomen.[43]

---

38 Art. 1 van het ontwerp (zie par. 8.1.1 onder (d)).
39 Merk op dat de opsomming van art. 2 lid 1 Berner Conventie niet in de onderhavige bepaling is overgenomen: deze opsomming is immers ius conventionis. Zij is dus opgenomen in Hoofdstuk II (art. 10 van het ontwerp, zie par. 8.1.1 onder (d)). Daardoor is de eerste volzin van art. 2 lid 6 van de Berner Conventie overbodig geworden (vgl. alinea 952 hiervoor); zij is om die reden niet in het ontwerp opgenomen.
40 Het 'temporele toepassingsgebied' (overgangsrecht) is – conform de gewoonte en de Berner Conventie – aan het eind van het ontwerp opgenomen.
41 Dat is dus strikt genomen een doublure. Nu evenwel het formele toepassingsgebied wordt geregeld, is het wel zo fraai om ook het materiële toepassingsgebied er bij te vermelden.
42 Merk op dat de woorden die het subsidiaire karakter van art. 4 Berner Conventie weergeven ("zelfs indien de in artikel 3 bedoelde voorwaarden niet zijn vervuld") zijn geschrapt – overbodig –, en dat wordt gesproken over de "auteurs" van bouwwerken (zie daarover noot 45 van hoofdstuk 7).
43 Zie par. 8.1.1 onder (a).

– Als artikel 5 wordt de zojuist geformuleerde bepaling over het toepasselijke recht opgenomen. Daarmee is de conflictenrechtelijke component van artikel 5 lid 1 van de Berner Conventie alsmede diens verwijzing naar het ius conventionis overgenomen. In deze bepaling is voorts artikel 19 van de Berner Conventie overgenomen.[44]
– Als artikel 6 wordt de zojuist geformuleerde bepaling over de bescherming in het land van oorsprong opgenomen. Daarmee is artikel 5 lid 3 van de Berner Conventie overgenomen.[45]
– Als artikel 7 wordt artikel 6 van de Berner Conventie (retorsie) opgenomen; dit is immers ook een algemene bepaling.

1098. Vervolgens wordt in hoofdstuk II van het ontwerp al het eenvormige recht (ius conventionis) bijeengebracht. Een herformulering van deze bepalingen valt buiten het bestek van deze studie, behalve voor zover herformulering onvermijdelijk is naar aanleiding van het zojuist opgetuigde hoofdstuk I. Dat betekent dat de volgende aanpassingen worden doorgevoerd.
– Als artikel 8 wordt het formaliteitenverbod opgenomen, waarmee artikel 5 lid 2, eerste volzin, van de Berner Conventie wordt overgenomen (de rest van artikel 5 lid 2 is reeds verwerkt).[46]
– Als artikel 9 wordt de tweede volzin van artikel 2 lid 6 van de Berner Conventie overgenomen.[47]
– Als artikel 10 wordt artikel 2 van de Berner Conventie overgenomen. Als eerste lid wordt de opsomming van in ieder geval te beschermen werken opgenomen (artikel 2 lid 1 van de Berner Conventie). Voorts is, om misverstanden over het materiële toepassingsgebied van de conventie te voorkomen, artikel 2 lid 8 van de Berner Conventie geherformuleerd.[48]
– Als artikelen 11 e.v. worden vervolgens de artikelen 2bis, 6bis tot en met 17, en 21 van de Berner Conventie overgenomen.[49]

1099. Ten slotte worden in de hoofdstukken III en IV de administratieve bepalingen respectievelijk de slotbepalingen opgenomen (artikelen 22 tot en met 26 van de Berner Conventie, respectievelijk artikelen 18, 20, en 27 tot en met 38 van de Berner Conventie). Een herformulering van deze bepalingen valt buiten het bestek van deze studie.

---

44 Zie par. 8.1.1 onder (a).
45 Zie par. 8.1.1 onder (b).
46 Zie par. 8.1.1 onder (b).
47 Over de eerste volzin, zie noot 39 van dit hoofdstuk 8.
48 Art. 2 lid 8 van de Berner Conventie luidt als volgt: "De bescherming van deze Conventie is niet toepasselijk op nieuwstijdingen of gemengde berichten die louter het karakter van persberichten dragen." Wat wordt daarmee bedoeld? Twee mogelijkheden: (i) het is een beperking van het materiële toepassingsgebied van de conventie; in dat geval moet dit art. 2 lid 8 worden geïntegreerd in art. 3 van het ontwerp. Of (ii) deze bepaling drukt uit dat deze nieuwstijdingen en gemengde berichten niet als werken van letterkunde of kunst mogen worden beschouwd. Aangenomen mag worden dat deze laatste interpretatie de bedoeling is (zie Ricketson & Ginsburg 2006, p. 497-501). Om verwarring met het materiële toepassingsgebied te voorkomen, is deze bepaling in het ontwerp geherformuleerd.
49 Art. 18 en 20 van de Berner Conventie passen m.i. beter in een hoofdstuk met slotbepalingen.

d. Proeve van een herformuleringsontwerp

1100. ***Herformuleringsontwerp.*** Zo is dan, alles tezamen genomen, de Berner Conventie geherformuleerd op hedendaagse, Savigniaanse leest (waarbij de preambule en het Aanhangsel buiten beschouwing blijven) en ontvouwt zich het volgende herformuleringsontwerp.

HERFORMULERINGSONTWERP BERNER CONVENTIE

HOOFDSTUK I – ALGEMENE BEPALINGEN

Artikel 1
Unie

De landen waarvoor deze Conventie geldt, vormen een Unie voor de bescherming van de rechten der auteurs op hun werken van letterkunde en kunst.

Unie (art. 1 BC)

Artikel 2
Definities

1. In deze Conventie worden onder "werken van letterkunde en kunst" (of "werken") verstaan alle voortbrengselen op het gebied van letterkunde, wetenschap en kunst, welke ook de wijze of de vorm van uitdrukking zij.

definitie werken (art. 2 lid 1 BC)

2. In deze Conventie wordt onder het "land van oorsprong" van een werk verstaan:
   a. voor de voor het eerst in één van de landen van de Unie gepubliceerde werken, dat land; indien het evenwel werken betreft die gelijktijdig zijn gepubliceerd in verscheidene landen van de Unie, die een bescherming van verschillende duur kennen, het land waarvan de wetgeving de minst langdurige bescherming toekent;
   b. voor werken die gelijktijdig zijn gepubliceerd in een land dat geen lid van de Unie is en in een land van de Unie, laatstgenoemd land;
   c. voor niet gepubliceerde werken of voor werken die voor het eerst zijn gepubliceerd in een land dat geen lid van de Unie is, zonder dat gelijktijdige publikatie heeft plaatsgevonden in een land van de Unie, het land van de Unie waarvan de auteur onderdaan is; indien het evenwel:
      i. cinematografische werken betreft waarvan de producent zijn zetel of zijn gewone verblijfplaats in een land van de Unie heeft, is dit land het land van oorsprong, en
      ii. bouwwerken betreft gebouwd in een land van de Unie of werken van grafische en plastische kunst die één geheel vormen met een gebouw gelegen in een land van de Unie, is dit land het land van oorsprong.

definitie land van oorsprong (art. 5 lid 4 BC)

3. In deze Conventie worden onder "gepubliceerde werken" verstaan werken die met toestemming van hun auteur zijn uitgegeven, welke ook de wijze van vervaardiging moge zijn van de exemplaren, mits deze zodanig ter beschikking zijn gesteld dat daarmede wordt voorzien in de redelijke behoeften van het publiek, zulks met inachtneming van de aard van het werk. De opvoering van een toneelwerk of dramatisch-muzikaal werk, de vertoning van een cinematografisch werk, de uitvoering van een muziekwerk, de openbare voordracht van een werk van letterkunde, de overbrenging of radio-uitzending van werken van letterkunde of kunst, de tentoonstelling van een kunstwerk en het bouwen van een bouwwerk vormen geen publikatie. — definitie gepubliceerde werken (art. 3 lid 3 BC)
4. Voor de toepassing van deze Conventie wordt elk werk, dat binnen dertig dagen na zijn eerste publikatie in twee of meer landen verschenen is, beschouwd als gelijktijdig in verscheidene landen gepubliceerd. — definitie gelijktijdigheid (art. 3 lid 4 BC)
5. Voor de toepassing van deze Conventie worden auteurs die geen onderdaan zijn van een van de landen van de Unie doch die hun gewone verblijfplaats in een van deze landen hebben, gelijkgesteld met onderdanen van dat land. — gelijkstelling niet-Unie-auteurs (art. 3 lid 2 BC)

Artikel 3
Materieel en formeel toepassingsgebied

1. Deze Conventie is van toepassing op de bescherming van de rechten der auteurs op hun werken van letterkunde en kunst. — materieel gebied (art. 1 BC)
2. Deze Conventie is van toepassing op de bescherming, in de landen van de Unie, van de rechten van — formeel gebied (art. 3 lid 1 en art. 4 lid 1 BC)
   a. auteurs die onderdaan zijn van een van de landen van de Unie, voor hun al dan niet gepubliceerde werken;
   b. auteurs die geen onderdaan zijn van een van de landen van de Unie, voor de werken die zij voor het eerst publiceren in een van deze landen of gelijktijdig in een land dat geen lid van de Unie is en in een land van de Unie;
   c. auteurs van cinematografische werken waarvan de producent zijn zetel of zijn gewone verblijfplaats in een van de landen van de Unie heeft;
   d. auteurs van bouwwerken die gebouwd zijn in een land van de Unie of auteurs van werken van grafische en plastische kunst die één geheel vormen met een gebouw gelegen in een land van de Unie.

Artikel 4
Non-discriminatie

Binnen het toepassingsgebied van deze Conventie is elke discriminatie op grond van nationaliteit of land van oorsprong verboden, behoudens ingevolge de door deze Conventie uitdrukkelijk toegelaten uitzonderingen. — non-discriminatie (art. 5 lid 1 BC)

Artikel 5
Toepasselijk recht

1. De bescherming van de rechten der auteurs op hun werken van letterkunde en kunst wordt beheerst — lex loci protectionis en eenvormig recht (art. 5 lid 1 BC)
   a. door uitsluitend het recht van het Unieland voor welks grondgebied deze bescherming wordt ingeroepen, alsmede
   b. door de bepalingen in hoofdstuk II van deze Conventie.
2. De bepalingen in hoofdstuk II van deze Conventie prevaleren boven het op grond van het eerste lid onder (a) toepasselijke recht. Zij beletten evenwel niet dat een beroep wordt gedaan op een grotere mate van bescherming, die door dit recht mocht zijn voorgeschreven. — samenloop (art. 19 BC)
3. Onverminderd het tweede lid, bepaalt het op grond van het eerste lid onder (a) toepasselijke recht in het bijzonder: — verwijzingscat. (vgl. art. 5 lid 1 BC)
   a. welke voortbrengselen op het gebied van letterkunde, wetenschap en kunst als "werken van letterkunde en kunst" worden beschermd;
   b. ten gunste van wie de rechten ontstaan;
   c. het ontstaan, de omvang en het einde van de rechten; en
   d. de rechtsmiddelen die de auteur worden gewaarborgd ter handhaving van zijn rechten.
4. In het eerste lid onder (a) wordt onder "recht" verstaan het in een land van de Unie geldende recht, met uitsluiting van regels van conflictenrecht. — Sachnormverw.
5. De toepassing van het door het eerste lid onder (a) aangewezen recht kan slechts worden geweigerd voor zover deze toepassing klaarblijkelijk onverenigbaar zou zijn met de openbare orde. — openbare orde
6. De toepassing van het in het eerste lid onder (a) bedoelde recht van het land voor welks grondgebied de bescherming wordt ingeroepen, is voorbehouden aan de autoriteiten van dit land voor zover het gaat om bepalingen van publiekrechtelijke aard. — publiekrecht

Artikel 6
Bescherming in het land van oorsprong

Op de bescherming van de rechten der auteurs op hun werken van letterkunde en kunst in het land van oorsprong zijn artikel 5 lid 1 onder (b), artikel 5 lid 2, en de bepalingen in hoofdstuk II niet van toepassing. — land van oorsprong (art. 5 lid 3 BC)

Artikel 7
Retorsie tegen niet-Unielanden

(tekst van artikel 6 van de Berner Conventie) — retorsie (art. 6 BC)

HOOFDSTUK II – EENVORMIG RECHT

Artikel 8
Formaliteitenverbod

De bescherming krachtens artikel 5 is aan geen enkele formaliteit onderworpen. — formaliteiten-verbod (art. 5 lid 2 BC)

Artikel 9
Rechtsopvolgers

De bescherming krachtens artikel 5 bestaat ten gunste van de auteur en van zijn rechtsopvolgers. — rechtsopvolgers (art. 2 lid 6 BC)

Artikel 10
Beschermde werken

1. Als werken van letterkunde en kunst worden in ieder geval beschermd: boeken, brochures en andere geschriften; voordrachten, toespraken, preken en andere werken van dien aard; toneelwerken of dramatisch-muzikale werken; choreografische werken en pantomimes; muzikale composities met of zonder woorden; cinematografische werken, waarmee volgens een soortgelijke werkwijze uitgedrukte werken worden gelijkgesteld; werken van teken-, schilder-, bouw-, beeldhouw-, graveer- en lithografeerkunst; fotografische werken, waarmee volgens een soortgelijke werkwijze uitgedrukte werken worden gelijkgesteld; werken van toegepaste kunst; illustraties en aardrijkskundige kaarten; tekeningen, schetsen en plastische werken, betrekking hebbende op de aardrijkskunde, de topografie, de bouwkunde of de wetenschappen. — opsomming werken (art. 2 lid 1 BC)
2. (tekst van artikel 2 lid 2 van de Berner Conventie) — tastbare vorm
3. (tekst van artikel 2 lid 3 van de Berner Conventie) — vertalingen, enz.
4. (tekst van artikel 2 lid 4 van de Berner Conventie) — officiële teksten
5. (tekst van artikel 2 lid 5 van de Berner Conventie) — verzamelingen
6. (tekst van artikel 2 lid 7 van de Berner Conventie) — toegepaste kunst
7. Nieuwstijdingen of gemengde berichten die louter het karakter van persberichten dragen, zijn geen werken van letterkunde of kunst. — nieuwsberichten (art. 2 lid 8 BC)

Artikelen 11 e.v.

(artikelen 2bis, 6bis tot en met 17, en 21 Berner Conventie)

HOOFDSTUK III – ADMINISTRATIEVE BEPALINGEN

(artikelen 22 tot en met 26 van de Berner Conventie)

HOOFDSTUK IV – SLOTBEPALINGEN

(artikelen 18, 20, en 27 tot en met 38 van de Berner Conventie)

8.1.2. Herformulering van het Verdrag van Parijs

1101. ***Exclusieve bevoegdheid.*** Een soortgelijke exercitie kan worden uitgevoerd met (de recentste versie van) het Verdrag van Parijs en zijn beginsel van nationale behandeling, waardoor ook dit verdrag op een Savigniaanse leest wordt geherformuleerd. Die exercitie is vrijwel identiek aan de zojuist uitgevoerde herformulering van de Berner Conventie, en daarom blijft zij hier achterwege. Er is echter één belangrijk verschil, dat besproken moet worden. Het betreft de formele-territorialiteitscomponent van de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling. Terwijl deze component in het auteursrecht geheel verdween, is deze component in het industriële-eigendomsrecht verward met, en gereïncarneerd als exclusieve-bevoegdheidsgrond, zo hebben wij in par. 5.1.3 gezien.[50] Dit mogen wij nu niet negeren: zoals in par. 5.3.2 werd vastgesteld, is één van de voorwaarden waaronder de conversie van de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling naar een Savigniaanse verwijzingsregel kan geschieden, dat daar waar formele territorialiteit is gereïncarneerd als exclusieve-bevoegdheidsgrond, een dergelijke bevoegdheidsgrond zal moeten worden aangenomen.[51] Daarbij is het probleem, zo zagen wij ook reeds, dat de opvattingen over de reikwijdte van die exclusieve-bevoegdheidsgrond uiteen lopen. Hoe moet dit in het kader van onze herformuleringsoperatie worden vormgegeven? Wij dienen een oplossing te ontwikkelen waarmee wordt voldaan aan de genoemde conversie-voorwaarde en waardoor tegelijkertijd recht wordt gedaan aan de uiteenlopende opvattingen over de reikwijdte van de exclusieve-bevoegdheidsgrond. Bezien wij de volgende aanzet tot een oplossing van dat probleem.

1102. ***Protocol.*** Bij het Verdrag van Parijs wordt een additionele regeling – een protocol – gevoegd. In dat protocol worden de Unielanden in een aantal categorieën ingedeeld; elk land kiest zelf tot welke categorie het wenst te behoren.[52] Elke categorie vertegenwoordigt een opvatting over de reikwijdte van de exclusieve-bevoegdheidsgrond. Welke opvattingen komen daarvoor in aanmerking? Op grond van met name de ervaringen die in dit verband zijn opgedaan in het kader

50 Zie alinea's 559 tot en met 572 hiervoor.
51 Zie par. 5.3.2 onder (a)(ii).
52 Landen kunnen naderhand ook kiezen voor een andere categorie.

van de wordingsgeschiedenis van het Haags Forumkeuzeverdrag 2005, kunnen in dit verband in totaal vier belangrijke, heden ten dage levende opvattingen worden onderscheiden.[53]

1103. ***Categorieën.*** Zo kan de volgende indeling in vier categorieën worden gemaakt.

– Categorie I omvat de landen die kiezen voor volledige exclusieve bevoegdheid van de rechter van het land voor welks grondgebied de bescherming wordt ingeroepen.[54] Deze rechter is dan dus exclusief bevoegd ten aanzien van alle vragen betreffende de bescherming van het desbetreffende industriële-eigendomsrecht. De formele-territorialiteitscomponent is alsdan één-op-één gereïncarneerd in een exclusieve-bevoegdheidsgrond. Deze opvatting is in Europese ogen, die gewend zijn aan het EEX-Verdrag en de EEX-Verordening, wellicht wat ouderwets. Wat daar ook van zij, deze categorie zal toch moeten worden opgenomen omdat anders niet wordt voldaan aan de eerdergenoemde conversievoorwaarde – landen moeten immers de mogelijkheid hebben voor deze opvatting te kiezen.

– Categorie II omvat de landen die kiezen voor een beperktere exclusieve-bevoegdheidsgrond: de rechter van het land voor welks grondgebied de bescherming wordt ingeroepen, is alleen exclusief bevoegd ten aanzien van vragen van geldigheid en registratie – daarbij maakt het geen verschil of deze vragen voorwerp van de procedure zijn of dat zij bij wijze van preliminaire vraag zijn gerezen: in beide gevallen is de rechter van het land voor welks grondgebied de bescherming wordt ingeroepen, exclusief bevoegd. Dit is de benadering die volgens het Hof van Justitie EG in het EEX-Verdrag is neergelegd.[55]

– Categorie III omvat de landen die kiezen voor een nóg beperktere exclusieve-bevoegdheidsgrond: de rechter van het land voor welks grondgebied de bescherming wordt ingeroepen, is alleen exclusief bevoegd ten aanzien van

53 Tijdens de wordingsgeschiedenis van dit verdrag (dat oorspronkelijk niet alleen op de forumkeuze betrekking had, maar veel ruimer was opgezet) is uitvoerig gediscussieerd over bevoegdheidsregels voor het intellectuele-eigendomsrecht; zie de travaux préparatoires van dit verdrag, gepubliceerd op <www.hcch.net>, bijvoorbeeld het daarin opgenomen 'Report of the experts meeting on Intellectual property aspects' (Prel. Doc. 13), het 'AIPPI International Report Q153' (Prel. Doc. 14), het toelichtende rapport-Dogauchi/Hartley (Prel. Doc. 26), en het commentaar van de WIPO (Prel. Doc. 29). Zie voorts Schaafsma 2001.

54 Dit is – zo moge ondertussen duidelijk zijn – dezelfde rechter als de rechter van het land "op het grondgebied waarvan de deponering of registratie is verzocht, heeft plaatsgehad of geacht wordt te hebben plaatsgehad" als bedoeld in art. 16 onder 4 EEX-Verdrag en art. 22 onder 4 EEX-Verordening (het 'forum registrationis'). Gekozen wordt voor de formule "de rechter van het land voor welks grondgebied de bescherming wordt ingeroepen" omdat deze duidelijker en bondiger is, en omdat zij aansluit bij de geherformuleerde conflictregel van het Verdrag van Parijs (vgl. art. 5 lid 1 van het herformuleringsontwerp van de Berner Conventie).

55 HvJ EG 13 juli 2006, nr. C-4/03, *Jur.* 2006, p. I-6509; *NJ* 2008, 78 m.nt. PV (GAT/LuK), zie noot 302 van hoofdstuk 5. Merk op dat deze exclusieve-bevoegdheidsgrond zich niet alleen in inbreukprocedures, maar ook in andere procedures kan laten gelden, bijvoorbeeld in een procedure over contractuele aangelegenheden (licentievergoedingen).

vragen van geldigheid en registratie voor zover die vragen voorwerp van de procedure zijn. Deze benadering treft men aan in het Haags Forumkeuzeverdrag 2005.[56]

– Categorie IV, ten slotte, omvat de landen die exclusieve bevoegdheid volledig afzweren. Het laat zich raden dat heden ten dage weinig landen zich tot deze categorie aangetrokken zullen voelen, maar dat kan veranderen; de mogelijkheid moet worden geboden.

1104. ***Regeling exclusieve bevoegdheid.*** Door indeling in deze categorieën wordt duidelijk in hoeverre een Unieland formele territorialiteit heeft ingeruild voor exclusieve bevoegdheid. De aldus gekozen reikwijdte van de exclusieve-bevoegdheidsgrond zal door de andere Unielanden jegens dit land in acht moeten worden genomen. Anders gezegd: de andere Unielanden moeten respecteren dat wanneer de bescherming voor het desbetreffende land wordt ingeroepen, de rechter van dat land exclusief bevoegd is in de door zijn land gekozen mate. Maar andersom zal hetzelfde moeten gelden: het desbetreffende Unieland zal de gekozen reikwijdte van de exclusieve-bevoegdheidsgrond zelf ook in acht moeten nemen ten aanzien van de andere Unielanden. Anders is de kans immers vrij groot dat alle landen kiezen voor categorie I onder het motto "gij zult niet over mijn octrooien oordelen, ik wel over de uwe." De 'categorische imperatief' zal dus moeten worden meegenomen in de regeling. De regeling komt er dus kort gezegd op neer, dat wanneer het land van de aangezochte rechter en het land voor welks grondgebied de bescherming wordt ingeroepen tot verschillende categorieën behoren, de regel van de laagste categorie geldt. En wanneer de rechter van het land voor welks grondgebied de bescherming wordt ingeroepen, wordt aangezocht, is hij (uiteraard) gebonden aan de regel van de categorie waartoe zijn land behoort. Zo'n regeling kan op verschillende manieren worden vormgegeven, bijvoorbeeld als volgt:

De rechter van het land voor welks grondgebied de bescherming wordt ingeroepen, is exclusief bevoegd	exclusieve bevoegdheid
a. ten aanzien van alle vragen omtrent de bescherming van het desbetreffende industriële-eigendomsrecht, in het geval dat het land van de aangezochte rechter of het land voor welks grondgebied de bescherming wordt ingeroepen, behoort tot categorie I;	Cat. I
b. ten aanzien van vragen betreffende de geldigheid en de registratie van het desbetreffende industriële-eigendomsrecht, óók indien zij bij wijze van preliminaire vraag zijn gerezen, in het geval dat deze landen niet behoren tot categorie I, maar tenminste één van beide behoort tot categorie II;	Cat. II

56 Zie alinea 572 hiervoor. Ook hier geldt dat deze exclusieve-bevoegdheidsgrond zich ook in andere dan alleen inbreukprocedures kan laten gelden.

c. ten aanzien van vragen betreffende de geldigheid en de registratie van het desbetreffende industriële-eigendomsrecht, doch alleen voor zover zij voorwerp van de procedure zijn, in het geval dat deze landen niet behoren tot categorie I of II, maar tenminste één van beide behoort tot categorie III.	Cat. III

1105. Aldus is voldaan aan de conversie-voorwaarde.[57] De formele-territorialiteitscomponent van de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling, welke component in de loop van de twintigste eeuw werd verward met exclusieve bevoegdheid en als zodanig reïncarneerde, wordt nu dus *bewust* omgezet in exclusieve bevoegdheid – dit is de 'controlled demolition' van de formele territorialiteit.[58] Tegelijkertijd wordt recht gedaan aan de verschillende opvattingen die tegenwoordig bestaan omtrent de reikwijdte van de exclusieve-bevoegdheidsgrond.

1106. ***Uitbreidingen.*** Bij dit alles moet worden aangetekend dat met deze regeling slechts op minimale wijze is voldaan aan de conversie-voorwaarde: alleen het hoogst noodzakelijke is geregeld. Het zal evenwel duidelijk zijn dat het vrijwel onvermijdelijk is dat méér zaken worden geregeld. Zo is in de eerste plaats een complete bevoegdheidsregeling eigenlijk onontbeerlijk. Want wij hebben dan wel nu de exclusieve bevoegdheid geregeld – maar welke bevoegdheidsregels gelden buiten de exclusieve materie? Dat wil men graag weten voordat men voor categorie II of hoger kiest. En daarnaast behoeven allerlei detailkwesties regeling, bijvoorbeeld – voor categorie II en III – de vraag wat de rechter concreet moet doen wanneer de geldigheid van een vreemd industriële-eigendomsrecht aan de orde komt.[59] In de tweede plaats: waar een complete bevoegdheidsregeling wordt gecreëerd, ligt het voor de hand om ook een regeling inzake de erkenning- en tenuitvoerlegging van vreemde vonnissen te ontwerpen. De regel van categorie III prikkelt daartoe in ieder geval genoeg.[60]

57 De regeling geldt uiteraard alleen binnen het toepassingsgebied van het Verdrag van Parijs. Over de gekozen redactie kan volledigheidshalve nog worden opgemerkt (i) dat het woord "of" in de bepaling onder a 'inclusief disjunct' is gebruikt (dus: "en/of"); en (ii) dat categorie IV geen vermelding behoeft (immers, wanneer beide landen tot categorie IV behoren, doet zich geen van de in de bepaling genoemde gevallen zich voor, en is er dus geen sprake van exclusieve bevoegdheid). Deze regeling laat zich ook anders formuleren, bijvoorbeeld als volgt: "De aangezochte rechter is gebonden aan de exclusieve-bevoegdheidsgrond van de categorie waartoe zijn land behoort. Indien echter het land voor welks grondgebied de bescherming wordt ingeroepen, tot een lagergenummerde categorie behoort, is de aangezochte rechter gebonden aan de exclusieve-bevoegdheidsgrond van die categorie." Dat is korter, maar wellicht iets te cryptisch.
Ten slotte zou desgewenst een verfijning kunnen worden aangebracht door de mogelijkheid om per type industriële-eigendomsrecht een categorie te kiezen: voor het octrooirecht kiest men dan bijvoorbeeld categorie I, voor het merkenrecht categorie III.

58 Zie par. 5.1.3 onder (a). Daarmee wordt dus in feite een lang bestaande misvatting (want dat is deze reïncarnatie) bekrachtigd.

59 Terzijde: die vraag heeft het Hof van Justitie EG in het GAT/LuK-arrest onbeantwoord gelaten (HvJ EG 13 juli 2006, nr. C-4/03, *Jur.* 2006, p. I-6509; *NJ* 2008, 78 m.nt. PV (GAT/LuK); zie daarover Schaafsma 2007, p. 832-833, vgl. ook noot 302 van hoofdstuk 5). De Hoge Raad heeft die lacune vervolgens, binnen de marges van het GAT/LuK-arrest, zelfstandig ingevuld in HR 30 november 2007, *NJ* 2008, 77 m.nt. PV onder *NJ* 2008, 78 (Roche/Primus). In het kader van de hier te ontwerpen regeling is men aan die invulling natuurlijk niet gebonden, er kan dus vrijelijk worden nagedacht over de beste oplossing.

60 Vgl. bijvoorbeeld art. 10 Haags Forumkeuzeverdrag 2005.

1107. Kortom: wanneer men eenmaal een regeling voor de exclusieve bevoegdheid heeft opgesteld ter vervulling van de conversie-voorwaarde, ontkomt men eigenlijk niet aan een regeling van het *gehele* bevoegdheidsrecht op dit terrein, en ligt ook al snel een regeling van het gehele formele internationaal privaatrecht in het verschiet. Het protocol wordt dan aanzienlijk uitgebouwd.

1108. ***Optionele uitbreidingen.*** Daarnaast kan de regeling nóg verder worden uitgebreid. Zo zouden eisen kunnen worden gesteld aan toelating tot een hogere categorie, bijvoorbeeld eisen aan wetgeving, of aan de onafhankelijkheid en deskundigheid van de rechterlijke macht. Immers, de keuze voor een bepaalde categorie wordt grotendeels bepaald door het vertrouwen in een vreemd rechtsstelsel en de vreemde rechterlijke macht. Dergelijke uitbreidingen zijn op zichzelf niet noodzakelijk, maar zij dragen er wel toe bij dat landen voor hogere categorieën (durven te) kiezen.

1109. Zo opent zich al met al, dunkt mij, een aantal interessante perspectieven voor de verdere uitbouw en ontwikkeling van het Verdrag van Parijs. De zojuist genoemde uitbreidingen – een regeling inzake de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van vreemde vonnissen, toelatingseisen enz. – worden hier niet verder uitgewerkt. Dat alles valt immers buiten het bestek van de herformulering van het geldende recht alsook buiten het bestek van deze studie.

1110. ***Conclusie.*** Daarmee kan het onderzoek naar het geldende recht worden afgerond. Wij hebben het geldende recht geanalyseerd, verklaard en ten slotte vertaald naar de hedendaagse denkwereld.

8.2. Wenselijk recht

1111. ***Inleiding.*** Tot nu toe is in deze studie het geldende recht op het snijvlak van het conflictenrecht en het intellectuele-eigendomsrecht onderzocht. Centraal stond daarbij het vrijwel wereldwijd geldende beginsel van nationale behandeling in de Berner Conventie en in het Verdrag van Parijs: de wordingsgeschiedenis van dit beginsel is onderzocht, de conflictregel in dit beginsel is geanalyseerd, en die conflictregel is vertaald in een Savigniaanse verwijzingsregel. Dit alles heeft zich afgespeeld in het domein van het *geldende* recht. De vraag naar het *wenselijke* recht – wat is de beste conflictregel voor het intellectuele-eigendomsrecht? – is nog niet aan de orde geweest. Die vraag wordt in de onderhavige paragraaf behandeld. Zij krijgt dus relatief weinig ruimte in deze studie. De reden daarvan is reeds in de Inleiding uiteengezet: het debat over het onderhavige onderwerp wordt naar mijn idee thans het beste gediend met een studie die tracht het geldende recht te verklaren; bovendien ontbeert een debat over wenselijk recht vaste grond onder de voeten zolang het geldende recht niet is opgehelderd.[61]

61 Zie alinea 9 hiervoor.

1112. Daar komt nog bij, zo kunnen wij na het onderzoek van het geldende recht vaststellen, dat de vraag naar het wenselijke recht in zekere zin ook wat minder interessant is dan de vraag naar het geldende recht. In de eerste plaats is zij in intellectueel opzicht minder interessant: de intellectuele uitdaging om het raadsel van de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling op te lossen is m.i. veel groter dan het ontwerpen van een nieuwe conflictregel. In de tweede plaats is de vraag naar wenselijk recht minder interessant omdat de vervulling van eventuele wensen moeizaam zal zijn. Dat geldt zeker voor de Berner Conventie en het Verdrag van Parijs. De kans dat deze verdragen, waarbij zo veel landen zijn aangesloten, binnen afzienbare tijd überhaupt kunnen worden gewijzigd, is miniem.

1113. Dat alles mag ons er echter niet van weerhouden om na te denken over wenselijk recht. Een verkenning in het domein van het wenselijk recht is zeker nuttig voor de gedachtevorming, voor het debat, of alleen maar om te weten of wij tevreden dan wel ontevreden moeten zijn met de conflictregel die in de Berner Conventie en het Verdrag van Parijs ligt verankerd. Kortom, zonder een verkenning in het domein van het wenselijke recht zou deze studie niet compleet zijn. In deze par. 8.2. schets ik daarom mijn gedachten hieromtrent.

1114. In par. 8.2.1 wordt het in mijn ogen wenselijke conflictenrecht behandeld, in par. 8.2.2 het in mijn ogen wenselijke vreemdelingenrecht.

8.2.1. Conflictenrecht

1115. ***Plan van behandeling.*** Beginnen wij met het conflictenrecht. Wat is de beste conflictregel voor het intellectuele-eigendomsrecht? De zoektocht naar de beste conflictregel voor het intellectuele-eigendomsrecht wordt vanuit verschillende invalshoeken opgebouwd.[62] Eerst wordt onderzocht wat de aangewezen conflictregel is vanuit het oogpunt van het conflictenrecht zelf (par. (a)), en daarna wordt vanuit een rechtspolitieke invalshoek onderzocht wat de meest wenselijke conflictregel is (par. (b)). Tezamen genomen volgt daaruit wat de beste conflictregel voor het intellectuele-eigendomsrecht is. Dat resultaat wordt vervolgens getoetst vanuit een drietal andere invalshoeken, namelijk vanuit het oogpunt van de toenemende mondialisering en internet (par. (c)), vanuit het oogpunt van de werkbaarheid in de praktijk (par. (d)), en ten slotte komt de vraag aan de orde of 'Zersplitterung' ofwel dépeçage wenselijk is (par. (e)). Tot besluit wordt de conflictenrechtelijke zoektocht kort samengevat (par. (f)).

62 Voor de goede orde: deze zoektocht is beperkt tot het 'privaatrechtelijke' intellectuele-eigendomsrecht; de bepalingen van publiekrechtelijke aard – strafrecht en bestuursrecht – blijven hier buiten beschouwing.

a. Eerste invalshoek: het conflictenrecht zelf

1116. ***Inleiding.*** De eerste te bespreken invalshoek is, als gezegd, die van het conflictenrecht zelf. De vraag is dan dus: wat is volgens het gangbare hedendaagse conflictenrecht de beste conflictregel voor het intellectuele-eigendomsrecht?[63]

(i) Het Savigniaans-conflictenrechtelijke model

1117. ***Savigniaans model.*** Onderzoeken wij eerst welke conflictregel wordt gevonden volgens het Savigniaanse conflictenrechtelijke model zoals dat tegenwoordig alom is aanvaard.[64] Premisse is dan dat het intellectuele-eigendomsrecht zuiver privaatrecht is, waarvoor (dus) het Savigniaanse model geldt.[65]

1118. Wij gaan nu dus anders te werk dan in par. 5.3: toen zochten wij naar het Savigniaanse equivalent van een gegeven, statutistische conflictregel; thans converteren wij niet een *gegeven* regel, maar ontwerpen wij een *nieuwe* regel – een Savigniaanse meerzijdige conflictregel, een verwijzingsregel die neutraal, indirect en abstract is.[66] Wij beginnen dus met een schone lei, en stellen ons de vraag wat volgens het Savigniaanse model de meest geëigende conflictregel voor het intellectuele-eigendomsrecht is.[67] Het antwoord moet worden gevonden aan de hand van de Sitz-formule van Von Savigny. Bij de Savigniaans-conflictenrechtelijke rechtsvinding gaat het er immers om "dass bei jedem Rechtsverhältniss dasjenige Rechtsgebiet aufgesucht werde, welchem dieses Rechtsverhältniss seiner eigenthümlichen Natur nach angehört oder unterworfen ist (worin dasselbe seinen Sitz hat)."[68] Moderner geformuleerd: de aanknopingsfactor van de op te stellen verwijzingsregel dient zo te worden bepaald dat hij, gezien de aard van de rechtsverhouding, in het normaal-typische geval leidt tot toepassing van het rechtsstelsel van het land dat het nauwst bij de rechtsverhouding is betrokken.[69]

1119. ***Aard van het intellectuele-eigendomsrecht.*** Bezien wij daartoe eerst de aard van de intellectuele-eigendomsrechten nader. Wat *is* een intellectuele-eigendomsrecht? Welnu, een intellectuele-eigendomsrecht is in essentie een alleenrecht, een monopolie, een exclusiviteitsrecht.[70] De rechthebbende heeft het uitsluitend recht om bepaalde handelingen te verrichten ten aanzien van het beschermde object: de auteur heeft het uitsluitend recht om zijn werk openbaar te

---

63 Niet gangbare conflictenrechtelijke modellen, zoals bijvoorbeeld het facultatieve conflictenrecht, blijven buiten beschouwing. Het neostatutistische conflictenrecht komt zijdelings aan de orde in par. (ii) (zie over neostatutistische conflictenrecht onder meer Strikwerda 1978, p. 140 e.v.; Schaafsma 1994, p. 56-70).

64 Vgl. ook alinea 497 hiervoor.

65 Op die premisse valt wel iets af te dingen, maar dat komt hierna in par. 8.2.1 onder (a)(ii) aan de orde.

66 Zie Strikwerda 2008 (*Inleiding*), p. 29 e.v.

67 Interessant zijn in dit verband de uitvoerige bespiegelingen van Raynard 1990, p. 219-411.

68 Von Savigny 1849, p. 108. Zie par. 5.1.2 onder (b).

69 Zie Strikwerda 2008 (*Inleiding*), p. 35 e.v.

70 Vgl. ook alinea 1033 hiervoor. Ook de morele rechten zijn in essentie alleenrechten, hoogstpersoonlijke alleenrechten. Het volgrecht is een afwijkend recht: het is geen alleenrecht. Het volgrecht blijft hier buiten beschouwing.

maken en te verveelvoudigen; de octrooihouder heeft het uitsluitend recht om het geoctrooieerde te vervaardigen, te gebruiken, in het verkeer te brengen, enz. Intellectuele-eigendomsrechten zijn dus alleenrechten, zij zijn geen persoonlijkheidsrechten of eigendomsrechten. De ingesleten benaming 'intellectuele-eigendomsrechten' is dan ook misleidend.[71] Men zou een andere benaming moeten gebruiken, bijvoorbeeld 'intellectuele-exclusiviteitsrechten'.[72] Hoe dan ook, het gaat dus om alleenrechten, monopolies, exclusiviteitsrechten. En deze alleenrechten kan men ook 'verbodsrechten' noemen. De auteur, octrooihouder, enz. kan immers anderen verbieden om de voorbehouden handelingen te verrichten ten aanzien van het beschermde object. Nog steeds juist is derhalve de volgende constatering van Von Bar anno 1889 (door hemzelf "unbestreitbar" genoemd):

> "Das sg. Urheberrecht oder geistige Eigenthum ist daher im Wesentlichen ein Verbietungsrecht, eine Beschränkung der allgemeinen Freiheit zu Gunsten des Urhebers, und daran ändert auch nichts der Umstand, dass man diese Beschränkung der allgemeinen Freiheit als etwas Natürliches, Selbstverständliches betrachtet oder zu betrachten angefangen hat, und ebensowenig der Umstand, dass auf dem Hintergrunde der allgemeinen Beschränkung der Freiheit die allein übrig gebliebene Freiheit des Urhebers, seine Leistung in bestimmter Weise zu benutzen, nunmehr die charakteristischen Züge eines Privatrechtes annimmt, welches vererblich, veräusserlich wird, und was die Hauptsache ist, einen bedeutenden Vermögenswerth erhalten kann; (…)."[73]

1120. ***Territorialiteit intellectuele-eigendomsrechten.*** Intellectuele-eigendomsrechten zijn in hun gelding, zo is in hoofdstuk 5 reeds aan de orde gekomen, territoriaal begrensd.[74] Zoals het Bundesgerichtshof het treffend verwoordde: intellectuele-eigendomsrechten zijn rechten die "in ihrer Geltung räumlich auf das Territorium des Staates begrenzt sind, der sie individuell verleiht oder under bestimmten Voraussetzungen generell anerkannt."[75] Deze territorialiteit – territorialiteit van het geldingsbereik – is het gevolg van (volkenrechtelijke) soevereiniteit. In onze wereld, die is geordend in soevereine staten, heeft een wetgever niet de bevoegdheid om een alleenrecht te vestigen voor het grondgebied van een andere staat. Dat zou een volkenrechtelijk 'ultra vires' opleveren. Vanuit het intellectuele-eigen-

---

71 Die benaming lijkt te kunnen worden teruggevoerd op politieke machinaties in de tijd van de Franse Revolutie, tijd waarin privileges en monopolies radicaal werden afgeschaft. Ook auteursrechten, octrooirechten enz. liepen dus gevaar, want zij zijn ook privileges, monopolies. Om hen te behoeden voor afschaffing, hebben hun voorstanders er het etiket 'eigendomsrecht' op geplakt – zo werden zij gespaard, sterker nog: zo kon hun bescherming zelfs nog worden uitgebreid. Vgl. onder meer Gerbrandy 1946, p. 2-3; M. Plaisant 1949, p. 6; Den Hertog 1976, p. 31-32. Vgl. ook Boucher 1932, p. 36-37; Ladas 1975, p. 1-3. Ook in later tijden is het etiket 'eigendomsrecht' gebruikt om bescherming uit te breiden. Vooral voor het auteursrecht zijn grote woorden gebruikt om bescherming uit te breiden. Het spreekt voor zich dat men bij de conflictenrechtelijke rechtsvinding daar doorheen moet kijken.

72 Het pleidooi voor een nieuwe naam is zeker niet nieuw, zie bijvoorbeeld reeds Foelix 1844, p. 764 (voorstel: 'protection légale contre la contrefaçon'). Vooral Picard wordt in dit verband genoemd; hij stelde de naam 'intellectuele rechten' ('droits intellectuels') voor, zie Picard 1883, p. 584. In deze studie is om redenen van duidelijkheid gekozen voor de traditionele benaming 'intellectuele-eigendomsrechten'.

73 Von Bar 1889, Bd. II, p. 234-235. Zie ook noot 76 van dit hoofdstuk 8.

74 Zie par. 5.3.3 onder (b)(iii).

75 BGH 16 juni 1994, *GRUR Int.* 1994, p. 1044-1046 (Folgerecht bei Auslandsbezug). Vgl. ook in de context van de naburige rechten HvJ EG 14 juli 2005, nr. C-192/04, *Jur.* 2005, p. I-7199; *NJ* 2006, 467 (Lagardère), r.o. 46.

domsrecht bezien ligt er dus een raster van territorialiteit over de wereld. En omdat wetgevingen nu eenmaal verschillen, is het heel goed denkbaar dat voor bijvoorbeeld één en dezelfde uitvinding in het ene land wél, en in het andere land geen monopolie wordt gevestigd. Tegelijkertijd kan volledigheidshalve worden opgemerkt dat met deze territorialiteit – de door het volkenrecht opgelegde territoriale beperking van de wetgevende macht – op zichzelf nog niet is gezegd dat de *conflictregel* noodzakelijkerwijs óók territoriaal geaard moet zijn.

1121. ***Sitz.*** Naar die conflictregel gaan wij nu op zoek. Daarvoor keren wij terug naar de Sitz-formule. Wat is de "Rechtsverhältniss" die ergens moet worden thuisgebracht? Welnu, dat is de rechtsverhouding tussen degene die bepaalde behandelingen wél mag verrichten, en degene die dat niet mag. In welk "Rechtsgebiet" hoort die rechtsverhouding "seiner eigenthümlichen Natur nach" thuis? Welk land is het nauwst bij die rechtsverhouding betrokken? Het onvermijdelijke antwoord is: het land waar deze exclusiviteit heerst.[76] Dus: het land waar het desbetreffende alleenrecht geldt. Anders gezegd: het land voor welks grondgebied de bescherming wordt ingeroepen. De aanknopingsfactor is dus de locus protectionis, beter gezegd: het territorium protectionis.[77] Toepassing van het Savigniaans-conflictenrechtelijke rechtsvindingsprocédé leidt dus tot de lex loci protectionis-verwijzingsregel.[78] Dat geldt zowel voor het industriële-eigendomsrecht als voor het auteursrecht.

---

76 Men kan zich dat concreet voorstellen door de rechtsverhouding te concretiseren als de rechtsverhouding tussen de rechthebbende en degene die een voorbehouden handeling heeft verricht. Het nauwst bij die rechtsverhouding betrokken land, is dan dus het land waar de voorbehouden handeling is verricht. Dat is dus het land waar het desbetreffende alleenrecht geldt – ziedaar de lex loci protectionis-verwijzing. Vgl. Von Bar 1889, Bd. II, p. 235-236: "Aus der Natur des Verbietungsrechts, welches sich gegen die sonst bestehende allgemeine Freiheit richtet, folgt der Hauptgrundsatz, welcher in internationaler Beziehung das gesammte Gebiet beherrschen muss: Der Autor, Erfinder, überhaupt Derjenige, welcher irgend eines der sg. immateriellen Rechte aus seiner Person (oder der seines Rechtsvorgängers) geltend macht, kann dies nur unter denjenigen Voraussetzungen und mit denjenigen Wirkungen, welche bestimmt sind, durch die Gesetzgebung desjenigen Landes, in welchem die gegen sein Verbietungsrecht verstossende Handlung begangen wird." Deze concretisering dient ter verduidelijking, maar men dient voor ogen te houden dat het uiteindelijk gaat om het exclusiviteits*gebied*. Zoals Troller 1952, p. 61-62 heeft opgemerkt: "Die Immaterialgüterrechte sind auch nicht innerhalb des Staatsgebietes auf einen bestimmten geographischen Punkt bezogen (…). Das Verbot betrifft die potentiell überall gegenwärtige Idee, deren Materialisation für das ganze Gebiet Unbefugten verwehrt wird."

77 Over de term 'territorium protectionis', zie noot 501 van hoofdstuk 5, alsook par. 5.3.3 onder (b)(ii). Er zijn vele andere aanknopingsfactoren te bedenken, maar zij leiden niet tot aanwijzing van een nauwer betrokken land. Bijvoorbeeld: de nationaliteit van één der partijen bij de rechtsverhouding; de woon- of verblijfplaats van één van hen; de plaats van eerste publicatie van het werk of het merk; de plaats waar het werk of het merk werd gecreëerd of waar de uitvinding werd gedaan; de plaats waar de geadieerde rechter zetelt. Een bespreking van deze niet relevante aanknopingsfactoren blijft hier achterwege; zie daarover uitvoerig Raynard 1990, p. 355-411. Over de (on)waarde van veel van deze aanknopingsfactoren in ons tijdsgewricht, zie par. 8.2.1 onder (c).

78 Het moge ondertussen duidelijk zijn dat in dit rechtsvindingsprocédé de kwalificatie van intellectuele-eigendomsrechten als alleenrechten van cruciaal belang is. Wie intellectuele-eigendomsrechten bijvoorbeeld kwalificeert als persoonlijkheidsrechten, zal op conflictenrechtelijk vlak immers al gauw bij een verwijzing naar het nationale recht van de schepper uitkomen; en wie hen kwalificeert als eigendomsrechten, komt waarschijnlijk uit bij een lex rei sitae-verwijzing. Deze kwalificaties zijn evenwel, als gezegd, onjuist. Intellectuele-eigendomsrechten zijn in de kern genomen niets anders dan alleenrechten. Anders Schack 1979, p. 43, die de kwalificatie (van een auteursrecht) als alleenrecht achterhaald vindt "da sie der schöpferischen Tätigkeit des Urhebers nicht gerecht wird."

(ii) Privaatrecht?

1122. ***Privaatrecht?*** In de voorgaande paragraaf zijn wij, als gezegd, uitgegaan van de premisse dat het intellectuele-eigendomsrecht zuiver privaatrecht is. De vraag rijst echter of het intellectuele-eigendomsrecht, vanuit conflictenrechtelijk perspectief, wel als zodanig mag worden gekwalificeerd. Het intellectuele-eigendomsrecht is, als verzameling alleenrechten, een vreemde eend in de bijt van het privaatrecht. Het laat zich niet goed in het systeem van het privaatrecht onderbrengen – de doctrine heeft daar dan ook lange tijd mee geworsteld. Naar huidige opvattingen vormen intellectuele-eigendomsrechten een aparte categorie vermogensrechten. De oorzaak van die moeizame inpasbaarheid is dat intellectuele-eigendomsrechten in feite hybridische rechtsfiguren zijn: tussen privaat- en publiekrecht in. Hun geschiedenis, zo hebben wij in Deel I gezien, maakt dat reeds duidelijk. Wij hebben ook gezien dat zij in de zone tussen privaat- en publiekrecht in de loop der tijd aanzienlijk zijn opgeschoven in privaatrechtelijke richting: in vroeger tijden werden zij als veel publiekrechtelijker ervaren dan tegenwoordig[79], thans worden zij vrijwel geheel als privaatrecht gekwalificeerd. Zij zien er uit als privaatrecht, en als zodanig ervaren wij hen tegenwoordig. Toch zitten in het genetisch materiaal van de intellectuele-eigendomsrechten semi-publiekrechtelijke sporen, alleen al omdat zij alleenrechten zijn, waarmee een rechtsgemeenschap de handelingsvrijheid van al haar leden tijdelijk beperkt ten gunste van één. Het publieke belang – de 'Allgemeinheit' – is dus sterk betrokken. En er zijn meer (semi-)publiekrechtelijke sporen aan te wijzen, zoals de interventie van een overheidsinstantie voor verlening, registratie of depot, de verplichting tot betaling van taksen op straffe van verval, en ook de exclusieve-bevoegdheidsgrond, die wij reeds eerder hadden ontmaskerd als een uiting van controlebehoefte van het publiek belang.[80]

1123. Het intellectuele-eigendomsrecht drukt daarmee – veel sterker dan zuiver privaatrecht – een bepaalde politiek-economische ordening van belangen uit, alsmede bepaalde culturele opvattingen, dit alles tezamen leidende tot een bepaalde regulering van het publieke domein. Dit geldt niet alleen voor het industriële-eigendomsrecht, het geldt evenzeer voor het auteursrecht. Intellectuele-eigendomsrechten zijn dus private rechten met een zekere semi-publiekrechtelijke inslag. Dat hybridische karakter zien wij ook, wereldwijd erkend, terug in de preambule van de TRIPs-Overeenkomst:

> "Recognizing that intellectual property rights are private rights;
> Recognizing the underlying public policy objectives of national systems for the protection of intellectual property, including developmental and technological objectives;"

1124. Dat hybridische karakter, en die semi-publiekrechtelijke inslag, kan men niet zo maar terzijde stellen. Ook daarmee zal rekening moeten worden gehouden.

---

79 Zie par. 5.1.3 onder (a).
80 Zie alinea's 566 e.v. hiervoor.

Dit kan worden bereikt door de toepassing van de lex loci protectionis-verwijzing exclusief te maken.[81] Daarmee wordt enerzijds recht gedaan aan hun overwegend privaatrechtelijke karakter – voor hen als "private rights" geldt het Savigniaanse model, dat uitkomt op de lex loci protectionis-verwijzing. Anderzijds wordt rekening gehouden met hun semi-publiekrechtelijke inslag, met hun "underlying public policy objectives", die de lex loci protectionis-verwijzing als *enige* conflictregel tolereren. Zo wordt recht gedaan aan het hybridische karakter van intellectuele-eigendomsrechten.

1125. ***Conclusie.*** De conclusie is derhalve dat, vanuit de invalshoek van het conflictenrecht bezien, de beste conflictregel voor het intellectuele-eigendomsrecht de exclusieve lex loci protectionis-verwijzing is: de lex loci protectionis is van toepassing en daarop mogen geen 'Auflockerung'-uitzonderingen worden gemaakt, zoals de rechtskeuze, de rechtsgevolgen-uitzondering, de accessoire aanknoping, de proper law-exceptie en de algemene-exceptieclausule. Daarbij kan nog worden aangetekend dat dit de beste conflictregel is vanuit de invalshoek van het *hedendaagse* conflictenrecht. Denkbaar is dat, in de toekomst, het intellectuele-eigendomsrecht in de zone tussen privaatrecht en publiekrecht nog verder opschuift in zuiver-privaatrechtelijke richting en de semi-publiekrechtelijke inslag navenant minder sterk wordt, waardoor ruimte zou kunnen ontstaan voor bijvoorbeeld een rechtskeuzemogelijkheid.

b. Tweede invalshoek: een rechtspolitieke keuze

1126. ***Inleiding.*** Een tweede mogelijke invalshoek bij de beantwoording van de vraag wat de beste conflictregel voor het intellectuele-eigendomsrecht is, is een rechtspolitieke invalshoek. De vraag is dan dus: wat is, rechtspolitiek gezien, de meest wenselijke conflictregel voor het intellectuele-eigendomsrecht?[82] Wat is de

---

81 Men kan zich zelfs afvragen of het intellectuele-eigendomsrecht niet moet worden ondergebracht in de categorie der voorrangsregels, 'règles d'application immédiate' (over voorrangsregels, zie met name Strikwerda 1978 en Strikwerda 2008 (*Inleiding*), p. 63-69). Gaat het hier in feite niet om semi-publiekrechtelijke regelingen die op grond van hun inhoud en functie binnen hun geldingsgebied exclusief van toepassing willen zijn, zoals bijvoorbeeld kartelwetgeving? (Opmerkelijk: kartelwetgeving keert zich tegen monopolieposities; intellectuele-eigendomswetgeving creëert juist monopolieposities). Die kwalificatie zou naadloos passen in de lijn van de geschiedenis: niet zonder reden heeft formele territorialiteit zo lang stand gehouden in het intellectuele-eigendomsrecht (zie par. 5.1.3; over formele territorialiteit en voorrangsregels, zie Strikwerda 2008 (*Inleiding*), p. 64). Zo zou de cirkel weer rond zijn: de oude pre-Savigniaans-statutistische conflictregel van weleer, zou dan zijn vervangen door een neostatutistische conflictregel (vgl. Strikwerda 2008 (*Inleiding*), p. 66). Die kwalificatie wordt hier evenwel niet verder uitgewerkt; zij lijkt tegenwoordig niet goed houdbaar, en zal de meesten dan ook te ver gaan (zie evenwel, anno 1945, bijvoorbeeld R. Plaisant 1945, p. 151, die het intellectuele-eigendomsrecht kwalificeert als "impérative et d'ordre public."). Aangenomen mag worden dat het intellectuele-eigendomsrecht thans een te hoog gehalte privaatrecht heeft, en ook te zeer als privaatrecht wordt ervaren om heden ten dage nog als verzameling voorrangsregels te kunnen worden gekwalificeerd (zo is het alleenrecht verhandelbaar en vererfbaar, is de handhaving van het alleenrecht 'geprivatiseerd' (dat wil zeggen: ligt in handen van de rechthebbende zelf), enz.; ziedaar grote verschillen met bijvoorbeeld kartelwetgeving, dat veel publiekrechtelijker getint is).

82 De rechtspolitieke zoektocht concentreert zich (uiteraard) op een objectieve verwijzingsregel. Partijautonomie is immers, afgezien van de vraag of zij wenselijk is, niet meer dan een verlegenheidsoplossing die niet zonder objectieve verwijzingsregel kan fungeren (vgl. ook Strikwerda 2008 (*Inleiding*), p. 39-40): bij gebreke van overeenstemming moet er immers een objectieve verwijzingsregel voor handen zijn. In de praktijk van het intellectuele-eigendomsrecht is gebrek aan overeenstemming over het toepasselijk recht waarschijnlijk eerder hoofdregel dan uitzondering. Over rechtskeuze, zie ook noot 90 van dit hoofdstuk 8.

rechtvaardigste conflictregel? Welke belangen moeten de doorslag geven bij het opstellen van een conflictregel? Met die invalshoek wordt het Savigniaanse uitgangspunt dat moet worden gestreefd naar een neutrale, indirecte en abstracte verwijzingsregel, dus verlaten. Toch is het nuttig om ook de rechtspolitieke invalshoek te verkennen, alleen al omdat zo'n verkenning allerlei vaak verborgen motieven blootlegt.

1127. Het rechtspolitieke vlak betredend kan men twee kanten uit: ofwel men kiest partij voor de belangen van een der partijen, dus de belangen van de rechthebbende dan wel die van de 'Allgemeinheit' (par. (ii)); ofwel men meent dat deze belangenafweging is voorbehouden aan iedere rechtsgemeenschap zelf (par. (i)).

(i) Keuze voor lokale autonomie

1128. ***Lokale autonomie.*** Mijn voorkeur gaat uit naar de laatstgenoemde opvatting. Intellectuele-eigendomsrechten zijn exclusiviteitsrechten, en in de vormgeving van die exclusiviteit ligt een bepaalde afweging besloten van de belangen van de rechthebbende enerzijds en de 'Allgemeinheit' anderzijds. Aan die belangenafweging liggen bepaalde doel- en waardevoorstellingen ten grondslag. Intellectuele-eigendomsrechten zijn, veel sterker dan 'gewoon' privaatrecht, de resultante van politieke, economische en culturele opvattingen. Die opvattingen en hun onderlinge afweging verschillen in tijd[83], zij verschillen per intellectuele-eigendomsrecht[84], en zij verschillen per rechtsgemeenschap. Weliswaar zijn de verschillen tussen de rechtsgemeenschappen in de loop der tijd kleiner geworden – met name onder invloed van het eenvormige recht van de Berner Conventie en het Verdrag van Parijs –, verdwenen zijn zij zeker niet. Zo houden ontwikkelingslanden bijvoorbeeld doorgaans een lager beschermingsniveau aan dan landen met een grote en/of hoogwaardige productie van intellectuele voortbrengselen. De achterliggende gedachte is dat dit hun ontwikkeling ten goede komt: een lager beschermingsniveau betekent goedkopere productie, meer namaak, maar ook een gemakkelijkere en/of goedkopere verspreiding van kennis, informatie, medicijnen, enz. Landen met een grote en/of hoogwaardige productie van intellectuele voortbrengselen hebben daarentegen belang bij een hoger beschermingsniveau.[85] Zo is het nu, en zo was het vroeger. Nederland koos in de negentiende eeuw bijvoorbeeld bewust voor een laag beschermingsniveau – de Nederlandse industrie profiteerde daar van[86] –, terwijl Frankrijk met zijn grote en hoogwaardige productie van intellectuele voortbrengselen voor een hoog beschermingsniveau koos.

---

83 Zo speelde bijvoorbeeld bij het ontstaan van het auteursrecht in het privilege-tijdperk nog de mogelijkheid om te censureren een rol (zie alinea 42 hiervoor), thans niet meer.

84 Zo speelt bijvoorbeeld bij de 'creatieve' intellectuele-eigendomsrechten als het auteursrecht en het octrooirecht de beloning van intellectuele prestaties mede een rol, terwijl die factor bij een 'commercieel' intellectuele-eigendomsrecht als het merkenrecht nauwelijks van belang is; daar speelt het voorkomen van verwarring bij het publiek een belangrijke rol.

85 Zie in dit verband bijvoorbeeld Alexander 1993 en Brinkhof 2003.

86 Vgl. Den Hertog 1976, p. 35; Alexander 1993, p. 8; Brinkhof 2003, p. 372-373.

1129. Iedere rechtsgemeenschap kiest dus haar eigen 'exclusiviteitsbalans', en – zo meen ik – iedere rechtsgemeenschap heeft er recht op dat op haar rechtsgebied alléén haar opvattingen dienaangaande heersen. Niet alleen op wetgevend vlak, maar óók op conflictenrechtelijk vlak. De enige conflictregel die aan die norm voldoet, is – zo zal duidelijk zijn – de lex loci protectionis-verwijzing.[87]

1130. Van deze rechtspolitieke opvatting, dus de opvatting dat in ieder land uitsluitend de lokale exclusiviteitsopvattingen hebben te heersen, gingen ook de verdragsopstellers van de Berner Conventie en het Verdrag van Parijs uit. Droz, de voorzitter van de Berner conferenties van 1884-1886, verwoordde het respect voor de lokale exclusiviteitsopvattingen als volgt:

> "Chaque loi répond à un degré de culture et de science juridique aussi bien qu'à la satisfaction d'intérêts qui varient suivant les pays."
> "(…) comme personne (…) n'a le droit d'imposer sa volonté aux autres (…), une convention ne peut avoir d'autre but que de réaliser une conciliation sur un minimum de droits que chaque Etat contractant s'engage à reconnaître aux autres. Telle est la pensée qui a inspiré les auteurs de la convention de Berne (…)."[88]

1131. De lex loci protectionis-verwijzing verklaart dan ook het succes van deze verdragen. Zoals Beier op de honderdste verjaardag van het Verdrag van Parijs vaststelde, heeft deze conflictregel het mogelijk gemaakt dat "Länder aus den verschiedensten Rechtskreisen mit unterschiedlichster Sozial- und Wirtschaftsstruktur und unterschiedlichem Schutzniveau beitreten konnten."[89]

1132. Deze rechtspolitieke opvatting bevestigt dus hetgeen wij eerder vanuit de conflictenrechtelijke invalshoek hadden gevonden, namelijk: de lex loci protectionis is exclusief van toepassing.[90] Het zal duidelijk zijn dat deze opvatting neu-

---

87 Zo ook Polak 1998 (*Preadvies*), p. 101-102 jo. p. 95 en Polak (*Antwoord*), p. 60. In de negentiende eeuw zou men zeggen: de enige conflictregel die aan die norm voldoet, is het formele-territorialiteitsbeginsel. Formele territorialiteit is heden echter een gepasseerd station in het (privaatrechtelijke) intellectuele-eigendomsrecht, zij wordt terecht onwenselijk gevonden (zie par. 5.3.1), en zij blijft in dit hoofdstuk daarom buiten beschouwing.

88 Droz 1885 (*Réponse*), p. 163-164.

89 Beier 1983, p. 343.

90 De hegemonie van het land voor welks grondgebied de bescherming wordt ingeroepen, heeft nog twee aspecten.
In de eerste plaats: in deze opvatting is unificatie of harmonisatie het geëigende middel wanneer men de verschillen in opvatting tussen rechtsgemeenschappen bezwaarlijk vindt. Het staat rechtsgemeenschappen immers vrij – het is een eigen keuze – om hun exclusiviteitsopvattingen onderling af te stemmen (althans dat behoort een eigen keuze te zijn; vgl. in dit verband over de TRIPs-Overeenkomst, Alexander 1993; Brinkhof 2003, p. 372).
In de tweede plaats: consequent doorgeredeneerd is het in deze opvatting ook mogelijk dat een rechtsgemeenschap voor haar eigen rechtsgebied een andere conflictregel toepast. Immers, iedere rechtsgemeenschap is heer en meester over de intellectuele-eigendomsrechtelijke bescherming op het eigen grondgebied, en dat betekent dat iedere rechtsgemeenschap in beginsel ook de vrijheid heeft om voor de bescherming in het eigen rechtsgebied een andere conflictregel te kiezen als haar dat geraden voorkomt. Vertaald naar de gevonden lex loci protectionis-verwijzingsregel betekent dit dat deze conflictregel een 'Gesamtverweisung' zou moeten zijn: de lex loci protectionis heeft de vrijheid om door te verwijzen naar een ander rechtsstelsel. In de praktijk zal zich dat niet vaak voordoen; men pleegt immers voor het eigen grondgebied de eigen exclusiviteitsopvattingen →

traal is; zij kiest niet voor de belangen van de rechthebbende noch voor de belangen van de 'Allgemeinheit'.

(ii) Keuze voor één van de betrokkenen

1133. ***Een partijkeuze.*** Andere rechtspolitieke opvattingen zijn ook denkbaar. Men kan er ook voor kiezen om de belangen van de rechthebbende te laten prevaleren, of juist de belangen van de 'Allgemeinheit', de 'gebruikers'. Uit het voorgaande moge duidelijk zijn dat ik deze partijdige opvattingen niet deel – deze belangenafweging is m.i. immers voorbehouden aan iedere rechtsgemeenschap voor zich.

1134. ***Wiens belangen?*** Allereerst rijst de vraag wiens belangen men zwaarder laat wegen: die van de rechthebbende of die van de gebruiker? Deze keuze kan op grond van verschillende overwegingen worden gemaakt. Een overweging die m.i. in ieder geval *niet* deugdelijk is, maar geregeld *wel* – vaak onuitgesproken of onbewust – een rol speelt, is de bescherming van de zwakker geachte partij. Dat is geen deugdelijke grond omdat in de onderhavige verhouding niet valt te zeggen wie in het algemeen de zwakkere partij is. De auteursrechthebbende kan een eenzame auteur zijn, maar ook een machtige platenmaatschappij; de octrooirechthebbende kan een arme uitvinder zijn, maar ook een groot farmaceutisch concern; de merkrechthebbende kan een kleine neringdoende zijn, maar ook een softwaregigant.[91] En ook aan de gebruikerskant kan sprake zijn van sterke of van zwakke partijen. Niettemin leeft, met name in het auteursrecht, vaak nog onbewust het beeld dat de auteur de zwakkere partij is, die moet worden gesteund. Dat beeld stamt uit de negentiende eeuw en de tijd daarvoor, toen auteurs inderdaad vaak aan het kortste eind trokken; en dat beeld is in later tijden ook gebruikt om wetgevers te bewegen om het beschermingsniveau te verhogen. En zo ligt ook in conflictenrechtelijke betogen soms de (al dan niet uitgesproken) gedachte besloten dat een conflictregel op de een of andere manier ten gunste van de rechthebbende, met name de auteursrechthebbende, moet werken. Die overweging is naar mijn mening dus, als gezegd, niet deugdelijk.

---

te prefereren. Het is dus een voornamelijk theoretische aangelegenheid. Hoe dan ook, Gesamtverweisung is m.i. onwenselijk. Zij is sowieso onwenselijk voor zover voor de hierna te bespreken centrale aanknoping zou kunnen worden gekozen (zie par. (ii)). Die keuze ligt – als men al voor het eigen grondgebied een afwijkende conflictregel zou willen opstellen – het meest voor de hand, en die conflictregel is, zo komt in de volgende paragraaf aan de orde, onwenselijk. Dat zou betekenen dat Gesamtverweisung nog wel toelaatbaar is wanneer centrale aanknoping wordt geëcarteerd. Dan zou de lex loci protectionis dus nog wel kunnen doorverwijzen naar bijvoorbeeld een door partijen gekozen recht (partijautonomie), naar het recht van de geadieerde rechter (lex fori), of naar het gunstigst geachte recht (begunstigingsbeginsel) – voor alle duidelijkheid: uiteraard alléén voor wat betreft de bescherming in het eigen rechtsgebied. Het is evenwel onwaarschijnlijk dat een rechtsgemeenschap voor dergelijke doorverwijzingen zou kiezen. Maar hoe dan ook, Gesamtverweisung is m.i. überhaupt onwenselijk. Hier laten zich de tegenwoordig algemeen erkende bezwaren tegen Gesamtverweisung (renvoi) gelden; zie Strikwerda 2008 (*Inleiding*), p. 60-61. Dat betekent dat de rechtspolitieke zoektocht de *exclusieve* toepassing van de lex loci protectionis-verwijzing oplevert. Dat is dus hetzelfde resultaat als vanuit de in par. 8.2.1 onder (a) besproken conflictenrechtelijke invalshoek werd gevonden.

91 Een andere vraag is of de *daadwerkelijke scheppers* niet een zwakke partij zijn ten opzichte van hun werkgevers, uitgevers, platenmaatschappijen, enz. Die vraag speelt hier echter niet.

1135. ***Welke belangen?*** Wanneer men dan – op grond van andere overwegingen – de ene of de andere partij beschermingswaardiger vindt en kiest voor diens belangen, dan rijst de volgende vraag: om *welke* belangen gaat het?

1136. ***Belang 1: hanteerbaar en voorspelbaar.*** Een vaak aangevoerd belang is hanteerbaarheid en voorspelbaarheid. Heeft men partij gekozen voor de rechthebbende, dan luidt de gedachte dat het in diens belang is dat één rechtsstelsel van toepassing is. Dat is veel beter hanteerbaar dan de veelheid van toepasselijke rechtsstelsels die de lex loci protectionis-verwijzing meebrengt. Eén toepasselijk rechtsstelsel vergemakkelijkt voor de rechthebbende de internationale exploitatie. Carrascosa González zegt ronduit:

> "The rule of *Lex loci protectionis* is an *economically negative rule* for authors and owners of intellectual property rights: it multiplies the number of 'national laws' which have to be known and handled by the authors."[92]

1137. ***Centrale aanknoping.*** Vanuit deze gedachte begint dan een zoektocht naar een conflictregel die één rechtsstelsel toepasselijk verklaart, dus naar een centrale aanknopingsfactor. En daar komt het belang van voorspelbaarheid in het spel: de rechthebbende heeft er vanzelfsprekend belang bij dat dat ene toepasselijke rechtsstelsel voor hem goed voorspelbaar is. Dan weet hij immers altijd en overal waar hij aan toe is. Voor deze benadering wordt hierna verder de overkoepelende term 'centrale aanknoping' gebruikt.[93] Dat is dus de benadering waarbij wordt gezocht naar één toepasselijk rechtsstelsel dat voor de rechthebbende partij goed voorspelbaar is.[94] Verschillende centrale-aanknopingsvarianten zijn voorgesteld, met name in de auteursrechtelijke context. Bekend is de lex originis-verwijzing, waarbij wordt verwezen naar het recht van het land waar het werk voor het eerst is gepubliceerd (het land van oorsprong).[95] Ook denkbaar is verwijzing naar het recht van het vaderland van de auteur[96], of – een modernere variant – verwijzing naar het recht van het land waar de auteur woont.[97] Al deze aanknopingsfactoren

---

92 Carrascosa González 2004, p. 118 (cursiveringen van Carrascosa González).

93 Andere hiervoor gebruikte termen zijn bijvoorbeeld 'source country approach' en 'single law approach'.

94 Centrale aanknoping laat zich ook spiegelbeeldig denken (één rechtsstelsel dat goed voorspelbaar is voor de gebruiker; zie alinea 1138 hierna) maar dat is hoogst ongebruikelijk. In deze studie wordt met centrale aanknoping gedoeld op de benadering waarbij wordt gezocht naar één toepasselijk rechtsstelsel dat *voor de rechthebbende* goed voorspelbaar is.

95 De aanknopingsfactor is dan dus de plaats van eerste publicatie. Voor niet-gepubliceerde werken wordt dan traditioneel teruggegrepen op de nationaliteit van de auteur (vgl. art. 5 lid 4 onder c Berner Conventie). Onder de lex originis-verwijzing wordt hier ook begrepen de verwijzing naar het recht van het 'vaderland' van het werk; de aanknopingsfactor is dan de 'nationaliteit' van het werk. Dat komt vrijwel altijd op hetzelfde neer, omdat die nationaliteit vrijwel altijd wordt gedefinieerd aan de hand van de plaats van eerste publicatie. Ook de 'verkregen-rechten-theorie' van Pillet komt feitelijk neer op een lex originis-verwijzing (vgl. Pillet 1903, p. 546-550).

96 De aanknopingsfactor is dan de nationaliteit van de auteur. Volgens het Hof van Justitie EG vallen plaats van eerste publicatie en nationaliteit, ook heden ten dage, doorgaans samen, zie HvJ EG 30 juni 2005, nr. C-28/04, *Jur.* 2005, p. I-5781 (Tod's/Heyraud), r.o. 24-26 (zie alinea 48 hiervoor).

97 De aanknopingsfactor is dan de woonplaats van de auteur (kortheidshalve wordt hier verder alleen over woonplaats gesproken; men denke evenwel ook aan verblijfplaats en vestigingsplaats). Ook is wel voorgesteld om te verwijzen naar de woonplaats van de schepper (zie noot 206 van dit hoofdstuk 8).

zijn voor de rechthebbende goed voorspelbaar – en ingeval van aanknoping aan zijn nationaliteit of woonplaats krijgt de rechthebbende bovendien zelfs altijd en overal zijn eigen, vertrouwde recht.[98]

1138. ***Gebruiker.*** Omgekeerd – wanneer men partij heeft gekozen voor de gebruiker – geldt natuurlijk dat de gebruiker er belang bij heeft dat al zijn intellectueleeigendomsrechtelijk relevante handelingen worden beoordeeld aan de hand van één voor hem voorspelbaar rechtsstelsel. Men denke aan zijn nationale recht of het recht van zijn woonplaats. Deze gebruikersvriendelijke oplossingen zijn bij mijn weten echter nog nooit voorgesteld.[99]

1139. ***Problemen.*** Maar welke partij men ook kiest, een knagend probleem is dat verbetering van de hanteerbaarheid en voorspelbaarheid voor de ene partij betekent dat de hanteerbaarheid en voorspelbaarheid voor de andere partij drastisch afneemt. Als de hanteerbaarheid en voorspelbaarheid voor de rechthebbende bijvoorbeeld wordt veiliggesteld met toepasselijkheid van de lex originis, dan zal de gebruiker – zeker in een geïnternationaliseerde wereld – zich geconfronteerd weten met een veelheid van verschillende rechtsstelsels. Hij weet niet meer waar hij aan toe is. Voor de 'Allgemeinheit' wordt de zaak onhanteerbaar en onvoorspelbaar. Het omgekeerde geldt ook: als men bijvoorbeeld de nationale wet van de gebruiker tot toepasselijke wet verheft, wordt de zaak voor de rechthebbende onhanteerbaar en onvoorspelbaar. Nu kan men daar schouderophalend aan voorbijgaan onder het motto: voor de belangen van de andere partij heb ik nu eenmaal niet gekozen. Maar het blijft natuurlijk wel knagen, het evenwicht is zoek.[100]

1140. ***Belang 2: beschermingsniveau.*** Een ander probleem is dat deze benadering haaks kan komen te staan op een ander belang van de uitverkoren partij, namelijk het belang bij een hoog of juist een laag beschermingsniveau. Beperken wij ons tot de partijkeuze voor de auteursrechthebbende, die vanzelfsprekend belang heeft bij een hoog beschermingsniveau. Als gezegd, wil de centrale-aanknopingsbenadering één rechtsstelsel toepasselijk verklaren om de zaak voor de rechthebbende hanteerbaar en voorspelbaar te maken, bijvoorbeeld het recht van het land van eerste publicatie, van het vaderland van de auteur, of van het land waar de auteur

98 Andere aanknopingsfactoren/conflictregels zijn voor de rechthebbende uit het oogpunt van voorspelbaarheid minder of niet aantrekkelijk. Dat geldt bijvoorbeeld voor de proper law-verwijzing, de rechtskeuze, de lex fori-verwijzing, en de aanknoping aan de gemeenschappelijke nationaliteit of woonplaats van rechthebbende en gebruiker/inbreukmaker. De lex loci protectionis-verwijzing is wel voorspelbaar in die zin dat de rechthebbende weet dat voor elk land de lokale wet wordt toegepast, maar wat minder goed voorspelbaar in die zin dat de rechthebbende niet altijd weet in welk land feitelijk inbreuk zal worden gemaakt en met welk recht hij dus te maken zal krijgen.

99 Ondertussen kan de gebruiker uit het oogpunt van voorspelbaarheid ook tevreden zijn met de lex loci protectionis-verwijzing. Hij weet waar hij wil gaan 'gebruiken' en kan dus nagaan welke normen daar gelden. Bovendien zal de gebruiker vaak in eigen land opereren, zodat zijn eigen vertrouwde recht van toepassing is (De Boer & Van Lingen 1978, p. 44). Zo bezien werkt de lex loci protectionis-verwijzing dus wat betreft voorspelbaarheid in het voordeel van de gebruiker.

100 Uit het oogpunt van voorspelbaarheid is de lex loci protectionis-verwijzing dus zo slecht nog niet. Zij mag dan licht in het voordeel van de gebruiker uitpakken, maar zij weet het evenwicht wel veel beter te bewaren dan de centrale-aanknopingsvarianten.

woont. Maar het is heel goed mogelijk dat dat rechtsstelsel een laag beschermingsniveau kent. Dan wordt de auteur overal ter wereld getrakteerd op dat lage beschermingsniveau. Zeker, hij weet waar hij aan toe is: overal zijn 'eigen' inferieure bescherming.[101] Daarmee is hij dus inhoudelijk per saldo slechter af dan met de lex loci protectionis-verwijzing.[102] Het belang van de auteur bij een hoog beschermingsniveau is hier niet mee gediend. Nu is het natuurlijk óók goed mogelijk dat het als enige toepasselijke rechtsstelsel een hoog beschermingsniveau heeft. Dan valt de rechthebbende overal ter wereld dit hoge beschermingsniveau ten deel. En dan heeft hij twee vliegen in een klap geslagen: én hij geniet optimale hanteerbaarheid en voorspelbaarheid, én hij geniet overal zijn 'eigen' hoge beschermingsniveau. Dat is wel erg voordelig.

1141. Dat brengt ons bij een interessant punt: voor zover in de loop van de geschiedenis centrale aanknoping werd bepleit of toegepast – dat is overigens niet vaak geweest –, gebeurde dat vrijwel altijd in landen met een hoog beschermingsniveau en een grote productie van intellectuele voortbrengselen. Zoals eerder in deze studie bleek, vond en vindt deze benadering enige gehoor in met name Frankrijk[103], een enkele keer in Duitsland,[104] en tegenwoordig ook wel in de Verenigde Staten.[105] Daarentegen wordt centrale aanknoping niet of nauwelijks bepleit in landen met een laag beschermingsniveau of een kleine of laagwaardige productie van intellectuele voortbrengselen.

1142. ***Imperialisme?*** Zo laadt de centrale-aanknopingsbenadering de verdenking op zich dat zij (mede) is ingegeven door een streven naar uitbreiding van de invloedssfeer op politiek-economisch en cultureel gebied, dus door imperialistische motieven: men exporteert de eigen hoge bescherming naar het buitenland, de eigen rechthebbenden genieten optimale hanteerbaarheid en voorspelbaarheid, en het buitenland wordt afgescheept met zijn eigen lage bescherming.[106] In de hedendaagse context: rechthebbenden uit Westerse landen krijgen overal ter wereld, ook in ontwikkelingslanden, het hoge Westerse beschermingsniveau; rechthebbenden uit ontwikkelingslanden worden overal afgescheept met hun eigen lagere beschermingsniveau. Verkapte discriminatie dus.

---

101 Ondertussen bestaat tot op zekere hoogte de mogelijkheid om te manipuleren: een auteur kan het land van eerste publicatie kiezen (internet maakt dit zeer eenvoudig; dat komt apart in par. 8.2.1 onder (c)(ii) ter sprake). Vgl. niettemin HvJ EG 30 juni 2005, nr. C-28/04, *Jur.* 2005, p. I-5781 (Tod's/Heyraud), r.o. 24-26 (zie alinea 48 hiervoor). Bij aanknoping aan nationaliteit en woonplaats is die manipulatiemogelijkheid natuurlijk veel kleiner.

102 Dat probleem laat zich alleen oplossen door een keuze voor het begunstigingsbeginsel, maar dat wordt in de context van het intellectuele-eigendomsrecht (terecht) vrijwel nooit bepleit. Vgl. ook par. 5.3.2 onder (b)(v). Zie over het begunstigingsbeginsel Strikwerda 1986; Schaafsma 1994, p. 73 e.v. Specifiek met betrekking tot het auteursrecht: De Boer 1993, p. 5; Van Eechoud 2003, p. 175.

103 Zie met name alinea's 164 en 247 hiervoor, en noot 95 van hoofdstuk 5.

104 Neuhaus 1976 (*Freiheit*); Schack 1979, p. 36 e.v.; Schack 2007, p. 417.

105 Zie noot 94 en noot 96 van hoofdstuk 5 (vgl. ook noot 133 van hoofdstuk 5). Vgl. ook Dessemontet 2004, p. 75-76.

106 Zoals in alinea 199 hiervoor aan de orde kwam, kan dit nog worden geoptimaliseerd door middel van dépeçage.

1143. Dát is een verborgen werkelijkheid achter centrale aanknoping, dus achter de lex originis-verwijzing en, zelfs in sterkere mate, achter aanknoping aan nationaliteit of woonplaats.[107] Het is de vraag of alle voorstanders van centrale aanknoping zich dit realiseren.[108] Voor wie de geschiedenis van het internationale intellectuele-eigendomsrecht overziet, mag deze werkelijkheid in ieder geval geen verbazing wekken. Wij zagen het al in Deel I: het idee van een 'land van oorsprong' is in de loop der tijd voornamelijk door de koplopers gebruikt voor weinig nobele, vreemdelingenrechtelijke doeleinden: voor vreemdelingenrechtelijke materiële-reciprociteitstoetsen waarmee de bescherming van vreemde auteurs, werken, merkhouders, enz. uit achterblijvende landen kon worden gekortwiekt[109] – een rol die verder werd uitgebouwd op conflictenrechtelijk vlak, namelijk door het land van oorsprong als aanknopingsfactor voor een conflictregel voor te stellen (de lex originis-verwijzing).[110] De antecedenten van de lex originis-verwijzing zijn dus weinig flatteus.[111] Dit alles maakt de lex originis-verwijzing op zijn minst verdacht, en dat geldt ook voor de andere centrale-aanknopingsvarianten zoals aanknoping aan nationaliteit of woonplaats. Patry legt een veelzeggende vinger op de zere plek waar hij over de lex loci protectionis-verwijzing opmerkt: "(…) this approach may be inconsistent with efforts of U.S. industries to have U.S. work-for-hire law apply in foreign countries."[112]

(iii) Conclusie

1144. ***Lex loci protectionis*.** Dit alles in aanmerking nemende is naar mijn mening de exclusieve lex loci protectionis-verwijzing rechtspolitiek gezien de meest wenselijke conflictregel. Zij is uit inhoudelijk oogpunt volkomen neutraal: zij kiest niet voor de belangen van de rechthebbende noch voor de belangen van de 'Allgemeinheit', zij laat de keuze voor een hoog of een laag beschermingsniveau over aan iedere rechtsgemeenschap voor zich. Zij respecteert de lokale autonomie over de 'exclusiviteitsbalans'. En uit het oogpunt van voorspelbaarheid weet zij het best het evenwicht te bewaren.[113] Tezamen genomen is de lex loci protectionis-verwijzing daarmee m.i. de rechtvaardigste conflictregel.

1145. Voor de goede orde zij opgemerkt dat met deze conclusie nog niet is gezegd dat het internationale intellectuele-eigendomsrechtelijke landschap daarmee op ideale wijze is ingericht. Uit het oogpunt van hanteerbaarheid kan de lex loci protectionis-verwijzing onaantrekkelijk zijn – zij kan immers leiden tot toepassing

---

107 In sterkere mate, omdat de mogelijkheid tot manipulatie veel kleiner is (zie noot 101 van dit hoofdstuk 8).
108 Om misverstanden te voorkomen zij benadrukt dat in deze paragraaf dus niet wordt gezegd dat alle voorstanders van centrale aanknoping (mede) worden geïnspireerd door imperialistische motieven.
109 Zie onder meer par. 2.1.2 onder (b).
110 Dan wordt het immers mogelijk het eigen hoge beschermingsniveau te exporteren.
111 Het is in de geschiedenis slechts een enkele keer voorgekomen dat de lex originis-verwijzing per saldo positief mag worden genoemd, zie par. 2.1.2 onder (a).
112 Patry 1994, p. 1093; zie nader noot 94 van hoofdstuk 5. Zie ook Drexl 2006, p. 822, noot 38.
113 Zie noot 98, 99 en 100 van dit hoofdstuk 8.

van een veelheid van rechtsstelsels, en dat kan bezwaarlijk zijn.[114] En men kan het onwenselijk vinden dat per land verschillende resultaten uit de bus komen ten aanzien van een en hetzelfde object ('Mosaikbeurteilung'). Die problemen spruiten evenwel voort uit de aard van het intellectuele-eigendomsrecht, en zullen dus moeten worden opgelost door unificatie of harmonisatie van het intellectuele-eigendomsrecht. Het conflictenrecht kan niet meer doen dan de best mogelijke conflictregel ontwerpen – en dat is, als gezegd, m.i. de lex loci protectionis-verwijzing.

1146. ***Centrale aanknoping.*** Centrale aanknoping, zo bleek, is vanuit de gekozen rechtspolitieke invalshoek onwenselijk. Zij benadeelt één partij (de 'Allgemeinheit') onevenredig zwaar wat betreft hanteerbaarheid en voorspelbaarheid, en zij respecteert de lokale autonomie over de 'exclusiviteitsbalans' niet, sterker nog: zij laadt de verdenking op zich te zijn ingegeven door imperialisme van landen met een hoog beschermingsniveau en een grote productie van intellectuele voortbrengselen. Dit alles werpt een ander licht op de hoogdravende bewoordingen waarmee centrale aanknoping door sommige van haar voorstanders wordt aangeprezen. Zo is zij volgens de Fransman Pillet "naturel", "équitable", "indispensable", "la pure vérité juridique".[115] De Duitser Neuhaus roept rond de lex originis-verwijzing een sfeer van vrijheid en gelijkheid op.[116] En zijn landgenoot Schack voorspelt: "Die Zukunft gehört dem Universalitätsprinzip und der weltweiten Anerkennung eines einheitlichen Urheberrechts."[117]

1147. ***Tussenstand.*** Nemen wij de tussenstand op. De zoektocht naar de beste conflictregel voor het intellectuele-eigendomsrecht is thans in beginsel volbracht. Eerst is onderzocht wat de aangewezen conflictregel is vanuit het oogpunt van het conflictenrecht zelf. Dat is, zo bleek, de exclusieve lex loci protectionis-verwijzing (par. (a)). Vervolgens is onderzocht wat rechtspolitiek gezien de meest wenselijke conflictregel is. En dat is, vanuit de hier gekozen rechtspolitieke invalshoek, eveneens de exclusieve lex loci protectionis-verwijzing (par. (b)). Daarmee ligt de conclusie gereed dat dit de aangewezen conflictregel voor het intellectuele-eigendomsrecht is. Maar er zijn meer invalshoeken denkbaar, en wellicht werpen zij een ander licht op de zaak. De gevonden conflictregel wordt daarom in de volgende paragrafen getoetst vanuit een drietal andere invalshoeken, eerst vanuit het oogpunt van de toenemende mondialisering en internet (par. (c)), dan vanuit het oogpunt van de werkbaarheid in de praktijk (par. (d)), en ten slotte komt de vraag aan de orde of 'Zersplitterung' ofwel dépeçage wenselijk is (par. (e)).

---

114 Dat probleem moet overigens ook niet worden overschat, vgl. ook Pertegás Sender 2002, p. 264 e.v.; Pertegás Sender 2006, p. 243. Bovendien kan dit probleem grotendeels worden ondervangen, zie par. 8.2.1 onder (d).

115 Pillet 1924, p. 19 resp. p. 29 (zie ook noot 95 van dit hoofdstuk 8).

116 Neuhaus 1976 (*Freiheit*), p. 195.

117 Schack 2007, p. 418. Tegelijkertijd zetten deze auteurs zich opvallend fel af tegen de lex loci protectionis-verwijzing, die zij als achterhaald afdoen – zo reeds Pillet in 1903, zie alinea 259 hiervoor. Zie ook Neuhaus 1976 (*Freiheit*), vgl. ook noot 48 van hoofdstuk 5); Schack 1979, p. 23; Schack 1988, p. 67; Schack 2007, p. 417; Schack 2008, p. 669.

c. Derde invalshoek: mondialisering en internet

1148. ***Inleiding.*** De meeste kritiek op de lex loci protectionis-verwijzing komt tegenwoordig niet zozeer voort uit bepaalde rechtspolitieke opvattingen; de kritiek komt uit een andere hoek. In het huidige tijdperk van mondialisering (globalisering) en internet, zo luidt deze kritiek, past een materieel-territoriale conflictregel zoals de lex loci protectionis-verwijzing, niet meer. Dat brengt ons bij deze invalshoek: nopen mondialisering en internet tot afschrijving of modificatie van de gevonden lex loci protectionis-verwijzing? Dit wordt onderzocht in par. (i). Vervolgens wordt bezien hoe het de centrale-aanknopingsvarianten, met name de lex originis-verwijzing, vergaat in de wereld van mondialisering en internet (par. (ii)).

1149. ***Mondialisering.*** Mondialisering is een woord met veel betekenissen. Achter al die betekenissen, zo stelt Gray, "ligt een enkel idee dat *delokalisering* genoemd kan worden: het vernietigen van activiteiten en verbanden met een plaatselijke oorsprong en uit plaatselijke culturen. Ze houdt de verschuiving in van activiteiten die recentelijk nog plaatselijk waren, naar relatienetwerken waarvan het bereik groot of wereldwijd is."[118] Dit fenomeen van delokalisering – wat men daar ook van vindt – voltrekt zich tegenwoordig in een hoog tempo. Een ommekeer, relokalisering, is naar de huidige stand van zaken niet te verwachten. Mondialisering brengt mee dat de exploitatie en de schending van intellectuele-eigendomsrechten een steeds internationaler karakter krijgen. Een nieuw medicijn wordt in een groot aantal landen geoctrooieerd en geëxploiteerd – en door de concurrent in evenveel landen geïmiteerd. Een product wordt wereldwijd onder een bepaald merk op de markt gezet – in meerdere landen duiken merkvervalsingen op. Een film wordt wereldwijd uitgebracht – en overal worden illegale kopieën te koop aangeboden.

1150. ***Internet.*** Internet is bij uitstek mondiaal.[119] Internet strekt zich uit over alle landen ter wereld.[120] Op internet zijn handelingen in beginsel wereldwijd. Wie iets publiceert op internet, publiceert in beginsel in één klap wereldwijd. Een handeling op internet is alomtegenwoordig. Compartimentering van internet is naar de huidige stand van de techniek niet goed mogelijk: internet kan dus niet goed territoriaal worden opgedeeld. Het is alles of niets, overal of nergens. Daarnaast is internet relevant voor veel soorten intellectuele-eigendomsrechten. Dat geldt in de eerste plaats voor het auteursrecht: vele soorten werken van letterkunde of kunst kunnen op internet worden gepubliceerd. Maar op internet kan ook inbreuk worden gemaakt op andere intellectuele-eigendomsrechten, zoals naburige rechten, databankenrechten, merkenrechten, handelsnaamrechten en octrooirechten.

---

118 Gray 2004, p. 92-93 (cursivering van Gray).

119 Daarom is deze bespiegeling toegespitst op internet; maar hetzelfde gaat m.m. op voor andere grensoverschrijdende massamedia. Met internet wordt hier gedoeld op het 'world web wide', dat in de praktijk voor ons onderwerp het belangrijkst is. Feitelijk is het 'world web wide' evenwel een onderdeel van internet. Totum pro parte dus.

120 Hoewel het niet met zekerheid valt te zeggen, mag worden aangenomen dat in elk land ter wereld wel een verbinding met internet aanwezig is (al is het maar per satelliet).

(i) De lex loci protectionis-verwijzing in het licht van mondialisering en internet

1151. ***Vraagstelling.*** Wat betekenen mondialisering en internet nu voor de lex loci protectionis-verwijzing? Brengen zij mee dat de lex loci protectionis-verwijzing, die wij vanuit de conflictenrechtelijke invalshoek (par. (a)) en de gekozen rechtspolitieke invalshoek (par. (b)) hadden gevonden, niet meer de aangewezen conflictregel voor het intellectuele-eigendomsrecht is?

1152. ***Uitgangspunt.*** Principieel gezien luidt het antwoord op die vraag ontkennend. Mondialisering en internet veranderen niets aan de aard en functie van het intellectuele-eigendomsrecht, en dus ook niet aan de lex loci protectionis-verwijzing die – zowel vanuit de conflictenrechtelijke invalshoek als vanuit de gekozen rechtspolitieke invalshoek bezien – uit die aard en functie voortvloeit. Intellectuele-eigendomsrechten zijn nu eenmaal nog steeds territoriaal-geldende alleenrechten met een zekere semi-publiekrechtelijke inslag, zij worden nu eenmaal nog steeds sterk gekleurd door lokale opvattingen van politieke, economische en culturele aard, die men heeft te respecteren. Dat alles verandert niet door een intensiever internationaal rechtsverkeer of door de komst van een nieuwe techniek (radio, televisie, internet).

1153. Wie de lex loci protectionis-verwijzing in het licht van mondialisering en internet als 'ouderwets' afschrijft, schiet dus op het verkeerde doel. Hij zou zijn pijlen niet op het conflictenrecht moeten richten, maar op het intellectuele-eigendomsrecht. Intellectuele-eigendomsrechten zijn, enkele uitzonderingen daargelaten, nog altijd territoriaal geldende rechten[121] – en het is de vraag of die territorialiteit en de daarmee gepaard gaande diversiteit nog wel passen in het huidige tijdperk van mondialisering en internet. Die vraag betreft het conflictenrecht echter niet.[122] Een voor de hand liggend antwoord is dat intensieve internationalisering vraagt om harmonisatie of unificatie. Kortom: wie in de onderhavige context het recht wil aanpassen aan mondialisering en internet, moet niet aan de knoppen van het conflictenrecht draaien, maar aan de knoppen van het intellectuele-eigendomsrecht.

1154. Principieel gezien vormen mondialisering en internet dus geen aanleiding om de lex loci protectionis-verwijzing af te schrijven of te modificeren.[123]

---

121 Zie alinea 1120 hiervoor. Uitzonderingen zijn de unitaire intellectuele-eigendomsrechten, vgl. alinea 733 hiervoor.

122 Een nog andere vraag is of intellectuele-eigendomsrechten in hun huidige opzet, of misschien wel überhaupt, nog passen in het huidige tijdperk, vgl. Hugenholtz 2008. Ook die vraag betreft het conflictenrecht niet.

123 En het soms (impliciet) aangevoerde argument dat de lex loci protectionis-verwijzing het internetgebruik of de internethandel zou belemmeren, vormt ook geen reden tot afschrijving van die conflictregel. Immers: dat een conflictregel het internetgebruik of internethandel zou moeten dienen, is een waardeoordeel, een (politiek-)economische afweging – in het Savigniaanse conflictenrecht is geen plaats voor zo'n waardeoordeel; en vanuit de gekozen rechtspolitieke invalshoek bezien is dit een afweging die aan ieder land zelfstandig is voorbehouden.

1155. ***Onwenselijke effecten?*** Niettemin zou afwijking van dat uitgangspunt aan de orde kunnen komen wanneer mondialisering en internet bij de toepassing van de lex loci protectionis-verwijzing effecten zouden sorteren die hoogst onwenselijk zijn. Bezien wij daarom welke specifieke effecten mondialisering en internet teweeg brengen bij toepassing van de lex loci protectionis-verwijzing.

1156. ***Effect 1: veelheid toepasselijke rechtsstelsels.*** Het eerste en meest besproken effect is de veelheid van toepasselijke rechtsstelsels waartoe de lex loci protectionis-verwijzing kan leiden. Het bleek al uit de zojuist geschetste voorbeelden. In geval van multinationale exploitatie en schending van intellectuele-eigendomsrechten leidt de lex loci protectionis-verwijzing tot meerdere toepasselijke rechtsstelsels: per land moet aan de hand van het lokale recht worden beoordeeld of sprake is van inbreuk. Op internet is dit effect maximaal. Wie iets publiceert op internet, publiceert in beginsel in één klap wereldwijd. Eerder in deze studie is reeds besproken dat het hier gaat om grensoverschrijdende handelingen, dus om handelingen die fysiek in het ene land worden verricht, maar die tevens een handeling opleveren in een ander land – in het geval van internet: in alle andere landen.[124] De lex loci protectionis-verwijzing bepaalt dat ieder rechtsstelsel "für den Geschehensabschnitt, der sich auf seinem Territorium zugetragen hat"[125] uitmaakt of sprake is van een voorbehouden handeling, en – zo ja – of sprake is van inbreuk op een intellectuele-eigendomsrecht. Dat betekent in de context van internet dat in beginsel alle rechtsstelsels ter wereld op deze ene handeling van toepassing zijn, ieder "für den Geschehensabschnitt, der sich auf seinem Territorium zugetragen hat." Zo'n veelheid van toepasselijke rechtsstelsels lijkt problematisch. Met name om deze reden zien sommigen in de huidige mondialisering, en vooral in de opkomst van internet, aanleiding om nieuwe conflictregels voor het intellectuele-eigendomsrecht te ontwikkelen. De traditionele lex loci protectionis-verwijzing zou niet meer voldoen, zij zou niet berekend zijn op simultane en alomtegenwoordige inbreuken op internet, het zou tijd zijn "to rethink this basic rule of international copyright."[126] Zo laaide, met name naar aanleiding van dit probleem, aan het eind van de twintigste eeuw, toen internet ingang vond bij het grote publiek en bij juristen, een debat op over conflictenrecht en intellectuele-eigendomsrecht.

1157. ***Effect 2: central attack.*** Haaks op dit eerste effect staat een tweede effect. Dit tegengestelde tweede effect doet zich alleen in de context van internet voor, en wordt veroorzaakt door het alles-of-niets-karakter van internet. Het houdt in dat een rechthebbende die een wereldwijde inbreuk op internet wil bestrijden, in beginsel kan volstaan met één welgemikt schot: als de inbreukmaker in rechte effectief kan worden gedwongen – dwangsommen zijn hiervoor met name een probaat middel – om in één land de inbreuk op internet te staken, dan rest hem

124 Zie par. 5.3.3 onder (b)(iv).
125 Von Bar 1991, p. 518.
126 Ginsburg 1999, p. 254 (vgl. daarnaast ook Ricketson & Ginsburg 2006, p. 1297 e.v.).

eigenlijk geen andere mogelijkheid dan het inbreukmakend materiaal geheel van internet te verwijderen. Toepassing van slechts één lex loci protectionis leidt dan feitelijk tot wereldwijde handhaving.[127] Een soort 'central attack' dus.[128] Als de spaak op de juiste plek in het wiel wordt gestoken, staat gansch het raderwerk stil. Zo bezien valt het eerste effect – een veelheid van toepasselijke rechtsstelsels – dus wel mee.

1158. ***Effect 3: conformering*.** Een derde effect is ook nog mogelijk. Denkbaar is dat gebruikers die geen risico willen lopen, zich zullen conformeren aan de strengste normen. Dit effect vormt alleen in de context van internet een potentieel probleem.[129] Voor zover gebruikers zich inderdaad zo op internet gedragen, geniet de rechthebbende feitelijk – niet juridisch – dus overal betere bescherming.[130] Het is evenwel de vraag hoe reëel het is om zulk gedrag in de internet-omgeving te verwachten, en het zal in ieder geval moeilijk meetbaar zijn.

1159. ***Problematisch?*** Leveren deze effecten problemen op? Ja. Het eerste effect – een veelheid van toepasselijke rechtsstelsels – is voor alle betrokkenen bezwaarlijk, en vormt daarmee een praktisch probleem. Het tweede en het derde effect leveren ook een probleem op, dat niet zozeer van praktische aard is als wel van principiële aard. Zij verstoren namelijk de lokale autonomie, de lokale exclusiviteitsbalans, en dat is vanuit de gekozen rechtspolitieke invalshoek onwenselijk.

1160. ***Oplossing.*** Zijn deze problemen nu zo onwenselijk dat de lex loci protectionis-verwijzing moet worden afgeschreven? Neen. Voor het probleem van de veelheid van toepasselijke rechtsstelsels bestaat een praktische oplossing; dit komt aan de orde in par. (d). En voor de internet-context is daarenboven een oplossing denkbaar, waarmee de problemen in die context grotendeels kunnen worden ondervangen.[131] Die oplossing is een materieelrechtelijke fictie, inhoudende dat

---

127 De rechthebbende moet zijn (IPR-)strategie dus goed uitstippelen, rekening houdend met de erkenning en tenuitvoerlegging van een – met dwangsommen verstevigd – veroordelend vonnis in het land waar de inbreukmaker het hardst kan worden getroffen, rekening houdend met de bevoegde rechter, en met het toepasselijke rechtsstelsel (of rechtsstelsels, indien hij de bescherming inroept voor een aantal landen).

128 Voor de duidelijkheid: de term 'central attack' wordt in het internationale intellectuele-eigendomsrecht traditioneel gebruikt voor de aanval in rechte op de geldigheid van de basisinschrijving van een internationaal merk in het kader van art. 6 van de Schikking van Madrid (zie alinea 396 hiervoor).

129 Het is zeker ook denkbaar dat dit effect zich buiten de context van internet voordoet (dus 'off line'). Maar dan mag het eigenlijk geen probleem heten: het is dan een vrijwillige keuze van de gebruiker, die gewoon niet te maken wil hebben met een veelheid van verschillende rechtsstelsels, bijvoorbeeld om redenen van efficiëntie. Dit gebeurt, als effect van de mondialisering, al op verschillende gebieden: men denke aan internationaal opererende ondernemingen die overal dezelfde (de strengste) arbeidsomstandigheden-regelgeving in acht nemen, of die zorgen dat de producten die zij overal ter wereld aanbieden, voldoen aan de strengste veiligheidsnormen (productaansprakelijkheid).

130 Van Eechoud 2005 (*Overleefde territorialiteit*), p. 56, spreekt in dit verband over een 'chilling effect' van de strengste normen, welk effect dan een negatieve invloed kan hebben op het lokale publieke domein. Dat is een kwalificatie vanuit het perspectief van de gebruiker. Vanuit de rechthebbende bezien is het daarentegen een 'charming effect'. Het probleem is m.i. dan ook veeleer dat de lokale exclusiviteitsbalans wordt verstoord (vgl. par. 8.2.1 onder (b)(i)).

131 Buiten beschouwing blijven eventuele toekomstige technische oplossingen waarmee internet territoriaal kan worden opgedeeld.

mogelijk inbreukmakende handelingen op internet worden geacht alleen plaats te vinden in het land of in de landen waarop zij zijn gericht. Voor dat gericht-zijn kunnen allerlei gezichtspunten worden ontwikkeld, zoals taal, doelgroep, bezoekersgegevens (herkomst en aantallen), eventuele betalings- en leveringsmogelijkheden, enz.[132] Bijvoorbeeld: een lokale neringdoende heeft een webpagina waarop hij zijn winkel en de dagverse aanbiedingen aanprijst. Zijn webpagina richt zich alleen op (de directe omgeving en dus op) het land waar deze neringdoende nering doet. De mogelijk inbreukmakende handelingen die hij op deze webpagina verricht, worden geacht alleen plaats te vinden in dat land.[133] De enige lex loci protectionis die voor toepassing in aanmerking komt, is dus het recht van dat land. Daarentegen richt de Engelstalige website van een internationaal opererende onderneming zich op zeer veel landen; in dat geval zijn dus vele leges loci protectionis toepasselijk – de onderneming doet er dan goed aan zich aan het strengste recht te conformeren, en dat lijkt mij geen onredelijke opgave.

1161. Met deze 'handelingsfictie' kunnen veel van de problemen in de internetcontext worden ondervangen. Het aantal toe te passen rechtsstelsels zal in de meeste gevallen aanzienlijk kunnen worden gereduceerd (waarmee het eerste effect beheersbaar wordt gemaakt). Als de gewraakte webpagina zich op meerdere landen richt, mag van de rechthebbende worden gevraagd dat hij de bescherming niet voor slechts één van die landen inroept ('central attack'), maar dat hij de bescherming onder al de desbetreffende leges loci protectionis, of althans de belangrijkste daarvan inroept (waarmee het tweede effect beheersbaar wordt gemaakt).[134] En als alleen de leges loci protectionis van de landen waar de webpagina zich op richt, voor toepassing in aanmerking komen, weten gebruikers beter welke normen zij in acht moeten nemen (waarmee het derde effect beheersbaar wordt gemaakt). Natuurlijk zijn niet *alle* problemen daarmee opgelost[135] – dat kan alleen door unificatie worden bereikt –, maar de lex loci protectionis-verwijzing blijft hiermee in de praktijk in veruit de meeste gevallen goed hanteerbaar.

---

132 Vgl. ook Van Eechoud 2005 (*Overleefde territorialiteit*), p. 56, die langs een andere weg tot hetzelfde resultaat komt. Overigens dient men zich te realiseren dat de plaats vanwaaruit internet-gebruikers een webpagina bezoeken, naar de huidige stand van de techniek niet met zekerheid kan worden vastgesteld.

133 Dat de webpagina ook in andere landen zichtbaar is (ook voor een dorpsgenoot tijdens diens vakantie in zo'n ander land) wordt dus irrelevant verklaard.

134 Doet de rechthebbende dat niet – ook niet nadat hij daartoe ten processe in de gelegenheid is gesteld –, dan zou de vordering moeten worden afgewezen, bijvoorbeeld wegens misbruik van recht of wegens het niet voldoen aan de stelplicht.

135 Zo blijft het mogelijk dat een groot aantal leges loci protectionis moet worden toegepast. Een oplossing voor dat probleem, dat ook buiten de context van internet speelt, komt als gezegd in par. 8.2.1 onder (d) nog aan de orde. Daarnaast is er de vraag wat er moet gebeuren als de relevante leges loci protectionis verschillende uitkomsten opleveren: de ene acht iets wel toelaatbaar, de andere niet. Dat levert, gelet op het alles-of-niets-karakter van internet, een probleem op. Hoe zou dat kunnen worden opgelost? Wellicht is het in een gegeven geval mogelijk de webpagina door taal, doelgroep, betalings- en leveringsmogelijkheden, enz. alleen te richten op de landen waar zij wel toelaatbaar is. Als dat in het gegeven geval niet goed mogelijk is, zou een (nood)oplossing er in kunnen bestaan dat het meerderheidsstandpunt de doorslag geeft: als de meeste bezoekers van de webpagina bijvoorbeeld internetten vanuit landen welker recht deze pagina wel toelaatbaar acht, dan prevaleert dat standpunt. Als men die benadering minder betrouwbaar acht (omdat de geografische locatie van een internetgebruiker niet goed kan worden vastgesteld), kan wellicht ook nog worden gedacht aan het aantal potentiële bezoekers; dat zal dan per concreet geval moeten worden vastgesteld.

1162. Deze oplossing lijkt op de constructie die is toegepast in de 'Satellietrichtlijn', Richtlijn 93/83/EEG, die bepaalde voorschriften betreffende het auteursrecht en de naburige rechten coördineert op het gebied van satellietomroep en kabeldoorgifte.[136] Die Richtlijn werkt immers met eenzelfde soort fictie. Maar het verschil is dat de fictie in de Richtlijn zó ver gaat dat nog slechts één relevante lex loci protectionis overblijft waarbij alle andere betrokken leges loci protectionis buiten spel worden gezet – daardoor wordt die fictie in conflictenrechtelijk dan wel in materieelrechtelijk opzicht problematisch, zo hebben wij gezien.[137] Dat geldt niet voor de onderhavige, voor de internet-context voorgestelde fictie, omdat die er juist op gericht is om alle betrokken leges loci protectionis te selecteren. Zo blijft de lex loci protectionis-verwijzing ook in de internet-context een bruikbare conflictregel.[138] Opgemerkt kan worden dat deze oplossing in het merkenrecht al ingang heeft gevonden binnen de WIPO.[139]

1163. ***Conclusie.*** De conclusie is dat mondialisering en internet op zichzelf genomen de lex loci protectionis-verwijzing en de uitgangspunten waaruit deze conflictregel voortvloeit, geenszins aantasten, en dat de specifieke problemen die zij bij toepassing van de lex loci protectionis-verwijzing kunnen genereren, grotendeels kunnen worden ondervangen. Mondialisering en internet nopen m.i. dus niet tot afschrijving of modificatie van de lex loci protectionis-verwijzing.[140]

(ii) Centrale aanknoping in het licht van mondialisering en internet

1164. ***Lex originis-verwijzing.*** De voorgaande conclusie maakt een bespiegeling over andere conflictregels in het licht van mondialisering en internet overbodig. Wij hadden immers vanuit de conflictenrechtelijke invalshoek (par. (a)) en vanuit de rechtspolitieke invalshoek (par. (b)) de lex loci protectionis-verwijzing gevonden, en – zo concludeerden wij zojuist – die conflictregel behoeft niet te worden afgeschreven of gemodificeerd in het licht van mondialisering en internet. Toch is het interessant om na te gaan hoe het de centrale-aanknopingsvarianten vergaat in de wereld van mondialisering en internet. Dat geldt met name voor de lex originis-verwijzing in het auteursrecht, dus de verwijzing naar het land van oorsprong

136 Zie alinea 746 hiervoor.
137 Zie alinea's 751 e.v. hiervoor.
138 Voor de goede orde: deze fictie is geen modificatie van de lex loci protectionis-verwijzing want het is een materieelrechtelijke fictie (zie alinea 749 hiervoor).
139 In de 'WIPO Joint Recommendation Concerning Provisions on the Protection of Marks, and Other Industrial Property Rights in Signs, on the Internet', die in 2001 door de Algemene Vergadering van de WIPO en de Algemene Vergadering van de Parijse Unie is aangenomen, wordt in art. 2 bepaald: "Use of a sign on the Internet shall constitute use in a Member State for the purpose of these provisions only if the use has a commercial effect in that Member State as described in Art. 3." In art. 3 wordt vervolgens een aantal factoren uitgewerkt aan de hand waarvan kan worden beoordeeld of sprake is van 'commercial effect'. Zie over deze WIPO Joint Recommendation, Kur 2005 (*Territoriality Redefined*).
140 Zo ook, reeds in 1998: Polak 1998 (*Preadvies*). Waar mondialisering en internet niet nopen tot afschrijving of modificatie van de lex loci protectionis-verwijzing, is een aparte conflictregel voor de internet, zoals door sommigen is voorgesteld, dus niet nodig. Het onderscheid tussen internet en de wereld 'off line' lijkt mij overigens problematisch.

van het werk, zijnde het land waar het werk voor het eerst is gepubliceerd.[141] Deze lex originis-verwijzing wordt door internet namelijk onbruikbaar. In de context van internet is, naar de huidige stand van de techniek, de plaats van eerste publicatie immers nietszeggend geworden, en uitermate manipuleerbaar.

1165. Bezien wij dit nader. Een auteur wil zijn roman op internet publiceren – het gaat om de eerste publicatie. Hij maakt op zijn computer een webpagina waarop hij de roman plaatst. Vervolgens zendt hij deze webpagina naar een internet-server, en daarop wordt de webpagina geplaatst. Zodra de webpagina op deze internet-server is geplaatst, is zij via internet voor iedereen toegankelijk: vanaf dat moment is de roman dus gepubliceerd.[142] Nu kan men twee kanten uit redeneren – maar in beide richtingen loopt de lex originis-verwijzing spaak.

1166. In de ene denkrichting stelt men dat met deze publicatie op hetzelfde moment publicatie in alle andere landen plaatsvindt. Dan heeft de eerste publicatie dus in alle landen ter wereld tegelijk plaatsgevonden. Elk land is land van oorsprong, en dat betekent dat de lex originis-verwijzing in het honderd loopt. Zo bezien is de lex originis-verwijzing een onmogelijke conflictregel.[143]

1167. In de andere denkrichting tracht men de eerste publicatie in één land vast te pinnen. Dan komt men uit bij de internet-server waarop de webpagina voor het eerst voor iedereen toegankelijk was geplaatst; dat is immers het moment van eerste publicatie. Dan is het land van oorsprong dus het land waar deze internet-server zich bevindt. Maar dat levert veel complicaties op.[144] Een van de belangrijkste complicaties is dat het land van oorsprong eenvoudig manipuleerbaar is. Het is immers heel eenvoudig om iets in een ander land op internet te plaatsen, te publiceren. De auteur zendt vanuit het ene land de webpagina simpelweg naar een internet-server in een ander land, en plaatst het op die buitenlandse internet-server. Zo kan de auteur eenvoudig kiezen in welk land hij zijn werk voor het eerst publiceert, en daarmee kan hij – wanneer men de lex originis-verwijzing toepast – dus kiezen welk recht van toepassing is. Het ligt voor de hand dat de auteur zal kiezen voor een rechtsstelsel met een hoog beschermingsniveau, dus bijvoorbeeld voor plaatsing op een internet-server in de Verenigde Staten.[145] Zo leidt de lex originis-

141 Daaronder wordt hier tevens begrepen de verwijzing naar de 'nationaliteit' van het werk, zie noot 95 van dit hoofdstuk 8.

142 Dit is thans de normaal-typische gang van zaken. Het is ook mogelijk dat de auteur zijn eigen computer als internet-server inricht en gebruikt, zodat het werk op die computer via internet voor iedereen toegankelijk is. Dat kan tegenwoordig ook mobiel: hij kan daarvoor ook een draagbare computer met een draadloze verbinding gebruiken, of een geschikte mobiele telefoon.

143 Vgl. Ginsburg 1998, p. 5 e.v.; Thum 2001, p. 11.

144 Bijvoorbeeld: valt nog te bewijzen op welke internet-server de webpagina voor het eerst werd geplaatst wanneer de auteur zijn webpagina naderhand naar een andere internet-server heeft verhuisd? Een andere complicatie is dat een webpagina ook in gedeelten verspreid over verschillende internet-servers in verschillende landen kan worden geplaatst – wat is dan het land van oorsprong?

145 Desnoods verwijdert hij de webpagina na een tijdje van deze internet-server om vervolgens zijn roman bijvoorbeeld in eigen land in boekvorm te publiceren – de eerste publicatie heeft toch al plaatsgevonden. Zo wordt ook de 'off line' wereld betrokken. Wel bestaat de kans dat er dan nog kopieën op internet blijven bestaan.

verwijzing tot een vorm van 'law-shopping' die in feite neerkomt op een eenzijdige ex ante-rechtskeuze door de auteur. Deze denkrichting leidt dus tot de conclusie dat de plaats van eerste publicatie als aanknopingsfactor geen betekenis meer heeft, en dat zij zeer eenvoudig kan worden gemanipuleerd. Daarmee heeft de lex originis-verwijzing als conflictregel geen zelfstandige betekenis meer.[146]

1168. Men ziet, in beide denkrichtingen loopt de lex originis-verwijzing spaak.

1169. ***Manipulatiemogelijkheid.*** Staan wij nog een moment stil bij de mogelijkheid tot manipulatie. Die mogelijkheid is natuurlijk altijd al aanwezig geweest in de lex originis-verwijzing. Immers, ook in de negentiende eeuw kon een auteur zich wenden tot een buitenlandse uitgever en zijn boek voor het eerst in het buitenland laten publiceren. Maar dat gebeurde nauwelijks. De praktijk was sterk nationaal-gericht: auteurs publiceerden hun werken voor het eerst in eigen land.[147] Manipulatie met het land van oorsprong kwam dus nauwelijks voor. En voor zover auteurs hun werken al voor het eerst in een ander land publiceerden, werd dat waarschijnlijk ook niet als manipulatie gevoeld. Het werk werd dan immers uitgegeven en gedrukt in dat andere land, de lokale economie (uitgevers, drukkers, arbeidsmarkt, enz.) profiteerde er van – ook van de export naar andere landen –, en dat rechtvaardigde de bestempeling tot land van oorsprong. In de internet-context ligt dat echter allemaal anders. Plaatsing van een webpagina op een internet-server brengt (nagenoeg) geen lokaal economisch gewin. En de manipulatiemogelijkheid is, door de snelheid en het gemak waarmee zij door iedereen kan worden benut, tot het extreme doorgevoerd.

1170. ***Tegenmaatregelen.*** Sommigen trachten deze manipulatiemogelijkheid in de internet-context tegen te gaan.[148] Zo is voorgesteld om de plaats vanwaaruit de webpagina naar de internet-server wordt verzonden, tot plaats van eerste publicatie te bestempelen.[149] Dat voorstel brengt echter geen verbetering, want ook die plaats kan eenvoudig worden gemanipuleerd.[150] Ook is wel voorgesteld om de vestigingsplaats van de beheerder ('operator') van de webpagina, tot plaats van eerste publicatie te bestempelen, mits deze beheerder een rol speelt die analoog is aan die van een traditionele uitgever.[151] Daargelaten dat daarmee veel gevallen

146 De vraag of men een eenzijdige ex ante-rechtskeuze een wenselijke conflictrechtelijke oplossing vindt, is een andere vraag (vgl. ook noot 170 van hoofdstuk 5). Het zal duidelijk zijn dat vanuit de conflictenrechtelijke invalshoek in par. 8.2.1 onder (a), alsook vanuit de gekozen rechtspolitieke invalshoek in par. 8.2.1 onder (b), rechtskeuze is uitgesloten. Beide invalshoeken leveren immers exclusieve toepasselijkheid van de lex loci protectionis op.

147 Volgens het Hof van Justitie EG is dat tot op de dag van vandaag nog gebruikelijk. Zie HvJ EG 30 juni 2005, nr. C-28/04, *Jur.* 2005, p. I-5781 (Tod's/Heyraud), r.o. 24-26 (zie noot 22 van hoofdstuk 1).

148 Zie voor een overzicht Katzenberger 2006, p. 2131.

149 Vgl. Drexl 2006, p. 871.

150 En de plaats vanwaaruit de webpagina werkelijk naar de internet-server wordt verzonden, kan zonder al te veel moeite zodanig worden afgeschermd dat zij met de huidige stand van de techniek (vrijwel) niet valt te achterhalen. En zelfs als dat wel mogelijk zou zijn, valt er nog altijd te manipuleren; men kopiëre bijvoorbeeld de webpagina op een opslagmedium (CD, usb-stick) en versture die per post naar iemand in het andere land, die het daar op een internet-server plaatst.

151 Ginsburg 1999, p. 268-271.

buiten de boot vallen omdat er geen beheerder is die die rol speelt, is daarmee de manipulatiemogelijkheid echter niet verdwenen; ook dan kan de auteur kiezen. En het is bovendien willekeurig: de beheerder kan wel om fiscale of strafrechtelijke redenen op de Kaaiman-eilanden zijn gevestigd – in een internationaliserende wereld is dat steeds gemakkelijker. Ten slotte is ook voorgesteld om de woonplaats van de auteur tot plaats van eerste publicatie te bestempelen.[152] Maar dan is geen sprake meer van een lex originis-verwijzing; dat is een andere conflictregel.[153]

1171. ***Conclusie lex originis-verwijzing.*** De werkelijkheid van het huidige internet is dus dat een (eerste) publicatie niet goed kan worden vastgepind op een bepaalde geografische locatie.[154] Niet zonder reden onderstreepte men tijdens de consultatierondes in het kader van de voorbereiding van de Richtlijn 'Auteursrecht-in-de-informatiemaatschappij' dan ook "the difficulties of specifying one single place where the transmission originates."[155] De conclusie is dat de lex originis-verwijzing in het internet-tijdperk als onbruikbaar moet worden afgeschreven.[156]

1172. ***Spiegelbeeldige lex originis-verwijzing: oorsprong inbreuk.*** Opgemerkt zij dat in de context van internet onder de lex originis-verwijzing soms ook wel eens iets geheel anders wordt verstaan. Gedoeld wordt dan niet op de oorsprong van het *beschermde werk* (dus de plaats van zijn eerste publicatie), maar op de 'oorsprong van de *inbreukmakende handeling*'. Dat is dus een soort spiegelbeeldige lex originis-verwijzing. Die beschouwingswijze lijkt voort te vloeien uit een onjuiste analogie met de grensoverschrijdende onrechtmatige daad[157], dan wel uit een ver-

152 Vgl. Ginsburg 1999, p. 270-271.

153 Zie daarover alinea's 1173 e.v. hierna.

154 Het is dan ook moeilijk om voor een (eerste) publicatie op internet een land van oorsprong aan te wijzen in de zin van art. 5 lid 4 van de Berner Conventie. Zie de pogingen van Ginsburg 1998, p. 5 e.v.; Ginsburg 1999, p. 268-271; Thum 2001.

155 COM/1996/0568 def., p. 23 (Vervolg op het Groenboek inzake het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij); Richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij (*PbEG* 2001, L 167/10).
Terzijde zij opgemerkt dat de conflictenrechtelijke constructie in de 'Satellietrichtlijn' géén lex originis-verwijzing is, zoals soms in discussies over oplossingen voor internet ten onrechte wordt gesteld. De constructie in de Satellietrichtlijn is een gekortwiekte lex loci protectionis-verwijzing. Zie alinea's 750 en 1162 hiervoor.

156 Nog daargelaten dat de lex originis-verwijzing vanuit de conflictenrechtelijke invalshoek bezien (par. 8.2.1 onder (a)) en vanuit de gekozen rechtspolitieke invalshoek bezien (par. 8.2.1 onder (b)) niet de aangewezen conflictregel is. Overigens wordt de onbruikbaarheid van de lex originis-verwijzing in het internet-tijdperk niet altijd onderkend; zo bepleit Schack 2008, p. 663-664 en p. 666 met een beroep op internet de lex originis-verwijzing voor de subject-vraag.
Ondertussen heeft de vaststelling dat het concept 'land van oorsprong' door internet onbruikbaar is geworden niet alleen consequenties voor het conflictenrecht (de lex originis-verwijzing), maar ook daarbuiten, bijvoorbeeld voor het vreemdelingenrecht, dat óók met dit concept werkt. Dit komt aan de orde in par. 8.2.2 en par. 8.3. Terzijde: er zijn ook soorten werken die zich niet (goed) lenen voor publicatie op internet – hier zou het probleem zich dan niet voordoen –, maar voor de meeste werken, en voor de belangrijkste categorieën werken geldt dat wel (vgl. alinea 1150 hiervoor).

157 Die analogie is onjuist omdat een grensoverschrijdende *inbreuk* op een intellectuele-eigendomsrecht, zoals al eerder aan de orde kwam, niet mogelijk is; zie par. 5.3.3 onder (b)(iv) (wel denkbaar is een grensoverschrijdende *handeling*, dus een handeling die fysiek in het ene land wordt verricht, maar die tevens een handeling in een ander land oplevert).

keerd begrip van de constructie in de 'Satellietrichtlijn'.[158] Hoe dan ook, deze zogenoemde 'lex originis-verwijzing' bezigt als aanknopingsfactor de oorsprong van de inbreukmakende handeling op internet, dus: de plaats waar het inbreukmakende materiaal voor het eerst op internet is geplaatst (gepubliceerd); van toepassing is dan het recht van dat land.[159] Het zal duidelijk zijn dat ook deze 'lex originis-verwijzing' onbruikbaar is: zij lijdt aan hetzelfde euvel als haar zojuist besproken spiegelbeeld, de 'echte' lex originis-verwijzing.[160]

1173. ***Nationaliteit en woonplaats.*** Hoe vergaat het de aanknoping aan nationaliteit en aan woonplaats in het licht van mondialisering en internet? Deze aanknopingsfactoren worden hierdoor niet waardeloos, zoals bij de lex originis-verwijzing het geval is. Wel is denkbaar dat deze aanknopingsfactoren in een sterk internationaliserende wereld op den duur een waardedaling zullen ondergaan. Denkbaar is dat nationaliteiten minder belangrijk zullen worden, en dat woon-, verblijf- en vestigingsplaatsen in een delokaliserende wereld 'beweeglijker' zullen worden, zodat er makkelijker mee valt te schuiven (manipuleren) dan vroeger. Naar de huidige stand van zaken kan evenwel worden aangenomen dat mondialisering en internet geen gevolgen hebben voor de bruikbaarheid van deze aanknopingsfactoren.[161] Zij tasten deze conflictregels op zichzelf dus niet aan.

1174. ***Tussenstand.*** Tezamen genomen valt één van de drie onderzochte centrale-aanknopingsvarianten af: mondialisering en internet treffen de lex originis-verwijzing rechtstreeks in het hart; internet maakt haar aanknopingsfactor waardeloos. De andere twee varianten worden niet rechtstreeks getroffen; hun aanknopingsfactoren blijven op zichzelf bruikbaar. Daarmee rijst voor hen de vervolgvraag, namelijk de vraag of mondialisering en internet bij toepassing van deze conflictregels onwenselijke effecten teweeg brengen. Dat is het geval.

1175. ***Effect 1: meerdere auteurs.*** Een eerste effect betreft de situatie dat er meerdere rechthebbenden zijn; het gaat dan bijvoorbeeld – toegespitst op het auteursrecht – om een werk dat is gemaakt door meerdere auteurs. Dergelijke werken roepen een probleem op onder de vigeur van de verwijzing naar het nationale recht van de rechthebbende en de verwijzing naar het recht van zijn woonplaats, wanneer er meerdere auteurs zijn met verschillende nationaliteiten respectievelijk woonachtig in verschillende landen: welk recht is dan van toepassing? Dit probleem zal door mondialisering en internet sterker op de voorgrond treden: in een mondialiserende wereld worden dat soort werken steeds vaker gemaakt, en dat geldt zeker voor 'multimedia-werken' op internet.[162]

---

158 Zie alinea 750 hiervoor.

159 De manipulatiemogelijkheid, die feitelijk neerkomt op een eenzijdige ex ante-rechtskeuze, ligt hier dus in handen van de gebruiker/inbreukmaker. Men is dan (terecht) bezorgd dat de inbreukmaker een land met een laag beschermingsniveau uitkiest, zo bijvoorbeeld Hugenholtz 1998, p. 219.

160 Nog daargelaten dat zij vanuit de conflictenrechtelijke invalshoek bezien (par. 8.2.1 onder (a)) en vanuit de gekozen rechtspolitieke invalshoek bezien (par. 8.2.1 onder (b)) niet de aangewezen conflictregel is.

161 Het zou evenwel een aparte studie vergen om dat (algemene) probleem te onderzoeken.

162 Men denke in dit verband aan cinematografische werken, die ook worden gemaakt door veel personen; zie par. 7.2.2 onder (c).

1176. ***Effect 2: permanente lokale balansverstoring.*** Maar veel belangrijker is het tweede effect – en dat effect betreft *alle* centrale-aanknopingsvarianten. Mondialisering en internet brengen een veel intensiever internationaal rechtsverkeer mee. De internationale exploitatie en schending van intellectuele-eigendomsrechten nemen in omvang sterk toe. Dat betekent bij toepassing van deze conflictregels dat de lokale exclusiviteitsbalans structureel en op grote schaal wordt verstoord.[163] In feite verdwijnt de lokale autonomie – en dat is, vanuit de gekozen rechtspolitieke invalshoek, hoogst onwenselijk.

(iii) Conclusie

1177. ***Conclusie.*** Tezamen genomen luidt de slotsom dat mondialisering en internet er niet toe nopen om de lex loci protectionis-verwijzing af te schrijven of te modificeren; zij blijft de aangewezen conflictregel voor het intellectuele-eigendomsrecht. Dit geldt óók in de context van internet; de problemen die in de internet-context ontstaan, kunnen grotendeels worden opgelost aan de hand van de 'handelingsfictie', die inhoudt dat mogelijk inbreukmakende handelingen op internet geacht worden alleen plaats te vinden in het land of in de landen waarop zij zijn gericht. Mondialisering en internet hebben wél grote gevolgen voor de centrale-aanknopingsvarianten. Toepassing van conflictregels die werken met een centrale aanknopingsfactor (zoals de nationaliteit van de rechthebbende, zijn woonplaats, of de plaats van eerste publicatie) leidt in een mondialiserende wereld en op internet tot het m.i. hoogst onwenselijke gevolg dat de lokale exclusiviteitsbalans structureel en op grote schaal wordt verstoord. Voor de lex originis-verwijzing zijn de gevolgen van internet zelfs desastreus: deze conflictregel wordt onbruikbaar, omdat haar aanknopingsfactor (eerste publicatie) door internet waardeloos is geworden.

1178. Mondialisering en internet diskwalificeren de lex loci protectionis-verwijzing dus niet – integendeel, mij dunkt dat zij eerder bevestigen dat dit de enige zinvolle conflictregel voor het intellectuele-eigendomsrecht is.

d. Vierde invalshoek: werkbaarheid in de praktijk

1179. ***Inleiding.*** Bezien wij de lex loci protectionis-verwijzing thans vanuit een praktische invalshoek: kan de rechtspraktijk er mee overweg? Of nopen eisen van praktische werkbaarheid ons om om te zien naar een andere conflictregel? Dit aspect – werkbaarheid in de praktijk – kwam voor een groot deel al in de voorgaande paragrafen ter sprake. In deze paragraaf wordt een en ander op een rijtje gezet en aangevuld.

1180. ***Voorspelbaar en hanteerbaar.*** Eerder werden in dit verband twee criteria onderscheiden: voorspelbaarheid en hanteerbaarheid. Deze criteria spreken voor

163 Zo ook bijvoorbeeld Van Eechoud 2005 (*Overleefde territorialiteit*), p. 53.

zich: men moet zonder veel moeite vooraf kunnen weten welk recht in een concreet geval van toepassing is (voorspelbaarheid), en de conflictregel en haar toepassingsresultaat moeten handelbaar zijn (hanteerbaarheid).[164] Het is in het belang van alle betrokkenen – rechthebbenden, gebruikers, rechtstoepassers, enz. – dat aan deze twee criteria wordt voldaan.[165]

1181. ***Lex loci protectionis-verwijzing.*** Hoe presteert de lex loci protectionis-verwijzing wanneer zij aan deze criteria wordt getoetst? Haar voorspelbaarheid kwam reeds ter sprake.[166] Zij voldoet ruimschoots. Men weet waar men aan toe is: het lokale recht is van toepassing.[167] Voorspelbaarheid is voor de lex loci protectionis-verwijzing dus geen probleem. Daarentegen kan hanteerbaarheid wel een probleem opleveren, ook al moet dat probleem ook niet worden overschat.[168] Het gaat dan niet om de conflictregel zelf – toepassing van de lex loci protectionis-verwijzingsregel is immers heel eenvoudig –, maar om haar toepassingsresultaat: wanneer de bescherming wordt ingeroepen voor een groot aantal landen, leidt zij tot een veelheid van toepasselijke rechtsstelsels – en dat zal vaak moeilijk hanteerbaar zijn. Dit probleem valt evenwel te ondervangen.

1182. ***Remedie 1: gelijkheidsvermoeden.*** Een eerste remedie om de mogelijke veelheid van toepasselijke rechtsstelsels hanteerbaar te maken, is het 'gelijkheidsvermoeden'.[169] In rechte wordt dan vermoed dat het buitenlandse recht niet wezenlijk afwijkt van het recht van de geadieerde rechter, tenzij de belanghebbende partij het tegendeel aannemelijk maakt.[170] Deze oplossing dient met terughoudendheid te worden toegepast. Het is een correctiemechanisme voor probleemgevallen, dat wil zeggen: gevallen waarin de rechter een veelheid van rechtsstelsels moet toepassen, terwijl hij de inhoud van al die buitenlandse rechtsstelsels niet binnen redelijke tijd kan achterhalen.[171] Dit is een praktische oplossing waar-

164 Voor de volledigheid: toepassing van een vreemd rechtsstelsel kan moeilijker zijn dan toepassing van het eigen recht, maar dit wordt hier niet opgevat als een hanteerbaarheidsbezwaar. De bereidheid om vreemd recht toe te passen maakt deel uit van de kern van het hedendaagse conflictenrecht.

165 Alleen een chicaneuze inbreukmaker heeft wellicht een ander belang.

166 Zie noot 98 en 99 van dit hoofdstuk 8.

167 Voor de gebruiker zal dit feitelijk iets beter voorspelbaar zijn dan voor de rechthebbende omdat de rechthebbende niet altijd weet in welk land feitelijk inbreuk zal worden gemaakt en met welk recht hij dus te maken zal krijgen. Niettemin, zoals eerder besproken, weet de lex loci protectionis-verwijzing op dit punt het evenwicht veel beter te bewaren dan andere conflictregels (zie noot 100 van dit hoofdstuk 8, en hierna in deze paragraaf).

168 Vgl. Pertegás Sender 2002, p. 264 e.v.; Pertegás Sender 2006, p. 243.

169 Polak 1998 (*Preadvies*), p. 96-103. Zijn betoog is toegesneden op internet, maar is evenzeer bruikbaar buiten die context. In zijn preadvies heeft Polak daarnaast in de context van het onrechtmatige-daadsrecht een 'aannemelijkmakingsverplichting' voor de gelaedeerde verdedigd: de gelaedeerde dient aannemelijk te maken dat hij in de landen waarop zijn schadevergoedingsvordering betrekking heeft, ook inderdaad schade heeft geleden. Slaagt hij daar ten aanzien van bepaalde landen niet in, dan kan de rechter die landen en de desbetreffende rechtsstelsels ecarteren. Deze reductiemogelijkheid kan m.m. ook in de context van het intellectuele-eigendomsrecht worden toegepast (aannemelijk maken dat inbreuk wordt gepleegd, schade wordt geleden, enz.). Dit wordt hier slechts aangestipt, en verder niet besproken, omdat het meer een intern-procesrechtelijke dan een conflictenrechtelijke aangelegenheid betreft.

170 In de Nederlandse intellectuele-eigendomsrechtspraak wordt het gelijkheidsvermoeden regelmatig toegepast, zie onder meer Brinkhof 1995, p. 309-310.

171 Polak 1998 (*Antwoord*), p. 62.

mee de probleemgevallen in rechte inderdaad probaat kunnen worden ondervangen.[172] Dat geldt des te sterker waar het gaat om landen die zijn aangesloten bij verdragen die een minimum van eenvormig recht stipuleren, zoals de Berner Conventie, het Verdrag van Parijs, de TRIPs-Overeenkomst en het WCT-Verdrag[173], of waar het gaat om landen die hun intellectuele-eigendomsrecht (gedeeltelijk) hebben geharmoniseerd, zoals in Europa. Er is dan sprake van een "shared threshold of protection", die toepassing van het gelijkheidsvermoeden tot op zekere hoogte aanvaardbaarder maakt.[174] Wel dient, als gezegd, het gelijkheidsvermoeden gereserveerd te blijven voor de zojuist omschreven probleemgevallen. Het uitgangspunt moet de normale lex loci protectionis-verwijzing blijven, alleen in de probleemgevallen mag de rechter zijn toevlucht nemen tot het gelijkheidsvermoeden.[175] Een voorbeeld van m.i. onterecht gebruik van dit vermoeden vindt men in de uitspraak van de Engelse rechter in de zaak Pearce/Ove Arup. Hij oordeelde dat "presumably" Nederlands recht toepasselijk was, en overwoog vervolgens:

> "(…) there is no allegation of any particular proposition of Dutch copyright law diverse from English law by reference to which the merits are to be tested, nor any evidence of that law. I must therefore proceed on the basis that, for present purposes, there is no relevant difference between Dutch and English law and I do not have to decide which applies."[176]

1183. In een dergelijk geval is er m.i. geen plaats voor toepassing van het gelijkheidsvermoeden. Het gaat immers om toepassing van slechts één buitenlands rechtsstelsel, dat niet zo moeilijk te achterhalen valt.[177]

1184. ***Remedie 2: handelingsfictie.*** Een tweede remedie om de mogelijke veelheid van toepasselijke rechtsstelsels hanteerbaar te maken, kwam reeds in par. (c) ter sprake: de 'handelingsfictie'. Dit remedie is bedoeld voor grensoverschrijden-

---

172 Buiten het processuele kader werkt het gelijkheidsvermoeden natuurlijk niet. De rechthebbende die zijn rechten wil exploiteren in meerdere landen, of de gebruiker die wil gebruiken in meerdere landen, zal zich dus op de hoogte moeten stellen van de inhoud van meerdere rechtsstelsels. Dat is nu eenmaal inherent aan internationaal ondernemen (vgl. ook Polak 1998 (*Antwoord*), p. 59)

173 Verdrag van de Wereldorganisatie voor de intellectuele eigendom inzake het auteursrecht (WIPO Copyright Treaty), 20 december 1996, *Trb.* 1997, 318 (Nederlandse vertaling in *Trb.* 1998, 247); zie laatstelijk *Trb.* 2003, 161. Zie over dit verdrag onder meer Ficsor 2002.

174 Vgl. Ricketson & Ginsburg 2006, p. 1314.

175 Ginsburg heeft het gelijkheidsvermoeden ook omarmd, maar gaat m.i. te ver: zij kiest voor standaard-toepasselijkheid van de lex fori, zulks tenzij de belanghebbende partij bewijst dat de lex loci protectionis afwijkt (zie Ricketson & Ginsburg 2006, p. 1313-1314). Dat is m.i. onjuist: hoofdregel en uitzondering worden omgedraaid, en bovendien wordt een te vergaande eis gesteld (namelijk bewijs in plaats van aannemelijkheid). Naar Nederlands recht dient de (feiten)rechter de inhoud van het vreemde recht ambtshalve vast te stellen (art. 25 Rv). Partijen behoeven de inhoud van het vreemde recht niet te stellen en, bij tegenspraak, te bewijzen. Dit is vaste rechtspraak, zie onder meer HR 22 februari 2002, *NJ* 2003, 483 m.nt. PV, en (alinea 16 van) de conclusie van A-G Strikwerda; zie voorts Strikwerda 2008 (*Inleiding*), p. 33.

176 High Court of Justice (Chancery Division) 7 maart 1997, [1997] *FSR* 641 (654); *GRUR Int.* 1998, p. 317-322 (Pearce/Ove Arup). Zie ook noot 319 van hoofdstuk 5.

177 Terzijde: het hier geciteerde oordeel van de Engelse rechter moet worden gezien in het licht van de Engelse opvatting dat vreemd recht als een feit wordt behandeld, dat moet worden bewezen (zie bijvoorbeeld Dicey, Morris & Collins 2006, p. 255-269).

de handelingen – met name dus voor internet – die uitmonden in een veelheid van toepasselijke rechtsstelsels. Deze oplossing is in de vorige paragraaf behandeld.[178]

1185. ***Conclusie lex loci protectionis-verwijzing.*** Met deze twee remedies kunnen eventuele hanteerbaarheidsproblemen onder de lex loci protectionis-verwijzing worden ondervangen. Dat betekent, tezamen genomen, dat de eisen van praktische werkbaarheid niet nopen tot afschrijving van de lex loci protectionis-verwijzing. Integendeel, de lex loci protectionis-verwijzing blijkt uit het oogpunt van praktische werkbaarheid een goede conflictregel: zij voldoet aan de criteria van voorspelbaarheid en hanteerbaarheid.

1186. ***Centrale aanknoping.*** Deze conclusie maakt, gelet op de voorgaande paragrafen, een bespiegeling over de praktische werkbaarheid van andere conflictregels overbodig. Toch is het interessant om in dit verband kort stil te staan bij de centrale-aanknopingsvarianten. Hoe presteren zij, wanneer zij aan de criteria van voorspelbaarheid en hanteerbaarheid worden getoetst? Duidelijk is dat zij een goed hanteerbaar resultaat opleveren. Omdat zij een centrale aanknopingsfactor hebben, komt er één toepasselijk rechtsstelsel uit de bus: men hoeft dus maar één rechtsstelsel toe te passen. Dat pleit in hun voordeel. Maar de nadelen die in de praktijk aan deze conflictregels kleven, lijken mij veel zwaarder te wegen dan dit voordeel: hun toepassingsresultaat mag dan goed hanteerbaar zijn, de conflictregels zelf zijn niet goed hanteerbaar, en zij voldoen ook niet aan het voorspelbaarheidscriterium. In die opzichten leveren zij in de praktijk een waaier van complicaties op. Bezien wij dit nader.

1187. ***Lex originis-verwijzing.*** De lex originis-verwijzing verklaart het recht toepasselijk van het land waar het werk voor het eerst is gepubliceerd. Wij hebben in de vorige paragraaf al geconstateerd dat deze verwijzingsregel door internet onbruikbaar is geworden, en moet worden afgeschreven.[179] Maar ook afgezien van die fatale constatering, kleven er werkbaarheidsproblemen aan de lex originis-verwijzing. Wat kan of moet bijvoorbeeld als eerste publicatie worden aangemerkt? Is – als men daarvoor de definitie van artikel 3 lid 3 van de Berner Conventie gebruikt – het werk in een concreet geval wel zodanig ter beschikking gesteld dat daarmee in de redelijke behoeften van het publiek is voorzien, zulks met inachtneming van de aard van het werk? Of was geen sprake van een serieuze eerste

178 Zie par. 8.2.1 onder (c)(i). Terzijde zij opgemerkt dat – hoewel zij inhoudelijk verschillen – de 'handelingsfictie' en de door Polak bepleite 'aannemelijkmakingsverplichting' in de praktijk doorgaans tot hetzelfde resultaat zullen leiden (over de aannemelijkmakingsverplichting, zie noot 169 van dit hoofdstuk 8). Niettemin zijn gevallen denkbaar waarin zij leiden tot een verschillend resultaat. Men denke bijvoorbeeld aan een satellietuitzending die duidelijk is gericht op alleen het ene land, maar die in een stukje grensstreek ook in een ander land kan worden ontvangen (bijvoorbeeld omdat de landsgrens kronkelt en de 'footprint' van de satelliet niet). Stel nu dat de rechthebbende aannemelijk kan maken dat hij ook in het andere land (geringe) schade lijdt. In de 'aannemelijkmakingsbenadering' zal het desbetreffende rechtsstelsel dan dus niet kunnen worden geëcarteerd; met de handelingsfictie is dat wel mogelijk, omdat de handeling niet is gericht op het andere land.

179 Zie par. 8.2.1 onder (c)(ii). Dat geldt niet alleen in het context van internet, maar ook daarbuiten ('off line'), zie noot 145 van dit hoofdstuk 8.

publicatie, maar alleen van een trucje waarmee de auteur de toepasselijkheid van een bepaald, voor hem gunstig rechtsstelsel heeft willen forceren? Kan men achterhalen en bewijzen waar de eerste publicatie – misschien wel decennia geleden – heeft plaatsgevonden, en kan men achterhalen en bewijzen dat dat een al dan niet serieuze eerste publicatie was? Wat indien het werk in meerdere landen tegelijk is gepubliceerd?[180] Wat indien het werk niet is gepubliceerd?[181] Wat indien het ongepubliceerde werk naderhand wel wordt gepubliceerd? Zo rijzen vele vragen die de lex originis-verwijzing tot een moeilijk hanteerbare conflictregel maken.[182] En door al dat soort problemen moet men zich heen worstelen voordat men weet welk rechtsstelsel van toepassing is. Nu zal dat voor de rechthebbende nog wel te doen zijn – al kunnen de zojuist opgeworpen kwesties ook hem in de wielen rijden –, maar voor de gebruikers is het buitengewoon lastig. Hoe moeten zij dit alles achterhalen? Voor hen is de lex originis-verwijzing een moeilijk hanteerbare conflictregel, met (daarmee ook) een moeilijk voorspelbaar toepassingsresultaat. Want het is niet eenvoudig om te voorspellen welk recht in een concreet geval van toepassing is.

1188. ***Nationaliteit en woonplaats.*** Soortgelijke problemen doen zich voor bij aanknoping aan nationaliteit en woonplaats.[183] Eerder kwam al het probleem ter sprake dat er meerdere rechthebbenden zijn met verschillende nationaliteiten of woonplaatsen. Welk recht is dan van toepassing?[184] Maar er zijn meer problemen. Kiest men bijvoorbeeld voor de nationaliteit of de woonplaats van de werkelijke schepper of uitvinder, of voor de nationaliteit of de woonplaats van de rechthebbende? In dat laatste geval: welk recht bepaalt dan wie de rechthebbende is? Welk moment is bepalend? Kiest men voor de nationaliteit of de woonplaats op het moment van creatie of uitvinding, of op het moment van eerste publicatie of registratie[185], of volgt het op de bescherming toepasselijke recht eventuele veranderingen van nationaliteit of woonplaats? Wat indien het recht onder algemene of bijzondere titel wordt overgedragen aan iemand met een andere nationaliteit of woonplaats: verandert daarmee ook het op de bescherming toepasselijke recht?[186] Nu zal men voor deze problemen een (al dan niet arbitraire) oplossing kunnen bedenken[187], maar dat neemt niet weg dat het moeilijk kan zijn om dit alles nader-

180 Vgl. de voor het vreemdelingenrecht geschreven regel van art. 5 lid 4 onder a Berner Conventie, die in zo'n geval kiest voor het land met de kortste beschermingsduur.

181 Vgl. art. 5 lid 4 onder c Berner Conventie, dat kiest voor nationale aanknoping (zie daarover alinea 1188 hierna). Of kiest men dan voor het land waar het werk gecreëerd is, de uitvinding bedacht is? Dat is natuurlijk onwerkbaar, zie ook Raynard 1990, p. 371-372.

182 Veel van die problemen rijzen ook onder de vigeur van de Berner Conventie, maar dan zijn zij hoofdzakelijk van belang voor de (vreemdelingenrechtelijke) materiële-reciprociteitsuitzonderingen, en niet voor de fundamentele vraag naar het toepasselijke recht.

183 Hetzelfde geldt natuurlijk voor verblijfplaats en vestigingsplaats (zie noot 97 van dit hoofdstuk 8).

184 Zie alinea 1175 hiervoor.

185 In die zin de retorsiebepaling van art. 6 lid 1 Berner Conventie.

186 Dan opent zich feitelijk een ongekende rechtskeuzemogelijkheid. Uitgeverijen kunnen dan bijvoorbeeld een vennootschapje oprichten in een land met een hoog beschermingsniveau, waarin zij alle rechten onderbrengen.

187 In ALI Principles 2008 (§ 313) wordt bijvoorbeeld een conflictregel (voor de subject-vraag) voorgesteld die primair aanknoopt aan de woonplaats van de schepper op het moment van de creatie van het werk (zie in dit verband noot 96 van hoofdstuk 5).

hand nog te achterhalen en bewijzen. Moet men als gebruiker dan maar afgaan op de mededelingen van de rechthebbende omtrent zijn (vroegere) nationaliteit en woonplaats?[188] Men ziet, ook aanknoping aan nationaliteit en woonplaats levert praktische problemen op.[189]

1189. Al met al is centrale aanknoping dus – met name voor de gebruiker – moeilijk hanteerbaar en (daarmee) onvoorspelbaar. Troller merkte op dat praktische vragen worden opgeroepen die nauwelijks te beantwoorden zijn.[190] Daarbij moet men zich bedenken dat deze werkbaarheidsproblemen niet op het bord van één gebruiker liggen, maar dat zij zich laten gelden voor iedereen (de 'Allgemeinheit'). Gechargeerd gezegd: iedereen loopt de kans om te worden besprongen door een rechthebbende die op grond van een rechtsstelsel dat men wellicht geheel niet had verwacht, stelt dat men bepaalde handelingen niet mag, of had mogen verrichten. En men bedenke zich voorts dat deze werkbaarheidsproblemen in aantal toenemen door mondialisering en internet, die immers een veel intensiever internationaal rechtsverkeer meebrengen.[191]

1190. ***Conclusie.*** De slotsom is dat de eisen van werkbaarheid in de praktijk de lex loci protectionis-verwijzing niet diskwalificeren – integendeel, mij dunkt dat eerder wederom wordt bevestigd dat dit de enige zinvolle conflictregel voor het intellectuele-eigendomsrecht is.

e. Vijfde invalshoek: dépeçage ('Zersplitterung')?

1191. ***Inleiding.*** Bezien wij ten slotte een vijfde mogelijke invalshoek. Deze betreft de vraag of, zoals sommige auteurs tegenwoordig voorstellen, dépeçage ('Zersplitterung') wenselijk is.

1192. ***Verwijzingscategorie.*** Uitgangspunt is dat de verwijzingscategorie van de lex loci protectionis-verwijzing de gehele bescherming van intellectuele-eigendomsrechten omvat. Deze bescherming – zo kwam in hoofdstuk 7 aan de orde – is opgebouwd uit vier componenten:

– het object van de bescherming (wat moet worden verstaan onder een werk van letterkunde of kunst, een uitvinding, een merk, enz.?);
– het subject van de bescherming (wie is de originaire rechthebbende?);
– de inhoud van de bescherming (ontstaan, omvang, en einde van de rechten); en
– de handhaving van de bescherming (de 'rechtsmiddelen' en de sancties).

---

188 Vgl. ook Troller 1952, p. 67.
189 Er kunnen zich nog meer problemen voordoen, bijvoorbeeld algemene nationaliteitsproblemen zoals bipatridie en apatridie; anonieme of pseudonieme werken; enz. Vgl. ook Raynard 1990, p. 358-359.
190 De Boer & Van Lingen 1978, p. 43 (opmerking Troller).
191 Vgl. alinea 1176 hiervoor.

1193. De vraag is nu of het wenselijk is om de bescherming niet in haar geheel te onderwerpen aan de lex loci protectionis, maar bepaalde aspecten van die bescherming af te splitsen en aan een ander rechtsstelsel te onderwerpen. Daarmee fragmenteert men dus de verwijzingscategorie ('Zersplitterung'). Is dergelijke dépeçage wenselijk?

1194. ***Subject-vraag.*** De roep om dépeçage heeft tegenwoordig met name betrekking op de subject-vraag in het auteursrecht.[192] Als reden wordt doorgaans aangevoerd dat dit de internationale exploitatie zou vereenvoudigen. Onder de vigeur van de lex loci protectionis-verwijzing is denkbaar dat er verschillende originaire rechthebbenden kunnen bestaan ten aanzien van hetzelfde werk. In Duitsland is bijvoorbeeld de werknemer de originaire rechthebbende van een bepaald werk, terwijl in de Verenigde Staten zijn werkgever als originaire rechthebbende geldt. Dat kan bezwaarlijk zijn: wie de wereldwijde rechten ten aanzien van dit werk wil verkrijgen, moet hier bijvoorbeeld op bedacht zijn. Overigens lijkt de soep in de praktijk niet zo heet te worden gegeten als zij hier wordt opgediend. Vaak wordt dit vooraf contractueel ondervangen, bijvoorbeeld in de arbeidsovereenkomst (het probleem doet zich vooral voor in het kader van arbeidsverhoudingen). Hoe dan ook, de voorstanders van dépeçage brengen naar voren dat mogelijke diversiteit moet worden voorkomen door voor de subject-vraag een aparte conflictregel te gebruiken; deze vraag moet huns inziens centraal worden aangeknoopt, of accessoir worden aangeknoopt aan het recht dat op de arbeidsovereenkomst toepasselijk is.[193]

1195. ***Onwenselijk.*** M.i. is dépeçage evenwel onwenselijk. Dat geldt voor de subject-vraag (die vraag wordt in deze paragraaf verder centraal gesteld omdat zij het meest omstreden is), maar het geldt evenzeer voor alle andere aspecten van de bescherming. En het geldt voor alle intellectuele-eigendomsrechten. De verwijzingscategorie van de lex loci protectionis-verwijzing dient m.i. dus de bescherming in haar geheel te omvatten.[194]

1196. ***Samenhang.*** In de eerste plaats is de bescherming van een intellectueleeigendomsrecht immers één samenhangend geheel. Dit kwam al eerder in deze studie ter sprake.[195] De subject-vraag is, net als de andere drie hiervoor genoemde componenten, een inherent onderdeel van de bescherming. Zij is, net als de object-vraag, onlosmakelijk verbonden met de inhoud van het recht.[196] Deze com-

192 Vgl. alinea's 435 en 468 hiervoor, alsook par. 7.2.2 onder (a)(iii).

193 Terzijde zij opgemerkt dat sommige auteurs hun voorstel niet in de sleutel van 'Zersplitterung' of dépeçage plaatsen, maar de subject-vraag als een *voorvraag* presenteren, waarop een aparte conflictregel kan worden losgelaten (zie bijvoorbeeld Drobnig 1976, p. 200). Dat komt in resultaat op hetzelfde neer, maar gaat rechtstheoretisch veel verder: deze auteurs zien de subject-vraag kennelijk zelfs niet als een onderdeel van de intellectuele-eigendomsbescherming. Over de problematiek van de voorvraag in het algemeen, zie Strikwerda 2008 (*Inleiding*), p. 48 e.v.

194 Zie ook Bouche 2002 (*Territorialité*), p. 421 e.v. en p. 526-528.

195 Zie alinea 982 hiervoor.

196 Zie onder meer Beier, Schricker & Ulmer 1985 (Max-Planck-Institut), p. 105; Quaedvlieg 1997, p. 161; Lucas & Lucas 2006, p. 851 e.v. Vgl. ook BGH 2 oktober 1997, *GRUR Int.* 1998, p. 427-431 (Spielbankaffaire), zie daarover ook noot 45 van hoofdstuk 5.

ponenten zijn op elkaar afgestemd. Zij vormen één uitgebalanceerd en samenhangend geheel. De subject-vraag is dus, net als de object-vraag, niet een afsplitsbaar onderdeel. Splitsing zou de innerlijke samenhang alsook de wezenlijke doelstellingen van de betrokken wetgever verstoren.[197] "(…) le droit subjectif et ses prérogatives sont définis en considération même de la personne du titulaire, et cela est particulièrement vrai s'agissant du droit d'auteur."[198] Bovendien is het conflictenrechtelijk wegknippen van de subject-vraag van de andere constituerende elementen van een recht, rechtstheoretisch gezien een hoogst wonderlijke constructie, die in vergelijkbare gevallen elders in het recht dan ook niet voorkomt. Is – in het privaatrecht – ooit serieus voorgesteld om de vraag wie originair een eigendomsrecht of een vorderingsrecht verkrijgt, aan een aparte verwijzingsregel te onderwerpen? Is – in het publiekrecht – ooit serieus voorgesteld om de vraag aan wie een vergunning wordt verleend, conflictenrechtelijk anders te behandelen?[199] Twee keer nee.

1197. ***Rechtspolitiek*.** Daarnaast is dépeçage ook onwenselijk om de redenen die in de bespreking van de andere invalshoeken naar voren zijn gekomen. Toen zijn die redenen voor het geheel van de bescherming besproken, maar dezelfde redenen gelden natuurlijk evenzeer voor een deel daarvan. Het belangrijkste bezwaar is het rechtspolitieke bezwaar. Iedere rechtsgemeenschap, zo kwam in par. (b) als rechtspolitieke keuze naar voren, heeft er recht op dat op haar rechtsgebied alleen haar exclusiviteitsopvattingen heersen. Het is dus ook aan iedere rechtsgemeenschap om zelf te bepalen aan *wie* het alleenrecht op zijn rechtsgebied toekomt, *wie* binnen dat rechtsgebied het alleenrecht tegen de aldaar aanwezigen (de leden van de rechtsgemeenschap) mag uitoefenen.[200] Dat betekent, vertaald naar het conflictenrecht, dat de lex loci protectionis óók de subject-vraag dient te beheersen.[201] Daarentegen laadt dépeçage, waarbij de subject-vraag wordt afgesplitst en onderworpen aan een andere conflictregel, de verdenking van imperialisme op zich – dit kwam in par. (b)(ii) aan de orde: landen met een hoog beschermingsniveau en een grote productie van intellectuele voortbrengselen hebben hier belang bij, zij kunnen aldus hun recht exporteren.[202] Grip op de subject-vraag is in dat opzicht natuurlijk een strategische keuze.[203] Zo bezien past het pleidooi voor afsplitsing van de subject-vraag dus in het patroon in de geschiedenis van het internationale intellectuele-eigendomsrecht dat reeds eerder is blootgelegd.[204] Daar kan nog aan

197 Vgl. Polak 1994, p. 42.
198 Bouche 2002 (*Territorialité*), p. 527.
199 De vraag wordt hier óók voor de publiekrechtelijke dimensie opgeworpen, omdat intellectuele-eigendomsrechten een zekere semi-publiekrechtelijke inslag hebben (zie par. 8.2.1 onder (a)).
200 Zo kan men zich bijvoorbeeld voorstellen dat ontwikkelingslanden liever de schepper als subject aanwijzen, en niet de (veelal Westerse) werkgever.
201 Zo ook Thum 2005, p. 278-279. Voor de context van internet ("global acts of exploitation") stelt zij evenwel – voor cinematografische werken – een andere conflictregel voor. Een onderscheid tussen internet en de wereld 'off line' lijkt mij echter problematisch; zie ook noot 140 van dit hoofdstuk 8.
202 Zie par. 8.2.1 onder (b)(ii) en (b)(iii).
203 Vgl. ook de opmerking van Patry, genoemd in alinea 1143 hiervoor, die betrekking heeft op de subject-vraag.
204 Zie par. 8.2.1 onder (b)(ii) en (b)(iii), alsmede alinea 1143 hiervoor.

worden toegevoegd dat deze dépeçage-constructie bij toepassing van de lex originis-verwijzing in het voordeel van werkgevers werkt. Want het ligt doorgaans in de macht van de werkgever om de plaats van eerste publicatie te bepalen[205]; hij kan het werk dus voor het eerst publiceren in een land met een rechtsstelsel dat hem als auteur aanmerkt – internet maakt dat zeer eenvoudig –, en daarmee heeft hij de alleenrechten in alle andere landen naar zich toe getrokken.[206]

1198. ***Conclusie.*** Tezamen genomen: dépeçage ('Zersplitterung') is m.i. dus onwenselijk. De verwijzingscategorie van de lex loci protectionis-verwijzing dient de bescherming in haar geheel te omvatten. Met dit alles is niet gezegd dat toepassing van de lex loci protectionis-verwijzing op de subject-vraag probleemloos is. Er kunnen zich in dit verband inderdaad problemen voordoen. Die moeten echter niet met conflictenrechtelijke middelen worden bestreden. Dit is typisch een kwestie die, ook al is consensus wellicht moeilijk te realiseren, door eenvormig recht zou moeten worden geregeld. In par. 8.3 is daartoe een aanzet gedaan.

f. Conclusie

1199. ***Resumé.*** De voorgaande zoektocht naar de beste conflictregel voor het intellectuele-eigendomsrecht laat zich als volgt kort resumeren.

1200. Eerst is onderzocht welke conflictregel vanuit de invalshoek van het hedendaagse conflictenrecht de meest aangewezene is; dat bleek de exclusieve lex loci protectionis-verwijzing te zijn (par. (a)). Vervolgens is onderzocht welke conflictregel vanuit een rechtspolitieke invalshoek de meeste wenselijke is (par. (b)). Daarbij werd hier gekozen voor de rechtspolitieke opvatting die de lokale autonomie over de 'exclusiviteitsbalans' laat prevaleren: intellectuele-eigendomsrechten zijn exclusiviteitsrechten, en in de vormgeving van die exclusiviteit ligt een bepaalde afweging besloten van de belangen van de rechthebbende enerzijds en de 'Allgemeinheit' anderzijds; die afweging is m.i. voorbehouden aan ieder land voor zich, en ieder land heeft er recht op dat op zijn grondgebied uitsluitend zijn opvattingen dienaangaande heersen. Uit die opvatting vloeit voort, zo zagen wij, dat de exclusieve lex loci protectionis-verwijzing de meest wenselijke conflictregel voor het intellectuele eigendomsrecht is.

1201. De aldus gevonden lex loci protectionis-verwijzing is vervolgens nog onderzocht en getest vanuit drie andere invalshoeken. Getoetst is of zij moet worden afgeschreven in het licht van mondialisering en internet; dat bleek niet het

205 Dit wordt ook onderkend door Ginsburg 1986, p. 30. Vgl. ook De Boer 1977, p. 691-692.

206 De lex originis-verwijzing is voor de subject-vraag onder meer bepleit door Drobnig 1976, p. 202. Tegenwoordig lijkt de lex originis-verwijzing uit de gratie te raken bij pleitbezorgers voor subject-dépeçage, wellicht door het besef dat de lex originis-verwijzing door internet niet meer bruikbaar is. Wat bepleiten zij tegenwoordig dan wel? Aan de nationaliteit of de woonplaats van de auteur kan men niet aanknopen, want het is nu juist de vraag wie als auteur moet worden aangemerkt, zoals De Boer 1977, p. 691 terecht onderkent. In zwang raakt daarom thans aanknoping aan de woonplaats van de schepper, zie bijvoorbeeld Van Eechoud 2005 (*Alternatives*); ALI Principles 2008 (§ 313).

geval te zijn (par. (c)). Getoetst is of zij in de praktijk wel goed werkbaar is; dat bleek het geval te zijn, eventueel met behulp van twee hulpregels, het gelijkheidsvermoeden en de handelingsfictie (par. (d)). Ten slotte is onderzocht of dépeçage ('Zersplitterung') wenselijk is; dat bleek niet het geval te zijn – de lex loci protectionis dient de intellectuele-eigendomsrechtelijke bescherming in haar geheel te beheersen, dus inclusief bijvoorbeeld de subject-vraag (par. (e)).

1202. Zo leidt de zoektocht naar de beste conflictregel voor het intellectueleeigendomsrecht ons tot de exclusieve lex loci protectionis-verwijzing. Die conflictregel is dwingend en exclusief (er mogen dus geen 'Auflockerung'-uitzonderingen worden gemaakt, zoals rechtskeuze, rechtsgevolgen-uitzondering, accessoire aanknoping, proper law-exceptie en algemene-exceptieclausule), en zij bestrijkt alle aspecten van de bescherming (dus geen 'Zersplitterung', dépeçage). Met het geldende recht in de Berner Conventie en het Verdrag van Parijs kunnen wij dus tevreden zijn.

1203. ***Vernieuwend?*** Sommigen zijn wellicht niet tevreden, zij hadden wellicht liever een spannende, nieuwe conflictregel uit de bus zien komen. Maar daar gaat het niet om. Het gaat om het vinden van de *beste* conflictregel, niet om het vinden van een nieuwe conflictregel – net zomin als het gaat om het conserveren van een traditionele conflictregel.[207] Wie iets spannends zoekt op het snijvlak van conflictenrecht en intellectuele-eigendomsrecht, moet niet zozeer in het domein van het wenselijke recht zijn (dat is immers vrij duidelijk: de lex loci protectionis-verwijzing is de meest aangewezen conflictregel), maar die moet vooral in het domein van het geldende recht zijn: de intellectuele uitdaging, en het praktisch belang om het raadsel van de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling op te lossen zijn immers veel groter dan het ontwerpen van een nieuwe conflictregel. In het domein van het geldende recht liggen de mogelijkheden voor vernieuwende inzichten, zoals de verklaring van de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling in de hoofdstukken 1 tot en met 5. Daarom ligt de nadruk in deze studie ook op het geldende recht.[208]

1204. Het kwam al eerder ter sprake: de conclusie dat de lex loci protectionis-verwijzing de beste conflictregel is, impliceert nog niet dat het internationale intellectuele-eigendomsrechtelijke landschap daarmee op ideale wijze is ingericht.[209] Ook deze conflictregel kent zwakke kanten: de toepassing van een veelheid van rechtsstelsels kan bezwaarlijk zijn, hoewel dat grotendeels valt te ondervangen (par. (d)). En men kan het onwenselijk vinden dat er per land verschillende resultaten zijn ten aanzien van een en hetzelfde object. Die problemen regarderen evenwel het intellectuele-eigendomsrecht, en zullen dus moeten worden opgelost door

207 Overigens is de gegeven onderbouwing van de keuze voor de lex loci protectionis-verwijzing in de verschillende invalshoeken wellicht wel vernieuwend (zo bijvoorbeeld in par. 8.2.1 onder (a)).
208 Vgl. ook alinea's 1111 tot en met 1113 hiervoor.
209 Zie alinea 1145 hiervoor.

unificatie of harmonisatie van het intellectuele-eigendomsrecht.[210] Het conflictenrecht kan niet meer doen dan de *best mogelijke* conflictregel ontwerpen – en dat is, als gezegd, de lex loci protectionis-verwijzing.

8.2.2. Vreemdelingenrecht

1205. ***Inleiding.*** Bezien wij thans het vreemdelingenrecht. Wat is in dit verband wenselijk recht? Hierover bestaat tegenwoordig unanieme overeenstemming: het wenselijke uitgangspunt is in dit verband het non-discriminatiebeginsel. Dat geldt voor alle fasen waarin het vreemdelingenrecht een rol kan spelen. Zoals in par. 5.2.2 aan de orde kwam, kan het vreemdelingenrecht een rol spelen in alle drie fasen van de 'driefasen-structuur', te weten (i) de rechtsbevoegdheidsfase, (ii) de conflictenrechtelijke fase, en (iii) de materieelrechtelijke fase. Wij hebben gezien dat tegenwoordig in alle drie fasen de non-discriminatiegedachte heerst, met dien verstande dat daarop in de materieelrechtelijke fase toch nog enkele uitzonderingen worden gemaakt.[211]

1206. ***Non-discriminatiebeginsel.*** Het non-discriminatiebeginsel is m.i. inderdaad het wenselijke recht in dit verband. Non-discriminatie is wenselijk vanuit een rechtspolitieke invalshoek, uitgaande van de opvatting dat alle mensen gelijkwaardig zijn en (dus) in gelijke gevallen gelijk dienen te worden behandeld.[212] En non-discriminatie is zelfs *noodzakelijk* door de keuze voor een Savigniaanse verwijzingsregel. Want, zo kwam eerder in deze studie ter sprake, het Savigniaanse conflictenrecht impliceert noodzakelijkerwijs het non-discriminatiebeginsel in (tenminste) de rechtsbevoegdheidsfase en de conflictenrechtelijke fase.[213] Het non-discriminatiebeginsel in de Berner Conventie en het Verdrag van Parijs is dus een onontbeerlijk fundament.

1207. ***Uitzonderingen.*** Niettegenstaande dit uitgangspunt, worden als gezegd in de materieelrechtelijke fase enkele uitzonderingen op het non-discriminatiebeginsel gemaakt. In hoofdstuk 6 zijn de desbetreffende uitzonderingen in de Berner Conventie en de Schikking van Madrid behandeld.[214] Het gaat vrijwel steeds om materiële-reciprociteitstoetsen, die op bepaalde punten discriminatie in de materieelrechtelijke fase mogelijk maken. Zo maakt artikel 7 lid 8 van de Berner Conventie het bijvoorbeeld mogelijk om de beschermingsduur te reduceren tot de beschermingsduur in het land van oorsprong van het werk, indien die korter is.

---

210 Niet zonder reden dachten de negentiende-eeuwse verdragsopstellers van de Berner Conventie ook al over unificatie – maar dat was toen niet haalbaar. Zie alinea 172 hiervoor.

211 Daarnaast: in par. 8.2.1 onder (b)(ii) kwam aan de orde dat, op conflictenrechtelijk vlak, centrale aanknoping verkapte discriminatie kan opleveren.

212 Dat geldt al helemaal binnen een 'familie' zoals de Berner Unie of de Parijse Unie.

213 Zie par. 5.1.2 onder (c)(ii) (alinea's 500 e.v. hiervoor).

214 De telle quelle-toets van artikel 6 quinquies A lid 1, en D, van het Verdrag van Parijs is geen uitzondering op het non-discriminatiebeginsel, zie alinea 923 hiervoor.

1208. Hoe wenselijk zijn deze uitzonderingen op het non-discriminatiebeginsel? Welnu, zij vormen een inbreuk op het non-discriminatiebeginsel, dat wij zojuist als wenselijk recht hebben omarmd. Zij zijn in beginsel dus onwenselijk. Zijn er desniettegenstaande redenen die deze uitzonderingen op het non-discriminatiebeginsel rechtvaardigen?

1209. ***Voordeel.*** Brengen zij bijvoorbeeld een bepaald voordeel mee? Vóór de materiële-reciprociteitsuitzonderingen pleit dat zij de weg tot unificatie kunnen effenen. Zoals eerder in deze studie ter sprake kwam, kunnen materiële-reciprociteitstoetsen de patstelling doorbreken die ontstaat wanneer sommige landen eenvormig intellectuele-eigendomsrecht (ius conventionis) in een verdrag wensen op te nemen of uit te breiden, terwijl andere landen zich daartegen verzetten.[215] Het verdrag neemt de omstreden regeling op, maar maakt haar niet dwingend en laat een materiële-reciprociteitstoets toe. Zo worden de achterblijvers niet gedwongen om in de regeling mee te gaan, terwijl ook de landen in de kopgroep tevreden kunnen zijn: zij kunnen de desbetreffende bescherming in hun nationale wet verwezenlijken zonder haar gratis te moeten uitdelen, terwijl tegelijkertijd in het verdrag de wenselijke koers is uitgezet. Aldus wordt voor de desbetreffende kwestie een 'verdrag van twee snelheden' gecreëerd. De hoop is dat de achterblijvende landen – door binnenlandse druk – op den duur zullen bijtrekken, zodat de desbetreffende regeling kan stollen tot dwingend ius conventionis en de materiële-reciprociteitstoets kan worden afgeschaft. Aldus bezien is de materiële-reciprociteitstoets een tijdelijk remedie terwille van het hogere doel, is zij wegbereidster voor unificatie.[216] Dit voordeel is evenwel meer een theoretische mogelijkheid, want de verdragen hebben in hun lange geschiedenis nog nooit de afschaffing van een materiële-reciprociteitstoets mogen meemaken. Tijdelijk zijn zij dus niet. En het is bovendien ook maar zeer de vraag of door deze toetsen enige mate van unificatie in de door hen bestreken kwesties is bereikt. De desbetreffende verschillen tussen de rechtsstelsels lijken (hierdoor) niet minder te zijn geworden.[217] Het voordeel van deze materiële-reciprociteitstoetsen – wegbereiding voor unificatie – lijkt in de praktijk dus illusoir.

1210. ***Nadelen.*** Daarnaast kleven er veel nadelen aan de materiële-reciprociteitstoetsen. Hun toepassing is vaak moeizaam en ingewikkeld, zo bleek in Deel I en hoofdstuk 6. Soms zijn zij vaag geformuleerd omdat zij een compromisoplossing zijn, zoals bijvoorbeeld de reciprociteitstoets inzake het volgrecht (artikel 14ter van de Berner Conventie). Dat alles verhoogt het risico van onjuiste toepassing, en biedt ruimte aan kwaadwillenden voor chicanes en verdergaande discriminatie dan de bedoeling was. Zo leiden materiële-reciprociteitstoetsen vaak tot misstan-

215 Zie par. 6.2.1 (alinea 781 hiervoor).
216 Unificatie wordt dan dus beschouwd als een rechtspolitiek wenselijk (eind)doel.
217 Het zou een aparte (rechtsvergelijkende) studie vergen om dat te kunnen bewijzen (voor zover dat causale verband al te bewijzen valt), en dat valt buiten het bestek van deze studie. In dit verband is alleen voor de beschermingsduur in het auteursrecht eenvormig recht tot stand gekomen, maar het is de vraag of de materiële-reciprociteitstoets van art. 7 lid 8 dat heeft bewerkstelligd. Zie over die toets par. 6.3.2.

den, misslagen en zelfs misbruik – de geschiedenis staat er bol van –, en daarmee ondermijnen zij het fundamentele non-discriminatiebeginsel. Bovendien lijden de meeste materiële-reciprociteitstoetsen in de Berner Conventie aan het euvel dat eerder in het kader van het conflictenrecht ter sprake kwam: zij werken met het concept 'land van oorsprong' (land van eerste publicatie), en dat concept is door internet onbruikbaar geworden. In de context van internet is, naar de huidige stand van de techniek, de plaats van eerste publicatie immers nietszeggend geworden, en uitermate manipuleerbaar.[218] In het kader van het conflictenrecht tast dat, zo zagen wij, de lex originis-verwijzing aan, omdat het land van oorsprong geen zinvolle aanknopingsfactor meer is. Hetzelfde geldt m.m. in het kader van het vreemdelingenrecht: de materiële-reciprociteitstoetsen die zich richten op het land van oorsprong, worden aangetast omdat het land van oorsprong geen zinvol referentieland meer is. De 'straf' die de materiële-reciprociteitstoets wil uitdelen, valt eenvoudig te omzeilen. Wie deze materiële-reciprociteitstoetsen dus wil behouden, zou voor hen een ander referentieland moeten kiezen, bijvoorbeeld het vaderland van de auteur.[219]

1211. ***Afweging.*** Een en ander afwegend, weegt het illusoire voordeel m.i. niet op tegen de reële nadelen. De materiële-reciprociteitstoetsen brengen dus niet een bepaald voordeel mee dat de inbreuk op het non-discriminatiebeginsel zou kunnen rechtvaardigen. Integendeel, zij brengen juist nadelen mee. Zijn er andere redenen die de inbreuk op het non-discriminatiebeginsel kunnen rechtvaardigen?

1212. ***Noodsituatie.*** Denkbaar is dat een 'noodsituatie' een rechtvaardigingsgrond oplevert: het gaat dan om de situatie dat de verdragsopstellers een grote mate van onenigheid over een essentiële kwestie alleen kunnen overbruggen door een materiële-reciprociteitstoets op te nemen. Zo'n geval heeft zich m.i. slechts één keer voorgedaan: de Berner Conventie zou waarschijnlijk niet van de grond gekomen zijn zonder de materiële-reciprociteitstoets inzake de beschermingsduur (thans artikel 7 lid 8 van de Berner Conventie).[220] In zo'n geval is de materiële-reciprociteitstoets gerechtvaardigd – als noodzakelijk kwaad. Daarbij moet worden opgemerkt dat de noodsituatie voor deze materiële-reciprociteitstoets zich thans niet meer voordoet: de Brusselse conferentie van 1948 slaagde er immers in een minimale beschermingsduur als ius conventionis voor te schrijven; dat had aanleiding moeten zijn om de materiële-reciprociteitstoets te schrappen. En voor de andere materiële-reciprociteitstoetsen van de Berner Conventie geldt deze rechtvaardigingsgrond niet: zij betreffen immers geen essentiële kwesties (toegepaste kunst, volgrecht en het voorbehoud van de tienjaarsregel bij vertalingen). Kortom, de be-

218 Zie daarover nader par. 8.2.1 onder (c)(ii).

219 Terzijde: dat is tijdens de conferentie te Stockholm in 1967 (dus voor de geboorte van internet) vergeefs voorgesteld, zie noot 174 van hoofdstuk 2.

220 Zie par. 2.2.3 onder (b), en par. 6.3.2. Terzijde zij opgemerkt dat ten tijde van de totstandkoming van de Berner Conventie het land van oorsprong nog wel een zinvol referentieland was (zie alinea 1169 hiervoor).

staande materiële-reciprociteitstoetsen in de Berner Conventie zouden m.i. moeten worden geschrapt.[221]

1213. ***Schikking van Madrid.*** Een rechtvaardigingsgrond is wél aanwezig voor de materiële-reciprociteitstoets in artikel 6 van de Schikking van Madrid.[222] Zij maakt immers onderdeel uit van het (registratie)systeem van dit verdrag; haar bestaan wordt (tegenwoordig) gerechtvaardigd door de wens om de mogelijkheid van een 'central attack' te behouden.[223]

1214. ***Conclusie.*** Tezamen genomen is de slotsom ten aanzien van het vreemdelingenrecht dat het non-discriminatiebeginsel het wenselijke recht is. Dat betekent dat de uitzonderingen op dit beginsel – zoals met name de materiële-reciprociteitstoetsen – onwenselijk zijn, en dus moeten worden afgeschaft. Dat ligt alleen anders indien voor hen een rechtvaardigingsgrond bestaat. Voor de materiële-reciprociteitstoets in de Schikking van Madrid bestaat zo'n rechtvaardigingsgrond. Voor de materiële-reciprociteitstoetsen in de Berner Conventie bestaat echter geen rechtvaardigingsgrond – zij moeten dus worden afgeschaft.

8.3. Hervorming van de Berner Conventie en het Verdrag van Parijs

1215. ***Plan van behandeling.*** In de voorgaande paragrafen heb ik mijn gedachten geschetst over wenselijk conflictenrecht en wenselijk vreemdelingenrecht op het gebied van het intellectuele-eigendomsrecht. In de onderhavige paragraaf worden deze wensen vertaald in concrete voorstellen tot hervorming van het geldende recht. Allereerst wordt dit onderzocht voor de Berner Conventie en het Verdrag van Parijs (par. 8.3.1), hetgeen resulteert in een voorstel tot hervorming van de Berner Conventie (par. 8.3.2). Daarna wordt nog kort stil gestaan bij de maatregelen die de Europese en de nationale wetgever kunnen treffen ter realisering van het wenselijke recht (par. 8.3.3).

8.3.1. Wenselijke hervormingen van de Berner Conventie en het Verdrag van Parijs

1216. ***Inleiding.*** Bezien wij eerst hoe het hiervoor geschetste wenselijke recht in de Berner Conventie en het Verdrag van Parijs kan worden verwerkt. Daarbij ligt de focus, zoals steeds in deze studie, op de Berner Conventie – daar valt ook het meest aan te vertimmeren. Deze wensen zullen niet in de huidige tekst van de

221 Zie ook Drexl 1990, p. 124-153. De retorsiebepaling van art. 6 Berner Conventie (ook een uitzondering op het non-discriminatiebeginsel) komt hierna in par. 8.3 nog ter sprake.

222 Zie over deze materiële-reciprociteitstoets par. 6.4. De telle quelle-toets van artikel 6 quinquies A lid 1, en D, van het Verdrag van Parijs is geen uitzondering op het non-discriminatiebeginsel, zie alinea 923 hiervoor.

223 Zie alinea's 926 e.v. hiervoor.

Berner Conventie worden verwerkt, maar in het herformuleringsontwerp dat in par. 8.1 werd gepresenteerd.[224] Die tekst heeft immers het voordeel dat zij reeds op een hedendaagse leest is geschoeid (de Savigniaanse scheiding van conflictenrecht en vreemdelingenrecht is doorgevoerd; de conflictregel is geformuleerd als Savigniaanse verwijzingsregel), terwijl zij inhoudelijk gelijk is aan de huidige tekst van de Berner Conventie.[225]

1217. Welke hervormingen moeten worden doorgevoerd?

1218. ***Conflictenrecht.*** In conflictenrechtelijk opzicht, zo bleek in par. 8.2.1, voldoen de Berner Conventie en het Verdrag van Parijs reeds. Zij bevatten immers, na de conversie van de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling, de exclusieve lex loci protectionis-verwijzing, en dat is de meest wenselijke conflictregel voor het intellectuele-eigendomsrecht. Dat betekent dat artikel 5 van het herformuleringsontwerp geen aanpassing behoeft.[226]

1219. Ten aanzien van het Verdrag van Parijs moet hier een kanttekening worden gemaakt. In par. 8.2.1 stelden wij vast dat de exclusieve lex loci protectionis-verwijzing de beste conflictregel voor het *intellectuele-eigendomsrecht* is. De exclusieve lex loci protectionis-verwijzing van het Verdrag van Parijs is echter niet alleen op intellectuele-eigendomsrechten van toepassing, maar óók op de bestrijding van de oneerlijke mededinging.[227] Vertaald naar de oneerlijke mededinging gaat het dan om de exclusieve marktregel.[228] Het zal apart moeten worden beoordeeld of dit wenselijk is. Bij oneerlijke mededinging gaat het immers niet om exclusiviteitsrechten. Oneerlijke mededinging is eenvoudigweg een specifieke vorm van de onrechtmatige daad.[229] Er dient dus een zelfstandige beoordeling plaats te vinden over de vraag welke conflictregel het meest is aangewezen voor de oneerlijke mededinging.[230] Dit lijkt inderdaad de exclusieve marktregel te zijn – de Rome II-Verordening kiest daar ook voor –, maar denkbaar is dat uitzonderingen

224 Zie par. 8.1.1 onder (d). Terzijde: het Aanhangsel bij de Berner Conventie blijft hier buiten beschouwing. Voor de goede orde zij voorts opgemerkt dat mogelijke wensen tot regeling van (het conflictenrecht op) andere gebieden dan de bescherming van intellectuele-eigendomsrechten ook buiten beschouwing blijven. Denkbaar is bijvoorbeeld dat men zich een regeling wenst van het conflictenrecht terzake van de exploitatie van intellectuele-eigendomsrechten. Dat valt buiten het bestek van deze studie; het zou een aparte studie vergen.

225 Voor de goede orde: er zijn, zoals in par. 8.1 werd aangegeven, enkele betekenisverschillen tussen de huidige Berner Conventie en het herformuleringsontwerp. Het enige relevante verschil is uiteraard het schrappen van de formele-territorialiteitscomponent; de overige zijn duidelijk van ondergeschikt belang. Vgl. ook alinea 1075 hiervoor.

226 In dit verband kan nog worden opgemerkt dat het wel wenselijk lijkt dat een bepaling aan de conventie wordt toegevoegd waarin de handelingsfictie voor grensoverschrijdende (internet)gevallen wordt neergelegd en uitgewerkt (zie alinea's 1160 e.v. hiervoor). Dat is in wezen een materieelrechtelijke aangelegenheid, die (dus) buiten het bestek van deze studie valt. Het gelijkheidsvermoeden behoeft m.i. geen codificatie (zie daarover alinea's 1182 e.v. hiervoor). Daarnaast zou men ook nog allerlei detailkwesties kunnen regelen, zoals een definitie van grondgebied en een regeling inzake in-, uit- en doorvoer (vgl. noot 30 van dit hoofdstuk 8). Ten slotte zij er op gewezen dat de hier voorgestelde lex loci protectionis-verwijzing geen universele werking heeft.

227 Zie ook alinea 936 hiervoor.

228 Zie ook Polak 1998 (*Preadvies*), p. 104.

229 Zie o.m. Ulmer 1975, p. 5 en p. 19 e.v.

230 Zie o.m. Strikwerda 1997.

wenselijk zijn.[231] Een dergelijke beoordeling valt evenwel buiten het bestek van deze studie.[232]

1220. ***Vreemdelingenrecht.*** In vreemdelingenrechtelijk opzicht, zo bleek in par. 8.2.2, voldoet de Berner Conventie niet: zij bevat immers een aantal materiële-reciprociteitstoetsen, en dergelijke toetsen zijn onwenselijk.[233] Deze toetsen moeten dus worden geschrapt.[234] Alsdan is voor het auteursrecht in de Berner Conventie het onafhankelijkheidsbeginsel eindelijk volledig doorgevoerd, want nu ook op vreemdelingenrechtelijk vlak.[235] Daarmee wordt een langgekoesterd ideaal verwezenlijkt – een ideaal dat reeds in 1883 was opgetekend in het ontwerp voor de Berner Conventie, en waarvoor vaak is gestreden.[236]

1221. ***Afschaffing concept 'land van oorsprong'.*** Met de afschaffing van de materiële-reciprociteitstoetsen verliest het concept 'land van oorsprong' een groot deel van zijn betekenis. Het ontleende zijn betekenis immers met name aan de materiële-reciprociteitstoetsen. Ik zou nog een – logische – stap verder willen gaan, door dit concept *geheel* te verbannen uit de Berner Conventie.[237] Het 'land van oorsprong' is geen wenselijk concept. Het is bedacht en gebruikt voor met name discriminatie, en het heeft in de loop van de geschiedenis voornamelijk problemen veroorzaakt. Het is een kunstmatige constructie: in werkelijkheid is een werk van letterkunde of kunst natuurlijk niet met één bepaald land verbonden; het kent geen nationaliteit. Zoals Darras reeds in 1887 terecht opmerkte: "Rigoureusement, aucun ouvrage intellectuel n'a de patrie."[238] Daar komt nog bij dat, zoals eerder in dit hoofdstuk al aan de orde kwam, het concept 'land van oorsprong' tegenwoordig onbruikbaar is geworden omdat de plaats van eerste publicatie door internet nietszeggend is geworden, en uitermate manipuleerbaar.[239] Dat alles vormt voldoende reden om het concept 'land van oorsprong' (en het daarmee samenhangende concept 'eerste publicatie') geheel te ecarteren uit de Berner Conventie – niet alleen op vreemdelingenrechtelijk vlak (door afschaffing van de desbetreffende materiële-reciprociteitstoetsen), maar ook op de overige vlakken waar het nog een rol speelt.

---

231 Art. 6 Rome II-Verordening kiest voor de exclusieve marktregel, maar maakt daarop twee uitzonderingen; zie daarover nader Schaafsma 2008, p. 1002-1003.

232 Oneerlijke mededinging valt immers buiten het bestek van deze studie (zie alinea 10 hiervoor).

233 Voor het Verdrag van Parijs en de Schikking van Madrid ligt dit, zo kwam ook aan de orde, anders; zie alinea 1213 hiervoor.

234 Het gaat dan dus om de materiële-reciprociteitstoetsen in art. 2 lid 7, tweede volzin; in art. 7 lid 8; in art. 14ter lid 2; en in art. 30 lid 2 onder b, tweede volzin, van de Berner Conventie. Zie par. 6.3.

235 Vgl. noot 67 van hoofdstuk 3. De retorsiebepaling komt dadelijk ter sprake.

236 Vgl. alinea 212 hiervoor; zie voorts onder meer par. 3.2.1.

237 Dat voorstel is overigens niet nieuw, het is in de verdragsgeschiedenis ook al eens voorgesteld door het Verenigd Koninkrijk, zie Actes 1967, p. 841, nr. 519 (summary minutes Main Committee I: opmerking Britse gedelegeerde Wallace). Zie ook alinea 1226 hierna.

238 Darras 1887, p. 385.

239 Zie daarover nader par. 8.2.1 onder (c)(ii); en par. 8.2.2.

1222. ***Geen land van oorsprong: ius conventionis in hele Unie.*** Het gaat dan in de eerste plaats om het toepassingsgebied van het ius conventionis. Artikel 5 lid 3, eerste volzin, van de Berner Conventie bepaalt dat het ius conventionis niet geldt in het land van oorsprong.[240] Die bepaling is ontworpen vanuit de gedachte dat dit een interne, nationale aangelegenheid is waar de conventie buiten dient te blijven.[241] Dat verandert wanneer wij het concept 'land van oorsprong' afschaffen. Dan zal het ius conventionis in alle Unielanden gelden, dus óók in wat thans nog het land van oorsprong is. Dat is m.i. een goede zaak. Van een interne aangelegenheid kan men toch niet meer zinvol spreken nu het land van oorsprong zo gemakkelijk manipuleerbaar is; en bovendien is de zojuist vermelde achterliggende gedachte in de praktijk een hersenschim: vroeg of laat brengen nationale wetgevers hun wetgeving toch in lijn met het ius conventionis, opdat nationale werken en auteurs niet worden achtergesteld bij vreemde werken en auteurs, die immers wél aanspraak kunnen maken op het ius conventionis. In het voorstel tot hervorming van de Berner Conventie is artikel 6 van het herformuleringsontwerp daarom geschrapt.

1223. ***Geen land van oorsprong: formele toepassingsgebied.*** Het voorstel tot algehele afschaffing van het concept 'land van oorsprong' brengt in de tweede plaats mee dat het formele toepassingsgebied van de Berner Conventie moet worden geherdefinieerd. Dit toepassingsgebied werkt immers mede met het onbruikbaar geworden concept 'plaats van eerste publicatie'.[242] Hoe zou het formele toepassingsgebied het best kunnen worden gedefinieerd? De huidige regeling is opgezet vanuit de gedachte dat niet-Unielanden moeten worden geprikkeld om toe te treden tot de conventie. Daarom wordt – in grote lijnen – de conventie alleen van toepassing verklaard op de bescherming van (werken van) Unie-auteurs, en van Unie-werken (werken die voor het eerst in een Unieland zijn gepubliceerd). De gedachte is dat auteurs uit niet-Unielanden op die manier worden aangemoedigd om hun werken voor het eerst in een Unieland te publiceren, met als gevolg dat niet-Unielanden worden geprikkeld om toe te treden tot de conventie, want anders lopen zij de eerste publicaties van hun eigen auteurs mis. In het verleden heeft die opzet wellicht gewerkt, maar het zal duidelijk zijn dat zij tegenwoordig niet meer werkt: de plaats van eerste publicatie is daarvoor tegenwoordig te eenvoudig te manipuleren. In zoverre beantwoordt de huidige regeling van het formele toepassingsgebied dus ook niet meer aan haar eigen doelstelling. M.i. zou deze regeling anders moeten worden opgezet. De nadruk hoeft thans niet meer te liggen op de groei van het aantal Unielanden, want de Berner Conventie telt onderhand meer dan 160 aangesloten landen, waaronder alle in auteursrechtelijk opzicht belangrijke landen ter wereld. Enige groei is dus nog wel mogelijk, maar weldra – of wellicht reeds thans – is voor de conventie een fase aangebroken waarin de nadruk op groei in de regeling van het formele toepassingsgebied een ach-

240 Art. 6 van het herformuleringsontwerp.
241 Zie par. 3.3.
242 Art. 3 lid 1 onder b Berner Conventie; art. 3 lid 2 onder b van het herformuleringsontwerp.

terhaalde gedachte is. Het wordt daarom tijd om de beperkingen van het formele toepassingsgebied los te laten: de conventie zou in elk Unieland van toepassing moeten zijn op de bescherming van alle werken (ongeacht de plaats van eerste publicatie) van alle auteurs (ongeacht hun vaderland). Dit maakt de toepassing van de conventie ook eenvoudiger. In het voorstel tot hervorming van de Berner Conventie wordt artikel 3 van het herformuleringsontwerp daarom teruggebracht tot één bepaling die het materiële en formele toepassingsgebied omschrijft.

1224. ***Retorsie.*** Naast die open houding zal echter zekerheidshalve een pressiemogelijkheid tegenover niet-Unielanden moeten worden ingebouwd. Voorkomen moet immers worden dat landen de Unie verlaten, in de wetenschap dat de eigen auteurs in de Unielanden toch wel aanspraak kunnen blijven maken op de Berner Conventie. En ook moet de mogelijkheid blijven bestaan om druk uit te oefenen op niet-Unielanden om toe te treden, of om tenminste een aanvaardbare bescherming te bieden. Dit een en ander kan worden verwezenlijkt door in voorkomende gevallen de retorsiebepaling van artikel 6 van de Berner Conventie in te zetten. Hoewel retorsiemaatregelen in beginsel niet wenselijk zijn, zal men toch deze stok achter de deur moeten behouden.[243] Men bedenke daarbij dat de retorsiebepaling alléén speelt vis-à-vis de weinige landen die niet bij de Berner Unie zijn aangesloten. In het voorstel tot hervorming wordt de retorsiebepaling van artikel 6 van de Berner Conventie enigszins aangepast. Zo worden de refertes aan het land van eerste publicatie geschrapt; dat concept wensen wij immers nu juist af te schaffen. En de bepaling wordt wat ruimer geformuleerd. Daarbij is met name van belang dat de WIPO een rol krijgt toebedeeld: zij kan de auteursrechtelijke situatie in niet-Unielanden gaan onderzoeken en, indien nodig, retorsiemaatregelen adviseren of gelasten. Daarmee wordt de retorsiebepaling een aanzienlijk krachtiger instrument. De hernieuwde bepaling is neergelegd in artikel 6 van het voorstel tot hervorming van de Berner Conventie.

1225. ***Geen land van oorsprong: overgangsrecht.*** Ten slotte regardeert het voorstel tot algehele afschaffing van het concept 'land van oorsprong' ook artikel 18 van de Berner Conventie. Dit artikel regelt het temporele toepassingsgebied (overgangsrecht), en stelt daarbij als uitgangspunt voorop dat de Berner Conventie van toepassing is op alle werken, die op het ogenblik van haar inwerkingtreding nog niet gemeengoed zijn geworden in het land van oorsprong ten gevolge van het verstrijken van de beschermingsduur.[244] Deze regeling moet, zo zal duidelijk zijn, worden herzien. De situatie c.q. de beschermingsduur in het land van oorsprong is in het voorstel immers niet meer relevant. Uitgangspunt moet zijn dat de conventie in ieder Unieland gewoon onmiddellijke werking heeft.

---

243 Retorsiemaatregelen zijn in beginsel onwenselijk omdat men individuele auteurs straft voor de inferioriteit van de bescherming in hun vaderland terwijl zij daar niet schuldig aan zijn, en terwijl zij daar waarschijnlijk zelf ook onder lijden.

244 Zie nader over deze regeling Ricketson & Ginsburg 2006, p. 332-345.

1226. ***Conclusie land van oorsprong*.** Door deze aanpassingen tezamen genomen wordt het concept 'land van oorsprong' uit de Berner Conventie verwijderd.[245] Dat betekent tegelijkertijd dat een aantal definities, die verband houden met het concept 'land van oorsprong', kan worden geschrapt. Dat zijn de definitie van het 'land van oorsprong' zelf[246], en de definitie van gelijktijdige publicatie.[247] Ook de gelijkstelling van niet-Unie-auteurs in artikel 3 lid 2 kan worden geschrapt.[248] Alles bij elkaar genomen leidt het elimineren van het concept 'land van oorsprong' tot verbeteringen op vele vlakken: de desbetreffende materiële-reciprociteitstoetsen worden afgeschaft, het toepassingsgebied van het ius conventionis wordt verruimd tot *alle* Unielanden, en het formele toepassingsgebied van de conventie wordt opener en reëler opgezet. Bovendien wordt met dat alles de conventie aanzienlijk eenvoudiger toepasbaar, en is de ruimte voor misverstanden, misslagen en misbruik aanzienlijk afgenomen. De Britse gedelegeerde Wallace zag het juist toen hij tijdens de Stockholmse conferentie in 1967 opmerkte dat zijn land "had in the past suggested the elimination of the country of origin conception because it led to misunderstandings and its removal would result in simplification of the Convention."[249]

1227. ***Ius conventionis subject-vraag*.** Wij hebben nu een aantal hervormingsvoorstellen behandeld met betrekking tot het conflictenrecht, het vreemdelingenrecht en het land van oorsprong. Op het gebied van het eenvormige auteursrecht (ius conventionis) kan men ongetwijfeld ook voorstellen tot hervorming formuleren, maar dat valt buiten het bestek van deze studie. Niettemin veroorloof ik mij één uitstapje op dit terrein. Het betreft een (aanzet voor een) voorstel voor ius conventionis inzake de subject-vraag. De eerdere constatering dat deze vraag niet conflictenrechtelijk moet worden benaderd, doch door eenvormig recht zou moeten worden geregeld, krijgt daarmee een vervolg.[250] Omdat dit uitstapje buiten het bestek van deze studie valt, blijft de onderbouwing evenwel kort.

1228. Zoekend naar een regeling die enerzijds duidelijkheid biedt, en anderzijds een voor allen aanvaardbaar compromis zou moeten zijn, zou ik kiezen voor de volgende opzet. Het auteursrecht ontstaat ten gunste van de schepper van het werk. Hij is de originaire rechthebbende, en wordt de 'auteur' genoemd.[251] Dit

245 Hetzelfde geldt (uiteraard) voor het daarmee verband houdende concept 'plaats van eerste publicatie'. Overigens figureert het 'land van oorsprong' ook nog in het Aanhangsel. Ook daar zal het moeten worden geschrapt. Het Aanhangsel blijft hier evenwel buiten beschouwing (zie noot 224 van dit hoofdstuk 8).

246 Art. 5 lid 4 Berner Conventie; art. 2 lid 2 herformuleringsontwerp.

247 Art. 3 lid 4 Berner Conventie; art. 2 lid 4 herformuleringsontwerp.

248 Art. 2 lid 5 herformuleringsontwerp. Ook de definitie van 'gepubliceerde werken' in art. 3 lid 3 Berner Conventie (art. 2 lid 3 herformuleringsontwerp) houdt verband met het 'land van oorsprong' en met het formele toepassingsgebied (vgl. evenwel ook art. 15 lid 4 onder a van de Berner Conventie). Het begrip 'publiceren' ('publicatie') wordt elders in de conventie en het Aanhangsel echter ook gebruikt, en daarom kan deze definitie niet worden geschrapt. Wel lijkt het nauwkeuriger om haar te vervangen door een definitie van het begrip 'publiceren'.

249 Actes 1967, p. 841, nr. 519 (summary minutes Main Committee I).

250 Zie alinea 1198 hiervoor.

251 In het geval dat er meerdere scheppers zijn, ontstaat het auteursrecht ten gunste van hen allen (mede-eigendom).

lijkt mij het rechtvaardigst – het is tenslotte zijn intellectuele arbeid geweest. Daarmee is er dus altijd één 'beginpunt': de originaire rechthebbende ligt vast. Dat biedt duidelijkheid.

1229. Het probleem is natuurlijk de situatie waarin een werknemer in het kader van zijn arbeidsverhouding een werk heeft geschapen. Uiteenlopende opvattingen staan in dat verband tegenover elkaar, zo hebben wij eerder in deze studie gezien.[252] In sommige landen wordt de werknemer als originaire rechthebbende aangemerkt[253], in andere landen wordt de werkgever als originaire rechthebbende aangemerkt.[254] Laatstgenoemde benadering deel ik niet: als gezegd, moet de schepper (in casu dus de werknemer) als originaire rechthebbende worden aangemerkt. Anderzijds lijkt het mij wel redelijk dat, wanneer een werknemer bij de uitoefening van zijn taken zoals omschreven in de arbeidsovereenkomst een werk heeft geschapen voor zijn werkgever, de exploitatierechten komen te liggen bij de werkgever.[255] De werknemer wist dan immers tevoren dat hij een taak als schepper zou hebben te vervullen – hij heeft daarmee ingestemd, en hij heeft dat kunnen inbrengen in de onderhandelingen over zijn loon, zodat een vergoeding geacht mag worden in het loon te zijn verdisconteerd. En het is bovendien de werkgever die de mogelijkheden voor de schepping van het werk heeft gecreëerd. Op grond van een en ander zou ik daarom kiezen voor een overgang van rechtswege: het verdrag bepaalt dat de exploitatierechten, direct na hun ontstaan, automatisch overgaan op de werkgever, tenzij schriftelijk anders is overeengekomen.[256]

1230. Dit is dus een compromis. Zij die de werkgever als originaire rechthebbende wensen aan te merken, worden daarin niet gevolgd maar zij krijgen materieel gezien goeddeels hun zin. Zij die de werknemer als originaire rechthebbende wensen aan te merken, worden daarin gevolgd maar zij moeten toezien dat, behoudens andersluidende schriftelijke overeenkomst, de exploitatierechten bij hem worden weggenomen. Om de pijn voor deze laatste groep te verzachten zou nog een uit-

252 Zie ook par. 7.2.2.

253 Zo bijvoorbeeld in Duitsland (vgl. art. 7 Duitse auteurswet; zie o.m. Rojahn 2006, p. 879 e.v.). Daarbij verdient vermelding dat het auteursrecht aldaar niet kan worden overgedragen aan de werkgever (hooguit kan een licentie worden verleend); zie art. 29 lid 1 Duitse auteurswet, dat bepaalt "Das Urheberrecht ist nicht übertragbar, es sei denn, es wird in Erfüllung einer Verfügung von Todes wegen oder an Miterben im Wege der Erbauseinandersetzung übertragen." Dat lijkt mij in strijd met het ius conventionis van de Berner Conventie, zie alinea 1050 hiervoor.

254 Zo bijvoorbeeld de Verenigde Staten (section 201(b) US Copyright Act, 'works made for hire'). Vgl. ook art. 7 Auteurswet.

255 Dat geldt niet voor de morele rechten. Dat zijn typische scheppersrechten (zie ook par. 7.2.2 onder (b)). De werkgever zal hierover met zijn werknemer afspraken moeten maken; enige oplettendheid mag van hem worden verwacht.

256 In opdrachtverhoudingen zou dit niet moeten gelden. In dergelijke verhoudingen mag van de opdrachtgever enige auteursrechtelijke oplettendheid worden verwacht.
Terzijde zij opgemerkt dat de vraag of het volgrecht ook van rechtswege zou moeten overgaan op de werkgever, hier buiten beschouwing blijft. Gebruikelijk is dat de desbetreffende kunstwerken niet in dienstverband, doch in opdracht worden gemaakt. Aangezien de overgang van rechten m.i. niet in opdrachtverhoudingen zou moeten plaatsvinden, blijft het volgrecht in zo'n geval dus, tezamen met de andere exploitatierechten, bij de opdrachtnemer/schepper. Die kan de exploitatierechten aan de opdrachtgever overdragen – maar niet het in art. 14ter omschreven volgrecht, dat immers onvervreemdbaar is.

stapregeling (‘opt out’) kunnen worden toegevoegd. Landen die deze overgang van rechten werkelijk niet kunnen aanvaarden, kunnen daarvan dan gebruik maken. Zij dienen de WIPO daarvan in kennis te stellen, zodat voor iedereen duidelijk wordt voor welke landen de uitzonderingssituatie geldt. De rechtspraktijk weet dan waar zij aan toe is: voor alle landen die niet op deze uitzonderingslijst staan, geldt de hoofdregel (de werkgever is de rechthebbende), en voor de landen die op de uitzonderingslijst staan, zal men in de rechtspraktijk aparte afspraken moeten maken.[257] Het is natuurlijk fraaier, zo zal duidelijk zijn, wanneer deze ‘opt out’-regeling niet nodig is.

1231. Tezamen genomen is daarmee de subject-vraag eenvormig geregeld. De verschillende standpunten in deze kwestie zullen wat water bij de wijn moeten doen. Maar zij krijgen daarvoor wel wat terug: wereldwijde duidelijkheid over de (originaire) rechthebbende.[258] Dit een en ander is verwerkt in artikel 2 lid 2, en artikel 8 van het voorstel tot hervorming van de Berner Conventie.

8.3.2. Voorstel tot hervorming van de Berner Conventie

1232. ***Wijzigingen in herformuleringsontwerp.*** Hoe worden de zojuist besproken voorstellen nu concreet in tekst vertaald? Bezien wij welke wijzigingen in het herformuleringsontwerp nodig zijn.[259]

– Artikel 1 van het herformuleringsontwerp (Unie) behoeft geen aanpassing.

– Artikel 2 van het herformuleringsontwerp (definities) behoeft de volgende aanpassingen.[260]
– Artikel 2 lid 2 van het herformuleringsontwerp (definitie van het ‘land van oorsprong’) wordt geschrapt.[261] Het wordt vervangen door een definitie van de ‘auteur’.[262]
– Artikel 2 lid 3 van het herformuleringsontwerp (definitie van ‘gepubliceerde werken’) blijft vrijwel gelijk; het wordt een definitie van ‘publiceren’.[263]
– Artikel 2 lid 4 van het herformuleringsontwerp (definitie van gelijktijdige publicatie) wordt geschrapt.[264]

---

257 Men kan zich voorstellen dat in arbeidsovereenkomsten dan een clausule wordt opgenomen die inhoudt dat de werknemer een exclusieve licentie verleent aan de werkgever “voor alle landen genoemd op de uitzonderingslijst bedoeld in art. x van de Berner Conventie.”

258 Terzijde: deze regeling valt strikt genomen buiten het materiële toepassingsgebied van de conventie; exploitatie valt daar immers buiten (par. 7.4.1). Het zal duidelijk zijn dat het niettemin noodzakelijk is om ook deze overgang van rechten te regelen, wil men de subject-vraag geregeld krijgen. Terzijde: art. 14bis lid 2 blijft hier buiten beschouwing.

259 De indeling van het herformuleringsontwerp in vier hoofdstukken blijft gehandhaafd – dat maakt de zaak overzichtelijk.

260 Daarnaast kunnen in art. 2 van het voorstel ook nog andere, nader te bepalen definities worden toegevoegd, bijvoorbeeld “Directeur-Generaal” (thans gedefinieerd in art. 6 lid 1 Berner Conventie).

261 Zie alinea 1226 hiervoor.

262 Zie alinea’s 1227 e.v. hiervoor.

263 Zie alinea 1226 hiervoor.

264 Zie alinea 1226 hiervoor.

– Artikel 2 lid 5 van het herformuleringsontwerp (gelijkstelling van niet-Unie-auteurs) wordt geschrapt.[265]

– Artikel 3 van het herformuleringsontwerp (materiële en formele toepassingsgebied) wordt gewijzigd. Lid 1 wordt aangevuld met het formele toepassingsgebied door toevoeging van de woorden "in alle landen van de Unie". Lid 2 wordt geschrapt.[266]

– Artikel 4 van het herformuleringsontwerp (non-discriminatiebeginsel) behoeft enige aanpassing. In de eerste plaats wordt de referte aan het land van oorsprong geschrapt; dat concept is immers afgeschaft.[267] In de tweede plaats wordt de bijzin "behoudens ingevolge de door deze Conventie uitdrukkelijk toegelaten uitzonderingen" vervangen door "behoudens ingevolge artikel 6 van deze Conventie." De materiële-reciprociteitstoetsen zijn immers afgeschaft.[268] De enige resterende uitzondering op het non-discriminatiebeginsel is de retorsiebepaling, die in artikel 6 van het voorstel wordt neergelegd.

– Artikel 5 van het herformuleringsontwerp (toepasselijk recht) behoeft slechts één kleine aanpassing: lid 3 onder b (de lex loci protectionis bepaalt ten gunste van wie de rechten ontstaan) kan worden geschrapt. De subject-vraag wordt in het onderhavige voorstel immers door ius conventionis geregeld.[269]

– Artikel 6 van het herformuleringsontwerp (bescherming in het land van oorsprong) wordt geschrapt.[270] Het concept 'land van oorsprong' wordt immers afgeschaft.

– Artikel 7 van het herformuleringsontwerp (retorsie) wordt gewijzigd en vernummerd tot artikel 6. De bepaling wordt iets ruimer opgezet en de refertes aan het land van eerste publicatie worden geschrapt.[271]

– Artikel 8 van het herformuleringsontwerp (formaliteitenverbod) behoeft geen aanpassing. Deze bepaling wordt vernummerd tot artikel 7.

– Artikel 9 van het herformuleringsontwerp (rechtsopvolgers) wordt gewijzigd en vernummerd tot artikel 8. De bepaling over de rechtsopvolgers (artikel 2 lid 6 Berner Conventie) wordt gecombineerd met een bepaling waarin het ius

---

265 Zie alinea 1226 hiervoor.
266 Zie alinea 1223 hiervoor. Men zou art. 3 van het herformuleringsontwerp ook geheel kunnen schrappen: het materiële toepassingsgebied blijkt immers reeds uit art. 1 (zie ook noot 41 van dit hoofdstuk 8), en het formele toepassingsgebied wordt dan niet genoemd (is dus onbegrensd). Om misverstanden te voorkomen wordt in het voorstel niettemin toch een bepaling aan het toepassingsgebied gewijd.
267 Zekerheidshalve wordt "of land van oorsprong" vervangen door "of op welke andere grond dan ook."
268 Zie alinea 1220 hiervoor.
269 Zie alinea 1227 e.v. hiervoor; alsmede art. 2 lid 2 en art. 8.
270 Zie alinea 1222 hiervoor.
271 Zie alinea 1224 hiervoor.

conventionis inzake de subject-vraag wordt vastgelegd.[272] In een tweede lid wordt de regeling over arbeidsverhoudingen opgenomen.[273] In een derde lid kan eventueel een 'opt out'-mogelijkheid worden opgenomen.[274]

– Artikel 10 van het herformuleringsontwerp (beschermde werken) wordt vernummerd tot artikel 9. In lid 6 wordt de materiële-reciprociteitstoets inzake toegepaste kunst (artikel 2 lid 7 van de Berner Conventie) geschrapt.[275]

– Verder worden in hoofdstuk II de artikelen 2bis, 6bis tot en met 17, en 21 Berner Conventie opgenomen; de materiële-reciprociteitstoetsen in de artikelen 7 lid 8 en 14ter lid 2 worden geschrapt.[276] In hoofdstuk III (administratieve bepalingen) worden de artikelen 22 tot en met 26 van de Berner Conventie opgenomen. En in hoofdstuk IV (slotbepalingen) worden de artikelen 18, 20, en 27 tot en met 38 van de Berner Conventie opgenomen, waarbij artikel 18 wordt aangepast[277], en de materiële-reciprociteitstoets in artikel 30 lid 2 onder b, tweede volzin, wordt geschrapt.[278]

1233. ***Voordelen*.** Met deze aanpassingen ontstaat een nieuwe Berner Conventie, die als volgt kan worden gekenschetst.

– In conflictenrechtelijk opzicht is de conventie bij de tijd gebracht en verhelderd. Zij is toegerust met de meest wenselijke conflictregel, namelijk de exclusieve lex loci protectionis-verwijzing.[279] Die conflictregel ligt, na conversie, ook in de huidige conventie, in het beginsel van nationale behandeling besloten, maar dat is, zoals wij hebben gezien, een pre-Savigniaanse, statutistische conflictregel die thans niet meer wordt begrepen.[280] In het voorstel is de exclusieve lex loci protectionis-verwijzing als heden ten dage begrijpelijke, Savigniaanse conflictregel neergelegd. Tezamen met enkele andere verduidelijkingen – zoals bijvoorbeeld de bepaling over de verwijzingscategorie – wordt aldus een heldere conflictenrechtelijke regeling gegeven.[281]

– In vreemdelingenrechtelijk opzicht is de conventie ook bij de tijd gebracht en zuiver gemaakt. Het non-discriminatiebeginsel is op dit vlak immers tot onaantastbaar uitgangspunt verheven door de afschaffing van materiële-reci-

272 Zie alinea's 1227 e.v. hiervoor.
273 Zie alinea 1229 hiervoor. Vgl., wat betreft de redactie van deze bepaling, ook art. 2 lid 3 van Richtlijn 91/250/EEG van de Raad van 14 mei 1991 betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's (*PbEG* 1991, L122/42).
274 Zie alinea 1230 hiervoor.
275 Zie alinea 1220 hiervoor.
276 Zie alinea 1220 hiervoor.
277 Zie alinea 1225 hiervoor.
278 Zie alinea 1220 hiervoor.
279 Zie par. 8.2.1.
280 Zie hoofdstukken 1 tot en met 5.
281 En daarmee is ook het onafhankelijkheidsbeginsel op conflictenrechtelijk vlak gediend.

prociteitsuitzonderingen op dat beginsel.[282] Dit beantwoordt aan het ideaal van een familie (Unie) van landen die elkaars onderdanen en werken werkelijk gelijk behandelen. Door de afschaffing van de materiële-reciprociteitsuitzonderingen is bovendien een bron van misverstanden, misslagen en misbruik geëlimineerd.

– Het gekunstelde, thans achterhaalde en onbruikbaar geworden concept 'land van oorsprong' is geschrapt.

– Het formele toepassingsgebied van de conventie is opener en reëler opgezet.

– Het eenvormige recht van de conventie (ius conventionis) gaat in *alle* Unielanden gelden, ook in wat voorheen het land van oorsprong was. Bovendien wordt de vraag ten gunste van wie het auteursrecht ontstaat, uniform geregeld.

1234. ***Conclusie.*** Alles bijeengenomen is het resultaat een afgeslankte conventie, die m.i. beter is dan de huidige conventie: zij is zuiverder, helderder en aanzienlijk eenvoudiger toe te passen. Zij voldoet aan de eisen van deze tijd, reduceert misbruikmogelijkheden, vormt aldus weer een aantrekkelijk platform voor verdere unificatie van het auteursrecht.

VOORSTEL TOT HERVORMING VAN DE BERNER CONVENTIE

HOOFDSTUK I – ALGEMENE BEPALINGEN

Artikel 1
Unie

De landen waarvoor deze Conventie geldt, vormen een Unie voor de bescherming van de rechten der auteurs op hun werken van letterkunde en kunst. — Unie (art. 1 BC)

Artikel 2
Definities

1. In deze Conventie worden onder "werken van letterkunde en kunst"(of "werken") verstaan alle voortbrengselen op het gebied van letterkunde, wetenschap en kunst, welke ook de wijze of de vorm van uitdrukking zij. — definitie werken (art. 2 lid 1 BC)
2. In deze Conventie wordt onder "auteur" verstaan degene die een werk van letterkunde of kunst heeft geschapen. — definitie auteur (nieuw)

---

282 Daarmee is het onafhankelijkheidsbeginsel op vreemdelingenrechtelijk vlak vervolmaakt (daargelaten de retorsiebepaling maar die werkt alleen vis-à-vis niet-Unie-landen).

3. In deze Conventie wordt onder het "publiceren" van een werk verstaan het uitgeven van het werk met toestemming van zijn auteur, welke ook de wijze van vervaardiging moge zijn van de exemplaren, mits deze zodanig ter beschikking zijn gesteld dat daarmede wordt voorzien in de redelijke behoeften van het publiek, zulks met inachtneming van de aard van het werk. De opvoering van een toneelwerk of dramatisch-muzikaal werk, de vertoning van een cinematografisch werk, de uitvoering van een muziekwerk, de openbare voordracht van een werk van letterkunde, de overbrenging of radio-uitzending van werken van letterkunde of kunst, de tentoonstelling van een kunstwerk en het bouwen van een bouwwerk vormen geen publikatie.

definitie publiceren (vgl. art. 3 lid 3 BC)

4. [eventuele andere definities]

Artikel 3
Materieel en formeel toepassingsgebied

Deze Conventie is van toepassing op de bescherming, in alle landen van de Unie, van de rechten der auteurs op hun werken van letterkunde en kunst.

materieel gebied (art. 1 BC)
formeel gebied (nieuw)

Artikel 4
Non-discriminatie

Binnen het toepassingsgebied van deze Conventie is elke discriminatie op grond van nationaliteit of op welke andere grond dan ook verboden, behoudens ingevolge artikel 6 van deze Conventie.

non-discriminatie (art. 5 lid 1 BC)

Artikel 5
Toepasselijk recht

1. De bescherming van de rechten der auteurs op hun werken van letterkunde en kunst wordt beheerst
   a. door uitsluitend het recht van het Unieland voor welks grondgebied deze bescherming wordt ingeroepen, alsmede
   b. door de bepalingen in hoofdstuk II van deze Conventie.

lex loci protectionis en eenvormig recht (art. 5 lid 1 BC)

2. De bepalingen in hoofdstuk II van deze Conventie prevaleren boven het op grond van het eerste lid onder (a) toepasselijke recht. Zij beletten evenwel niet dat een beroep wordt gedaan op een grotere mate van bescherming, die door dit recht mocht zijn voorgeschreven.

samenloop (art. 19 BC)

3. Onverminderd het tweede lid, bepaalt het op grond van het eerste lid onder (a) toepasselijke recht in het bijzonder:
   a. welke voortbrengselen op het gebied van letterkunde, wetenschap en kunst als "werken van letterkunde en kunst" worden beschermd;
   b. het ontstaan, de omvang en het einde van de rechten; en

verwijzingscat. (vgl. art. 5 lid 1 BC)

c. de rechtsmiddelen die de auteur worden gewaarborgd ter handhaving van zijn rechten.

4. In het eerste lid onder (a) wordt onder "recht" verstaan het in een land van de Unie geldende recht, met uitsluiting van regels van conflictenrecht. — Sachnormverw.
5. De toepassing van het door het eerste lid onder (a) aangewezen recht kan slechts worden geweigerd voor zover deze toepassing klaarblijkelijk onverenigbaar zou zijn met de openbare orde. — openbare orde
6. De toepassing van het in het eerste lid onder (a) bedoelde recht van het land voor welks grondgebied de bescherming wordt ingeroepen, is voorbehouden aan de autoriteiten van dit land voor zover het gaat om bepalingen van publiekrechtelijke aard. — publiekrecht

Artikel 6
Retorsie tegen niet-Unielanden

1. Wanneer een land dat geen lid is van de Unie (hierna te noemen een "niet-Unieland") de werken van onderdanen van een Unieland niet in voldoende mate beschermt, kan dat Unieland de bescherming beperken van werken, waarvan de auteurs, op het ogenblik van eerste publikatie van die werken, onderdaan zijn van het desbetreffende niet-Unieland en niet hun gewone verblijfplaats hebben in een Unieland. Indien een Unieland van deze bevoegdheid gebruik maakt, zijn de andere Unielanden niet gehouden aan de werken, die aldus aan een bijzondere behandeling zijn onderworpen, een ruimere bescherming toe te kennen dan die, welke hun in genoemd Unieland wordt toegekend. — retorsie (vgl. art. 6 BC)
2. De Directeur-Generaal van de Wereldorganisatie voor de Intellectuele Eigendom (hierna te noemen de "Directeur-Generaal") is bevoegd om te onderzoeken of een niet-Unieland de werken van onderdanen van Unielanden in voldoende mate beschermt. Wanneer dat naar zijn mening niet het geval is, kan hij de Unielanden adviseren dan wel opdragen om in een bepaalde mate de bescherming te beperken van werken, waarvan de auteurs, op het ogenblik van eerste publikatie van die werken, onderdaan zijn van het desbetreffende niet-Unieland en niet hun gewone verblijfplaats hebben in een Unieland. De Directeur-Generaal zal zijn verklaring hieromtrent tijdig ter kennis van alle Unielanden brengen en openbaar maken.
3. Geen krachtens dit artikel opgelegde beperking zal de rechten mogen aantasten die een auteur mocht hebben verkregen op een werk dat is gepubliceerd voordat die beperking van kracht werd.
4. De Unielanden die krachtens dit artikel de bescherming van de rechten der auteurs beperken, moeten daarvan aan de Directeur-Generaal kennis geven door een schriftelijke verklaring, waarin moeten worden aangegeven de landen tegenover welke de bescherming wordt beperkt, evenals beperkingen waaraan de rechten van de tot die landen behorende auteurs zijn onderworpen. De Directeur-Generaal zal die verklaring dadelijk ter kennis van alle Unielanden brengen en openbaar maken.

HOOFDSTUK II – EENVORMIG RECHT

Artikel 7
Formaliteitenverbod

De bescherming krachtens artikel 5 is aan geen enkele formaliteit onderworpen. — formaliteiten-verbod (art. 5 lid 2 BC)

Artikel 8
De auteur en zijn rechtsopvolgers

1. De bescherming krachtens artikel 5 ontstaat ten gunste van de auteur. Zij bestaat voorts ten gunste van zijn rechtsopvolgers. — subject-vraag; rechtsopvolgers
2. Wanneer een werk is geschapen door een werknemer bij de uitoefening van zijn taken zoals omschreven in de arbeidsovereenkomst, gaan de rechten, terstond nadat zij zijn ontstaan, van rechtswege krachtens deze bepaling over op de werkgever, tenzij bij schriftelijke overeenkomst anders werd bepaald. Deze overgang heeft geen betrekking op de rechten genoemd in artikel [art. 6bis Berner Conventie]. — auteur/ werknemer (nieuw)
3. [Het is aan de wetgever van ieder Unieland voorbehouden om te bepalen dat in zijn land het bepaalde in lid 2 buiten toepassing blijft. De landen die van deze bevoegdheid gebruik maken, moeten daarvan kennis geven aan de Directeur-Generaal door een schriftelijke verklaring die door deze laatste onmiddellijk ter kennis van alle andere landen van de Unie wordt gebracht en wordt openbaar gemaakt.] — voorbehoud scheppers-doctrine (nieuw/ optioneel)

Artikel 9
Beschermde werken

1. Als werken van letterkunde en kunst worden in ieder geval beschermd: boeken, brochures en andere geschriften; voordrachten, toespraken, preken en andere werken van dien aard; toneelwerken of dramatisch-muzikale werken; choreografische werken en pantomimes; muzikale composities met of zonder woorden; cinematografische werken, waarmee volgens een soortgelijke werkwijze uitgedrukte werken worden gelijkgesteld; werken van teken-, schilder-, bouw-, beeldhouw-, graveer- en lithografeer-kunst; fotografische werken, waarmee volgens een soortgelijke werkwijze uitgedrukte werken worden gelijkgesteld; werken van toegepaste kunst; illustraties en aardrijkskundige kaarten; tekeningen, schetsen en plastische werken, betrekking hebbende op de aardrijkskunde, de topografie, de bouwkunde of de wetenschappen. — opsomming werken (art. 2 lid 1 BC)
2. (tekst van artikel 2 lid 2 van de Berner Conventie) — tastbare vorm
3. (tekst van artikel 2 lid 3 van de Berner Conventie) — vertalingen, enz.
4. (tekst van artikel 2 lid 4 van de Berner Conventie) — officiële teksten
5. (tekst van artikel 2 lid 5 van de Berner Conventie) — verzamelingen

6. (tekst van artikel 2 lid 7 van de Berner Conventie; met schrapping van de materiële-reciprociteitstoets in de tweede volzin)	toegepaste kunst
7. Nieuwstijdingen of gemengde berichten die louter het karakter van persberichten dragen, zijn geen werken van letterkunde of kunst.	nieuwsberichten (art. 2 lid 8 BC)

Artikelen 10 e.v.

(artikelen 2bis, 6bis tot en met 17, en 21 Berner Conventie; schrapping van de materiële-reciprociteitstoetsen in de artikelen 7 lid 8 en 14ter lid 2)

HOOFDSTUK III – ADMINISTRATIEVE BEPALINGEN

(artikelen 22 tot en met 26 van de Berner Conventie)

HOOFDSTUK IV – SLOTBEPALINGEN

(artikelen 18, 20, en 27 tot en met 38 van de Berner Conventie; aanpassing van artikel 18 en schrapping van de materiële-reciprociteitstoets in artikel 30 lid 2 onder b, tweede volzin)

8.3.3. Wenselijke hervormingen van Europees en nationaal recht

1235. ***Inleiding.*** Het is natuurlijk het fraaist wanneer de in par. 8.2 geformuleerde wensen in de Berner Conventie en in het Verdrag van Parijs worden verwezenlijkt. Dan worden zij immers realiteit op vrijwel wereldwijde schaal. Zoals al eerder werd aangegeven, is de kans dat deze verdragen binnen afzienbare tijd überhaupt worden gewijzigd, echter miniem.[283] Daarmee komen de Europese en de nationale wetgever in beeld.[284] Wat zouden zij kunnen doen om, gegeven de huidige Berner Conventie en het huidige Verdrag van Parijs – dus binnen de marges van dat geldende verdragsrecht –, het wensenpakket te realiseren?

1236. ***Onverenigbaarheden onder geldend recht.*** Vooropgesteld moet worden dat wanneer de Berner Conventie en het Verdrag van Parijs ongewijzigd blijven, deze wetgevers in de eerste plaats een aantal maatregelen moeten nemen om hun regelgeving in overeenstemming te brengen met deze verdragen. Want, zoals wij in deze studie hebben gezien, is hun regelgeving in het onderhavige rechtsgebied op sommige punten in strijd met deze verdragen. Zo zal de Europese wetgever de handelingsfictie in de 'Satellietrichtlijn' moeten heroverwegen[285], zal hij artikel 7 lid 1 van Richtlijn 2001/84/EG betreffende het volgrecht moeten aanpassen[286], en zal hij de conflictregel inzake oneerlijke mededinging (artikel 6, lid 1 en 2, van de

---

283 Zie alinea 1112 hiervoor.
284 Zie in dit verband ook de herzieningclausule in art. 30 Rome II-Verordening.
285 Zie par. 5.3.3 onder (b)(iv).
286 Zie alinea 904 hiervoor.

Rome II-Verordening) moeten heroverwegen.[287] Veel nationale wetgevers zullen hun conflictregels inzake het intellectuele-eigendomsrecht moeten aanpassen.[288] De Nederlandse wetgever zal artikel 4 Wet conflictenrecht onrechtmatige daad (oneerlijke mededinging) moeten heroverwegen[289], en artikel 43g lid 2 Auteurswet (volgrecht)[290] alsook artikel 47b Auteurswet (satellietuitzendingen)[291] moeten aanpassen.

1237. ***Wenselijkheden.*** Nadat al deze onverenigbaarheden zijn opgeheven, kunnen deze wetgevers zich zetten aan de wenselijkheden: welke wensen kunnen nog worden gerealiseerd door de Europese en de nationale wetgever? Het zal duidelijk zijn dat zij niet alle wensen kunnen realiseren, want zij zijn gebonden aan de Berner Conventie en het Verdrag van Parijs, die – zo nemen wij in deze paragraaf immers tot uitgangspunt – ongewijzigd blijven. Dus zal bijvoorbeeld de eventuele wens om af te wijken van de exclusieve marktregel voor de oneerlijke mededinging, niet in vervulling kunnen gaan.[292] Wat kan dan wel worden gerealiseerd?

1238. ***Wenselijk recht: Europese wetgever.*** De Europese wetgever zou een aantal maatregelen kunnen nemen.[293] Op vreemdelingenrechtelijk vlak zou hij de toepassing van de materiële-reciprociteitstoetsen van de Berner Conventie geheel kunnen uitschakelen. Die toetsen zijn onder de vigeur van het Europese recht grotendeels reeds in de ban gedaan, maar in sommige gevallen – in de relatie met derdelanden – is hun toepassing nog mogelijk, of zelfs door het Europese recht verplicht voorgeschreven.[294] Hieraan zou de Europese wetgever een einde kunnen maken door non-discriminatie voor te schrijven voor alle gevallen.[295]

---

287 Zie alinea 936 hiervoor. Hij zal art. 6 lid 1 en 2 moeten schrappen, of duidelijk moeten maken dat deze bepalingen alleen gelden buiten het toepassingsgebied van de Berner Conventie en het Verdrag van Parijs.

288 Zie par. 5.1.1 onder (c)(i). Zij kunnen hun nationale conflictregels inzake het intellectuele-eigendomsrecht ofwel schrappen (omdat de Berner Conventie en het Verdrag van Parijs al voorzien in een conflictregel), ofwel hun nationale conflictregels in lijn brengen met de verdragsrechtelijke conflictregel door hen te hervormen tot exclusieve lex loci protectionis-verwijzingen (zulks ter verduidelijking van de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling in deze verdragen). De wetgevers van de lidstaten van de Europese Gemeenschap worden hiertoe niet alleen door de verdragen, maar ook door art. 8 van de Rome II-Verordening gedwongen.

289 Zie alinea 936 hiervoor; zie ook noot 287 van dit hoofdstuk 8. Het ligt voor de hand dat (art. 4 van) de Wet conflictenrecht onrechtmatige daad zal worden ingetrokken gelet op (art. 6 van) de Rome II-Verordening.

290 Zie alinea 895 hiervoor (zie ook noot 218 van hoofdstuk 6).

291 Zie alinea 755 hiervoor, en noot 552 van hoofdstuk 5.

292 Zie alinea 1219 hiervoor.

293 Harmoniserende en unificerende maatregelen blijven hier buiten beschouwing. Men denke aan een regeling van de subject-vraag, of aan het van toepassing verklaren van het ius conventionis van de Berner Conventie en het Verdrag van Parijs in de lidstaten van de Europese Gemeenschap, (ook) in de gevallen dat zij als land van oorsprong moeten worden aangemerkt (vgl. alinea 1222 hiervoor). Voor de goede orde: de in het Europese recht niet onbelangrijke vraag of bevoegdheid bestaat om regelgeving tot stand te brengen op bepaalde terreinen, valt buiten het bestek van deze studie.

294 Toepassing van de desbetreffende materiële-reciprociteitstoets wordt verplicht voorgeschreven door art. 7 lid 1 van Richtlijn 93/98/EEG (beschermingsduur, zie par. 6.3.2 onder (d)), en door art. 7 lid 1 van Richtlijn 2001/84/EG (volgrecht; zie par. 6.3.4 onder (c)).

295 Dan wordt ook het in alinea 855 geschetste 'schaakmat'-effect van art. 7 lid 1 van Richtlijn 93/98/EG weggenomen.

1239. Op conflictenrechtelijk vlak zou de Europese wetgever ook een aantal verbeteringen kunnen doorvoeren. Hij zou artikel 8 lid 1 en 3 van de Rome II-Verordening kunnen schrappen. Immers, die bepalingen zijn overbodig gelet op de exclusieve lex loci protectionis-verwijzing in de Berner Conventie en het Verdrag van Parijs.[296] Lid 2 kan dan, na aanpassing, desgewenst in de desbetreffende communautaire intellectuele-eigendomsrechtelijke regelingen worden verwerkt.[297] Denkbaar is echter dat de Europese wetgever toch wenst vast te houden aan een conflictregel voor het intellectuele-eigendomsrecht, zulks ter verduidelijking van de verdragsrechtelijke conflictregel, en ter regeling van de (schaarse) gevallen die buiten het toepassingsgebied van de Berner Conventie en het Verdrag van Parijs vallen.[298] Alsdan zou hij artikel 8 lid 1 moeten hervormen tot een *volledige* lex loci protectionis-verwijzing, die dus *alle* aspecten van de bescherming omvat; de huidige bepaling is op dat punt immers onduidelijk.[299] Lid 2 kan, als gezegd, beter worden verwerkt in de desbetreffende regelingen, en lid 3 is overbodig omdat in lid 1 genoegzaam duidelijk zal worden gemaakt dat het om een *exclusieve* lex loci protectionis-verwijzing gaat ("uitsluitend").[300] Dan zou artikel 8 van de Rome II-Verordening als volgt kunnen worden hervormd.[301]

VOORSTEL TOT HERVORMING VAN DE ROME II-VERORDENING

Artikel 8
Bescherming van intellectuele-eigendomsrechten

1. Onverminderd artikel 28, wordt de bescherming van een intellectuele-eigendomsrecht uitsluitend beheerst door het recht van het land voor welks grondgebied deze bescherming wordt ingeroepen. — lex loci protectionis
2. Het krachtens lid 1 toepasselijke recht bepaalt in het bijzonder: — verwijzingscat.
   a. welke voortbrengselen op het gebied van de intellectuele eigendom worden beschermd;
   b. ten gunste van wie het intellectuele-eigendomsrecht ontstaat;
   c. het ontstaan, de omvang en het einde van het intellectuele-eigendomsrecht; en
   d. de rechtsmiddelen die de rechthebbende worden gewaarborgd ter handhaving van zijn rechten.

---

296 Zie par. 5.1.1 onder (c)(ii).
297 Zie par. 5.3.3 onder (b)(ii), met name alinea 738 hiervoor. De aanpassing houdt in dat zij niet alleen op inbreuk betrekking dient te hebben.
298 Zie alinea 458 hiervoor.
299 Zie alinea 460 hiervoor.
300 Men kan de uitsluiting van rechtskeuze in lid 3 ook voor alle duidelijkheid behouden; kwaad kan zij niet.
301 Terzijde: een Sachnormverweisung en een openbare-orde-exceptie (vgl. art. 5 lid 4 en 5 van het voorstel tot hervorming van de Berner Conventie) zijn reeds in de Rome II-Verordening opgenomen (art. 24 resp. art. 26). Art. 13 van de Rome II-Verordening kan men zekerheidshalve handhaven (zie over deze bepaling ook noot 152 van hoofdstuk 5).

3. De toepassing van het in lid 1 bedoelde recht van het land voor welks grondgebied de bescherming wordt ingeroepen, is voorbehouden aan de autoriteiten van dit land voor zover het gaat om bepalingen van publiekrechtelijke aard. publiekrecht

1240. Men kan zich nog afvragen of deze verwijzingsregel strikt genomen wel thuishoort in een regeling betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen.[302] Dat is echter geen halszaak. Wél zal deze bepaling moeten verhuizen binnen de Rome II-Verordening: zij hoort immers niet thuis in het hoofdstuk 'Onrechtmatige daad'.[303] Het verdient aanbeveling haar onder te brengen in een nieuw hoofdstuk, getiteld 'Bescherming van intellectuele eigendom'.

1241. ***Wenselijk recht: nationale wetgever.*** Stel nu dat de Berner Conventie en het Verdrag van Parijs ongewijzigd blijven en dat ook de Europese regelgeving ongewijzigd blijft. Welke maatregelen kan de nationale wetgever dan nog nemen ter realisering van het in par. 8.2 geschetste wenselijk recht? Het zal duidelijk zijn dat zijn manoeuvreerruimte klein is, hij is immers gebonden aan de verdragen én aan de Europese regelgeving.

1242. Richten wij ons op de Nederlandse wetgever. Op conflictenrechtelijk vlak zou hij in het komende Boek 10 BW een Titel kunnen toevoegen waarin een exclusieve lex loci protectionis-verwijzing wordt opgenomen, zoals zojuist werd voorgesteld voor de Rome II-Verordening.[304] De werkingssfeer van die conflictregel is echter miniem. Gelet op het formele en materiële toepassingsgebied van de Berner Conventie en het Verdrag van Parijs resteert immers nog maar een zeer klein speelveld, en dat zeer kleine speelveld wordt nog verder verkleind door artikel 8 van de Rome II-Verordening, dat immers universele werking heeft en dat op alle mogelijke intellectuele-eigendomsrechten betrekking lijkt te hebben.[305] Een Nederlandse conflictregel heeft dus alleen praktische betekenis voor hetgeen artikel 8 van de Rome II-Verordening in genoemd speelveld ongeregeld laat, zoals wellicht de subject-vraag.[306] Kortom: de praktische noodzaak tot het opstellen van deze verwijzingsregel is vrijwel afwezig. De zin van zo'n bepaling zou zijn dat zij de conflictregel in de Berner Conventie en het Verdrag van Parijs verduidelijkt.

302 Zie par. 5.3.3 onder (b)(i).
303 Zie alinea 725 hiervoor.
304 Zie alinea 1239 hiervoor. Lid 1 moet dan luiden: "De bescherming van een intellectuele-eigendomsrecht wordt uitsluitend beheerst door het recht van het land voor welks grondgebied deze bescherming wordt ingeroepen." De voorrang van internationale regelingen, de Sachnormverweisung en de openbare-orde-exceptie zouden in de algemene bepalingen van Boek 10 BW kunnen worden opgenomen; vgl. Staatscommissie IPR, Rapport Algemene Bepalingen 2002, p. 97-101 (art. 1, 6 en 12). Eventueel kan nog een definitie van intellectuele-eigendomsrechten worden toegevoegd (maar dat kan ook in de toelichting). Vgl. in dit verband ook Pontier 2008, p. 104 en 122.
305 Zie overweging 26 van de Rome II-Verordening.
306 Zie alinea 460 hiervoor.

1243. Daarnaast zou de Nederlandse wetgever in ieder geval de eenzijdige conflictregel van artikel 47 Auteurswet moeten opruimen.[307] Die oude bepaling, die nog op de statutistische leest is geschoeid, kan worden geschrapt omdat zij praktisch overbodig is in het licht van de onderhand vrijwel wereldwijd geldende Berner Conventie en artikel 8 van de Rome II-Verordening: alleen in het zojuist geschetste zeer marginale speelveld van een eventuele nationale verwijzingsregel speelt artikel 47 Auteurswet thans nog een rol. Niet alleen *kan* zij worden geschrapt, zij *moet* m.i. ook worden geschrapt, omdat zij in dat zeer marginale speelveld nog tot een hoogst onwenselijk resultaat kan leiden. Een voorbeeld. Welk recht is van toepassing op de bescherming in Nederland van een in Iran gepubliceerd werk van een Iraanse auteur? Iran is niet aangesloten bij de Berner Conventie, die dus niet van toepassing is (artikel 3); de conflictregel van de Berner Conventie is dus ook niet van toepassing. De Rome II-Verordening is wel van toepassing; haar artikel 8 verklaart Nederlands recht van toepassing op de niet-contractuele verbintenis die voortvloeit uit een inbreuk op het auteursrecht. Artikel 8 lijkt echter niet van toepassing te zijn op andere aspecten van de bescherming, zoals de subject-vraag.[308] Op deze aspecten is dan artikel 47 Auteurswet van toepassing.[309] En die eenzijdige conflictregel verklaart de Nederlandse auteurswet in dit geval niet-toepasselijk. Hier doet zich dan dus de oude, negentiende-eeuwse toestand van rechteloosheid voor: er is géén toepasselijk recht. De Iraanse auteur is volkomen rechteloos in Nederland – niet als het gaat om een inbreuk (dankzij artikel 8 Rome II-Verordening), maar wél als het gaat om andere beschermingsvragen, zoals bijvoorbeeld de subject-vraag. Men denke bijvoorbeeld aan een procedure tussen de Iraanse auteur en zijn Iraanse werkgever over de vraag ten gunste van wie het auteursrecht in Nederland is ontstaan. De Nederlandse rechter zal dan tot niet-ontvankelijkverklaring moeten overgaan omdat op die vraag géén recht toepasselijk is. Een rechtsvacuüm in Nederland in de éénentwintigste eeuw – wie had dat nog gedacht? Weliswaar is de kans dat dit in de praktijk gebeurt zeer klein, maar het loutere feit dat aldus onder Nederlands recht nog een rechtsvacuüm kán optreden, moet m.i. aanleiding zijn om artikel 47 Auteurswet te schrappen. Daarmee worden de laatste statutistische veren afgeschud.

1244. Op vreemdelingenrechtelijk vlak heeft de Nederlandse wetgever vrijwel geen manoeuvreerruimte. Het Europese recht laat hem immers alleen nog ruimte om de toepassing van de materiële-reciprociteitstoetsen van artikel 2 lid 7, en artikel 30 lid 2 onder b, tweede volzin, van de Berner Conventie uit te schakelen. Laatstgenoemde toets speelt in de praktijk geen rol, de toets van artikel 2 lid 7 daarentegen wél. De uitschakeling van die toets heeft dus praktische betekenis. Deze wenselijke maatregel kan de Nederlandse wetgever dus nog treffen op vreemdelingenrechtelijk vlak.

---

307 Zie ook alinea 448 hiervoor.
308 Zie alinea's 457 e.v. hiervoor.
309 Tenzij een prevalerende algemene lex loci protectionis-verwijzing (in Boek 10 BW) wordt opgenomen.

1245. Verder zou het wenselijk zijn als de Nederlandse wetgever het ius conventionis van de Berner Conventie en het Verdrag van Parijs verklaart tot in Nederland toepasselijk recht, dus óók voor de gevallen waarin Nederland als land van oorsprong moet worden aangemerkt.[310] Daarmee wordt de rol van het achterhaalde concept 'land van oorsprong' teruggedrongen, en wordt in het octrooirecht en het auteursrecht de achterstelling van 'intern-Nederlandse' gevallen ten opzichte van internationale (verdrags)gevallen weggenomen.[311]

1246. ***Conclusie.*** Men ziet, de 'lagere' wetgever kan in de onderhavige context slechts enkele maatregelen treffen – de Europese wat meer dan de nationale. Uiteindelijk zal het wenselijke recht, zoals dat in par. 8.2 werd geschetst, moeten worden gerealiseerd in de Berner Conventie en in het Verdrag van Parijs. Daaraan bijdragen – dat is de voornaamste maatregel die de lagere wetgever kan treffen.

310 Zie alinea 1222 hiervoor.

311 Zie alinea 778 hiervoor (zie ook noot 24 van hoofdstuk 6). En dan is ook het aanwijzingsvereiste van artikel 25 Auteurswet (morele rechten post mortem auctoris) geëlimineerd; zie alinea 1064 hiervoor.

Samenvatting

1247. ***Huidige praktijk en verwarring.*** Van oudsher wordt op de bescherming van intellectuele eigendom de lex loci protectionis toegepast: het recht van het land waarvoor de bescherming wordt ingeroepen. Wordt dus bijvoorbeeld octrooibescherming voor Nederland ingeroepen, dan is Nederlands recht daarop van toepassing. De hegemonie van deze conflictregel, de lex loci protectionis-verwijzing, is tegenwoordig echter niet meer vanzelfsprekend. Volgens critici zou zij niet meer passen in het huidige tijdperk van mondialisering en internet. In de literatuur worden voorstellen gedaan om uitzonderingen op de lex loci protectionis-verwijzing toe te laten, zoals rechtskeuze. Ook worden voorstellen gedaan om de reikwijdte van de lex loci protectionis-verwijzing te verkleinen door bepaalde aspecten van de bescherming af te splitsen en daarop een andere conflictregel van toepassing te verklaren. Dergelijke voorstellen hebben hier en daar ingang gevonden in rechtspraak en regelgeving. Zij zijn echter omstreden. Mág er wel worden getornd aan de hegemonie van de traditionele lex loci protectionis-verwijzing? Daarmee dringt zich onvermijdelijk de vraag op wat op dit terrein het geldende recht is. Hierover verschillen de meningen tegenwoordig sterk.

1248. ***Berner Conventie en Verdrag van Parijs.*** De controverse spitst zich met name toe op de vraag of de twee belangrijkste intellectuele-eigendomsverdragen, de Berner Conventie van 1886 en het Verdrag van Parijs van 1883, een conflictregel bevatten. Deze verdragen hebben vrijwel mondiale dekking, en zij prevaleren binnen hun toepassingsgebied boven alle andere verdragen. De vraag of de Berner Conventie en het Verdrag van Parijs een conflictregel bevatten, is dus van cruciaal belang: als zij een conflictregel bevatten, vormt die conflictregel immers het geldende recht in vrijwel de gehele wereld.

1249. ***Beginsel van nationale behandeling.*** De Berner Conventie en het Verdrag van Parijs bevatten ieder, al sinds hun totstandkoming, het zogeheten beginsel van nationale behandeling. Dit beginsel schrijft kort gezegd voor dat vreemdelingen (buitenlandse auteurs, uitvinders, enz.) dezelfde rechten genieten die de nationale wet aan de eigen onderdanen toekent. Wat betekent dat precies? Duidelijk is dat het beginsel van nationale behandeling in ieder geval een (privaatrechtelijk-) vreemdelingenrechtelijke regel bevat, namelijk een discriminatieverbod. De vraag is echter of het, naast dat discriminatieverbod, ook nog een conflictregel bevat. Die vraag geldt tegenwoordig als “heftig omstreden” en “erg moeilijk”. En daarmee stuiten wij op iets merkwaardigs. Want voor de negentiende-eeuwse opstellers van de Berner Conventie en het Verdrag van Parijs was deze vraag helemaal niet moeilijk of omstreden – integendeel, voor hen was volkomen vanzelfsprekend dat in

het beginsel van nationale behandeling een conflictregel ligt besloten. Zij vonden dat zo evident, onomstreden en logisch dat ze er nauwelijks aandacht aan besteedden. Ziedaar het raadsel van het internationale intellectuele-eigendomsrecht: bevat het beginsel van nationale behandeling in de Berner Conventie en het Verdrag van Parijs een conflictregel? En als dat zo is, waarom begrijpen wij die conflictregel tegenwoordig dan niet meer? Dit zijn de centrale onderzoeksvragen van deze studie.

1250. ***Nieuw.*** Uit het onderzoek blijkt dat het beginsel van nationale behandeling in deze verdragen inderdaad een conflictregel bevat. Hiervoor wordt een verklaring gevonden die, voor zover mij bekend, nieuw is. Deze verklaring maakt een sluitende uitleg van de desbetreffende verdragsbepalingen in al hun onderdelen mogelijk. En meer dan dat: zij verklaart ook waarom wij die conflictregel tegenwoordig niet meer begrijpen; zij verklaart de eenzijdige conflictregels in veel oude nationale intellectuele-eigendomswetten, zoals artikel 47 Auteurswet; en zij verklaart de (verwarring rond de) exclusieve-bevoegdheidsgrond in met name het industriële-eigendomsrecht.

1251. ***Verklaring.*** *À la recherche de la règle perdue* moet men terug in de tijd: het beginsel van nationale behandeling kan alleen worden begrepen wanneer men zijn wordingsgeschiedenis begrijpt – en die wordingsgeschiedenis is lang en complex. Zij begint met de geboorte van het beginsel van nationale behandeling in het intellectuele-eigendomsrecht in de eerste helft van de negentiende eeuw. In die tijd werd het conflictenrecht beheerst door de statutenleer, welk conflictenrechtelijk systeem de vraag naar het toepasselijke recht beantwoordde door het toepassingsbereik van de eigen wet af te bakenen. Het beginsel van nationale behandeling werd binnen het denkraam van deze statutenleer ontwikkeld als antwoord op een toestand die gaandeweg als problematisch werd ervaren, namelijk de toestand van rechteloosheid waarin het vreemde element (een vreemd werk, een vreemde auteur, enz.) in die tijd gewoonlijk verkeerde. Deze toestand van rechteloosheid was doorgaans het gevolg van een bepaalde, statutistisch-conflictenrechtelijke afbakening van het toepassingsbereik van de nationale wet, waardoor er ten aanzien van dit vreemde element géén toepasselijke wet was. Deze toestand van rechteloosheid heeft dus twee aspecten: een conflictenrechtelijk aspect (er is een rechtsvacuüm) en een vreemdelingenrechtelijk aspect (er is discriminatie). Het beginsel van nationale behandeling hief die toestand op door het vreemde element, als ware het van nationale komaf, onder de hoede van de nationale wet te brengen – door het 'nationaal te behandelen'. Zo bevat dit beginsel twee met elkaar vervlochten regels, een conflictregel en een vreemdelingenrechtelijke regel: enerzijds stelt het, aan de hand van het toen algemeen vigerende formele-territorialiteitsbeginsel, een toepasselijke wet in de plaats van het eerdere rechtsvacuüm; anderzijds stelt het non-discriminatie in de plaats van de eerdere discriminatie.

1252. ***Leidend beginsel in verdragen.*** Het beginsel van nationale behandeling is in de loop van de negentiende eeuw uitgegroeid tot het leidende beginsel in het

internationale intellectuele-eigendomsrecht. Het was een beproefde oplossing die haar deugdelijkheid en effectiviteit volop had bewezen, en als zodanig werd zij in de jaren tachtig van de negentiende eeuw door de opstellers van het Verdrag van Parijs en van de Berner Conventie overgenomen. Daarmee bleven de verdragsopstellers binnen de traditie die in het internationale intellectuele-eigendomsrecht was gegroeid, en die was geworteld in de statutenleer. De paradigmawisseling die zich in de tweede helft van de negentiende eeuw in het conflictenrecht voltrok – de verdringing van de statutenleer door het conflictenrecht van Von Savigny –, ging in die tijd aan het intellectuele-eigendomsrecht voorbij. De Parijse en de Berner verdragsopstellers hielden welbewust vast aan de conflictenrechtelijke oplossing van het beginsel van nationale behandeling. Zo leveren de Berner Conventie en het Verdrag van Parijs aan ons, in de eenentwintigste eeuw, een vroegnegentiende-eeuwse statutistische conflictregel over. Een uitzonderlijke situatie.

1253. ***Huidig onbegrip.*** Ook uitzonderlijk is dat wij deze conflictregel tegenwoordig niet meer begrijpen. Deze begripsverduistering wordt in essentie veroorzaakt doordat wij het rechtsvacuüm in de toestand van rechteloosheid niet onderkennen – en dat is fnuikend: onderkent men het rechtsvacuüm niet, dan begrijpt men de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling niet, want op dat rechtsvacuüm vormde deze conflictregel het antwoord. Deze miskenning van het rechtsvacuüm is het gevolg van een geleidelijke en onopgemerkte verschuiving van het conflictenrechtelijke denken over het intellectuele-eigendomsrecht. Het rechtsvacuüm en het beginsel van nationale behandeling zijn fenomenen uit de statutistisch-conflictenrechtelijke denkwereld, terwijl wij tegenwoordig – ook ten aanzien van het intellectuele-eigendomsrecht – denken binnen een andere conflictenrechtelijke denkwereld, namelijk die van Von Savigny. In het Savigniaanse conflictenrecht gaat het niet, zoals in het statutistische conflictenrecht, om de afbakening van het toepassingsbereik van de eigen wet, maar om het opsporen van (het rechtsgebied van) het rechtsstelsel waar de rechtsverhouding "seiner eigenthümlichen Natur nach angehört oder unterwurfen ist (worin dasselbe seinen Sitz hat)" – dat is dus een wezenlijk ander conflictenrechtelijk systeem. Dit Savigniaanse denken belemmert ons om het rechtsvacuüm in de toestand van rechteloosheid te onderkennen. Dat komt in de eerste plaats door een verborgen premisse in het Savigniaanse conflictenrecht, namelijk de premisse dat er altijd een toepasselijk rechtsstelsel valt aan te wijzen – in de Savigniaanse denkwereld is een rechtsvacuüm eenvoudigweg onbestaanbaar. In de tweede plaats zijn in de Savigniaanse denkwereld conflictenrecht en vreemdelingenrecht strikt gescheiden, waardoor wij de statutistische afbakening van het toepassingsbereik van de nationale wet tot nationale elementen niet als conflictenrecht, maar als vreemdelingenrecht duiden; daardoor miskent men het rechtsvacuüm in de toestand van rechteloosheid. Daar komt bovendien nog bij dat wij vervreemd zijn geraakt van het formele-territorialiteitsbeginsel, waardoor veel negentiende-eeuwse bronnen voor ons onbegrijpelijk zijn geworden.

1254. Zo worden wij dus op verschillende manieren gehinderd door onze Savigniaanse manier van denken. Wij bezien een statutistisch probleem (de toestand

van rechteloosheid) en de bijbehorende statutistische oplossing (het beginsel van nationale behandeling) door een Savigniaanse bril, en daardoor valt de conflictregel in het beginsel van nationale behandeling buiten beeld. Ondertussen zijn wij ons er niet eens van *bewust* dat wij door een Savigniaanse bril kijken en dat die bril ons blikveld vernauwt – en dat maakt deze conflictregel voor ons onbereikbaar.

1255. ***Breder perspectief.*** Daarmee is *en passant* een aantal nieuwe inzichten opgedaan over conflictenrecht, vreemdelingenrecht en hun onderlinge relatie. Zo is een belangrijke ordenende structuur naar voren gekomen (de 'driefasen-structuur'), waarmee drie opeenvolgende fasen kunnen worden onderscheiden voor internationale gevallen, te weten de rechtsbevoegdheidsfase, de conflictenrechtelijke fase en de materieelrechtelijke fase. Vreemdelingenrecht, zo blijkt, vormt géén zelfstandige fase, maar kan in elk van deze drie fasen een rol spelen. Daarnaast zijn twee aspecten van het Savigniaanse conflictenrecht blootgelegd die tot op heden on(der)belicht zijn gebleven, te weten de onbestaanbaarheid van een rechtsvacuüm en de Savigniaanse scheiding van conflictenrecht en vreemdelingenrecht. Deze aspecten bepalen ook onze blik op de geschiedenis van het conflictenrecht. Dat inzicht maakt het mogelijk om een nieuwe blik op deze geschiedenis te ontwikkelen, een blik zonder Savigniaanse 'Vorverständnis'. Alsdan blijkt dat het conflictenrecht niet in de middeleeuwen is geboren maar reeds in de oudheid, en blijkt dat het conflictenrecht tot Von Savigny verstrengeld is geweest met het vreemdelingenrecht.

1256. ***Modernisering.*** Terug naar het intellectuele-eigendomsrecht. De Berner Conventie en het Verdrag van Parijs leveren, als gezegd, een negentiende-eeuwse statutistische conflictregel aan ons over – en dat is nog steeds het geldende recht. Deze conflictregel behelst (de vervollediging van) het formele-territorialiteitsbeginsel, welk beginsel inhoudt dat het toepassingsbereik van het intellectuele-eigendomsrecht is afgebakend tot het eigen territoir (materiële territorialiteit) en dat de rechter alleen zijn eigen intellectuele-eigendomsrecht toepast (formele territorialiteit). Laatstgenoemde component botst met de hedendaagse rechtsopvattingen en rechtspraktijk, en kan, binnen de marges van het geldende recht, onder bepaalde voorwaarden buiten toepassing worden gelaten op grond van een eensgezind, consistent en alom aanvaard later gebruik in de toepassing van de Berner Conventie en het Verdrag van Parijs waardoor overeenstemming is ontstaan over deze uitlegging van deze verdragen. Alsdan resteert een materieel-territoriale conflictregel. En die materieel-territoriale conflictregel kan worden geconverteerd naar een moderne, Savigniaanse conflictregel: de lex loci protectionis-verwijzing. Deze conflictregel is exclusief, en bestrijkt de intellectuele-eigendomsrechtelijke bescherming in haar geheel. Zo wordt het mogelijk om de kernbepalingen van de Berner Conventie en het Verdrag van Parijs te herformuleren in eigentijdse taal en denktrant – en daartoe is in deze studie een poging gedaan.

1257. ***Wenselijk recht.*** De focus van deze studie ligt vrijwel geheel op de analyse van het geldende recht. Niettemin wordt ook kort stilgestaan bij de vraag wat wen-

selijk recht zou zijn. Naar mijn mening is de lex loci protectionis-verwijzing, ook in de huidige tijd van mondialisering en internet, de meest aangewezen conflictregel. Daarmee is niet gezegd dat het internationale intellectuele-eigendomsrechtelijke landschap met die conflictregel op ideale wijze is ingericht. Ook deze conflictregel kent zwakke kanten. Die problemen kunnen evenwel voor een belangrijk deel worden ondervangen, en zullen uiteindelijk moeten worden opgelost door unificatie of harmonisatie van het intellectuele-eigendomsrecht – dus: door het intellectuele-eigendomsrecht zelf, en niet door het conflictenrecht. Het conflictenrecht kan niet meer doen dan de *best mogelijke* conflictregel ontwerpen, en dat is m.i. de lex loci protectionis-verwijzing. Wenselijk is naar mijn mening voorts dat de materiële-reciprociteitstoetsen in de Berner Conventie, alsook het concept 'land van oorsprong' in die conventie worden afgeschaft. Dat maakt deze conventie zuiverder, helderder en aanzienlijk eenvoudiger toe te passen. Een en ander wordt geconcretiseerd in voorstellen tot hervorming van geldend recht, zoals (artikel 8 van) de Rome II-Verordening en, natuurlijk, de Berner Conventie. Opdat het boek dat de negentiende-eeuwse verdragsopstellers begonnen te schrijven, nog lang niet worde gesloten.[1]

1 Zie alinea 32 hiervoor.

Summary

INTELLECTUAL PROPERTY IN THE CONFLICT OF LAWS
The hidden conflict-of-law rule in the principle of national treatment

1258. ***Current practice and confusion.*** The protection of intellectual property has traditionally been governed by the lex loci protectionis, i.e. the law of the country for which protection is claimed. If, for example, patent protection is claimed for the Netherlands, Dutch law will apply. Today, the predominance of the lex loci protectionis conflict-of-law rule is, however, no longer a matter of course. Critics argue that it sits uneasily with the age of globalisation and the internet. Some authors have suggested allowing some exceptions to the lex loci protectionis rule, for example party autonomy. There have also been proposals to narrow the scope of the lex loci protectionis rule by splitting off certain aspects of the protection and subjecting these aspects to other conflict-of-law rules. Such proposals have gained some headway in case law and in legislation. They are, however, controversial. Should one challenge the hegemony of the traditional lex loci protectionis rule? This inevitably raises the question what *is* the law currently in force in this field. Current opinions on this vary widely.

1259. ***Berne Convention and Paris Convention.*** The controversy mainly revolves around the question whether the two most important intellectual property treaties, i.e. the Berne Convention of 1886 and the Paris Convention of 1883, contain a conflict-of-law rule. These treaties cover virtually all the inhabited territories of the globe, and, within their scope, they prevail over all other treaties. Thus the question of whether the Berne Convention and the Paris Convention contain a conflict-of-law rule is of paramount importance: if they do, such a rule would be applicable almost all over the world.

1260. ***Principle of national treatment.*** Ever since their inception both the Berne Convention and the Paris Convention have been based on the so-called principle of national treatment. In short this principle is such that foreigners (foreign authors, inventors, etc.) shall enjoy the same rights which national law grants to its nationals. What exactly does this mean? Evidently, the principle of national treatment includes in any event a (private-law) aliens-law rule, namely a ban on discrimination. The question is, however, whether, aside from a ban on discrimination, this principle also includes a conflict-of-law rule. That question is currently seen as "highly controversial" and "very complicated". And here we encounter something curious: the 19th-century authors of the Berne Convention and Paris Convention did not consider this question complicated or controversial at all: on the contrary, to them it was obvious that the principle of national treatment contains a conflict-of-law rule. They regarded it as so self-evident that they gave little attention to it. Hence the enigma of international intellectual property law:

does the principle of national treatment contain a conflict-of-law rule? And if so, why do we no longer understand this rule today? These are the two central questions of this study.

1261. ***New.*** This study will reveal that the principle of national treatment in these treaties does indeed contain a conflict-of-law rule. The explanation given for this is, as far as I know, new. It provides a comprehensive and consistent interpretation of the respective provisions in the treaties. More than that, it explains why we no longer understand this conflict-of-law rule today; it also explains the unilateral conflict-of-law rules in many long-existing national intellectual property laws, such as section 47 of the Dutch Copyright Act; in addition it explains the ground for exclusive jurisdiction and the confusion about it, in particular in industrial property law.

1262. ***Explanation.*** *À la recherche de la règle perdue* one has to go back in time: the principle of national treatment may only be understood by grasping its genesis, which is long and complicated, starting with the birth of the principle of national treatment in intellectual property law in the first half of the 19th century. In those days the conflict of laws was based on the doctrine of statutes, which resolved the applicable law question by demarcating the scope of a country's own law. Within the parameters of this doctrine the principle of national treatment was developed to resolve a situation that gradually came to be seen as problematic, i.e. the state of lawlessness in which the foreign element (a foreign work, a foreign author, etc.) generally found itself at the time. This state of lawlessness was usually the result of a certain doctrine of statutes' demarcation of the scope of national law, causing the absence of an applicable law for the foreign element. Thus this state of lawlessness has two aspects: a conflict-of-law aspect (i.e. a legal vacuum) and an aliens-law aspect (i.e. discrimination). The principle of national treatment abolished this situation by taking the foreign element, as if it were of national origin, under the wing of national law - by 'treating it nationally'. Thus this principle comprises two intricately linked rules: a conflict-of-law rule and an aliens-law rule: firstly, it provides (on the basis of the principle of formal territoriality generally applicable at the time) an applicable law in lieu of the former legal vacuum; and, secondly, it replaces the former discrimination with non-discrimination.

1263. ***Leading principle in treaties.*** In the course of the 19th century the principle of national treatment gradually became the leading principle of international intellectual property law. It was a solution that had proved to be sound and effective, and, as such, was incorporated into the Paris Convention and the Berne Convention. The authors of both treaties thus remained true to the tradition developed in international intellectual property law and rooted in the doctrine of statutes. The shift of paradigms in the conflict of laws that occurred in the second half of the 19th century – i.e. the doctrine of statutes being ousted by the doctrine of Von Savigny – passed by intellectual property law at the time. The authors of the Paris and Berne Conventions deliberately adhered to the conflict-of-law solution of the principle of national treatment. Thus the Berne Convention and the

Paris Convention pass on to us, in the 21st century, an early 19th-century conflict-of-law rule based on the doctrine of statutes. Which is an exceptional situation.

1264. ***Current incomprehension.*** Also exceptional is that we no longer understand this conflict-of-law rule today. Essentially, the erosion of our understanding is due to the fact that we fail to recognise the legal vacuum in the state of lawlessness – a fatal error: by not recognising this vacuum, we fail to understand the conflict-of-law rule in the principle of national treatment, as this rule is the answer to the legal vacuum. The failure to recognise the legal vacuum is the result of a gradual and unnoticed shift of the conflict-of-law view of intellectual property law. The legal vacuum and the principle of national treatment are phenomena from an age in which the conflict of laws was governed by the doctrine of statutes, while our present mode of thinking about the conflict of laws is governed by the doctrine of Von Savigny. His approach does not concern itself with demarcating the scope of a country's own law, as was the doctrine of statutes, but with tracing the (territory of the) law to which the legal relationship belongs according to its nature ("*seiner eigenthümlichen Natur nach angehört oder unterwurfen ist (worin dasselbe seinen Sitz hat)*") – hence, an entirely different system of the conflict of laws. The Savigny system does not allow us to recognise the legal vacuum in the state of lawlessness. This is due, firstly, to the hidden premise in the Savigny system, which is that there is always an applicable law – in Von Savigny's world a legal vacuum is simply inconceivable. And, secondly, Von Savigny makes a strict separation between the conflict of laws and aliens law, as a result of which we interpret the doctrine of statutes' demarcation of the scope of national law to national elements as a matter of aliens law rather than one of the conflict of laws. Thus, we fail to recognise the legal vacuum in the state of lawlessness. Moreover, we have become alienated from the principle of formal territoriality, as a result of which many 19th-century sources are now incomprehensible to us.

1265. Thus Von Savigny's mode of thinking is an impediment to us in more than one respect. We view a problem with its roots in the doctrine of statutes (the state of lawlessness) and the corresponding solution offered by the doctrine of statutes (the principle of national treatment) through Von Savigny's eyes, which obscures the conflict-of-law rule embedded in the principle of national treatment. Meanwhile, we are not even *aware* that we see these legal concepts through Von Savigny's eyes and thus restrict our field of vision, a fact that puts this conflict-of-law rule beyond our reach.

1266. ***Broader perspective.*** This study provides, *en passant*, several new insights into the conflict of laws, aliens law, and the relationship between these two fields of law. An important classification structure (the 'three-stage structure') has emerged that allows us to identify three consecutive stages for international matters, i.e. the legal capacity stage, the conflict-of-law stage and the substantive-law stage. Aliens law, it transpires, is not an autonomous stage, but may be relevant in any of the three stages. In addition, two aspects of Von Savigny's conflict-of-law system have been brought to light that, to date, seem to have been neglected, i.e. the

impossibility of a legal vacuum and Von Savigny's separation of the conflict of laws from aliens law. These aspects have also coloured our view of the history of the conflict of laws. This realisation enables us to develop a new view of its history, a view not impeded by Von Savigny's '*Vorverständnis'*. This new view highlights the fact that the conflict of laws dates back to ancient times rather than the Middle Ages and that, until Von Savigny, the conflict of laws was intertwined with aliens law.

1267. ***Modernisation.*** In the field of intellectual property law, the Berne Convention and the Paris Convention leave us, as stated earlier, with a 19th-century conflict-of-law rule based on the doctrine of statutes – and this conflict-of-law rule continues to be the law in force. It embraces the (completion of the) principle of formal territoriality, which principle means that the scope of application of intellectual property law is demarcated to a country's own territory (material territoriality) and that a court will only apply its own intellectual property law (formal territoriality). The latter component clashes with current legal opinion and practice, and may, within the margins of current law, be excluded on certain conditions based on a concordant, common and consistent subsequent practice in the application of the Berne Convention and the Paris Convention, which practice has established international agreement regarding this interpretation of these treaties. This leaves a conflict-of-law rule based on material territoriality. Such rule may be converted into a modern, Savigny conflict-of-law rule: the lex loci protectionis rule. This is an exclusive conflict-of-law rule covering the protection of intellectual property in its entirety. This process allows for a reformulation of the key provisions of the Berne Convention and Paris Convention in contemporary language and mode of thinking – and this study seeks to do so.

1268. ***Desirable law.*** The focus of this study is almost entirely on the analysis of existing law. It does draw some attention, however, to the question of what law is desirable. In my opinion the lex loci protectionis rule continues to be the most appropriate conflict-of-law rule, even in the current age of globalisation and the internet. That does not mean to say that the application of this rule makes the international intellectual property landscape an ideal one. The lex loci protectionis rule has its weak points. These problems may, however, be mitigated to a large extent; and they will eventually have to be resolved by unifying or harmonising intellectual property law, hence by intellectual property itself rather than by the conflict of laws. The most the latter can do is develop the *best possible* conflict-of-law rule, which is in my opinion the lex loci protectionis rule. I also take the view that both the material-reciprocity-exceptions and the concept of the 'country of origin' in the Berne Convention should be abolished. It would make the convention clear-cut and transparent and moreover simplify its application. All this is specified in concrete proposals to reform existing law, such as (article 8 of) the Rome II Regulation and, of course, the Berne Convention itself. Lest the book that the 19th-century treaty authors began to write be yet closed.[1]

1 See par. 32 above.

Résumé

PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE ET CONFLITS DE LOIS
La règle de conflit cachée dans le principe du traitement national

1269. ***Pratique actuelle et confusion.*** La protection de la propriété intellectuelle est régie depuis longtemps par la *lex loci protectionis* : la législation du pays pour lequel la protection est réclamée. Par exemple, lorsqu'on réclame la protection d'un brevet pour les Pays-Bas, c'est le droit néerlandais qui s'y applique. Cependant, l'hégémonie de cette règle de conflit de lois, le rattachement à la *lex loci protectionis*, n'est plus évidente de nos jours. Selon certains critiques, elle ne conviendrait plus à l'ère de la mondialisation et d'internet. Certains auteurs proposent d'admettre des exceptions à la règle de la *lex loci protectionis*, comme l'autonomie des parties. Il a également été proposé de limiter la portée de cette règle en scindant certains éléments de la protection et en soumettant ceux-ci à une autre règle de conflit de lois (« dépeçage »). De telles propositions ont été admises ici et là par des tribunaux et des législateurs ; elles sont cependant controversées. Peut-on chercher à briser l'hégémonie de la règle traditionnelle de la *lex loci protectionis* ? Cette question en soulève inévitablement une autre, à savoir celle du droit en vigueur dans ce domaine. À l'heure actuelle, les opinions divergent beaucoup sur ce point.

1270. ***Conventions de Berne et de Paris.*** La controverse porte notamment sur la question de savoir si les deux conventions les plus importantes dans le domaine de la propriété intellectuelle, la Convention de Berne de 1886 et la Convention de Paris de 1883, contiennent une règle de conflit de lois. Ces Conventions s'appliquent à une échelle quasi mondiale et prévalent sur toute autre convention dans les limites de leur champ d'application. Par conséquent, la question de savoir si elles prévoient ou non une règle de conflit est fondamentale : en effet, si elles contiennent une telle règle, celle-ci constitue le droit en vigueur dans le monde entier ou presque.

1271. ***Le principe du traitement national.*** Les Conventions de Paris et de Berne contiennent chacune, depuis leur formation déjà, le principe dit du traitement national. Selon ce principe, les étrangers (auteurs, inventeurs etc.) jouissent des droits que la loi nationale accorde aux nationaux. Qu'est-ce que cela signifie exactement ? Il est clair que le principe du traitement national comprend au moins une règle sur la condition des étrangers, à savoir l'interdiction de toute discrimination. Cependant, il s'agit de savoir si, à part cette interdiction, il contient également une règle de conflit de lois. À l'heure actuelle, cette question est considérée comme « vivement controversée » et « très difficile ». Voilà une chose curieuse : en effet, cette question n'était nullement difficile ni controversée pour les auteurs des Conventions de Paris et de Berne au dix-neuvième siècle. Au contraire, il allait

totalement de soi pour eux que le principe du traitement national renferme une règle de conflit de lois. Ils trouvaient cela si évident, non controversé et logique qu'ils n'y ont alors guère prêté attention. Voilà l'énigme du droit international de la propriété intellectuelle : le principe du traitement national des Conventions de Paris et de Berne renferme-t-il une règle de conflit de lois ? Et, dans l'affirmative, pourquoi ne comprenons-nous plus cette règle aujourd'hui ? Telles sont les questions au cœur de la présente étude.

1272. ***Nouveauté.*** Il résulte du travail de recherche que le principe du traitement national renferme effectivement une règle de conflit de lois. Ce résultat est fondé sur une analyse qui est inédite, à ma connaissance, et qui nous permet d'expliquer de façon cohérente les dispositions concernées des Conventions dans tous leurs éléments. Et même plus que cela : cette analyse fait également apparaître pourquoi nous ne comprenons plus cette règle de conflit de lois actuellement. Elle nous permet de comprendre les règles de conflit unilatérales dans de nombreuses anciennes lois nationales sur la propriété intellectuelle, comme l'article 47 de la Loi néerlandaise sur les droits d'auteur (*Auteurswet*), ainsi que la compétence exclusive du *forum registrationis*, notamment dans le domaine du droit de la propriété industrielle, et la confusion qui règne autour de cette compétence.

1273. ***Analyse.*** Lorsque l'on part à la recherche de la règle perdue, il faut remonter dans le temps. Pour comprendre le principe du traitement national, il faut comprendre sa genèse, une histoire longue et complexe qui commence à la naissance du principe du traitement national dans le droit de la propriété intellectuelle au cours de la première moitié du dix-neuvième siècle. À cette époque, le droit des conflits de lois était régi par la doctrine des statuts selon laquelle la réponse à la question du droit applicable consistait en la délimitation du domaine d'application de la loi nationale. Dans le cadre de pensée de cette doctrine, le principe du traitement national a été développé pour répondre à une situation peu à peu considérée comme posant problème, à savoir la situation de non-droit dans laquelle se trouvait l'élément étranger (une œuvre étrangère, un auteur étranger etc.) en règle générale à cette époque. Généralement, cette situation de non-droit était la conséquence d'une certaine délimitation du domaine d'application de la loi nationale selon le système de conflit de lois découlant de la doctrine des statuts, d'où résultait l'absence d'une loi applicable à cet élément étranger. Par conséquent, cette situation de non-droit comportait deux aspects : l'un relevant du droit des conflits de lois (il était question d'un vide juridique) et l'autre relevant de la condition des étrangers (il était question de discrimination). Le principe du traitement national a remédié à cette situation en plaçant l'élément étranger sous la protection de la loi nationale, comme s'il était un élément national, en le traitant comme un élément national. Ce principe comprend donc deux règles qui sont étroitement liées l'une à l'autre : une règle de conflit de lois et une règle relative à la condition des étrangers. D'une part, il remplace le vide juridique par une loi applicable (en se fondant sur le principe de la territorialité formelle largement admis à l'époque), d'autre part, il remplace la discrimination antérieure par la non-discrimination.

1274. ***Principe directeur.*** Au cours du dix-neuvième siècle, le principe du traitement national est devenu le principe directeur dans le droit international de la propriété intellectuelle. Il s'agissait d'une solution éprouvée qui avait largement fait la preuve de sa solidité et de son efficacité et c'est ainsi que les auteurs des Conventions de Paris et de Berne ont incorporé ce principe dans lesdites Conventions dans les années quatre-vingt du dix-neuvième siècle. Ce faisant, les auteurs de ces Conventions ont respecté la tradition qui s'était formée dans le droit international de la propriété intellectuelle et qui trouvait ses racines dans la doctrine des statuts. Le changement de paradigme dans le droit des conflits de lois qui s'est produit au cours de la seconde moitié du dix-neuvième siècle – la doctrine des statuts étant supplantée par la doctrine de Von Savigny – n'a pas été transposé alors dans le droit de la propriété intellectuelle. Les auteurs des Conventions de Paris et de Berne ont maintenu en connaissance de cause le principe du traitement national comme solution du problème des conflits de lois. Ainsi les Conventions de Paris et de Berne nous transmettent-elles à nous, au vingt et unième siècle, une règle de conflit découlant de la doctrine des statuts de la première moitié du dix-neuvième siècle. Une situation extraordinaire.

1275. ***Incompréhension actuelle.*** Il est également extraordinaire qu'à l'heure actuelle nous ne comprenions plus cette règle de conflit. Cette obnubilation de l'esprit est essentiellement causée par notre méconnaissance du vide juridique en situation de non-droit, ce qui a un effet funeste : si l'on fait abstraction du vide juridique, on ne comprend pas la règle de conflit que renferme le principe du traitement national, car cette règle de conflit constituait la réponse au vide juridique en question. Cette méconnaissance du vide juridique est la conséquence d'un glissement graduel et passé inaperçu qui s'est opéré dans la façon de penser sur les conflits de lois en matière de droit de propriété intellectuelle. Le vide juridique et le principe du traitement national sont des phénomènes issus de l'univers de pensée de la doctrine des statuts en matière de conflit de lois, tandis que, à l'heure actuelle, nous suivons un autre raisonnement en la matière, y compris dans le domaine du droit de la propriété intellectuelle, à savoir celui de Von Savigny. Contrairement à ce qui est le cas en matière de conflit de lois selon la doctrine des statuts, il ne s'agit pas, dans le système savignien des conflits de lois, de délimiter le domaine d'application de la loi nationale, mais de rechercher, pour chaque rapport de droit, le (domaine du) droit auquel ce rapport appartient de par sa nature (« *seiner eigenthümlichen Natur nach angehört oder unterwurfen ist (worin dasselbe seinen Sitz hat* »), ce qui est donc un système de conflit de lois fondamentalement différent. Ce mode de pensée savignien nous empêche de discerner le vide juridique dans la situation de non-droit. La première raison en est que le système savignien des conflits de lois contient une prémisse cachée, d'après laquelle il est toujours possible de désigner une loi applicable. Dans l'univers de pensée savignien, l'existence d'un vide juridique est donc tout simplement inconcevable. La deuxième raison est que, dans cet univers, le droit des conflits de lois et la condition des étrangers sont deux choses strictement distinctes, ce qui fait que nous considérons la délimitation statutiste du domaine d'application de la loi nationale aux éléments nationaux comme relevant non pas du droit des conflits de

lois, mais de la condition des étrangers, méconnaissant ainsi le vide juridique en situation de non-droit. En outre, nous nous sommes éloignés du principe de la territorialité formelle, ce qui nous empêche de comprendre de nombreuses sources du dix-neuvième siècle.

1276. Ainsi, notre façon de penser savignienne occulte notre perception de différentes manières. Nous examinons un problème découlant de la doctrine des statuts (la situation de non-droit) et la solution qui y a été apportée par cette doctrine (le principe du traitement national) avec les yeux de Von Savigny, ce qui nous empêche de voir la règle de conflit de lois renfermée dans le principe du traitement national. Qui plus est, nous n'avons même pas *conscience* de voir par le bout de cette lorgnette et nous ne nous rendons pas compte que cette façon de penser rétrécit notre champ de vision, ce qui met la règle de conflit hors de notre portée.

1277. ***Perspectives plus larges.*** Ces considérations ouvrent en passant de nouvelles perspectives sur le droit des conflits de lois, la condition des étrangers et les rapports entre ces deux domaines. Ainsi se dégage une structure ordonnatrice importante (« structure en trois phases ») permettant de distinguer trois phases successives dans des affaires à caractère international, à savoir la phase de la capacité de jouissance, celle du conflit de lois et celle du droit matériel. Il apparaît que la condition des étrangers ne constitue donc pas une phase autonome, mais qu'elle peut jouer un rôle dans chacune des trois phases. Par ailleurs, deux aspects du système savignien des conflits de lois n'ayant pas ou guère été mis en évidence jusqu'ici ont été dévoilés, à savoir l'impossibilité de vide juridique et la distinction savignienne entre le droit des conflits de lois et la condition des étrangers. Ces aspects influent aussi sur notre regard sur l'histoire du droit des conflits de lois. Ces nouvelles perspectives nous permettent de construire une nouvelle vision de cette histoire, une vision non influencée par des présuppositions savigniennes. Alors il s'avère que le droit des conflits de lois ne date pas du Moyen Age, mais a vu le jour dans l'antiquité et que, jusqu'à Von Savigny, il a été étroitement lié à la condition des étrangers.

1278. ***Modernisation.*** Retournons au droit de la propriété intellectuelle. Comme il a été dit précédemment, les Conventions de Paris et de Berne nous ont transmis une règle de conflit découlant de la doctrine des statuts du dix-neuvième siècle et cette règle constitue encore le droit en vigueur de nos jours. Cette règle de conflit comprend le (parachèvement du) principe de la territorialité formelle, d'après lequel le domaine d'application du droit de la propriété intellectuelle est délimité au territoire national (territorialité matérielle) et le juge n'applique que son propre droit national de la propriété intellectuelle (territorialité formelle). Ce dernier élément se heurte aux opinions et pratiques juridiques actuelles ; son application peut, dans les limites du droit en vigueur, être laissée de côté sous certaines conditions en vertu d'une pratique concordante, consistante et généralement acceptée, ultérieurement suivie dans l'application des Conventions de Paris et de Berne, par laquelle est établi l'accord international à l'égard de cette interprétation de ces Conventions. Reste alors une règle de conflit de territorialité matérielle. Celle-ci

peut être convertie en une règle de conflit savignienne moderne : le rattachement à la *lex loci protectionis*. Il s'agit là d'une règle de conflit exclusive qui couvre la protection du droit de la propriété intellectuelle en sa totalité. Ainsi les dispositions centrales des Conventions de Paris et de Berne peuvent-elles être reformulées en des termes et suivant un mode de pensée contemporains. Dans la présente étude, un premier pas a été fait dans cette direction.

1279. ***Droit souhaitable.*** La présente étude est presque totalement centrée sur l'analyse du droit en vigueur. Disons néanmoins quelques mots sur le droit souhaitable. À mon avis le rattachement à la *lex loci protectionis* est la règle de conflit la plus appropriée, même à l'ère de la mondialisation et d'internet. Cela ne veut pas dire que cette règle constitue la façon idéale d'aménager le paysage international du droit de la propriété intellectuelle. Cette règle de conflit a aussi ses inconvénients. Il est possible toutefois de parer à la majeure partie de ces inconvénients ; et, finalement, ces problèmes devront être résolus par l'unification ou l'harmonisation du droit de la propriété intellectuelle, donc par le droit de la propriété intellectuelle et non par le droit des conflits de lois. Tout ce que le droit des conflits de lois peut faire, c'est de proposer *la meilleure règle de conflit possible*, qui est, à mon avis, le rattachement à la *lex loci protectionis*. Par ailleurs, il est souhaitable, à mon avis, de supprimer les conditions de réciprocité matérielle ainsi que la notion de « pays d'origine » dans la Convention de Berne. Ceci épurerait cette Convention et la rendrait plus claire et beaucoup plus facile à appliquer. Le tout a été concrétisé dans des propositions de réforme du droit en vigueur, comme le Règlement Rome II (plus particulièrement l'article 8) et, bien sûr, la Convention de Berne. Espérons que le livre commencé par les auteurs des Conventions du dix-neuvième siècle ne soit fermé que dans de longues années.[1]

1 Voir le paragraphe 32 ci-dessus.

Grondbegrippen

Auflockerung	‘non-exclusiviteit’: de conflictregel is vatbaar voor uitzonderingen waardoor zij in bepaalde gevallen wijkt voor een andere conflictregel (geïntroduceerd in alinea 414).
conflictenrecht	de verzameling rechtsregels (‘conflictregels’) die aangeven welk nationaal (privaat)recht toepasselijk is in internationale gevallen (geïntroduceerd in alinea 11). Ook wel ‘materieel internationaal privaatrecht’ genoemd.
formele territorialiteit	de rechter past alleen zijn eigen, nationale recht toe (geïntroduceerd in alinea 56). Zie ook formele-territorialiteitsbeginsel.
formele-reciprociteitstoets	reciprociteitstoets die alleen de vraag betreft of sprake is van gelijke behandeling (zie alinea 797).
formele-territorialiteitsbeginsel	beginsel volgens welke het toepassingsbereik van het nationale-recht is afgebakend tot het eigen territoir (‘materiële territorialiteit’) en de rechter alleen zijn eigen recht toepast (‘formele territorialiteit’); in deze studie is het ‘formele-territorialiteitsbeginsel’ gedefinieerd als omvattende zowel formele territorialiteit als materiële territorialiteit, en dus niet alleen formele territorialiteit (eigen definitie van deze studie; geïntroduceerd in alinea 56).
forum registrationis	rechter van het land waar een industriële-eigendomsrecht is verleend (geïntroduceerd in alinea 564).
industriële-eigendomsrecht	octrooirecht, merkenrecht, tekeningen- en modellenrecht, handelsnaamrecht, herkomstaanduidingen- en oorsprongsbenamingenrecht, kwekersrecht en topografierecht. Oneerlijke mededinging wordt in deze studie niet tot de intellectuele eigendom gerekend (geïntroduceerd in alinea 10).
intellectuele-eigendomsrecht	het recht inzake de bescherming van voortbrengselen van de menselijke geest; het intellectuele-eigendomsrecht omvat het intellectuele-eigendom in enge zin (auteursrecht, naburige rechten en databanken) en industriële eigendom (geïntroduceerd in alinea 10).

lex loci protectionis	het recht van het land waarvoor de bescherming wordt ingeroepen; de lex loci protectionis-verwijzing is een materieel-territoriale conflictregel (geïntroduceerd in alinea 7).
materiële territorialiteit	het toepassingsbereik van het nationale recht is afgebakend tot het eigen territoir (geïntroduceerd in alinea 56).
materiële-reciprociteitstoets	reciprociteitstoets die de behandeling van een vreemd element afhankelijk maakt van het materiële resultaat van de behandeling van het referentiepunt in het referentieland. Materiële-reciprociteitstoetsen kunnen worden onderscheiden in relatieve en absolute toetsen (zie nader alinea 800).
object-vraag	de vraag wat door een intellectuele-eigendomsrecht wordt beschermd (geïntroduceerd in alinea 414).
reciprociteit (als rechtseis)	verschijnsel dat een staat de behandeling die hij in een bepaalde (internationaal) privaatrechtelijke kwestie geeft aan een element uit een vreemde staat, afhankelijk maakt van de behandeling van deze kwestie door deze vreemde staat (zie alinea 786).
subject-vraag	de vraag ten gunste van wie een intellectuele-eigendomsrecht ontstaat (geïntroduceerd in alinea 414).
vreemdelingenrecht	tenzij anders vermeld, wordt in deze studie met vreemdelingenrecht bedoeld: privaatrechtelijk vreemdelingenrecht. Daaronder wordt verstaan: de verzameling rechtsregels die de privaatrechtelijke rechtspositie van vreemdelingen ten opzichte van de eigen onderdanen reguleren door vreemdelingen hetzij achter te stellen (discriminatie), hetzij gelijk te stellen, hetzij – tamelijk zeldzaam – te bevoordelen (geïntroduceerd in alinea 16; zie ook par. 5.2.2). Vreemdelingenrecht heeft niet noodzakelijkerwijs alleen betrekking op vreemde personen; het kan bijvoorbeeld ook betrekking hebben op vreemde werken van letterkunde of kunst (zie alinea 48).
wet van het land van import	de wet die krachtens het formele-territorialiteitsbeginsel toepasselijk is, dus: de formeel- en materieel-territoriaal toepasselijke wet (eigen definitie van deze studie; geïntroduceerd in alinea 126).
Zersplitterung	‘Zersplitterung’ wordt in deze studie gebruikt in de betekenis van ‘versplintering’ van de verwijzingscategorie in subverwijzingscategorieën met ieder een eigen conflictregel (geïntroduceerd in alinea 414). Ook ‘dépeçage’ genoemd.

Bijlage I.
Nationale conflictregels betreffende intellectuele eigendom

België (2004)
Wet van 16 juli 2004 (bron: <www.ipr.be>)

Art. 93. Recht toepasselijk op intellectuele eigendom
De intellectuele eigendomsrechten worden beheerst door het recht van de Staat voor het grondgebied waarvan de bescherming van de eigendom wordt gevraagd.
De vaststelling wie de oorspronkelijke titularis is van een industrieel eigendomsrecht wordt evenwel beheerst door het recht van de Staat waarmee de intellectuele activiteit de nauwste banden heeft. Wanneer de activiteit plaatsvindt in het kader van contractuele betrekkingen wordt, behoudens tegenbewijs, vermoed dat voornoemde Staat die is waarvan het recht op die betrekkingen van toepassing is.

Art. 94. Toepassingsgebied van het recht toepasselijk op het zakelijk statuut
§ 1. Het recht dat krachtens deze afdeling van toepassing is, bepaalt met name:
1º of een goed roerend of onroerend is;
2º het bestaan, de aard, de inhoud en de omvang van de zakelijke rechten die op een goed kunnen worden gevestigd, alsook van de intellectuele eigendomsrechten;
3º de titularissen van die rechten;
4º de beschikbaarheid van die rechten;
5º de wijzen van ontstaan, wijziging, overdracht en tenietgaan van die rechten;
6º de tegenwerpbaarheid van een zakelijk recht aan derden.
§ 2. Met het oog op de tegeldemaking van een goed van een schuldenaar, stelt het krachtens deze afdeling toepasselijk recht tevens het bestaan vast van een recht van voorrang en de rangorde, alsook de verdeling van de opbrengst van de tegeldemaking, onverminderd artikel 119.

Bulgarije (2005)
Wet van 4 mei 2005 (bron: Duitse vertaling in RabelsZ 2007, p. 457 e.v. (p. 474-475))

Abschnitt 2 - Rechte an Gegenständen des geistigen Eigentums

Art. 71. Allgemeine Vorschriften
1. Entstehung, Inhalt, Übertragung und Beendigung des Urheberrechts und der dem Urheberrecht verwandten Rechte unterliegen dem Recht des Staates, in welchem ihr Schutz begehrt wird.
2. Entstehung, Inhalt, Übertragung und Beendigung von Rechten an Gegenständen des gewerblichen Eigentums unterliegen dem Recht des Staates, in dem das Patent erteilt oder die Eintragung vorgenommen bzw. in dem die Anmeldung zur Erteilung eines Patents oder zur Vornahme einer Eintragung gestellt worden ist.

Art. 72. Rechte an Gegenständen des geistigen Eigentums, die aufgrund eines Arbeitsverhältnisses geschaffen wurden
Das Recht, dem der Arbeitsvertrag unterliegt, wird auch im Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Urheber für die Bestimmung des Rechteinhabers an einem im Rahmen des Arbeitsverhältnisses geschaffenen Gegenstand des geistigen Eigentums angewandt.

Art. 73. Anzuwendendes Recht für Verträge
Die Verträge zur Übertragung von Rechten oder zur Gebrauchsüberlassung von Rechten an Gegenständen des geistigen Eigentums unterliegen dem nach dem zehnten Kapitel anzuwendenden Recht.

Abschnitt 3 - Geltungsbereich des auf dingliche Rechte und Rechte an Gegenständen des geistigen Eigentums anzuwendenden Rechts

Art. 74. Geltungsbereich des anzuwendenden Rechts
Das gemäß den Vorschriften der Abschnitte 1 und 2 dieses Kapitels zur Anwendung berufene Recht regelt:
1. Bestehen, Art, Inhalt und Umfang der Rechte;
2. die Rechtsinhaber;
3. die Übertragbarkeit der Rechte;
4. die Methoden für die Begründung, Änderung, Übertragung und das Erlöschen der Rechte;
5. die Notwendigkeit der Eintragung, und ob die Rechte Dritten entgegengehalten werden können.

Estland (2002)
Wet van 27 maart 2002 (bron: Engelse vertaling op <www.legaltext.ee/indexen.htm>)

§ 23. Intellectual property
Intellectual property and the creation, content, extinguishment and protection thereof shall be governed by the law of the state for the territory of which protection of the property is applied for.

Griekenland (1993)
Wet betreffende het auteursrecht, de naburige rechten en culturele aangelegenheden, van 3 maart 1993 (bron: Engelse vertaling op <www.wipo.int>)

Art. 67. Applicable legislation
1. Copyright in a published work shall be governed by the legislation of the State in which the work is first made lawfully accessible to the public. Copyright in an unpublished work shall be governed by the legislation of the State in which the author is a national.
2. Related rights shall be governed by the legislation of the State in which the performance is realized, or in which the sound or visual or sound and visual recording is produced, or in which the radio or television broadcast is transmitted or in which the printed publication is effected.
3. In all cases, the determination of the subject, object, content, duration and limitations of the right shall be governed by the legislation applicable pursuant to paragraphs (1) and (2), above, with the exception of any exploitation license arrangement. The protection of a right shall be subject to the legislation of the State in which the protection is sought.
4. Paragraphs (1), (2) and (3), above, shall apply except where they run contrary to any international convention ratified by Greece. In the case of States not conjoint with Greece through the rati-

fication of an international convention, paragraphs (1), (2) and (3), above, shall be applicable as regards the protection of copyright or of any particular object of copyright or of any particular related right, provided that the legislation of the relevant state offers adequate copyright protection to works first made accessible to the public in Greece and to related rights stemming from acts effected in Greece.

Hongarije (1979)
Wet van 31 mei 1979 (bron: Duitse vertaling in Riering 1997, p. 364 e.v. (p. 375))

§ 19 – Urheberrecht
Urheberrechte sind nach dem Recht desjenigen Staates zu beurteilen, auf dessen Gebiet der Erfinderschutz beantragt wird.

§ 20 – Gewerblicher Rechtsschutz
1. Der Erfinder und sein Rechtsnachfolger stehen nach dem Recht des Staates und in diesem Staat unter Rechtsschutz, wo ihm das Patent erteilt wurde bzw. die Anmeldung erfolgt ist.
2. Absatz 1 ist auf andere gewerbliche Rechte entsprechend anwendbar (gewerblicher Musterschutz, Warenzeichen, usw.).

Italië (1995)
Wet van 31 mei 1995, nr. 218 (bron: Riering 1997, p. 42 e.v. (p. 68))

Art. 54 – Diritti su beni immateriali
I diritti su beni immateriali sono regolati dalla lege dello Stato di utilizzazione.

Zuid-Korea (2001)
Wet van 7 april 2001 (bron: Duitse vertaling in RabelsZ 2006, p. 279 e.v. (p. 305-306; 346); zie ook IPRax 2007, p. 479 e.v. (p. 480))

Art. 24 – Schutz geistiger Eigentumsrechte
Der Schutz geistiger Eigentumsrechte unterliegt dem Recht des Ortes der Verletzung dieser Rechte.

Liechtenstein (1996)
Wet van 19 september 1996 (bron: RabelsZ 1997, p. 545 e.v. (p. 553))

Art. 38 - Immaterialgüterrechte
1. Das Entstehen, der Inhalt und das Erlöschen von Immaterialgüterrechten sind nach dem Recht des Staates zu beurteilen, in dem eine Benützungs- oder Verletzungshandlung gesetzt wird.
2. Für Immaterialgüterrechte, die mit der Tätigkeit eines Arbeitnehmers im Rahmen seines Arbeitsverhältnisses zusammenhängen, ist für das Verhältnis zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer die für das Arbeitsverhältnis geltende Verweisungsnorm (Art. 48) massgebend.
3. Verrichtet der Arbeitnehmer seine Arbeit gewöhnlich im Fürstentum Liechtenstein oder befindet sich dort die einstellende Niederlassung, ist liechtensteinisches Recht anzuwenden. Eine Rechtswahl ist stets zu beachten.

Litouwen (2000)
Burgerlijk Wetboek (bron: Duitse vertaling in IPRax 2003, p. 298 e.v. (p. 304)).

Art. 1.53 – Auf die Rechte des geistigen Eigentums und deren Schutz anwendbares Recht
1. Auf die Rechte des geistigen Eigentums und deren Schutz ist das Recht des Staates anzuwenden, nach dessen Recht der Schutz dieser Rechte beantragt wurde.
2. Nach dem Entstehen des Schadens durch die Verletzung der Rechte des geistigen Eigentums können die Parteien durch eigene Vereinbarung das anwendbare Recht des Ortes des angerufenen Gerichtes wählen.

Macau (1999)
Burgerlijk Wetboek (bron: <www.imprensa.macau.gov.mo/bo/i/99/31/codcivpt/codciv0001.asp#l1t1>)

Art. 47 - Propriedade intelectual
Sem prejuízo do disposto em legislação especial, os direitos de autor e os direitos conexos, bem como a propriedade industrial, são regulados pela lei do lugar onde se reclama a sua protecção.

Oostenrijk (1978)
Wet van 15 juni 1978 (bron: Riering 1997, p. 82 e.v. (p. 88))

§ 34 – Immaterialgüterrechte
1. Das Entstehen, der Inhalt und das Erlöschen von Immaterialgüterrechten sind nach dem Recht des Staates zu beurteilen, in dem eine Benützungs- oder Verletzungshandlung gesetzt wird.
2. Für Immaterialgüterrechte, die mit der Tätigkeit eines Arbeitnehmers im Rahmen seines Arbeitsverhältnisses zusammenhängen, ist für das Verhältnis zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer die für das Arbeitsverhältnis geltende Verweisungsnorm (§ 44) maßgebend.

Paraguay (1985)
Burgerlijk Wetboek (bron: Duitse vertaling in RabelsZ 1987, p. 456-457).

Art. 20
Die gewerblichen Schutzrechte unterliegen dem Gesetz des Ortes ihrer Entstehung, es sei denn, dass die Materie in der Republik gesetzlich geregelt ist.
Die Urheberrechte bestimmen sich nach dem Recht des Ortes, an dem das Werk registriert ist.

Peru (1984)
Burgerlijk Wetboek (bron: Duitse vertaling in RabelsZ 1985, p. 536-537)

Art. 2093
Das Bestehen und die Reichweite der dinglichen Rechte bezüglich geistiger, künstlerischer oder industrieller Schöpfungen richten sich nach den Bestimmungen der Staatsverträge und Spezialgesetze, und falls diese nicht anwendbar sind, nach dem Recht des Ortes, wo besagte Rechte registriert worden sind.
Das örtliche Recht stellt die Erfordernisse für die Anerkennung und Ausübung solcher Rechte auf.

Portugal
Burgerlijk Wetboek (bron: Duitse vertaling in Riering 1997, p. 109 e.v. (p. 123))

Art. 48 – Geistiges Eigentum (1966)
1. Die Urheberrechte werden durch das Recht des Ortes der ersten Veröffentlichung des Werkes geregelt, und wenn es nicht veröffentlicht is, durch das Personalstatut des Autors, vorbehaltlich sondergesetzlicher Regelung.
2. Das gewerbliche Eigentum wird durch das Recht des Landes geregelt, in dem es geschaffen wird.

Auteurswet 1985 (bron: Engelse vertaling op <www.wipo.int>)

Art. 64 – Protection of foreign works
Works by foreign authors or having a foreign country as their country of origin shall enjoy the protection granted by Portuguese law, subject to reciprocity, and with the exception of any international convention to the contrary to which the Portuguese State may be bound.

Roemenië (1992)
Wet van 22 september 1992 (bron: Duitse vertaling in Riering 1997, p. 132 e.v. (p. 155-156))

Abschnitt V. Nicht körperliche Sachen

Art. 60.
Die Begründung, der Inhalt und das Erlöschen von Urheberrechten an einem geistigen Werk unterliegen dem Recht des Staates, in dem dieses zum ersten Mal der Öffentlichkeit durch eine Bekanntmachung, Vorstellung, Ausstellung, Verbreitung oder in anderer angemessener Weise zur Kenntnis gebracht wurde.
Nicht verbreitete geistige Werke unterliegen dem Heimatrecht des Urhebers.

Art. 61.
Die Begründung, der Inhalt und das Erlöschen von gewerblichen Schutzrechten unterliegen dem Recht des Staates, in dem eine Hinterlegung oder Eintragung erfolgt ist, oder in dem ein Antrag auf Hinterlegung oder Eintragung gestellt worden ist.

Art. 62.
Materielle und immaterielle Schadensersatzansprüche unterliegen dem Recht des Staates, in dem die Verletzung des Urheberrechts oder der gewerblichen Schutzrechte stattgefunden hat.

Art. 63.
Urheberrechte und gewerbliche Schutzrechte von ausländischen natürlichen und juristischen Personen werden im Hoheitsgebiet von Rumänien nach den rumänischen Rechtsvorschriften und den völkerrechtlichen Übereinkünften geschützt, denen Rumänien als Vertragspartei angehört.

Turkije (2007)
Wet van 27 november 2007 (bron: Yearbook PIL 2007, p. 583 (590)). Zie ook noot 128 van hoofdstuk 5.

Art. 23 – The law applicable to rights on intellectual property
1. Rights on intellectual property shall be governed by the law of the country pursuant to whose law protection is sought.
2. The parties may determine that the law of the forum shall apply regarding claims arising from violation of the intellectual property right, after such violation takes place.

Verenigde Staten
US Copyright Act (bron: <www.wipo.int>)

Section 104A – Copyright in Restored Works
(...)
(b) Ownership of Restored Copyright.— A restored work vests initially in the author or initial rightholder of the work as determined by the law of the source country of the work.
(...)
(h) Definitions.— For purposes of this section and section 109(a): (...)
  (8) The "source country" of a restored work is—
    (A) a nation other than the United States;
    (B) in the case of an unpublished work—
      (i) the eligible country in which the author or rightholder is a national or domiciliary, or, if a restored work has more than 1 author or rightholder, of which the majority of foreign authors or rightholders are nationals or domiciliaries; or
      (ii) if the majority of authors or rightholders are not foreign, the nation other than the United States which has the most significant contacts with the work; and
    (C) in the case of a published work—
      (i) the eligible country in which the work is first published, or
      (ii) if the restored work is published on the same day in 2 or more eligible countries, the eligible country which has the most significant contacts with the work.

Zwitserland (1987)
Wet van 18 december 1987 (bron: Riering 1997, p. 210 e.v. (p. 237))

Art. 110 – Immaterialgüterrecht – Anwendbares Recht
1. Immaterialgüterrechte unterstehen dem Recht des Staates, für den der Schutz der Immaterialgüter beansprucht wird.
2. Für Ansprüche aus Verletzung von Immaterialgüterrechten können Parteien nach Eintritt des schädigenden Ereignisses stets vereinbaren, dass das Recht am Gerichtsort anzuwenden ist.
3. Verträge über Immaterialgüterrechte unterstehen den Bestimmungen dieses Gesetzes über das auf obligationenrechtliche Verträge anzuwendende Recht (Art. 122).

Aangehaalde literatuur

Actes BC 1884

Actes de la Conférence internationale pour la protection des droits d'auteur réunie à Berne du 8 au 19 septembre 1884, Bern: Wyss 1884.

Actes BC 1885

Actes de la 2me Conférence internationale pour la protection des œuvres littéraires et artistiques réunie à Berne du 7 au 18 septembre 1885, Bern: Wyss 1885.

Actes BC 1886

Actes de la 3me Conférence internationale pour la protection des œuvres littéraires et artistiques réunie à Berne du 6 au 9 septembre 1886, Bern: Wyss 1886.

Actes BC 1896

Union internationale pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, *Actes de la Conférence réunie à Paris du 15 avril au 4 mai 1896*, Bern: Bureau international de l'Union 1897.

Actes BC 1908

Union internationale pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, *Actes de la Conférence réunie à Berlin du 14 octobre au 14 novembre 1908 avec le Actes de ratification*, Bern: Bureau de l'Union internationale littéraire et artistique 1910.

Actes BC 1928

Union internationale pour la protection des œuvres littéraires et artistiques*, Actes de la Conférence réunie à Rome du 7 mai au 2 juin 1928*, Bern: Bureau de l'Union internationale pour la protection des œuvres littéraires et artistiques 1929.

Actes BC 1948

Union internationale pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, *Documents de la Conférence réunie à Bruxelles du 5 au 26 juin 1948*, Bern: Bureau de l'Union internationale pour la protection des œuvres littéraires et artistiques 1951.

Actes BC 1967

World Intellectual Property Organization, *Records of the Intellectual Property Conference of Stockholm, June 11 to July 14, 1967*, Genève: WIPO 1971.

Actes BC 1971

World Intellectual Property Organization, *Records of the Diplomatic Conference for the Revision of the Berne Convention, Paris, July 5 to 24, 1971*, Genève: WIPO1974.

Actes SvM 1957

Union internationale pour la protection de la propriété industrielle, *Actes de la Conférence réunie à Nice du 4 au 15 juin 1957*, Genève: Bureau de l'Union internationale pour la protection de la propriété industrielle 1960.

Actes VP 1880

Union internationale pour la protection de la propriété industrielle, *Actes de la Conférence internationale pour la protection de la propriété industrielle, réunie à Paris du 4 au 20 novembre 1880*, Bern: Bureau international de l'Union 1902.

Actes VP 1883
Ministère des Affairs Étrangères, *Conférence internationale pour la protection de la propriété industrielle*, Parijs: Imprimerie Nationale 1883.

Actes VP 1886
Ministère de l'Agriculture, de l'Industrie et du Commerce, *Conférence internationale de l'Union pour la protection de la propriété industrielle, Rome 1886*, Rome: Botta 1886.

Actes VP 1891
Procès-verbaux de la Conférence de Madrid de 1890 de l'Union pour la protection de la propriété industrielle, suivis des Actes signés en 1891 et ratifiés en 1892, Bern: Jent & Reinert, z.j.

Actes VP 1897/1900
Union internationale pour la protection de la propriété industrielle, *Actes de la Conférence réunie à Bruxelles du 1er au 14 décembre 1987 et du 11 au 14 décembre 1900*, Bern: Bureau international de l'Union 1901.

Actes VP 1911
Union internationale pour la protection de la propriété industrielle, *Actes de la Conférence réunie à Washington du 15 mai au 2 juin 1911*, Bern: Bureau international de l'Union 1911.

Actes VP 1925
Union internationale pour la protection de la propriété industrielle, *Actes de la Conférence réunie à La Haye du 8 octobre au 6 novembre 1925*, Bern: Bureau international de l'Union 1926.

Actes VP 1934
Union internationale pour la protection de la propriété industrielle, *Actes de la Conférence réunie à Londres du 1er mai au 2 juin 1934*, Bern: Bureau de l'Union internationale pour la protection de la propriété industrielle 1934.

Actes VP 1958
Union internationale pour la protection de la propriété industrielle, *Actes de la Conférence réunie à Lisbonne du 6 au 31 octobre 1958*, Genève: Bureau de l'Union internationale pour la protection de la propriété industrielle 1963.

AIPPI International Report Q153
AIPPI Special Committee Q153 on the envisaged Hague Convention on jurisdiction and foreign judgments in civil and commercial matters, *International Report*, Den Haag/Melbourne 2001 (opgenomen in de travaux préparatoires van het Haags Forumkeuzeverdrag 2005 als Prel. Doc. 14, <www.hcch.net>).

Alexander 1993
W. Alexander, *De betrekkelijke waarde van de intellectuele eigendom, of De koffiveilingen der Nederlandsche Handelsmaatschappy* (oratie Amsterdam UvA), Zwolle: W.EJ. Tjeenk Willink 1993.

ALI Principles 2008
American Law Institute, *Intellectual Property: Principles Governing Jurisdiction, Choice of Law, and Judgments in Transnational Disputes, as Adopted and Promulgated by the American Law Institute at San Francisco, California, May 14, 2007*, St. Paul: ALI Publishers 2008.

Allart 1909
H. Allart, 'La contrefaçon au point de vue international', *JDI* 1909, p. 56-68.

Asser 1880
T.M.C. Asser, *Schets van het internationaal privaatregt*, Haarlem: Bohn 1880.

Asser/Scholten 1974
P. Scholten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen Deel* (met feitelijke gegevens aangevuld door Mr. G.J. Scholten), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1974.
Audit 2006
B. Audit, *Droit international privé*, Parijs: Economica 2006.
Azzi 2007
T. Azzi, noot onder Cass. civ. I 30 januari 2007 (Lamore/Universal; 'Waterworld'), *Rev. crit. DIP* 2007, p. 769-784.

Bappert & Wagner 1956
W. Bappert & E. Wagner, *Internationales Urheberrecht*, München: Beck 1956.
Von Bar 1889, Bd. I en Bd. II
L. von Bar, *Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts. Band I - II*, Hannover: Hahn 1889.
Von Bar 1991
C. von Bar, *Internationales Privatrecht. Band II. Besonderer Teil,* München: Beck 1991.
Von Bar 2003
C. von Bar, *Internationales Privatrecht. Band I. Allgemeine Lehren,* München: Beck 2003.
Bartin 1930
E. Bartin, *Principes de droit international prive selon la loi et la jurisprudence françaises. Vol. I*, Parijs: Éditions Domat-Montchrestien 1930.
Bartin 1934
E. Bartin, 'Localisation territoriale des monopoles intellectuels (Propriété littéraire et artistique, propriété industrielle)', *JDI* 1934, p. 781-833.
Bartin 1935
E. Bartin, *Principes de droit international prive selon la loi et la jurisprudence françaises. Vol. III*, Parijs: Éditions Domat-Montchrestien 1935.
Basedow & Metzger 2004
J. Basedow & A. Metzger, 'Lex loci protectionis europea. Anmerkungen zu Art. 8 des Vorschlags der EG-Kommission für eine "Verordnung über das auf ausservertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht" ("Rom II")', in: A. Trunk, R. Knieper & A.G. Svetlanov (red.), *Russland im Kontext der internationalen Entwicklung: Internationales Privatrecht, Kulturgüterschutz, geistiges Eigentum, Rechtsvereinheitlichung* (Boguslavskij-bundel), Berlijn: Berliner Wissenschafts-Verlag 2004, p. 153-172.
Basedow e.a. 2005
J. Basedow e.a. (red.), *Intellectual Property in the Conflict of Laws*, Tübingen: Mohr Siebeck 2005.
Bastide 1890
L. Bastide, *L'Union de Berne de 1886 et la protection internationale des droits des auteurs et des artistes,* Parijs: Giard 1890.
Batiffol 1971
H. Batiffol, noot onder Cass. civ. I 29 april 1970 (Lancio/Editrice Fotoromanzi Internazionali), *Rev. crit. DIP* 1971, p. 270-273.
Batiffol & Lagarde 1983
H. Batiffol & P. Lagarde, *Droit international privé. Tome II*, Parijs: Pichon & Durand-Auzias 1983.

Baum 1932
A. Baum, 'Berner Konvention, Landesgesetze und internationales Privatrecht', *GRUR* 1932, p. 921-940 en p. 1012-1022.
Baum 1949
A. Baum, 'Die Brüsseler Konferenz zur Revision der Revidierten Berner Übereinkunft', *GRUR* 1949, p. 1-44.
Baum 1951
A. Baum, 'Die Reziprozität im Brüsseler Text der RBÜ', *GRUR* 1951, p. 115-119.
Baum 1963
A. Baum, 'Probleme der Revidierten Berner Übereinkunft', *GRUR Int.* 1963, p. 351-369.
Beatson 1995
J. Beatson, 'Supplementary Memorandum. Intellectual Property and Part III of the Private International Law (Miscellaneous Provisions) Bill', in: *Proceedings of the Special Public Bill Committee on the Private International Law (Miscellaneous Provisions) Bill*, HL Paper 36 (1995), minutes of evidence, p. 61-63.
De Beaufort 1909
H.L. de Beaufort, *Het auteursrecht in het Nederlandsche en internationale recht* (diss. Utrecht), Utrecht: De Boer 1909.
Beier 1983
F.-K. Beier, 'Hundert Jahre Pariser Verbandsübereinkunft. Ihre Rolle in Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft', *GRUR Int.* 1983, p. 339-347.
Beier, Schricker & Ulmer 1985 (Max-Planck-Institut)
F.-K. Beier, G. Schricker & E. Ulmer, 'Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Patent-, Urheber- und Wettbewerbsrecht zum Entwurf eines Gesetzes zur Ergänzung des internationalen Privatrechts (ausservertragliche Schuldverhältnisse und Sachen)', *GRUR Int.* 1985, p. 104-108.
Beier & Stauder 1985
F.-K. Beier & D. Stauder, 'Weltraumstationen und das Recht des geistigen Eigentums', *GRUR Int.* 1985, p. 6-13.
Beiträge zur Erläuterung des Nachdruck-Gesetzes 1864
'Beiträge zur Erläuterung des Nachdruck-Gesetzes', *Archiv für Preussisches Strafrecht herausgegeben durch Dr. Goltdammer. Bd. 12*, Berlijn: Verlag der Königlichen Geheimen Ober-Hofbuchdruckerei 1864, p. 242-251.
Bergé 1996
J.-S. Bergé, *La protection internationale et communautaire du droit d'auteur. Essai d'une analyse conflictuelle* (diss. Parijs), Parijs: LGDJ 1996.
Bergé 2006
J.-S. Bergé, noot onder HvJ EG 30 juni 2005, nr. C-28/04 (Tod's/Heyraud), *JDI* 2006, p. 643-651.
Bergsma 1990
R. Bergsma, *Das Prinzip der Inländerhandlung im internationalen und schweizerischen Urheberrecht* (diss. Zürich), Bern: Lang 1990.
Bodenhausen 1946
G.H.C. Bodenhausen, *Nederlandsch internationaal privaatrecht op het gebied van den industrieelen eigendom* (oratie Utrecht), Den Haag: Martinus Nijhoff 1946.

Bodenhausen 1947
G.H.C. Bodenhausen, 'Du droit international privé néerlandais dans le domaine de la propriété industrielle', *PI* 1947, p. 118-122.
Bodenhausen 1955
G.H.C. Bodenhausen, 'Octrooiverlening voor in buitenlandse dienstbetrekking gedane uitvindingen', *BIE* 1955, p. 130-132.
Bodenhausen 1968
G.H.C. Bodenhausen, *Guide to the application of the Paris Convention for the protection of industrial property as revised at Stockholm in 1967*, Genève: BIRPI 1968.
De Boer 1977
Th.M. de Boer, 'Aanknoping in het internationaal auteursrecht', *WPNR* 1977, p. 673-678, p. 689-693 en p. 705-710.
De Boer & Van Lingen 1978
Th.M. de Boer & N. van Lingen, 'Symposion over het internationale recht van de intellectuele eigendom', *Auteursrecht* 1978, p. 42-44.
De Boer 1993
Th.M. de Boer, 'Filmauteursrecht en internationaal privaatrecht', *Informatierecht/AMI* 1993, p. 3-7.
De Boer 1998
Th.M. de Boer (red.), *Vijftig jaar lex loci delicti. Van Dubbinks proefschrift tot een Wet conflictenrecht onrechtmatige daad* (Dubbink-bundel), Deventer: Kluwer 1998.
De Boer 2007
Th.M. de Boer, 'Party Autonomy and its Limitations in the Rome II Regulation', in: Yearbook PIL 2007, p. 19-29.
Boschiero 2007
N. Boschiero, 'Infringement of Intellectual Property Rights. A Commentary on Article 8 of the Rome II Regulation', in: Yearbook PIL 2007, p. 87-113.
Bouche 2002 (*Contrefaçon*)
N. Bouche, 'La loi applicable à la contrefaçon du droit d'auteur et l'article 5(2) de la Convention de Berne' (noot onder Cass. civ. I 5 maart 2002 (Sisro/Ampersand)), *D.* 2002, p. 2999-3003.
Bouche 2002 (*Territorialité*)
N. Bouche, *Le principe de territorialité de la propriété intellectuelle* (diss. Dijon), Parijs: Harmattan 2002.
Bouche 2004
N. Bouche, 'Contrefaçon et concurrence déloyale – Droit d'auteur et conflit de lois' (noot onder Cass. civ. I 25 mei 2004 (SCPE/Playboy)), *D.* 2004, p. 1893-1896.
Boucher 1932
Ch. Boucher, 'De la nature des règles relatives à la protection en France des auteurs étrangers', *JDI* 1932, p. 26-52.
Le Bouthillier 2006
Y. Le Bouthillier, 'Article 32', in: Corten & Klein 2006, p. 1339-1368.
Boytha 1968
G. Boytha, 'Reciprocity in international copyright law', in: *Questions of International Law*, Budapest: Hungarian Branch of the International Law Association 1968, p. 37-63.
Boytha 1988
G. Boytha, 'Some Private International Law Aspects of the Protection of Author's Rights', *Copyright* 1988, p. 399-414.

Bozérian 1877
J. Bozérian, 'Des brevets d'invention pris simultanément à l'étranger et en France', *JDI* 1877, p. 217-219.
Bozérian 1890
J. Bozérian, 'Droits des étrangers en France en matière de marques de fabrique', *JDI* 1890, p. 193-204.
Braun & Evrard 1975
A. Braun & J.-J. Evrard, *Droit des dessins et modèles au Benelux*, Brussel: Larcier 1975.
Braun 1995
T. Braun, 'Joseph Beuys und das deutsche Folgerecht bei ausländischen Kunstauktionen', *IPRax* 1995, p. 227-230.
Bremer 1985
Th.R. Bremer, 'IPR komplikaties bij de uitvinding in dienstbetrekking', *BIE* 1985, p. 165-168.
Briggs 1906
W. Briggs, *The law of international copyright*, Londen: Stevens & Haynes 1906.
Brinkhof 1995
J.J. Brinkhof, 'Overzicht der Nederlandse rechtspraak, Internationaal Privaatrecht 1990-1993/1994, Intellectuele eigendom', *WPNR* 1995, p. 290-292 en p. 309-312.
Brinkhof 2003
J.J. Brinkhof, 'Wensen op het gebied van het octrooirecht', *BIE* 2003, p. 372-376.
Bureau de l'Union, DdA 1888
Bureau de l'Union, 'La constitution de l'Union', *DdA* 1888, p. 1-4, p. 11-13 en p. 21-24.
Bureau de l'Union, DdA 1891
Bureau de l'Union, 'La Hollande et la Convention de Berne', *DdA* 1891, p. 1-6.
Bureau de l'Union, DdA 1895
Bureau de l'Union, 'Le principe fondamental de la Convention de Berne et la Loi anglaise de 1886', *DdA* 1895, p. 162-165.
Bureau de l'Union, DdA 1899
Bureau de l'Union, noot onder Königliches Landgericht Leipzig 8 oktober 1899 (Litolff/Riessner; 'Polyphon'), *DdA* 1899, p. 12.
Bureau de l'Union, DdA 1901
Bureau de l'Union, 'Le nouveau traité littéraire conclu entre l'Allemagne et l'Autriche-Hongrie', *DdA* 1901, p. 61-66.
Bureau de l'Union, DdA 1907 (*Conférence de Neuchâtel*)
Bureau de l'Union, 'La conférence de Neuchâtel de l'Association littéraire et artistique internationale (XXIXe session – Neuchâtel, 26 au 29 août 1907)', *DdA* 1907, p. 111-119.
Bureau de l'Union, DdA 1907 (*Réciprocité*)
Bureau de l'Union, 'Les dispositions légales concernant la réciprocité dans les divers pays', *DdA* 1907, p. 42-49.
Bureau de l'Union, DdA 1908
Bureau de l'Union, 'Le XXXe Congrès de l'Association littéraire et artistique internationale (Mayence, 28 septembre – 1er ocobre 1908)', *DdA* 1908, p. 131-136.
Bureau de l'Union, DdA 1909 (*Conférence de Berlin*)
Bureau de l'Union, 'La Conférence de Berlin, ses travaux et ses résultats', *DdA* 1909, p. 1-3, p. 14-16 en p. 19-23.

Bureau de l'Union, DdA 1909 (*La Convention de Berne revisée*)
Bureau de l'Union, 'La Convention de Berne revisée du 13 novembre 1908', *DdA* 1909, p. 34-36, p. 45-50, p. 76-81, p. 113-117 en p. 125-131.
Bureau de l'Union, DdA 1910
Bureau de l'Union, 'La Convention de Berne revisée du 13 novembre 1908', *DdA* 1910, p. 2-7, p. 18-22, p. 29-32, p. 59-62, p. 76-79 en p. 93-96.
Bureau de l'Union, DdA 1914
Bureau de l'Union, 'Le nouveau Protocole additionnel à la Convention de Berne revisée de 1908', DdA 1914, p. 79-81 en p. 93-96.
Bureau de l'Union, DdA 1921 (*Belgique*)
Bureau de l'Union, 'Belgique. Triple revision de la législation sur le droit d'auteur', *DdA* 1921, p. 13-15.
Bureau de l'Union, DdA 1921 (*Formalités*)
Bureau de l'Union,'L'Union internationale et la question des formalités', *DdA* 1921, p. 121-125.
Bureau de l'Union, DdA 1924
Bureau de l'Union, 'L'accession du Canada à la Convention de Berne revisée et ses conséquences. Le conflit entre la Canada et les États-Unis', *DdA* 1924, p. 15-18.
Bureau de l'Union, DdA 1926
Bureau de l'Union, 'L'article 7 de la Convention de Berne revisée et la future conférence de Rome', *DdA* 1926, p. 49-53.
Bureau de l'Union, DdA 1930
Bureau de l'Union, noot bij 'Yougoslavie. Loi sur la protection des droits d'auteur', *DdA* 1930, p. 49-58.
Bureau de l'Union, DdA 1935
Bureau de l'Union, 'L'auteur de l'œuvre cinématographique', *DdA* 1935, p. 53-56, p. 64-66 en p. 71-77.
Bureau de l'Union, DdA 1937 (*Conventions*)
Bureau de l'Union, 'Les conventions particulières en matière de droit d'auteur', *DdA* 1937, p. 26-31.
Bureau de l'Union, DdA 1937 (*La condition civile*)
Bureau de l'Union, 'La condition civile des étrangers et les conflicts de lois en matière de propriété littéraire et artistique', p. 85-88 en p. 98-102.
Bureau de l'Union, Mémoire 1933
Bureau international pour la protection de la propriété industrielle, *L'Union internationale pour la protection de la propriété industrielle, sa fondation et son développement. Mémoire publié par le Bureau*, Bern: Bureau de l'Union 1933.
Bureau de l'Union, Mémoire 1936
Bureau de l'Union, *L'Union internationale pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, sa fondation et son développement. Mémoire publié par le Bureau*, Bern: Bureau de l'Union 1936.
Bureau de l'Union, PI 1930
Bureau de l'Union, 'De la compétence des tribunaux en matière de propriété industrielle', *PI* 1930, p. 15-20.
Bureau WIPO, Draft Model Law on Copyright
Bureau WIPO, 'Committee of Experts on Model Provisions for Legislation in the Field of Copyright, Third Session (Geneva, July 2 to 13, 1990)', *Copyright* 1990, p. 241 e.v.

Van der Burg 2006
M.W.D. van der Burg, 'Internationaal goederenrechtelijke verwijzingsregels voor de overdracht van merken en octrooien', *IER* 2006, p. 125-139 en p. 177-187.
Burghardt 1973
W. Burghardt, 'Der subjektive Anwendungsbereich der in der Pariser Verbandsübereinkunft vorgesehenen besonderen Rechte. Bemerkungen zur Entscheidung des Bundespatentgerichts vom 16. Oktober 1972', *GRUR Int.* 1973, p. 600-602.

Capitaine 1926
A. Capitaine, 'Lettre de Belgique', *PI* 1926, p. 20-22.
Carrascosa González 2004
J. Carrascosa González, 'Conflict of laws in a centenary convention: Berne convention 9th September 1886 for the protection of literary and artistic works', in: H.-P. Mansel e.a. (red.), *Festschrift für Erik Jayme* (Jayme-bundel), München: Sellier 2004, p. 105-120.
Cattreux 1889
L. Cattreux, 'De la suppression de la caution judicatum solvi en matière littéraire et artistique', *DdA* 1889, p. 73-76, p. 87-89 en p. 95-99.
Celliez 1878
H. Celliez, *Proposition d'un vœu à exprimer par le Congrès relativement au droit des auteurs sur leurs œuvres publiées en pays étranger*, Parijs: Chaix 1878.
Cheshire, North & Fawcett 2008
J.J. Fawcett, J.M. Carruthers & P. North, *Cheshire, North & Fawcett, Private International Law*, Oxford: Oxford University Press 2008.
Clunet 1887
E. Clunet, *Etude sur la Convention d'Union internationale pour la protection des œuvres littéraires et artistiques*, Parijs: Marchal & Billard 1887.
De Cock Buning 1993
M. de Cock Buning, 'Computer generated works, een test voor de grondslagen van het auteursrecht?', *Computerrecht* 1993, p. 10-16.
De Cock Buning & Numann 2007
M. de Cock Buning & E.J. Numann, 'De gestage wildgroei van het auteursrecht. Een hogesnelheidstrein dreigt te ontsporen', in: D.J.G. Visser & D.W.F. Verkade (red.), *Een eigen oorspronkelijk karakter. Opstellen aangeboden aan prof. mr. Jaap H. Spoor* (Spoor-bundel), Amsterdam: DeLex 2007, p. 25-46.
Cohen Jehoram 1968
H. Cohen Jehoram, 'Auteursrecht en modellenbescherming', *NJB* 1968, p. 883-886.
Cohen Jehoram 1998
H. Cohen Jehoram, 'Shoot the widow', *Informatierecht/AMI* 1998, p. 62-63.
Cohen Jehoram 2000
H. Cohen Jehoram, noot onder HR 26 mei 2000 (Cassina/Jacobs), *AA* 2000, p. 677-683.
Cohen Jehoram, Van Nispen & Huydecoper 2008
T. Cohen Jehoram, C.J.J.C. van Nispen & J.L.R.A. Huydecoper, *Industriële eigendom. Deel 2. Merkenrecht*, Deventer: Kluwer 2008.

Comptes rendus Congrès 1878
Ministère de l'Agriculture et du Commerce, *Congrès international de la propriété industrielle tenu à Paris du 5 au 17 septembre 1878. Comptes rendus sténographiques*, Parijs: Imprimerie Nationale 1879.
Copinger 1881
W.A. Copinger, *The Law of Copyright in Works of Literature and Art*, Londen: Stevens & Haynes 1881.
Copinger/Easton 1915
W.A. Copinger/J.M. Easton, *The Law of Copyright in Works of Literature, Art, Architecture, Photography, Music and the Drama*, Londen: Stevens & Haynes 1915.
Cornish 1995
W.R. Cornish, 'Note by Professor W.R. Cornish' (annex bij Beatson 1995), in: *Proceedings of the Special Public Bill Committee on the Private International Law (Miscellaneous Provisions) Bill*, HL Paper 36 (1995), minutes of evidence, p. 64-65.
Cornish 1996
W.R. Cornish, 'Intellectual Property Infringement and Private International Law: Changing the Common Law Approach', *GRUR Int*. 1996, p. 285-289.
Correspondence Switzerland No. 1 (1886)
Switzerland No. 1 (1886), Correspondence respecting the Formation of an International Copyright Union, presented to both Houses of Parliament by Command of Her Majesty, Londen 1886.
Corten & Klein 2006
O. Corten & P. Klein (red.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article*, Brussel: Bruylant 2006.
Croon 1947
C. Croon, bespreking van: Bodenhausen 1946, *RM Themis* 1947, p. 233-235.
Cybichowski 1907
S. Cybichowski, *Das antike Völkerrecht*, Breslau: Marcus 1907.

Dambach 1871
O. Dambach, *Die Gesetzgebung des Norddeutschen Bundes betreffend das Urheberrecht an Schriftwerken, Abbildungen, musikalischen Kompositionen und dramatischen Werken*, Berlijn: Enslin 1871.
Dambach 1883
O. Dambach, *Der Deutsch-Französische Litterar-Vertrag vom 19. April 1883*, Berlijn: Enslin 1883.
Darras 1887
A. Darras, *Du droit des auteurs et des artistes dans les rapports internationaux*, Parijs: Rousseau 1887.
Darras 1892 (*De l' état actuel*)
A. Darras, 'De l'état actuel du droit des auteurs étrangers en France et des auteurs français à l'étranger', *JDI* 1892, p. 801-833.
Darras 1892 (*Lettre de France*)
A. Darras, 'Lettre de France', *DdA* 1892, p. 48-52.
Dellebeke 1997
M. Dellebeke (red.), *Copyright in cyberspace. Copyright and the Global Information Infrastructure. ALAI Study Days Amsterdam 4-8 June 1996*, Amsterdam: Cramwinkel 1997.

Demangeat 1844
Ch. Demangeat, *Histoire de la condition civile des étrangers en France dans l'ancien et dans le nouveau droit,* Parijs: Joubert 1844.
Denkschrift 1909
Denkschrift, 2. April 1909, Verhandlungen des Reichstags, XII. Legislaturperiode, I. Session, Band 254, Anlagen zu den Stenographischen Berichten, Nr. 1324, Berlijn 1909.
Desbois 1965
H. Desbois, 'La loi française du 8 juillet 1964 relative à l'application du principe de réciprocité en matière de droit d'auteur', *RIDA* 1965, p. 23-103.
Desbois, Françon & Kerever 1976
H. Desbois, A. Françon & A. Kerever, *Les conventions internationales du droit d'auteur et des droits voisins*, Parijs: Dalloz 1976.
Desbois 1978
H. Desbois, *Le droit d'auteur en France*, Parijs: Dalloz 1978.
Despagnet 1891
F. Despagnet, *Précis de droit international privé*, Parijs: Larose & Forcel 1891.
Dessemontet 1986
F. Dessemontet, 'Le droit de suite', in: Schweizerische Festschrift 1986, p. 343-355.
Dessemontet 2001
F. Dessemontet, 'Conflict of Laws for Intellectual Property in Cyberspace', *Journal of International Arbitration* 2001, p. 487-510.
Dessemontet 2004
F. Dessemontet, 'International Private Law of Intellectual Property', in: P. Sarcevic, P. Volken & A. Bonomi (red.), *Yearbook of Private International Law 2004, Volume VI – 2004*, München: Sellier 2004, p. 71-84.
Deutscher Rat für Internationales Privatrecht 1983
E. von Caemmerer (red.), *Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Privatrechts der au ervertraglichen Schuldverhältnisse, vorgelegt im Auftrag der Zweiten Kommission des Deutschen Rates für Internationales Privatrecht,* Tübingen: Mohr 1983.
Deutscher Rat für Internationales Privatrecht 2002
Deutscher Rat für Internationales Privatrecht, *Stellungnahme der 2. Kommission des Deutschen Rates für Internationales Privatrecht zum Vorentwurf eines Vorschlags der Europäischen Kommission für eine Verordnung des Rates über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht*, 1 september 2002, gepubliceerd op http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/rome_ii/deutscher_rat_internat_privatrecht_de.pdf.
Dicey, Morris & Collins 2006
L. Collins e.a. (red.), *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws*, Londen: Sweet & Maxwell 2006.
Diekman 1997
W.J.M. Diekman, 'TRIPs, WIPO en de Nederlanders', *Informatierecht/AMI* 1997, p. 207-209.
Dietz 1993
A. Dietz, 'Le concept d'auteur selon le droit de la Convention de Berne', *RIDA* 1993, p. 3-57.
Dinwoodie 2005
G.B. Dinwoodie, 'Conflicts and International Copyright Litigation: The Role of International Norms', in: Basedow e.a. 2005, p. 195-210.

Dock 1963
M.-C. Dock, *Étude sur le droit d'auteur*, Parijs: Pichon & Durand-Auzias 1963.
Donzel 1891
L. Donzel, *Commentaire de la Convention internationale signée à Paris le 20 mars 1883 pour la protection de la propriété industrielle*, Parijs: Marchal & Billard 1891.
Drexl 1990
J. Drexl, *Entwicklungsmöglichkeiten des Urheberrechts im Rahmen des GATT* (diss. München), München: Beck 1990.
Drexl 2001
J. Drexl, 'Europarecht und Urheberkollisionsrecht', in: Ganea, Heath & Schricker 2001, p. 461-479.
Drexl 2005
J. Drexl, 'The Proposed Rome II Regulation: European Choice of Law in the Field of Intellectual Property', in: Drexl & Kur 2005, p. 151-176.
Drexl & Kur 2005
J. Drexl & A. Kur (red.), *Intellectual Property and Private International Law. Heading for the Future*, Oxford, Oregon: Hart Publishing 2005.
Drexl 2006
J. Drexl, 'Internationales Immaterialgüterrecht', in: H.J. Sonnenberger (red.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 11. Internationales Wirtschaftsrecht, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 50-245)*, München: Beck 2006, p. 812-897.
Drobnig 1976
U. Drobnig, 'Originärer Erwerb und Übertragung von Immaterialgüterrechten im Kollisionsrecht', *RabelsZ* 1976, p. 195-208.
Droz 1884
N. Droz, 'Conférence diplomatique de Berne dans le but de constituer une Union pour la protection des droits d'auteur', *JDI* 1884, p. 441-462.
Droz 1885 (*Deuxième conférence*)
N. Droz, 'Deuxième conférence diplomatique de Berne dans le but de constituer une Union pour la protection des œuvres littéraires et artistiques', *JDI* 1885, p. 481-504.
Droz 1885 (*Réponse*)
N. Droz, 'Réponse aux observations du syndicat des sociétés littéraires et artistiques sur le projet de convention internationale relatif à la constitution d'une Union pour la protection des droits d'auteur', *JDI* 1885, p. 163-169.
Drucker 1924
W.H. Drucker, *Handboek voor de studie van het Nederlandsche octrooirecht*, Den Haag: Martinus Nijhoff 1924.
Dubbink 1947
C.W. Dubbink, *De onrechtmatige daad in het Nederlandse internationaal privaatrecht* (diss. Amsterdam UvA), Den Haag: Martinus Nijhoff 1947.
Dubois 1909
J. Dubois, 'De la revision en 1908 de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques', *JDI* 1909, p. 661-674 en p. 954-982.
Dunant 1892
Ph. Dunant, *Du droit des compositeurs de musique sur leurs œuvres* (diss. Genève), Genève: Romet 1892.

Dungs 1910
H. Dungs, *Die Berner Übereinkunft über internationales Urheberrecht*, Berlijn: Guttentag 1910.
Durand 1884
L. Durand, *Essai de droit international privé, précéde d'une étude historique sur la condition des étrangers en France et suivi du texte de tous les traités intéressant les étrangers*, Parijs: Larose & Forcel 1884.

Van Eechoud 1999
M.M.M. van Eechoud, noot onder Pres. Rb. Dordrecht 8 september 1998 (KPN/Kapitol), *Informatierecht/AMI* 1999, p. 10-12.
Van Eechoud 2003
M.M.M. van Eechoud, *Choice of Law in Copyright and Related Rights. Alternatives to the Lex Loci Protectionis* (diss. Amsterdam UvA), Den Haag: Kluwer 2003.
Van Eechoud 2005 (*Alternatives*)
M.M.M. van Eechoud, 'Alternatives to the lex protectionis as the Choice-of-Law Rule for Initial Ownership of Copyright', in: Drexl & Kur 2005, p. 289-306.
Van Eechoud 2005 (*Overleefde territorialiteit*)
M.M.M. van Eechoud, 'Overleefde territorialiteit: grensoverschrijdende auteursrechtinbreuken onder de 'Rome II' ontwerpverordening', *AMI* 2005, p. 45-56.
Eisenlohr 1856
Ch.F.M. Eisenlohr, *Sammlung der Gesetze und internationalen Verträge zum Schutze des literarisch-artistischen Eigenthums in Deutschland, Frankreich und England*, Heidelberg: Bangel & Schmitt 1856.
Van Engelen 2004
Th.C.J.A. van Engelen, 'IE-verdragen en de bescherming van Nederlanders: de communis opinio is aan revisie toe!', *BIE* 2004, p. 278-284.
Van Engelen 2007
Th.C.J.A. van Engelen, *Intellectuele eigendom en internationaal privaatrecht*, Den Haag: Boom 2007.
Van Engelen 2008
Th.C.J.A. van Engelen, 'Rome II and intellectual property rights: Choice of law brought to a standstill', *NIPR* 2008, p. 440-448.
Erlanger 1937
F. Erlanger, 'Du conflit des lois en matière de droit d'auteur', *Nouvelle Revue de Droit International Privé* 1937, p. 302-323.
European PIL of Obligations 1975
O. Lando, B. von Hoffmann & K. Siehr, *European Private International Law of Obligations. Acts and Documents of an International Colloquium on the European Preliminary Draft Convention on the Law Applicable to Contractual and Non-Contractual Obligations, held in Copenhagen on April 29 and 30, 1974*, Tübingen: Mohr 1975.

Fawcett & Torremans 1998
J.J. Fawcett & P. Torremans, *Intellectual Property and Private International Law*, Oxford: Clarendon 1998.

Fentiman 2004
R. Fentiman, 'Memorandum', in: House of Lords, European Union Committee, *The Rome II Regulation*, 8th Report of Session 2003-04, HL Paper 66, Evidence, p. 108-119.
Fentiman 2005
R. Fentiman, 'Choice of Law and Intellectual Property', in: Drexl & Kur 2005, p. 129-148.
Fezer & Koos 2006
K.-H. Feser & S. Koos, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. EGBGB/IPR, Internationales Wirtschaftsrecht*, Berlijn: Sellier de Gruyter 2006.
Ficsor 2002
M. Ficsor, *The Law of Copyright and the Internet*, Oxford: Oxford University Press 2002.
Fitzmaurice 1957
G. Fitzmaurice, 'The Law and Procedure of the International Court of Justice 1951-4: Treaty Interpretation and Other Treaty Points', *British Yearbook of International Law 1957*, Londen: Oxford University Press 1958.
Van der Flier 1927
M.J. van der Flier, 'Aperçu de la jurisprudence néerlandaise en matière de droit international privé en 1926', *Grotius Annuaire international* 1927, p. 108-122.
Fliniaux 1879
Ch. Fliniaux, 'Essai sur les droits des auteurs étrangers en France et des auteurs français en pays étranger', *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger* 1879, p. 25-50 en p. 140-150.
Foelix 1843
J.-J.G. Foelix, *Traité du droit international privé, ou du conflit des lois de différentes nations en matière de droit privé*, Parijs: Joubert 1843.
Foelix 1844
J.-J.G. Foelix, 'De la protection accordée en Prusse, en Saxe et en France aux ouvrages des auteurs étrangers', *Revue de Droit Français et Étranger* 1844, p. 756-770.
Foelix/Demangeat 1866
J.-J.G. Foelix/Ch. Demangeat, *Traité du droit international privé, ou du conflit des lois de différentes nations en matière de droit privé*, Parijs: Marescq Ainé 1866.
Françon 1969
A. Françon, noot onder Tribunal de grande instance Parijs 15 november 1968 (Veuve Glazounov/Théâtre des Champs Elysées), *Rev. crit. DIP* 1969, p. 670-681.
Franx 1965
J.K. Franx, *Redengeving en rechtsgevolgen van eenheid en splitsing der internationale nalatenschap* (diss. Amsterdam UvA), Arnhem: Gouda Quint 1965.
Von Frisch 1910
H. von Frisch, *Das Fremdenrecht. Die Staatsrechtliche Stellung der Fremden*, Berlijn: Heymann 1910.
Frohn & Hennis 1995
E.N. Frohn & E. Hennis, *Staatscommissie IPR. Geselecteerde adviezen. Naar een afgewogen IPR*, Den Haag: T.M.C. Asser Instituut 1995.
Fromm 1966
F.K. Fromm, 'Die neue Erbrechtsregelung im Urheberrecht', *Neue Juristische Wochenschrift* 1966, p. 1244-1247.

Furler 1951
H. Furler, 'Sur l'interprétation de l'article 2, alinéa 5, de la Convention de Berne revisée à Bruxelles', *DdA* 1951, p. 111-114.

Ganea, Heath & Schricker 2001
P. Ganea, C. Heath & G. Schricker (red.), *Urheberrecht. Gestern-Heute-Morgen* (Dietz-bundel), München: Beck 2001.

Gardiner 2008
R.K. Gardiner, *Treaty Interpretation*, Oxford: Oxford University Press 2008.

Geller 2003
P.E. Geller, 'International Copyright: An Introduction', in: M.B. Nimmer & P.E. Geller/P.E. Geller (red.), *International Copyright Law and Practice. Vol. I*, Newark: LexisNexis Bender 2003, p. (INT) 1-261.

Gerbrandy 1946
S. Gerbrandy, *Industrieele eigendom en subjectief* recht (diss. Amsterdam VU), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1946.

Gerbrandy 1967
S. Gerbrandy, 'Stockholm en de Berner Conventie', *BIE* 1967, p. 220-223.

Gerbrandy 1988
S. Gerbrandy, *Kort commentaar op de Auteurswet 1912*, Arnhem: Gouda Quint 1988.

Gervais 2003
D. Gervais, *The TRIPS Agreement: Drafting History and Analysis*, Londen: Sweet & Maxwell 2003.

Gesetze über das Urheberrecht 1891
Gesetze über das Urheberrecht im In- und Ausland nebst den Internationalen Litteraturvertragen über das Verlagsrecht. Vol. I, Leipzig: Hedeler 1891.

Ghiron 1931
M. Ghiron, 'La disciplina delle opere dell'ingegno nel diritto internazionale privato', *Il Diritto di Autore* 1931, p. 299-331

Ginsburg 1986
J.C. Ginsburg, 'Les conflits des lois relatifs au titulaire initial du droit d'auteur', *Revue du Droit de la Propriété Industrielle* 1986, p. 26-35.

Ginsburg & Sirinelli 1991
J.C. Ginsburg & P. Sirinelli, 'Authors and Exploitations in International Private Law: The French Supreme Court and the Huston Film Colorization Controversy', *Columbia-VLA Journal of Law and the Arts* 1991, p. 135-159.

Ginsburg 1998
J.C. Ginsburg, 'Private international law aspects of the protection of works and objects of related rights transmitted through digital networks', WIPO Group of consultants on the private international law aspects of the protection of works and objects of related rights transmitted through global digital networks, Genève 16-18 december 1998.

Ginsburg 1999
J.C. Ginsburg, 'The Private International Law of Copyright in an Era of Technological Change', in: *RCADI 1998, Tome 273*, Den Haag: Martinus Nijhoff 1999, p. 239-405.

Ginsburg 2000
J.C. Ginsburg, 'Die Rolle des nationales Urheberrechts im Zeitalter der internationalen Urheberrechtsnormen', *GRUR Int.* 2000, p. 97-110.
Godenhielm 1957
B. Godenhielm, 'Fragen des internationalen Privatrechts auf dem Gebiete des Patentrechts', *GRUR Int.* 1957, p. 149-159.
Goldbaum 1928
W. Goldbaum, *Berner Uebereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst vom 2. Juni 1928*, Berlijn: Stilke 1928.
Goldman 1963
B. Goldman, 'Réflexions sur la réciprocité en droit international', in: *Travaux du Comité Français de droit international privé 1962-1964*, Parijs: Dalloz 1965, p. 61-101.
Goldstein 2001
P. Goldstein, *International Copyright. Principles, Law and Practice*, Oxford: Oxford University Press 2001.
Gray 2004
J. Gray, *Vals ochtendlicht. De keerzijde van de globalisering*, Amsterdam: Ambo 2004.
De Groot 1631
H. de Groot, *Inleidinghe tot de Hollandsche Rechts-geleerdheid* (bezorgd door F. Dovring, H.F.W.D. Fischer & E.M. Meijers), Leiden: Universitaire Pers Leiden 1952.
Grothe 1877
H. Grothe, *Das Patentgesetz für das Deutsche Reich*, Berlijn: Guttentag 1877.
Gummow 2000
W.M.C. Gummow, 'International Intellectual Property and the Common Law World: Introduction', in: Ch.E.F. Rickett & G.W. Austin, *International Intellectual Property and the Common Law World*, Oxford: Hart 2000, p. 1-6.
Gutzwiller 1923
M. Gutzwiller, *Der Einfluß Savignys auf die Entwicklung des Internationalprivatrechts*, Freiburg, Zwitserland: Universitäts-Buchhandlung 1923.
Gutzwiller 1977
M. Gutzwiller, *Geschichte des Internationalprivatrechts. Von den Anfängen bis zu den großen Privatrechtskodifikationen*, Bazel: Helbing & Lichtenhahn 1977.

De Haan 1955
C.J. de Haan, 'Octrooiverlening voor in buitenlandse dienstbetrekking gedane uitvindingen', *BIE* 1955, p. 158-159.
Hamburg Group 2003
Hamburg Group for Private International Law, 'Comments on the European Commission's Draft Proposal for a Council Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations', *RabelsZ* 2003, p. 1-56.
Van Hecke 1981
G. van Hecke, 'Heeft er internationaal privaatrecht bestaan vóór de statutisten?', *Mededelingen van de Koninklijke Academie voor Wetenschappen, Letteren en Schone Kunsten van België, Klasse der Letteren* 1981, p. 13-23.

Hellner 2007
M. Hellner, 'Unfair Competition and Acts Restricting Free Competition', in: Yearbook PIL 2007, p. 49-69.
Den Hertog 1976
D. den Hertog, 'De anti-octrooibeweging in Nederland (1850-1886)', *BIE* 1976, p. 27-35.
Hilty 1986
R.M. Hilty, 'Die Bedeutung des Ursprungslandes in der Berner Uebereinkunft', in: Schweizerische Festschrift 1986, p. 201-218.
Hitzig 1907
H.F. Hitzig, 'Altgriechische Staatsverträge über Rechtshilfe', in: H.F. Hitzig & F. Meili, *Festgabe Ferdinand Regelsberger* (Regelsberger-bundel), Zürich: Orell Füsli 1907, p. 1-70.
Hoffmann 1935
W. Hoffmann, *Die Berner Uebereinkunft zum Schutze von Werken der Literatur und Kunst vom 9. September 1886 revidiert in Berlin am 13. November 1908 und in Rom am 2. Juni 1928*, Berlijn: Springer 1935.
Hoffmann 1938
W. Hoffmann, 'Das Urheberrecht im Internationalen Privatrecht', *UFITA* 1938, p. 185-196.
Hoffmann 1940
W. Hoffmann, 'Remarques sur l'article 2 de la Convention de Berne revisée', *DdA* 1940, p. 76-78.
Hoffmann 1941
W. Hoffmann, 'Entgegnung', *UFITA* 1941, p. 146-154.
Von Hoffmann 2001
B. von Hoffmann, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. EGBGB/IPR, Art. 38-42 EGBGB*, Berlijn: Sellier de Gruyter 2001.
Holl & Klinke 1985
W. Holl & U. Klinke, *Internationales Privatrecht, Internationales Wirtschaftrecht*, Keulen: Heymann 1985.
Huber 1686
U. Huber, *Heedendaegse Rechtsgeleertheyt, Soo elders, als in Frieslandt gebruikelijk. Deel I,* Leeuwarden: Nauta 1686.
Hugenholtz 1998
P.B. Hugenholtz, 'Het Internet: het auteursrecht voorbij?', in: *Recht en Internet* (Handelingen NJV 1998-I), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 197-260.
Hugenholtz 2008
P.B. Hugenholtz, 'Toegang tot de bron: het auteursrecht en het internet', *AA* 2008, p. 581-588.
Huydecoper 2004
J.L.R.A. Huydecoper, 'Nous Maintiendrons – de nieuwe 'Richtlijn handhaving'', *AMI* 2004, p. 117-123.
Huydecoper & Van Nispen 2002
E.A. van Nieuwenhoven Helbach/J.L.R.A. Huydecoper & C.J.J.C. van Nispen, *Industriële eigendom. Deel 1. Bescherming van technische innovatie*, Deventer: Kluwer 2002.

ICC Report 1931
International Chamber of Commerce, *International Protection of Industrial Property (Washington Congress 1931), nr. 14*, Parijs 1931.

Van Isacker 1961
F. van Isacker, *De morele rechten van de auteur* (diss. Amsterdam UvA), Brussel: Larchier 1961.

Jennings & Watts 1992
R. Jennings & A. Watts, *Oppenheim's International Law. Vol. I,* Harlow: Longman 1992.
Joerges 1971
C. Joerges, *Zum Funktionswandel des Kollisionsrechts. Die 'Governmental Interest Analysis' und die 'Krise des Internationalen Privatrechts'*, Berlijn: De Gruyter 1971.
Joos 1991
U. Joos, *Die Erschöpfungslehre im Urheberrecht. Eine Untersuchung zu Rechtsinhalt und Aufspaltbarkeit des Urheberrechts mit vergleichenden Hinweisen auf Warenzeichenrecht, Patentrecht und Sortenschutz* (diss. München), München: Beck 1991.
Joyce e.a. 2006
C. Joyce e.a., *Copyright Law*, Newark: LexisNexis 2006.
Jsay 1911
H. Jsay, *Patentgesetz und Gesetz betreffend den Schutz von Gebrauchsmustern*, Berlijn: Vahlen 1911.
Jsay 1932
H. Jsay, *Patentgesetz und Gesetz betreffend den Schutz von Gebrauchsmustern*, Berlijn: Vahlen 1932.
Jungmann 1924
R. Jungmann, *Das Internationale Patentrecht nebst einer kurzgefaßten Darstellung der Patentgesetze sämtlicher Staaten*, Berlijn: Heymann 1924.

Kahn 1899
F. Kahn, 'Über Inhalt, Natur und Methode des internationalen Privatrechts', *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts* 1899, p. 1-87, herdrukt in: O. Lenel & H. Lewald, *Abhandlungen zum internationalen Privatrecht von Franz Kahn. Band I*, München: Duncker & Humblot 1928, p. 255-327.
Kapteyn & VerLoren van Themaat 2008
P.J.G. Kapteyn e.a. (red.), *The Law of the European Union and the European Communities*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2008.
Karl 1983
W. Karl, *Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht. Zum Einfluß der Praxis auf Inhalt und Bestand völkerrechtliche Verträge* (Habil.-Schr. Salzburg), Berlijn: Springer 1983.
Van de Kasteele 1885
J. van de Kasteele, *Het auteursrecht in Nederland* (diss. Leiden), Leiden: Somerwil 1885.
Katzenberger 1970
P. Katzenberger, *Das Folgerecht im deutschen und ausländischen Urheberrecht*, München: Beck 1970.
Katzenberger 1979
P. Katzenberger, 'Das Folgerecht im internationalen Urheberrecht', *UFITA* 1979, p. 39-98.
Katzenberger 1983
P. Katzenberger, 'Internationalrechtliche Probleme der Durchsetzung des Folgerechts ausländischer Urheber von Werken der bildenden Künste', *IPRax* 1983, p. 158-161.

Katzenberger 2004
P. Katzenberger, 'Die europaïsche Richtlinie über das Folgerecht', *GRUR Int.* 2004, p. 20-27.
Katzenberger 2006
P. Katzenberger, 'Teil 5. Anwendungsbereich, Übergangs- und Schlussbestimmungen. Vor §§ 120 ff. Vorbemerkung', in: Schricker e.a. 2006, p. 2051-2145.
Kegel 1996
G. Kegel, 'Anhang nach Art. 12. Persönlichkeitsgüter. Gewerbliche Schutzrechte. Urheberrecht', in: G. Kegel (red.), *Soergel Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Band 10. Einführungsgesetz*, Stuttgart: Kohlhammer 1996, p. 519-538.
Kegel & Schurig 2004
G. Kegel & K. Schurig, *Internationales Privatrecht*, München: Beck 2004.
Keller & Siehr 1986
M. Keller & K. Siehr, *Allgemeine Lehren des internationalen Privatrechts*, Zürich: Schulthess 1986.
Kent 1906
P. Kent, *Das Patentgesetz vom 7. April 1891. Band I,* Berlijn: Heymann 1906.
Khadjavi-Goutard 1973
B. Khadjavi-Goutard, 'Büchereitantieme und Schriftstellerfonds auch für ausländische Autoren? Der Grundsatz der Inländerbehandlung in den internationale Urheberrechtskonventionen', in: Kunz e.a. 1973, p. 89-100.
Khadjavi-Goutard 1977
B. Khadjavi-Goutard, *Der Grundsatz der Inländerbehandlung im internationalen Urheberrecht*, Berlijn: Schweitzer 1977.
Klass 2007
N. Klass, 'Das Urheberkollisionsrecht der ersten Inhaberschaft - Plädoyer für einen universalen Ansatz', *GRUR Int.* 2007, p. 373-386.
Klauer & Möhring 1937
G. Klauer & P. Möhring, *Das Patentgesetz vom 5. Mai 1936*, Berlijn: Vahlen 1937.
Klostermann 1867
R. Klostermann, *Das geistige Eigenthum an Schriften, Kunstwerken und Erfindungen nach Preussischem und internationalem Rechte*, Berlijn: Guttentag 1867.
Klostermann 1876
R. Klostermann, *Die Patentgesetzgebung aller Länder nebst den Gesetzen über Musterschutz und Markenschutz*, Berlijn: Guttentag 1876.
Knap 1982
K. Knap, 'Die regel des Schutzfristenvergleichs im internationalen Urheberrecht', in: W. Herschel, H. Hubmann & M. Rehbinder (red.), *Festschrift für Georg Roeber zum 10. December 1981* (Roeber-bundel), Freiburg: Hochschulverlag 1982, p. 231-244.
Kohler 1884
J. Kohler, *Das Recht des Markenschutzes*, Würzburg: Stahel 1884.
Kohler 1894
J. Kohler, *Gesammelte Beiträge zum Civilprocess*, Berlijn: Heymann 1894.
Kohler 1896
J. Kohler, 'Die Immaterialgüter im internationalen Recht', *Zeitschrift für Internationales Privat- und Strafrecht* 1896, p. 236-55, p. 338-353 en p. 385-398.

Kohler 1900
J. Kohler, *Handbuch des Deutschen Patentrechts in rechtsvergleichender Darstellung*, Mannheim: Bensheimer 1900.
Kohler 1907
J. Kohler, *Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht*, Stuttgart: Enke 1907.
Kohler 1908
J. Kohler, *Lehrbuch des Patentrechts*, Mannheim: Bensheimer 1908.
Kok 1905
J.H. Kok, *Auteursrecht en de Berner Conventie*, Rotterdam: Daamen 1905.
Kooijmans/Brus, Blokker & Senden 2008
P.H. Kooijmans/M.M.T.A. Brus, N.M. Blokker & L.A.J. Senden, *Internationaal publiekrecht in vogelvlucht*, Deventer: Kluwer 2008.
Kosters 1914
J. Kosters, 'De rechtsmacht over vreemdelingen naar oud-Nederlandsch recht', in: *Rechtshistorische opstellen aangeboden aan Mr. S.J. Fockema Andreæ* (Fockema Andreæ-bundel), Haarlem: Bohn 1914, p. 279-310.
Kosters 1917
J. Kosters, *Het internationaal burgerlijk recht in Nederland*, Haarlem: Bohn 1917.
Kosters/Dubbink 1962
J. Kosters/C.W. Dubbink, *Algemeen deel van het Nederlandse internationaal privaatrecht*, Haarlem: Bohn 1962.
Koumantos 1979
G. Koumantos, 'Sur le droit international privé du droit d'auteur', *Il Diritto di Autore* 1979, p. 616-637.
Koumantos 1988
G. Koumantos, 'Private International Law and the Berne Convention', *Copyright* 1988, p. 415-428.
Koumantos 1997
G. Koumantos, interventie, in: Dellebeke 1997, p. 340.
Krausse, Katluhn & Lindenmaier 1958
H. Krausse, H. Katluhn & F. Lindenmaier, *Das Patentgesetz vom 5. Mai 1936 – 18 Juli 1953*, Keulen: Heymann 1958.
Kreuzer 1991
K.F. Kreuzer, 'Gutachtliche Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Ergänzung des Internationalen Privatrechts (Außervertragliche Schuldverhältnisse und Sachen) – Sachenrechtliche Bestimmungen', in: D. Henrich, *Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Sachen- und Immaterialgüterrechts, im Auftrag der Ersten Kommission des Deutschen Rates für Internationales Privatrecht vorgelegt von Dieter Henrich*, Tübingen: Mohr 1991, p. 37-180.
Kreuzer 1998
K.F. Kreuzer, 'Internationales Immaterialgüterrecht', in: H.J. Sonnenberger (red.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 10. Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 1-38), Internationales Privatrecht*, München: Beck 1998, p. 2246-2293.

Kreuzer 2004
K.F. Kreuzer, 'Die Vergemeinschaftung des Kollisionsrecht für außervertragliche Schuldverhältnisse (Rom II)', in: G. Reichelt & W.H. Rechberger (red.), *Europäisches Kollisionsrecht*, Wenen: Manz 2004, p. 13-62.

Kropholler 1975
J. Kropholler, *Internationales Einheitsrecht. Allgemeine Lehren* (Habil.-Schr. München), Tübingen: Mohr 1975.

Kropholler 2006
J. Kropholler, *Internationales Privatrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck 2006.

Kunz e.a. 1973
H.P. Kunz e.a. (red.), *Gewerblicher Rechtsschutz, Urheberrecht, Wirtschaftsrecht. Mitarbeiterfestschrift zum 70. Geburtstag von Eugen Ulmer mit beiträgen aus dem deutschen, ausländischen und internationalen Recht* (Ulmer-bundel), Keulen: Heymann 1973.

Kur 2005 (*Alternative proposal*)
A. Kur, 'Applicable Law: An Alternative Proposal for International Regulation – The Max-Planck Project on International Jurisdiction and Choice of Law', *Brooklyn Journal of International Law* 2005, p. 951-981.

Kur 2005 (*Territoriality Redefined*)
A. Kur, 'Trademark Conflicts on the Internet: Territoriality Redefined', in: Basedow e.a. 2005, p. 175-193.

Laboulaye 1855
P. Laboulaye, 'Étude sur le droit de propriété littéraire en Allemagne', *Revue Historique de Droit Français et Étranger* 1855, p. 272-300.

Ladas 1930
S.P. Ladas, *The International Protection of Industrial Property*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press 1930.

Ladas 1938
S.P. Ladas, *The International Protection of Literary and Artistic Property. Vol. I. International Copyright and Inter-American Copyright*, New York: MacMillan 1938.

Ladas 1975
S.P. Ladas, Patents, *Trademarks, and Related Rights. National and International Protection*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press 1975.

Lagarde 1978
P. Lagarde, 'La réciprocité en droit international privé', in: *RCADI 1977, Tome 154*, Alphen aan den Rijn: Sijthoff & Noordhoff 1978, p. 101-214.

Lavollée 1887
R. Lavollée, 'La propriété littéraire et la Convention de Berne', *Journal des économistes* 1887, p. 358-381.

Van Lennep 1864
J. van Lennep, *De werken van Vondel in verband gebracht met zijn leven, en voorzien van verklaring en aanteekeningen. Deel 9*, Amsterdam: Binger 1864.

Lewald 1946
H. Lewald, *Conflits de lois dans le monde Grec et Romain*, Athene: Zacharopoulos 1946.

Lindenmaier 1936
F. Lindenmaier, 'Die inländische Rechtsverfolgung der Verletzung eines ausländischen Patents im Verleihungsstaat', in: *Das Recht des schöpferischen Menschen* (Festschrift der Akademie für Deutsches Recht), Berlijn: Reichsdruckerei 1936, p. 185-199.
Van Lingen 2007
N. van Lingen, *Auteursrecht in hoofdlijnen*, Groningen: Wolters-Noordhoff 2007.
Locher 1993
F. Locher, *Das Internationale Privat- und Zivilprozessrecht der Immaterialgüterrechte aus urheberrechtlicher Sicht* (diss. Bern), Zürich: Schulthess 1993.
Lucas & Lucas 1994
A. Lucas & H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Parijs: Litec 1994.
Lucas & Lucas 2004
A. Lucas & H.-J. Lucas, noot onder Cass. civ. I 9 december 2003 (Universal Music/SNAM), *JCP G* 2004, p. 1536-1540.
Lucas 2006 (*Tod's*)
H.-J. Lucas, 'Convention de Berne, art. 2.7: règle contraire au principe de non-discrimination du Traité CE, art. 12', in: 'Propriété littéraire et artistique' (kroniek), *JCP E* 2006, p. 1367-1368.
Lucas & Lucas 2006
A. Lucas & H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Parijs: Litec 2006.
Lyon-Caen 1873
Ch. Lyon-Caen, 'Le congrès international des brevets d'invention tenu à Vienne en 1873', *Revue critique de législation et de jurisprudence* 1872-1873, p. 713-722.
Lyon-Caen 1884
Ch. Lyon-Caen, 'La convention littéraire et artistique du 19 avril 1883 conclue entre la France et l'Allemagne', *Revue de droit international et de législation comparé* 1884, p. 437-475.
Lyon-Caen & Delalain 1889, Tome I en II
Ch. Lyon-Caen & P. Delalain, *Lois françaises et étrangères sur la propriété littéraire et artistique suivies des conventions internationales conclues par la France pour la protection des œuvres de littérature et d'art. Tome I - II*, Parijs: Pichon 1889.

MacGillivray 1902
E.J. MacGillivray, *A Treatise upon the Law of Copyright*, Londen: Murray 1902.
Mackensen 1965
J. Mackensen, *Der Verlagsvertrag im internationalen Privatrecht* (diss. Bonn), München: Beck 1965.
Majoros 1971
F. Majoros, *Les arrangements bilatéraux en matière de droit d'auteur*, Parijs: Pedone 1971.
Makarov 1978
A.N. Makarov, *Quellen des Internationalen Privatrechts*, Tübingen: Mohr 1978.
Malaplate 1931
L. Malaplate, *Le droit d'auteur. Sa protection dans le rapports franco-étrangers* (diss. Bordeaux), Parijs: Sirey 1931.
Marees van Swinderen 1862
O. Marees van Swinderen, *Over vreemdelingen en hunne rechtsbevoegdheid* (diss. Groningen), Groningen: Creemer 1862.

De Martens 1886
F. de Martens, *Traité de droit international. Tome II*, Parijs: Marescq Ainé 1886.
Martin 1909
G. Martin, *La Conférence de Berlin (14 octobre-13 novembre 1908). Étude relative à la protection de la propriété littéraire et artistique* (diss. Toulouse), Toulouse: Lagarde & Sebille 1909.
Masouyé 1978
C. Masouyé, *Guide to the Berne Conventionfor the Protection of Literary and Artistic Works (Paris Act, 1971)*, Genève: WIPO 1978.
De Meij 2003
P. de Meij, *Samenloop van CMR-Verdrag en EEX-Verordening* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2003.
Meijers 1922
E.M. Meijers, 'Nieuwe bijdrage tot het ontstaan van het beginsel der realiteit', *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 1922, p. 61-93.
Meijers 1934
E. M. Meijers, 'L'Histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen Age, spécialement dans l'Europe occidentale', in: *RCADI 1934, Tome 49*, Parijs: Sirey 1934, p. 543-686.
Metzger 2005
A. Metzger, 'Community IP Rights & Conflicts of Laws - Community Trademark, Community Design, Community Patent - Applicable Law for Claims for Damages', in: Drexl & Kur 2005, p. 215-225.
Mezger 1936 (*Das Blaue Licht II*)
E. Mezger, noot onder HR 13 februari 1936 (Tuschinki/Gema; 'Das Blaue Licht II'), *Nouvelle Revue de Droit International Privé* 1936, p. 402-403.
Mezger 1936 (*Loi autrichienne*)
E. Mezger, 'Les conflits de lois dans la loi autrichienne sur le droit d'auteur du 9 avril 1936', *Geistiges Eigentum* 1936, p. 105-114.
Mezger 1938
E. Mezger, noot onder Corte di cassazione 30 mei 1938 (EIA/SIAE), *Nouvelle Revue de Droit International Privé* 1938, p. 657-662.
Mitteis 1936
H. Mitteis, *Grundriß des Österreichischen Urheberrechts nach den Bundesgesetz vom 9. April 1936*, Wenen: Österreichische Staatsdruckerei 1936.
Mok 2004
M.R. Mok, *Kartelrecht. I Nederland. De Mededingingswet*, Deventer: Kluwer 2004.
Mom 1982
G.J.H.M. Mom, 'Volgrecht, een volgend recht?', *Auteursrecht/AMR* 1982, p. 132-135.
Moorrees 1912
W. Moorrees, *Het octrooirecht. Deel II. De Parijsche conventie van 20 maart 1883*, Den Haag: Mouton 1912.
Moura Vicente 2008
D. Moura Vicente, *A tutela internacional da propriedade intelectual*, Coimbra: Almedina 2008.
Mulder 1947
A.C.J. Mulder, *Inleiding tot het Nederlandsch internationaal privaatrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1947

De Naurois 1934
L. de Naurois, *Les traités internationaux devant les jurisdictions nationales*, Parijs: Sirey 1934.
Neuhaus 1949
P.H. Neuhaus, 'Savigny und die Rechtsfindung aus der Natur der Sache', *RabelsZ* 1949, p. 364-381.
Neuhaus 1976 (*Freiheit*)
P.H. Neuhaus, 'Freiheit und Gleichheit im internationalen Immaterialgüterrecht', *RabelsZ* 1976, p. 191-195.
Neuhaus 1976 (*Grundbegriffe*)
P.H. Neuhaus, *Die Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts*, Tübingen: Mohr 1976.
Neumeyer 1923
K. Neumeyer, *Internationales Privatrecht*, Berlijn: Springer 1923.
Neumeyer 1936
K. Neumeyer, *Internationales Verwaltungsrecht. Band IV. Allgemeiner Teil*, Zürich: Verlag für Recht und Gesellschaft 1936.
Niboyet 1936
J.-P. Niboyet, 'La notion de réciprocité dans les traités diplomatiques de droit international privé', in: *RCADI 1935, Tome 52*, Parijs: Sirey 1936, p. 253-363.
Niederer 1952
W. Niederer, 'Ceterum quaero de legum Imperii Romani conflictu', in: M. Guldener & W. Niederer, *Fragen des Verfahrens- und Kollisionsrechtes* (Fritzsche-bundel), Zürich: Polygraphischer Verlag 1952, p. 115-132.
Nimmer 1973
M.B. Nimmer, 'Who is the Copyright Owner When Laws Conflicts?', *GRUR Int.* 1973, p. 302-306.
Van Nispen 1999
C.J.J.C. van Nispen, 'The Netherlands', in: B.C. Reid (red.), *European Patent Litigation Handbook*, Londen: Sweet & Maxwell 1999, p. 267-314.
Van Nispen 2007 (*Onrechtmatige daad* IV)
C.J.J.C. van Nispen, 'IV. Ongeoorloofde mededinging', in: C.J.J.M. Stolker (red.), *Onrechtmatige daad 6.3*, Deventer: Kluwer (losbl.) 2007.
Van Nispen 2008
C.J.J.C. van Nispen, 'IE-recht ter zee. Grotius' Mare Liberum revisited', *BIE* 2008, p. 176-181.
Nordemann, Vinck & Hertin 1977
W. Nordemann, K. Vinck & P.W. Hertin, *Internationales Urheberrecht und Leistungs-schutzrecht der deutschsprachigen Länder unter Berücksichtigung auch der Staaten der Europäischen Gemeinschaft*, Düsseldorf: Werner 1977.
Nordemann 1989
W. Nordemann, 'Das Prinzip der Inländerbehandlung under der Begriff der "Werke der Literatur und Kunst". Einige Bemerkungen zur Wechselwirkung der Art. 5 und 2 der Revidierten Berner Übereinkunft', *GRUR Int.* 1989, p. 615-619.

Obergfell 2005
E.I. Obergfell, 'Das Schutzlandprinzip und "Rom II". Bedeutung und Konsequenzen für das Internationale Urheberrecht', *IPRax* 2005, p. 9-13.

d'Orelli 1887
A. d'Orelli, *Der internationale Schutz des Urheberrechtes*, Hamburg: Richter 1887.
d'Orelli 1889
A. d'Orelli, 'Les dispositions impératives et normatives de la Convention internationale du 9 septembre 1886 pour la protection des œuvres littéraires et artistiques et leur influence sur la législation intérieure des pays de l'Union', *DdA* 1889, p. 1-3 en p. 13-16.
Osterrieth & Axster 1903
A. Osterrieth & A. Axster, *Die Internationale Übereinkunft zum Schutze des gewerblichen Eigentums vom 20. März 1883 (Pariser Konvention)*, Berlijn: Heymann 1903.
Osterrieth 1905
A. Osterrieth, 'Zur Revision der Berner Konvention', *GRUR* 1905, p. 260-268.
Osterrieth 1906
A. Osterrieth, 'La convention de Paris du 20 mars 1883 et la protection internationale des marques de fabrique ou de commerce', *Revue de droit international privé et de droit pénal international* 1905, p. 640-650, en 1906, p. 446-467.
Osterrieth 1912
A. Osterrieth, 'Die Washingtoner Konferenz zur Revision der Pariser Uebereinkunft für gewerblichen Rechtsschutz', *GRUR* 1912, p. 1-33.
Osterrieth 1926
A. Osterrieth, *Die Haager Konferenz 1925: zur Revision der Pariser Übereinkunft von 1883 für gewerblichen Rechtsschutz*, Leipzig: Chemie 1926.
Ostertag 1940
F. Ostertag, 'La protection des disques étrangers en Suisse', *DdA* 1940, p. 41-44.
Ostertag 1942
F. Ostertag, 'Du régime international de la propriété industrielle', *PI* 1942, p. 110-114, p. 122-126, p. 146-151, p. 169-174 en p. 190-191.
Von Overbeck & Volken
A.E. von Overbeck & P. Volken, 'Les actes illicites dans l'avant-projet de la CEE', in: European PIL of Obligations 1975, p. 165-180.

Paquy 1884
L. Paquy, *De la locatio operis. Des droits des auteurs et des artistes au point de vue du droit international* (diss. Parijs), Parijs: Larose & Forcel 1884.
Pataille & Huguet 1865
J. Pataille & A. Huguet, *Code international de la propriété industrielle, artistique et littéraire, contenant les législations française et étrangères et les traités internationaux*, Parijs: Marescq 1865.
Patry 1994
W.F. Patry, *Copyright Law and Practice. Vol. II*, Washington: Bureau of National Affairs 1994.
Patry 2000
W.F. Patry, 'Choice of law and International Copyright', *American Journal of Comparative Law* 2000, p. 383-470.
Pelletier & Vidal-Naquet 1902
M. Pelletier & E. Vidal-Naquet, *La Convention d'Union pour la protection de la propriété industrielle du 20 mars 1883 et les conférences de révision postérieures*, Parijs: Librairie SRG/Larose & Forcel 1902.

Peremans & Wijnstroom 1930
J.J. Peremans & J.L.A. Wijnstroom, *Het auteursrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1930.
Pertegás Sender 2002
M. Pertegás Sender, *Cross-border Enforcement of Patent Rights. An Analysis of the Interface Between Intellectual Property and Private International Law* (diss. Leuven), Oxford: Oxford University Press 2002.
Pertegás Sender 2005
M. Pertegás Sender, 'Patent Infringement, Choice of Laws, and the Forthcoming Rome II Regulation', in: Basedow e.a. 2005, p. 159-174.
Pertegás Sender 2006
M. Pertegás Sender, 'Intellectual Property and Choice of Law Rules', in: A. Malatesta (red.), *The Unification of Choice of Law Rules on Torts and Other Non-contractual Obligations in Europe. The "Rome II" Proposal*, Milaan: Cedam 2006, p. 221-248.
Petersen 2001
A. Petersen, noot onder Rechtbank Tokyo 22 april 1999 en Hof Tokyo 27 januari 2000 ('Signalrückführeinrichtung'), *GRUR Int.* 2001, p. 83-86.
Phaff 1967
W.M.J.C. Phaff, Naschrift bij Gerbrandy 1967, *BIE* 1967, p. 223.
Phaff 1968
W.M.J.C. Phaff, 'Nogmaals bescherming van werken van "op nijverheid toegepaste kunst"', *NJB* 1968, p. 385-387.
Picard 1883
E. Picard, 'Embryologie juridique. Nouvelle classification des droits', *JDI* 1883, p. 565-585.
Pietzcker 1929
E. Pietzcker, *Patentgesetz und Gebrauchsmusterschutzgesetz*, Berlijn: De Gruyter 1929.
Pillet 1903
A. Pillet, *Principes de droit international privé*, Parijs: Pedone 1903.
Pillet 1911
A. Pillet, *Le régime international de la propriété industrielle* (met medewerking van G. Chabaud), Grenoble: Allier 1911.
Pillet 1924
A. Pillet, *Traité pratique de droit international prive. Tome II*, Parijs: Sirey 1924.
Piola Caselli 1935
E. Piola Caselli, 'A propos de l'article 6bis de la Convention de Berne revisée', *DdA* 1935, p. 66-68.
M. Plaisant 1914
M. Plaisant, *Répertoire des brevets d'invention en droit international privé*, Parijs: Sirey 1914.
M. Plaisant & Jacq 1931
M. Plaisant & F. Jacq, *Les brevets d'invention en droit international*, Parijs: Sirey 1931.
M. Plaisant 1932
M. Plaisant, 'De la protection internationale de la propriété industrielle', in: *RCADI 1932, Tome 39*, Parijs: Sirey 1932, p. 351-549.
M. Plaisant 1949
M. Plaisant, *Traité de droit conventionnel international concernant la propriété industrielle*, Parijs: Sirey 1949.

R. Plaisant 1945
R. Plaisant, *Les règles de conflit de lois dans les traités* (diss. Paris), Alençon: Imprimerie Alençonnaise 1945.
R. Plaisant & Boutet 1953
R. Plaisant & M. Boutet, *Le régime international du droit d'auteur. La Convention de Berne, revisée à Bruxelles* (Extrait du Juris-Classeur civil annexes), Parijs: Juris-Classeurs 1950.
Polak 1990
M.V. Polak, *Internationaal privaatrecht voor het forum van de Hoge Raad* (oratie Tilburg), Deventer: Kluwer 1990.
Polak 1994
M.V. Polak, *Dépeçage: een rechtsbegrip dat in het internationaal privaatrecht misstaat?* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 1994.
Polak 1995
M.V. Polak, *Civiele sancties in het internationale geval voor de Nederlandse rechter* (Offerhauskring nieuwe reeks nr. 3), Deventer: Kluwer 1995.
Polak 1998 (*Antwoord*)
M.V. Polak, Antwoord, in: *Verslag van de op 12 juni 1998 te Rotterdam gehouden algemene vergadering over Recht en Internet* (Handelingen NJV 1998-II), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 58-63.
Polak 1998 (*Preadvies*)
M.V. Polak, 'Internationaal privaatrecht: vangnet voor het Internet', in: *Recht en Internet* (Handelingen NJV 1998-I), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 59-118.
Pontier 1997
J.A. Pontier, *Conflictenrecht: grondslagen, methoden, beginselen en belangen. Een politiek liberaal perspectief* (diss. Amsterdam UvA), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1997.
Pontier 2001
J.A. Pontier, *Onrechtmatige daad* (Praktijkreeks IPR nr. 16), Deventer: Kluwer 2001.
Pontier 2008
J.A. Pontier, 'Rome II: geen revolutionaire omwentelingen, wel tal van vraagpunten bij de inwerkingtreding ervan', in: *Europese conflictregels voor de overeenkomst en de onrechtmatige daad: Rome I en II* (Mededelingen NVIR nr. 136), Den Haag: T.M.C. Asser Press 2008, p. 61-122.
Potu 1914
E. Potu, *La Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques*, Parijs: Rousseau 1914.
Pouillet 1894
E. Pouillet, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation*, Parijs: Marchal & Billard 1894.
Pouillet & Plé 1896
E. Pouillet & G. Plé, *La Convention d'Union internationale du 20 mars 1883 pour la protection de la propriété industrielle*, Parijs: Alcan-Lévy 1896.
Pouillet 1899
E. Pouillet, *Traité théorique et pratique des brevets d'invention et de la contrefaçon*, Parijs : Marchal & Billard 1899.
Pouillet/Maillard & Claro 1908
E. Pouillet/G. Maillard & Ch. Claro, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation,* Parijs: Marchal & Billard 1908.

Pouillet/Taillefer & Claro 1915
E. Pouillet/A. Taillefer & Ch. Claro, *Traité théorique et pratique des brevets d'invention et des secrets de fabrique*, Parijs: Marchal & Billard 1915.
Van Praag 1912
L.G. van Praag, *De Auteurswet 1912 en haar verband tot de herziene Berner Conventie*, Rotterdam: Nygh & Van Ditmar 1912.
Putter 1845
K.Th. Putter, *Das praktische europäische Fremdenrecht*, Leipzig: Hinrichs 1845.

Quaedvlieg 1997
A.A. Quaedvlieg, 'Een multiple personality syndrom in het i.p.r.: wie is auteursrechthebbende?', *Informatierecht/AMI* 1997, p. 155-162.

Raape 1950
L. Raape, *Internationales Privatrecht*, Berlijn: Verlag für Rechtswissenschaft 1950.
Raape 1961
L. Raape, *Internationales Privatrecht*, Berlijn: Vahlen 1961.
Raestad 1931
A. Raestad, *La Convention de Berne revisée à Rome*, Parijs: Éditions Internationales 1931.
Ratisbonne, Lermina & Pouillet 1889
L. Ratisbonne, J. Lermina & E. Pouillet, *Association littéraire et artistique internationale. Son histoire - ses travaux 1878-1889*, Parijs: Chacornac 1889.
Raynard 1990
J. Raynard, *Droit d'auteur et conflit de lois. Essai sur la nature juridique du droit d'auteur* (diss. Montpellier), Parijs: Litec 1990.
Recueil Delalain 1866
J. Delalain, *Recueil des conventions conclues par la France pour la reconnaissance de la propriété littéraire et artistique*, Parijs : Delalain 1866.
Recueil des conventions (*propriété littéraire*) 1904
Bureau de l'Union, *Recueil des conventions et traités concernant la propriété littéraire et artistique*, Bern: Bureau de l'Union internationale littéraire et artistique 1904.
Recueil des traités (*propriété industrielle*) 1904
Bureau de l'Union, *Recueil des traités, conventions, arrangements, accords, etc. conclus entre les différents États en matière de propriété industrielle*, Bern: Bureau international de la propriété industrielle 1904.
Recueil général (*propriété industrielle*), Tome I, 1896
Bureau de l'Union, *Recueil général de la législation et des traités concernant la propriété industrielle. Tome I,* Bern: Bureau international de la propriété industrielle 1896.
Recueil général (*propriété industrielle*), Tome IV, 1901
Bureau de l'Union, *Recueil général de la législation et des traités concernant la propriété industrielle. Tome IV,* Bern: Bureau international de la propriété industrielle 1901.
Recueil Lagemans, Tome IV, 1859
E.G. Lagemans, *Recueil des traités et conventions conclus par le Royaume des Pays-Bas avec les puissances étrangères, depuis 1813 jusqu'à nos jours. Tome IV*, Den Haag: Belinfante 1859.

Recueil Lagemans, Tome IX, 1886
E.G. Lagemans, *Recueil des traités et conventions conclus par le Royaume des Pays-Bas avec les puissances étrangères, depuis 1813 jusqu'à nos jours. Tome IX*, Den Haag: Belinfante 1886.
Recueil Lagemans, Tome XIV, 1901
E.G. Lagemans, *Recueil des traités et conventions conclus par le Royaume des Pays-Bas avec les puissances étrangères, depuis 1813 jusqu'à nos jours. Tome XIV*, Den Haag: Belinfante 1901.
Recueil Martens 1829
G.F. de Martens/F. Saalfeld, *Supplément au Recueil des principaux traités d'alliance, de paix, de trêve, de neutralité, de commerce, de limites, d'échange, etc. Tome XI. Première partie. 1820-1827 incl.,* Göttingen: Dieterich 1829.
Recueil Martens 1874
G.F. de Martens/Ch. Samwer & J. Hopf, *Nouveau Recueil général de traités, conventions et autres transactions remarquables (continuation du grand recueil de G.Fr. de Martens). Tome XIX*, Göttingen: Dieterich 1874.
Recueil Martens 1904
G.F. de Martens/F. Stoerk, *Nouveau Recueil général de traités et autres actes rélatifs aux rapports de droit international (continuation du grand recueil de G.Fr. de Martens). Deuxième série. Tome XXX*, Leipzig: Dieterich 1904.
Rehbinder 1973
E. Rehbinder, 'Zur Politisierung des Internationalen Privatrechts', *Juristenzeitung* 1973, p. 151-158.
Reimer & Ulmer 1967
D. Reimer & E. Ulmer, 'Die Reform der materiellrechtlichen Bestimmungen der Berner Übereinkunft', *GRUR Int.* 1967, p. 431-460.
Renault 1875
L. Renault, 'De la succession ab intestat des étrangers en France et des Français à l'étranger', *JDI* 1875, p. 329-345.
Renault 1878
L. Renault, *De la propriété littéraire et artistique au point de vue international*, Parijs: Marchal & Billard 1878.
Renault 1889
L. Renault, 'Notice générale sur les conventions littéraires et artistiques conclues par la France avec les États étrangers', in: Lyon-Caen & Delalain 1889, Tome II, p. 205-218.
Report Copyright Commission 1878
Copyright Commission, *Report of the Commissioners*, Londen: HMSO 1878.
Ricketson 1987
S. Ricketson, *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986*, Deventer: Kluwer 1987.
Ricketson 1992
S. Ricketson, 'People or Machines; The Berne Convention and the Changing Concept of Authorship', *Columbia-VLA Journal of Law and the Arts* 1992, p. 1-37.
Ricketson 1995
S. Ricketson, 'The Future of the Traditional Intellectual Property Conventions in the Brave New World of Trade-Related Intellectual Property Rights', *IIC* 1995, p. 872-899.

Ricketson 2004
S. Ricketson, 'The Berne Convention: the continued relevance of an ancient text', in: D. Vaver & L. Bently (red.), *Intellectual Property in the New Millenium. Essays in Honour of William R. Cornish* (Cornish-bundel), Cambridge: Cambridge University Press 2004, p. 217-233.
Ricketson & Ginsburg 2006
S. Ricketson & J.C. Ginsburg, *International Copyright and Neighbouring Rrights. The Berne Convention and Beyond*, Oxford: Oxford University Press 2006.
Riering 1997
W. Riering, *IPR-Gesetze in Europa*, Bern: Stämpfli 1997.
Riezler 1948
E. Riezler, *Die räumliche Begrenzung des Privatrechts* (vorgetragen am 6. Februar 1948; Sitzungsberichte der Bayerischen Akademie der Wissenschaften, Philosophisch-historische Klasse 1948/2), München: Verlag der Bayerischen Akademie der Wissenschaften 1949.
Riezler 1949
E. Riezler, *Internationales Zivilprozessrecht und prozessuales Fremdenrecht*, Berlijn: De Gruyter 1949.
Roelvink 1998
H.L.J. Roelvink, 'De meervoudige locus delicti', in: De Boer 1998, p. 29-34.
Rojahn 2006
S. Rojahn, '§ 43', in: Schricker e.a. 2006, p. 879- 933.
Romberg 1859, Tome I en II
E. Romberg, *Compte rendu des travaux du congrès de la propriété littéraire et artistique. Tome I - II,* Brussel: Platau 1859.
Rosenne 1970
S. Rosenne, *The Law of Treaties. A Guide to the Legislative History of the Vienna Convention,* Leiden: Sijthoff 1970.
Röthlisberger 1901
E. Röthlisberger, 'Le traité littéraire de Montevideo', *Bulletin de l'Association littéraire et artistique internationale* 1901, p. 175-188.
Röthlisberger 1906
E. Röthlisberger, *Die Berner Übereinkunft zum Schutze von Werken der Literatur und Kunst und die Zusatzabkommen*, Bern: Francke 1906.
Röthlisberger 1910
E. Röthlisberger, *La Conférence de Berlin et la ratification de la Convention de Berne revisée*, z.pl., 1910.
Royer 1942
C. Royer, *La protection internationale du droit d'auteur en Amérique. Tentatives de rapprochement des conventions panaméricaines et de la Convention de Berne*, Toulouse: Imprimerie des Arts 1942.
Ruffini 1927
F. Ruffini, 'De la protection internationale des droits sur les œuvres littéraires et artistiques', in: *RCADI 1926, Tome 12*, Parijs: Hachette 1927, p. 387-574.

Saito 1985
H. Saito, 'Die Regelungsunterschiede bei Filmwerken, Arbeitnehmerwerken und Computer-Software und ihre internationalprivatrechtlichen Auswirkungen', in: Holl & Klinke 1985, p. 279-286.
Salomonson 1928
C.D. Salomonson, 'Klage wegen in Deutschland verübter Verletzung eines deutschen Patents vor einem holländischen Gerichts', *GRUR* 1928, p. 25-26.
Salomonson 1929
C.D. Salomons, 'Eenige losse beschouwingen naar aanleiding van de praktijk der Octrooiwet', *Rechtsgeleerd Magazijn* 1929, p. 56-88.
Sandrock 1983
O. Sandrock, 'Die kollisionsrechtliche Behandlung der Deliktshaftung bei der Verletzung von gewerblichen Schutzrechten und Urheberrechten' (rapport), in: Deutscher Rat für Internationales Privatrecht 1983, p. 380-439.
Sandrock 1985
O. Sandrock, 'Das Kollisionsrecht des unlauteren Wettbewerbs zwischen dem internationalen Immaterialgüterrecht und dem internationalen Kartellrecht', *GRUR Int.* 1985, p. 507-522.
Saragovitz 1976
H.M. Saragovitz, 'Das Recht des geistigen Eigentums im Weltraum', *GRUR Int.* 1976, p. 505-510.
Satter 1935
K. Satter, 'Die Berner Urheberrechts-Konvention und das Internationale Privatrecht', *Geistiges Eigentum* 1935, p. 241-256.
Von Savigny 1840
F.C. von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts. Band I,* Berlijn: Veit 1840.
Von Savigny 1849
F.C. von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts. Band VIII,* Berlijn: Veit 1849.
Schaafsma 1994
S.J. Schaafsma, *Vervuiling in het conflictenrecht. Een onderzoek naar theoretische concepten en praktijk van de internationale milieuvervuilende onrechtmatige daad in het internationaal privaatrechtelijke conflictenrecht* (Post Scriptum reeks), Deventer: FED 1994.
Schaafsma 2001
S.J. Schaafsma, 'Industriële eigendom en de Haagse Conferentie voor Internationaal Privaatrecht. Over het Haagse ontwerp-verdrag, torpedo's en exclusieve rechtsmacht', *BIE* 2001, p. 151-157.
Schaafsma 2004
S.J. Schaafsma, 'Kroniek van het internationaal privaatrecht 2003', *NJB* 2004, p. 513-519.
Schaafsma 2005
S.J. Schaafsma, 'Kroniek van het internationaal privaatrecht 2004', *NJB* 2005, p. 478-484.
Schaafsma 2007
S.J. Schaafsma, 'Kroniek van het internationaal privaatrecht 2005-2006', *NJB* 2007, p. 827-836.
Schaafsma 2008
S.J. Schaafsma, 'Rome II: intellectuele eigendom en oneerlijke concurrentie', *WPNR* 2008, p. 998-1003.
Schack 1979
H. Schack, *Zur Anknüpfung des Urheberrechts im internationalen Privatrecht* (diss. Keulen), Berlijn: Duncker & Humblot 1979.

Schack 1988
H. Schack, 'Die grenzüberschreitende Verletzung allgemeiner und Urheberpersönlichkeitsrechte', *UFITA* 1988, p. 51-72.
Schack 1989
H. Schack, 'Der Vergütungsanspruch der in- und ausländischen Filmhersteller aus § 54 I UrhG', *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht* 1989, p. 267-285.
Schack 1999
H. Schack, noot onder US Court of appeals for the Second Circuit 27 augustus 1998 (Itar Tass/ Russian Kurier), *GRUR Int.* 1999, p. 645-647.
Schack 2007
H. Schack, *Urheber- und Urhebervertragsrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck 2007.
Schack 2008
H. Schack, 'Das auf (formlose) Immaterialgüterrechte anwendbare Recht nach Rom II', in: D. Baetge, J. von Hein & M. von Hinden (red.), *Die richtige Ordnung* (Kropholler-bundel), Tübingen: Mohr Siebeck 2008, p. 651-669.
Schaper 2005
E. Schaper, 'Choice-of-Law Rules in the EU - Special Issues with Respect to Community Rights - Infringement of Community Trade Marks and Applicable Law', in: Drexl & Kur 2005, p. 201-213.
Schikora 1968
L. Schikora, *Der Begehungsort im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht* (diss. München), München: Schön 1968.
Schneider-Brodtmann 1996
J. Schneider-Brodtmann, *Das Folgerecht des bildenden Künstlers im europäischen und internationalen Urheberrecht* (diss. Heidelberg), Heidelberg: Universitätsverlag Winter 1996.
Schnitzer 1950
A.F. Schnitzer, *Handbuch des internationalen Privatrechts*, Bazel: Verlag für Recht und Gesellschaft.
Schricker e.a. 2006
G. Schricker e.a., *Urheberrecht,* München: Beck 2006.
Schweizerische Festschrift 1986
Schweizerische Vereinigung für Urheberrecht, *Die Berner Uebereinkunft und die Schweiz: Schweizerische Festschrift zum einhundertjährigen Bestehen der Berner Uebereinkunft zum Schutze von Werken der Literatur und Kunst*, Bern: Stämpfli 1986.
Schwind 1990
F. Schwind, *Internationales Privatrecht*, Wenen: Manz 1990
Seignette 1990
J.M.B. Seignette, 'Subjectbepaling in het internationale auteursrecht. Een tocht door de jungle van het i.p.r.', *Informatierecht/AMI* 1990, p. 195-201.
Seignette 1991
J.M.B. Seignette, noot onder Cass. civ. I 28 mei 1991 (Huston/Turner; 'Asphalt Jungle'), *Informatierecht/AMI* 1991, p. 221-222.
Seignette 1994
J.M.B. Seignette, *Challenges to the creator doctrine. Authorship, copyright ownership and the exploitation of creative works in the Netherlands, Germany and the United States* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1994.

Seignette 1997
J.M.B. Seignette, 'The Netherlands', in: Dellebeke 1997, p. 309-317.
Seligsohn 1912
A. Seligsohn, *Patentgesetz und Gesetz betreffend den Schutz von Gebrauchsmustern*, Berlijn: Guttentag 1912.
Siefarth 1991
C. Siefarth, *US-amerikanisches Filmurheberrecht. Schutzfähigkeit, Urheberrechts-Inhaberschaft und die kollisionsrechtliche Anknüpfung bei US-amerikanischen Filmwerken nach dem Beitritt der USA zur Berner Übereinkunft* (diss. Keulen), Baden-Baden: Nomos 1991.
Siehr 1988
K. Siehr, 'Das Urheberrecht in neueren IPR-Kodifikationen', *UFITA* 1988, p. 9-25.
Siehr 1992
K. Siehr, 'Das urheberrechtliche Folgerecht inländischer Künstler nach Versteigerung ihrer Werke im Ausland', *IPRax* 1992, p. 29-33.
Siehr 2002
K. Siehr, *Das Internationale Privatrecht der Schweiz*, Zürich: Schulthess 2002.
Sinclair 1984
I. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Manchester: Manchester University Press 1984.
Slater 1884
J.H. Slater, *The law relating to copyright and trade marks, treated more particularly with reference to infringement*, Londen: Stevens 1884.
Snijder van Wissenkerke 1913
F.W.J.G. Snijder van Wissenkerke, *Het auteursrecht in Nederland. Auteurswet 1912 en herziene Berner Conventie*, Gouda: Van Goor 1913.
Soldan 1887
Ch. Soldan, 'L'Union internationale our la protection des œuvres littéraires et artistiques. Commentaire de la convention de Berne du 9 septembre 1886', *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence* 1887, p. 393-424 en p. 493-520.
Soldan 1888
Ch. Soldan, *L'Union internationale des œuvres littéraires et artistiques. Commentaire de la convention de Berne du 9 septembre 1886*, Parijs: Thorin 1888.
Sorel 2006
J.-M. Sorel, 'Article 31', in: Corten & Klein 2006, p. 1289-1338.
Spoendlin 1988
K. Spoendlin, 'Der internationale Schutz des Urhebers', *UFITA* 1988, p. 11-54.
Spoor, Verkade & Visser 2005
J.H. Spoor, D.W.F. Verkade & D.J.G. Visser, *Auteursrecht. Auteursrecht, naburige rechten en databankenrecht*, Deventer: Kluwer 2005.
Staatscommissie IPR, Rapport Algemene Bepalingen 2002
Staatscommissie voor het internationaal privaatrecht, *Algemene Bepalingen Wet internationaal privaatrecht. Rapport aan de Minister van Justitie*, Den Haag: Ministerie van Justitie 2002.
Stauder 1973
D. Stauder, 'Gerichtliche Zuständigkeit für Klagen aus ausländischen Patenten', in: Kunz e.a. 1973, p. 509-520.

Steenhoff 1997
G.J.W. Steenhoff, 'IPR-aspecten van intellectuele eigendom – een vogelvlucht' (CIER-lezing 1996/1997), in: F.W. Grosheide & P. Mochel (red.), *CIER-publicaties. Algemeen,* Nijmegen: Ars Aequi Libri (losbl.), p. (F) 1-12.
Stewart 1989
S.M. Stewart, *International Copyright and Neighbouring Rights*, Londen: Butterworths 1989.
Steyn 1998
M.P.Th. Steyn, 'Het internationaal auteursrecht in de informatiemaatschappij', *Informatierecht/AMI* 1998, p. 109-118.
Story 1841
J. Story, *Commentaries on the Conflict of Laws*, Londen: Maxwell 1841.
Strikwerda 1978
L. Strikwerda, *Semipubliekrecht in het conflictenrecht. Verkenningen op een kruispunt van methoden* (diss. Amsterdam UvA), Alphen aan den Rijn: H.D. Tjeenk Willink 1978.
Strikwerda 1986
L. Strikwerda, *Naar een gereduceerd conflictenrecht? Iets over bescherming, begunstiging en 'better law' in het internationaal privaatrecht* (oratie Groningen), Groningen: Wolters Noordhoff 1986.
Strikwerda 1997
L. Strikwerda, 'Is de "marktregel" nodig?', *BIE* 1997, p. 55-57.
Strikwerda 2004
L. Strikwerda, 'De opwaartse druk van de lex fori: enige beschouwingen over de openbare orde-exceptie in het conflictenrecht', in: R. Kotting, J.A. Pontier & L. Strikwerda (red.), *Voorkeur voor de lex fori* (De Boer-bundel), Deventer: Kluwer 2004, p. 155-164.
Strikwerda 2006
L. Strikwerda, 'Rechtsvinding in het internationaal privaatrecht', in: H.J. van Kooten e.a. (red.), *Hartkampvariaties* (Hartkamp-bundel), Deventer: Kluwer 2006, p. 119-127.
Strikwerda 2008 (*Inleiding*)
L. Strikwerda, *Inleiding tot het Nederlandse internationaal privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2008.
Strikwerda 2008 (*Lex loci damni*)
L. Strikwerda, 'Van lex loci delicti naar lex loci damni', *WPNR* 2008, p. 993-997.
Strömholm 1985
S. Strömholm, 'Urheberrechtsverträge und internationales Privatrecht', in: Holl & Klinke 1985, p. 269-278.
Strömholm 1990
S. Strömholm, 'Chapter 2. Copyright – National and International Development', in: F.-K. Beier & G. Schricker (red.), *International Encyclopedia of Comparative Law. Vol. XIV. Copyright and industrial property*, Dordrecht: Martinus Nijhoff 1990, p. 3-40.
Strömholm 2001
S. Strömholm, 'Alte Fragen in neuer Gestalt – das internationale Urheberrecht im IT-Zeitalter', in: Ganea, Heath & Schricker 2001, p. 533-547.
Strowel 1993
A. Strowel, *Droit d'auteur et copyright: divergences et convergences. Étude de droit comparé* (diss. Leuven), Brussel: Bruylant 1993.

Study Group on the International Protection of Cinematografic Works 1961
'Study Group on the International Protection of Cinematografic Works (Geneva 20-23 June 1961 and Madrid 26-29 September 1961). Report by prof. H. Desbois, General Rapporter', *DdA* 1962, p. 24-43.
Stuyt 1953
A.M. Stuyt, *Repertorium van door Nederland tussen 1813 en 1950 gesloten verdragen*, Den Haag: Staatsdrukkerij 1953.

Takahashi 2006
K. Takahashi, 'A major reform of Japanese private international law', *Journal of Private International Law* 2006, p. 311-338.
Tekinalp 2007
G. Tekinalp, 'The 2007 Turkish Code concerning private international law and international civil procedure', in: Yearbook PIL 2007, p. 313-341.
Tetzner 1976
V. Tetzner, 'Die Verfolgung der Verletzung ausländischer Patente vor deutschen Gerichten unter Berücksichtigung des EWG-Gerichtsstands- und Vollstreckungs-Abkommens', *GRUR* 1976, p. 669-672.
Thum 2001
D. Thum, 'Internationalprivatrechtliche Aspekte der Verwertung urheberrechtlich geschützter Werke im Internet. Zugleich Bericht über eine WIPO-Expertensitzung in Genf', *GRUR Int.* 2001, p. 9-28.
Thum 2005
D. Thum, 'Who Decides on the Colours of Films on the Internet? Drafting of Choice-of-Law Rules for the Determination of Initial Ownership of Film Works vis-à-vis Global Acts of Exploitation on the Internet', in: Drexl & Kur 2005, p. 265-287.
Torremans 1998
P.L.C. Torremans, 'Copyright in English Private International Law in the Light of Recent Cases and Developments', *IPRax* 1998, p. 495-505.
Torremans 2001
P.L.C. Torremans, 'The Law Applicable to Copyright: Which Rights Are Created and Who Owns Them?', *RIDA* 2001, p. 36-115.
Torremans 2004
P.L.C. Torremans, 'Choice of Law in Copyright and Related Rights' (bespreking van: Van Eechoud 2003), *AMI* 2004, p. 104-106.
Torremans 2008
P.L.C. Torremans, 'Licences and assignments of intellectual property rights under the Rome I Regulation', *Journal of Private International Law* 2008, p. 397-420.
Troller 1950
A. Troller, 'Die Reziprozität im Brüsseler Text der revidierten Berner Übereinkunft', *GRUR Int.* 1950, p. 276-281.
Troller 1952
A. Troller, *Das internationale Privat- und Zivilprozeßrecht im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht*, Bazel: Verlag für Recht und Gesellschaft 1952.
Troller 1955
A. Troller, 'Europäisierung des Patentrechts und Gerichtstand', *GRUR Int.* 1955, p. 529-539.

Troller 1957
A. Troller, 'Rapport individuel', in: AIPPI Annuaire 1957(NS4), p. 261-265.
Troller 1965
A. Troller, *Die mehrseitigen Völkerrechtlichen Verträge im internationalen Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht*, Bazel: Verlag für Recht und Gesellschaft 1965.
Troller 1978
A. Troller, 'Zur Diskussion über Internationalprivatrechtliche Probleme im Immaterialgüterrecht', *Auteursrecht* 1978, p. 45-47.
Trompenaars 1989
B.W.M. Trompenaars, *Pluriforme unificatie en uniforme interpretatie: in het bijzonder de bijdrage van UNCITRAL aan de internationale unificatie van het privaatrecht* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1989.

Ullmann 2006
E. Ullmann, 'Internationaler Teil – Das zwischenstaatliche Patentrecht', in: G. Benkard/C.D. Asendorf e.a., *Benkard Patentgesetz Gebrauchsmustergesetz*, München: Beck 2006, p. 33-72.
Ulmer 1951
E. Ulmer, *Urheber- und Verlagsrecht*, Berlijn: Springer 1951.
Ulmer 1960
E. Ulmer, *Urheber- und Verlagsrecht*, Berlijn: Springer 1960.
Ulmer 1973
E. Ulmer, 'Das Folgerecht und seine Qualifikation im internationalen Urheberrecht', *RabelsZ* 1973, p. 499-514.
Ulmer 1974 (*Droit de suite*)
E. Ulmer, 'Le droit de suite et sa réglementation dans la convention de Berne', in: M.-C. Dock e.a., *Hommage à Henri Desbois. Étude de propriété intellectuelle* (Desbois-bundel), Parijs: Dalloz 1974, p. 89-101.
Ulmer 1974 (*Folgerecht*)
E. Ulmer, 'Das Folgerecht im internationalen Urheberrecht', *GRUR* 1974, p. 593-601.
Ulmer 1975
E. Ulmer, *Die Immaterialgüterrechte im internationalen Privatrecht. Rechtsvergleichende Untersuchung mit Vorschlägen für die Vereinheitlichung in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft*, Keulen: Heymann 1975.
Ulmer 1977
E. Ulmer, 'Gewerbliche Schutzrechte und Urheberrechte im internationalen Privatrecht', *RabelsZ* 1977, p. 479-514.
Ulmer 1980
E. Ulmer, *Urheber- und Verlagsrecht*, Berlijn: Springer 1980.
Ulmer 1981
E. Ulmer, *Eigendom van immateriële goederen en internationaal privaatrecht*, Luxemburg: Bureau voor officiële publicaties der Europese Gemeenschappen 1981.
Ulmer 1985
E. Ulmer, 'Fremdenrecht und internationales Privatrecht im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht', in: Holl & Klinke 1985, p. 257-268.

Vaunois 1910

A. Vaunois, *Protection des œuvres littéraires et artistiques d'après la Convention d'Union de Berne signée à Berlin le 13 Novembre 1908 promulguée en France par la loi du 22 Juin et le décret du 2 Septembre 1910*, Parijs: Guyomard 1910.

Vaver 1986

D. Vaver, 'The National Treatment Requirements of the Berne and Universal Copyright Conventions', *IIC* 1986, p. 577-607 en p. 715-733.

Veegens 1895

J.D. Veegens, *Het auteursrecht volgens de Nederlandsche wetgeving (uitgegeven door de Vereeniging ter bevordering van de belangen des boekhandels)*, Den Haag: Belinfante 1895.

Van den Velden 1835

B. van den Velden, *Over het kopij-regt in Nederland*, Den Haag: De Visser 1835.

Venezian 1909

E. Venezian, 'La Conferenza di Berlino per la revisione della Convenzione internazionale sui diritti d'autore', *Rivista di Diritto Civile* 1909, p. 64-91.

Verheul 1982

J.P. Verheul, *Rechtsmacht in het Nederlandse internationaal privaatrecht. Deel 1. Het EEG Bevoegdheid- en executieverdrag,* Apeldoorn: Maklu 1982.

Verheul & Feteris 1986

J.P. Verheul & M.W.C. Feteris, *Rechtsmacht in het Nederlandse internationaal privaatrecht. Deel 2. Overige verdragen, het commune i.p.r.*, Apeldoorn: Maklu 1986.

Verkade 1985

D.W.F. Verkade, *Bescherming van het uiterlijk van produkten* (met medewerking van J.H. Spoor), Deventer: Kluwer 1985.

Verkade 1992

D.W.F. Verkade, 'Het beste artikel 7 Auteurswet', in: G.J.H.M. Mom & P.J. Keuchenius (red.), *Het werkgeversauteursrecht*, Deventer: Kluwer 1992, p. 9-19.

Villefort 1851

A. Villefort, *De la propriété littéraire et artistique au point de vue international*, Parijs: Cosse 1851.

Vischer 1987

F. Vischer, 'Das Internationale Privatrecht des Immaterialgüterrechts nach dem schweitzerischen IPR-Gesetzentwurf', *GRUR Int.* 1987, p. 670-682.

Visser 1993

D.J.G. Visser, 'Post Mortem Auctoris. Enkele aspecten van het auteursrecht na dode', *WPNR* 1992, p. 267-271.

Vlas 2008 (*Burgerlijke Rechtsvordering*)

P. Vlas, 'Verdragen en Verordeningen. EEX-Verordening', in: E.M. Wesseling-van Gent, P. Vlas & M. Ynzonides (red.), *Burgerlijke Rechtsvordering*, Deventer: Kluwer (losbl.) 2008.

Vogel 1965

K. Vogel, *Der räumliche Anwendungsbereich der Verwaltungsrechtsnorm. Eine Untersuchung über die Grundfragen des sog. Internationalen Verwaltungs- und Steuerrechts* (bewerking van Habil.-Schr. Hamburg), Frankfurt am Main: Metzner 1965.

Von Wächter 1841-1842
C.G. von Wächter, 'Ueber die Collision der Privatrechtsgesetze verschiedener Staaten', *Archiv für die Civilistische Praxis* 1841, p. 230-312; 1842, p. 1-60, p. 161-200 en p. 361-419.
Wadlow 1998
C. Wadlow, *Enforcement of Intellectual Property in European and International Law. The New Private International Law of Intellectual Property in the United Kingdom and the European Community*, Londen: Sweet & Maxwell 1998.
Walker 1934
G. Walker, *Internationales Privatrecht*, Wenen: Österreichische Staatsdruckerei 1934.
Walter 1973
M.M. Walter, 'Das Folgerecht im Recht der Berner Übereinkunft', *Zeitschrift für Rechtsvergleichung* 1973, p. 110-131.
Walter 1976
M.M. Walter, 'La liberté contractuelle dans le domaine du droit d'auteur et les conflits de lois', *RIDA* 1976, p. 44-87.
Walter 2003
M.M. Walter, '§ 58 Anwendbares Recht und Internationale Zuständigkeit der Gerichte', in: U. Loewenheim/B. von Becker e.a., *Handbuch des Urheberrechts*, München: Beck 2003, p. 958-1025.
Wauwermans 1894
P. Wauwermans, *Le droit des auteurs en Belgique. Commentaire historique et doctrinal de la loi du 22 mars 1886*, Brussel: Société Belge de Librairie 1894.
Wauwermans 1910
P. Wauwermans, *La Convention de Berne (revisée à Berlin) pour la protection des œuvres littéraires et artistiques*, Brussel: Misch & Thron 1910.
Van der Weide 2008
J.A. van der Weide, 'Het verwijzingsrecht voor niet-contractuele verbintenissen Europees geregeld. Een analyse van de Verordening Rome II', *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht* 2008, p. 214-225.
Weiss 1908
A. Weiss, *Traité théorique et pratique de droit international privé. Tome II. Le droit de l'étranger*, Parijs: Sirey 1908.
Weiss 1912
A. Weiss, *Traité théorique et pratique de droit international privé. Tome IV. Le conflit des lois*, Parijs: Sirey 1912.
Wetzel & Rauschning 1978
R.G. Wetzel & D. Rauschning, *The Vienna Convention on the Law of Treaties. Travaux préparatoires*, Frankfurt am Main: Metzner 1978.
WIPO Publication nr. 856
Intellectual Property on the Internet: a Survey of Issues (WIPO Publication nr. 856), Genève: WIPO 2002.
Worms 1878
F. Worms, *Étude sur la propriété littéraire*, Parijs: Lemerre 1878.

Yearbook PIL 2007
A. Bonomi & P. Volken (red.), *Yearbook of Private International Law, Volume IX - 2007*, München: Sellier 2007.

Zeballos 1897
Zeballos, 'Lettre de Buenos Aires', *DdA* 1897, p. 9-11.
Zeijlemaker 1938
J. Zeijlemaker, *De bescherming van merk en octrooi onder de huidige commerciële verhoudingen*, Groningen/Batavia: Wolters 1938.
Zhu 2007
W. Zhu, 'China's Codification of the Conflict of Laws: Publication of a Draft Text', *Journal of Private International Law* 2007, p. 283-308.
Zweigert & Puttfarken 1973
K. Zweigert & H.-J. Puttfarken, 'Zum Kollisionsrecht der Leistungsschutzrechte', *GRUR Int.* 1973, p. 573-578.

Aangehaalde rechtspraak

Verwezen wordt naar alineanummers.

Internationaal Gerechtshof en Permanent Hof van Arbitrage

IGH 27 augustus 1952, *ICJ Reports* 1952, p. 176 ('US Nationals in Morocco') | 644
IGH 19 december 1978, *ICJ Reports* 1978, p. 3 ('Aegean Sea Continental Shelf') | 644, 727
IGH 3 februari 1994, *ICJ Reports* 1994, p. 6 (Libië/Tsjaad; 'Territorial Dispute') | 670

Permanent Hof van Arbitrage (arbiter Huber) 4 april 1928, *RIAA* (1928) Vol. XI, p. 831 (Nederland/Verenigde Staten; 'Island of Miangas (Palmas)') | 644, 669
Arbitraal vonnis, 24 mei 2005, <www.pca-cpa.org> (België/Nederland; 'IJzeren Rijn') | 644

Hof van Justitie EG

HvJ EG 7 februari 1979, nr. C-115/78, *Jur.* 1979, p. 399; *NJ* 1979, 627 (Knoors) | 842
HvJ EG 15 november 1983, nr. C-288/82, *Jur.* 1983, p. 3663; *NJ* 1984, 695 (Duijnstee/Goderbauer) | 570
HvJ EG 20 oktober 1993, gevoegde zaken nr. C-92/92 (Phil Collins) en nr. C-326/92 (EMI Electrola), *Jur.* 1993, p. I-5145 | 828, 833, 903, 929
HvJ EG 26 september 1996, nr. C-43/95, *Jur.* 1996, p. I-4661 (Data Delecta) | 1069
HvJ EG 20 maart 1997, nr. C-323/95, *Jur.* 1997, p. I-1711 (Hayes) | 1069
HvJ EG 2 oktober 1997, nr. C-122/96, *Jur.* 1997, p. I-5325 (Saldanha) | 1069
HvJ EG 19 maart 2002, nr. C-13/00, *Jur.* 2002, p. I-2943; *NJ* 2002, 477 (Commissie/Ierland) | 458
HvJ EG 6 juni 2002, nr. C-360/00, *Jur.* 2002, p. I-5089 (Ricordi) | 828, 854
HvJ EG 16 november 2004, nr. C-245/02, *Jur.* 2004, p. I-10989; *NJ* 2006, 569 (Anheuser-Busch) | 444
HvJ EG 30 juni 2005, nr. C-28/04, *Jur.* 2005, p. I-5781 (Tod's/Heyraud) | 48, *442-444*, 835, 865, 883, 929, 1137, 1140, 1169
HvJ EG 14 juli 2005, nr. C-192/04, *Jur.* 2005, p. I-7199; *NJ* 2006, 467 (Lagardère) | 739, 755, 1120
HvJ EG 13 juli 2006, nr. C-4/03, *Jur.* 2006, p. I-6509; *NJ* 2008, 78 m.nt. PV (GAT/LuK) | 572, 1103, 1106
HvJ EG 9 november 2006, nr. C-281/05, *Jur.* 2006, p. I-10881; *IER* 2007, 30 (Diesel/Montex) | 760
HvJ EG 11 september 2007, nr. C-431/05, *Jur.* 2007, p. I-7001; *IER* 2008, 5 (Merck) | 14

Australië

High Court of Australia 20 maart 1906, [1906] *HCA* 88; 3 *CLR* 479 (Potter/Broken Hill) | 575
High Court of Australia 6 juni 1961, [1961] *HCA* 33; 105 *CLR* 440 (Norbert Steinhardt/Meth) | 575, 580

High Court of Australia 21 juni 2000, [2000] *HCA* 36; 203 *CLR* 503 (Pfeiffer/Rogerson) | 584

Federal Court of Australia (Full Court) 19 december 2008, [2008] *FCAFC* 194 (TS Production/Drew Pictures) | 583

België

Hof van Cassatie 8 juli 1926, *PI* 1928, p. 21-22 (Viscose/Tubize) | 379
Hof van Beroep Brussel 15 april 1931, *PI* 1932, p. 67-68 (Tetra/Huysmans) | 379

Canada

Supreme Court of Canada 15 december 1994, [1994] 3 *SCR* 1022 (Tolofson/Jensen) | 584

Duitsland

RG 2 oktober 1886, *RGZ* 18, p. 28-38 | 740
RG 18 juni 1890, *JW* 1890, p. 280, nr. 24 | 560, 655
RG 24 februari 1899, *RGSt* 32, p. 41-46 (Litolff/Riessner; 'Polyphon') | 204
RG 20 september 1927, *RGZ* 118, p. 76-84 (Springend paard) | 740
BGH 23 juni 1978, *GRUR Int.* 1978, p. 470-472 (Jeannot) | 891, 893
BGH 17 juni 1992, *GRUR Int.* 1993, p. 257-259 (ALF) | 423
BGH 16 juni 1994, *GRUR Int.* 1994, p. 1044-1046 (Folgerecht bei Auslandsbezug) | 739, 889, 1120
BGH 2 oktober 1997, *GRUR Int.* 1998, p. 427-431 (Spielbankaffaire) | 423, 723, 981, 1196
BGH 7 november 2002, *GRUR* 2003, p. 328-331 (Sender Felsberg) | 449
BGH 26 juni 2003, *GRUR* 2003, p. 876-878 (Sendeformat) | 423, 944
BGH 3 maart 2004, *GRUR* 2004, p. 421-427 (Tonträgerpiraterie durch CD-Export) | 759
BGH 24 mei 2007, *GRUR* 2007, p. 691-693; *IPRax* 2008, p. 271-274 (Staatsgeschenk) | 423, 449

Oberlandesgericht Koblenz 14 juli 1967, *GRUR Int.* 1968, p. 164-165 (Liebeshändel in Chiogga) | 423

Königliches Landgericht Leipzig 8 oktober 1899, *DdA* 1899, p. 10-12 (Litolff/Riessner; 'Polyphon') | 204

Frankrijk

Cass. crim. 15 juni 1899, *Bull.* 1899, nr. 156; *JDI* 1899, p. 818-822 (May fils/Landsberg) | 204, 948, 953
Cass. civ. 22 december 1959, *Bull.* 1959, nr. 556; *Rev. crit. DIP* 1960, p. 361-370 m.nt. F. Terré ('Le Chant du Monde') | 435
Cass. crim. 5 januari 1988, *RIDA* 1989, p. 204-207 (Suire/SACEM) | 423
Cass. civ. I 28 mei 1991, *Bull.* 1991, nr. 172; *Rev. crit. DIP* 1991, p. 752-756 m.nt. P.-Y. Gautier (Huston/Turner; 'Asphalt Jungle') | 685, 1007, 1035

Cass. civ. I 5 maart 2002, *Bull.* 2002, nr. 75; *Rev. crit. DIP* 2003, p. 440-446 m.nt. J.-M. Bischoff (Sisro/Ampersand) | 423, 437, 466
Cass. civ. I 9 december 2003, *Bull. 2003*, nr. 248; *JCP G* 2004, p. 1536-1540 m.nt. Lucas & Lucas (Universal Music/SNAM) | 435
Cass. civ. I 30 januari 2007, *Bull.* 2007, nr. 44; *Rev. crit. DIP* 2007, p. 769-784 m.nt. Azzi (Lamore/Universal; 'Waterworld') | 423, 743

Cour d'appel Douai 20 maart 1967, *Rev. crit. DIP* 1968, p. 691-695 m.nt. Y. Loussouarn (Clermonte-Bonte/Groeninghe) | 466
Cour d'appel Parijs 8 oktober 1988, *Cahiers du droit d'auteur* 1989, p. 25-30 | 423, 435
Cour d'appel Parijs 6 juli 1989, *Rev. crit. DIP* 1989, p. 706-720 m.nt. P.-Y. Gautier (Huston/Turner; 'Asphalt Jungle') | 1007
Cour d'appel Parijs 14 maart 1991, *RIDA* 1991, p. 231-244 (Almax) | 435
Cour d'appel Parijs 9 februari 1995, *RIDA* 1995, p. 310-316 | 435

Tribunal de première instance Nancy 24 juni 1889, *JDI* 1890, p. 676-686 (Héritiers Schneider/Berger-Levrault e.a.) | 204
Tribunal de grande instance Parijs 23 november 1988, *Rev. crit. DIP* 1989, p. 372-384 m.nt. P.-Y. Gautier; *D.* 1989, p. 342-348 m.nt. B. Audit (Huston/Turner; 'Asphalt Jungle') | 1007

Italië

Corte di cassazione 14 januari 1900, *Monitore dei Tribunali*, Vol. 41, 1900, II serie, vol. 3, p. 176-177 (Albrecht & Meister/Gualassini) | 57, 89, 188, 204, 1039

Nederland

HR 31 mei 1927, *NJ* 1927, 991 m.nt. EMM | 739
HR 13 februari 1936, *NJ* 1936, 443 m.nt. EMM (Tuschinki/Gema; 'Das Blaue Licht II') | 204, 423
HR 4 januari 1963, *NJ* 1963, 37 m.nt. HB (Terimpex/Eerste Geldersche) | 759
HR 1 maart 1974, *NJ* 1974, 329 m.nt. LWH | 739
HR 29 juni 1990, *NJ* 1992, 106 ('Gabriele Wehr') | 659
HR 27 januari 1995, *NJ* 1995, 669 m.nt. JHS (Bigott-Batco/Doucal) | 423, 760, 944
HR 10 september 1999, *NJ* 2001, 41 m.nt. PV (Triumph/Alonso) | 683
HR 26 mei 2000, *NJ* 2000, 671 m.nt. DWFV (Cassina/Jacobs) | 264, 776, 781, 881
HR 11 mei 2001, *NJ* 2002, 55 m.nt. J.H. Spoor (Vredestein/Ring 65) | 264, 776, 830, 881
HR 29 juni 2001, *NJ* 2001, 602 m.nt. DWFV (Impag/Marvin) | 875-876, 885
HR 9 november 2001, *NJ* 2002, 279 m.nt. ThMdB | 683
HR 22 februari 2002, *NJ* 2003, 483 m.nt. PV | 1182
HR 1 maart 2002, *NJ* 2003, 210 m.nt. Heerma van Voss (TNO/Ter Meulen) | 1043
HR 30 november 2007, *NJ* 2008, 77 (Roche/Primus) m.nt. P. Vlas onder *NJ* 2008, 78 | 572, 1106
HR 1 februari 2008, *NJ* 2008, 505 m.nt. K.F. Haak (NDAL/Delta Lloyd) | 659

Hof Amsterdam 10 februari 1970, *NJ* 1971, 130 | 1003
Hof Arnhem 1 oktober 1979, *NJ* 1980, 584 | 868
Hof Amsterdam 5 juni 1986, *IER* 1986, nr. 48 m.nt. J.H. Spoor (Stig Ravn/Koopman) | 423, 866

Hof Den Haag 23 maart 1988, *BIE* 1988, nr. 85 (Butter Ghee) | 423
Hof Amsterdam 11 april 2002, *BIE* 2003, nr. 35 (Vitra/Architects) | 867
Hof Den Haag 11 september 2003, *AMI* 2004, nr. 6 m.nt. Van Eechoud (Raedecker/NCC) | 1061
Hof 's-Hertogenbosch 8 juni 2004, *NJ* 2004, 515 (Lancôme/Kecofa) | 468

Rb. Amsterdam 12 januari 1848, *Regtsgeleerd bijblad* 1848, Deel X, p. 555-561 | 47
Rb. Amsterdam 25 januari 1926, *NJ* 1926, p. 378-379 (Dittmar q.q./Fokker) | 546-549, 559
Rb. Arnhem 23 juli 1960, *NJ* 1961, 17; *GRUR Int.* 1961, p. 615-616 | 863
Rb. Alkmaar 23 juni 1983, *NIPR* 1983, nr. 366, p. 331 (Jordan) | 423
Pres. Rb. Amsterdam 24 februari 1992, *BIE* 1994, nr. 83 ('O Fortuna') | 1061
Rb. Den Bosch 11 maart 1994, *NJ* 1995, 107 m.nt. DWFV | 884
Pres. Rb. Den Haag 13 februari 1998, *IER* 1998, nr. 20 (Yakult/Danone) | 864
Pres. Rb. Dordrecht 8 september 1998, *I/AMI* 1999, p. 7-12 m.nt. Van Eechoud (KPN/Kapitol) | 423
Rb. Rotterdam 9 augustus 2001, *NIPR* 2002, nr. 54, p. 97-99 (Bresler's/Unilever) | 572

Oostenrijk

OGH 17 juni 1986, *GRUR Int.* 1986, p. 728-735 m.nt. Hodik (Hotel-Video) | 423
OGH 16 juni 1992, *GRUR Int.* 1992, p. 933-935 ('Direktsatellitensendung III') | 745

Verenigd Koninkrijk

House of Lords 8 september 1893, [1893] *AC* 602 (British South Africa Company/Companhia de Moçambique) | 577
House of Lords 25 juni 1969, [1971] *AC* 356 (Chaplin/Boys) | 578
House of Lords 6 juli 1978, [1979] *AC* 508 (Hesperides Hotels/Aegean Turkish Holidays) | 577
Privy Council 18 juli 1994, [1995] 1 *AC* 190 (Red Sea Insurance/Bouygues) | 578

Exchequer Chamber 23 juni 1870, (1870-71) LR 6 Q.B. 1 (Phillips/Eyre) | 578
Court of Appeal Londen 27 juni 1991, [1992] *RPC* 21 (Mölnlycke/Procter & Gamble) | 575
Court of Appeal Londen 27 oktober 1997, [1998] *FSR* 222; *BIE* 1998, nr. 7 m.nt. Brinkhof (Fort Dodge/Akzo Nobel) | 581, 583
Court of Appeal Londen 21 januari 1999, [1999] *FSR* 525 (559); *GRUR Int.* 1999, p. 787-793 m.nt. Zigann (Pearce/Ove Arup) | 440, 581, 583, 661, 700

High Court of Justice (Chancery Division) 22 februari 1895, [1895] 1 *Ch.* 534; *DdA* 1895, p. 125-126 (Morocco Bound Syndicate/Harris) | 575
High Court of Justice (Chancery Division) 22 april 1986, [1986] *RPC* 273 (Def Lepp Music/Stuart-Brown) | 575
Outer House (Schotland) 13 december 1988, 1989 *SLT* 561 (James Burrough/Speymalt Whisky) | 575
High Court of Justice (Chancery Division) 2 februari 1990, [1990] *RPC* 185 (Tyburn/Doyle) | 575
High Court of Justice (Chancery Division) 9 december 1994, [1995] *RPC* 438 (Plastus Kreativ/Minnesota Mining and Manufacturing) | 575, 679

High Court of Justice (Chancery Division) 7 maart 1997, [1997] *FSR* 641; *GRUR Int.* 1998, p. 317-322 (Pearce/Ove Arup) | 581, 582, 661, 680, 1182
High Court of Justice (Chancery Division) 26 maart 1997, [1997] *FSR* 660; *GRUR Int.* 1998, p. 314-317 (Coin Controls/Suzo) | 583

Verenigde Staten van Amerika

US Court of appeals for the Second Circuit 27 augustus 1998, 153 *F.3d* 82 (2d Cir. 1998); *GRUR Int.* 1999, p. 639-647 m.nt. Schack (Itar Tass/Russian Kurier) | 427, 435
US Supreme Court 30 april 2007, 550 *U.S.* 437 (2007); *GRUR Int.* 2007, p. 768-771 (Microsoft/AT&T Corp.) | 741, 759

Trefwoorden

Verwezen wordt naar alineanummers.
Zie ook de lijst met Grondbegrippen op p. 487 e.v.

aanknopingsfactor: 718, 1118, 1121, 1137, 1177
accessoire aanknoping: 707, 737, 1125, 1202
AIPPI: 569, 572, 1043, 1102
ALAI: 169, 174, 251, 974
algemene-exceptieclausule: 707, 1125, 1202
ambtshalve toepassing vreemd recht: 1182-1183
American Law Institute: 435
assimilatiebeginsel: 769
Auflockerung: *zie Grondbegrippen*
begripsverduistering: 419 e.v.
begunstigingsbeginsel: 708 e.v., 902, 1132, 1140
bevoordeling: 367, 773 e.v., 922
cautio iudicatum solvi: 16, 359, 786 e.v., 1069 e.v.
central attack: 396, 781, 928, 1157, 1213
centrale aanknoping: 1137 e.v., 1164 e.v., 1186 e.v.
cinematografisch werk: 957 (*zie ook filmauteursrecht*)
databankenrecht: 10, 14, 453, 1150
dépeçage: *zie Grondbegrippen ('Zersplitterung')*
Deutscher Rat für Internationales Privatrecht: 422
diplomatieke conferenties: 24
domicilieverbod: 360
doorvoer: 760
double actionability rule: 578 e.v.
driefasen-structuur: 145 e.v., 510 e.v., *595* e.v.
droits acquis: *zie verkregen-rechten-theorie*
dwanglicenties: 678, 1050
EEX-Verordening: 572, 1103
Entscheidungsharmonie: 482, 503
Erfolgsort: 743
exclusieve bevoegdheid: 563 e.v., 679 e.v., 1101 e.v.
exploitatie van intellectuele-eigendomsrechten: 13, 1047 e.v.
exploitatie-verplichting: 337
extra-territoriale bescherming: *739* e.v., 757 e.v.
filmauteursrecht
- exploitatie: 1051 e.v.
- subject: 1008 e.v.

Fokker-val: 546 e.v., 636
formaliteitenverbod: 263-264, 880 e.v., 1064, 1093, 1098, 1232

formele-reciprociteitstoets: *zie Grondbegrippen*
formele territorialiteit: *zie Grondbegrippen*
formele-territorialiteitsbeginsel : *zie Grondbegrippen*
forum registrationis: *zie Grondbegrippen*
gelijkheidsvermoeden: 1182-1183, 1218
Gemeenschapsmerk, -model, -kwekersrecht: 733 e.v.
Gesamtverweisung: 440, 700, 710, 1018, 1132
governmental interest analysis: *zie neostatutisch conflictenrecht*
grensoverschrijdende handelingen: 742 e.v., 758, 1156, 1172
Haagse Conferentie voor IPR: 1088-1089, *zie ook verdragen, Haags Forumkeuzeverdrag 2005*
Hamburg Group : 454 e.v., 725, 735
handelingsfictie: 749, 1161, 1184, 1236
handelsnaam: 10, 14, 333, 368
Handlungsort: 743
herkomstaanduidingen: 10, 14, 333
imperialisme: 164, 981, *1142* e.v., 1197
intellectuele rechten: 1119
internet: 744, *1148 e.v.*, 1184, 1197, 1210
invoer: 739, 756 e.v.
ius conventionis : 219
kwekersrecht: 10, 14, 333
land van import: *zie Grondbegrippen ('wet van het land van import')*
legitimatie-vermoeden: 1014 e.v., 1051 e.v.
lex loci delicti: 457, 579, 723 e.v., 736, 758
lex loci protectionis: *zie Grondbegrippen*
lex rei sitae: 555, 1121
lex soli: 128
locus: 718, 724, *726* e.v., 889, 1121
– meervoudige locus: 743
– locus sine lege: 729 e.v., 746, 755
lois d'application impérative: 1007, 1035
marktregel: 936, 1219, 1237
materiële territorialiteit: *zie Grondbegrippen*
materiële-reciprociteitstoets: *zie Grondbegrippen*
meervoudige rechtsstelsels: 732
meestbegunstigingsclausule : 154 e.v., 782, 823, 925, 928
Moçambique rule: 577 e.v.
morele rechten: 1034
– postume handhaving: 1058 e.v.
– subject: 995 e.v.
naburige rechten: 10, 14, 453, 828, 886
neostatutisch conflictenrecht: 491, 1116, 1124
non-discriminatiebeginsel : 769 e.v.
object-vraag: *zie Grondbegrippen*
octrooi van invoer: 338, 374, 379
omgekeerde discriminatie: 773 e.v., 830, 1079

onafhankelijkheidsbeginsel: 250 e.v., 311 e.v., 368 e.v., 707, 752, 755, 811, 983, 1093, 1220
oneerlijke mededinging: 10, 14, 333, 452, 936, 1219, 1236-1237
onteigening: 678, 685
oorsprongsbenamingen: 10, 14
openbare orde-exceptie: 683 e.v., 690, 1089
originaire rechthebbende: 957 e.v., 1228 e.v.
partijautonomie: *zie rechtskeuze*
pendant l'existence-formule: 141-142, 212 e.v., 234, 248, 329, 646
principle of contemporaneity: 644
prioriteitsrecht: 337, 339, 368, 373 e.v.
privilegestelsel: 43 e.v., 1119, 1128
procesrecht: 359, 435, 439, 445, 598, 1069 e.v.
proper law-exceptie: 707, 724, 1125, 1202
rechtsbevoegdheid: 62 e.v., 91 e.v., 146, 336 e.v., 479, 508 e.v., 596, 601 e.v., 717
rechtsgevolgen-uitzondering: 707, 1125, 1202
rechtskeuze: 450 e.v., 469, 707, 1125-1126, 1132, 1202, 1239
rechtsmiddelen: 180-181, 278 e.v., 1037 e.v., 1086
reciprociteit: *zie Grondbegrippen*
referentieland: 794
referentiepunt: 795
renvoi: *zie Gesamtverweisung*
represaille: 791
retorsie: 791, 910, 1224, 1232
Rome II-Verordening: 453 e.v., 725 , 735 e.v., 936, 1236, 1239-1240
Romeins recht: 539, 607
Sachnormverweisung: 456, 700, 1088, 1242
samenloop: 712, 1085
sancties: 457, 1037 e.v., 1191
Satellietrichtlijn: 746 e.v., 1162, 1172, 1236
Staatscommissie IPR: 452, 598, 683, 730, 778, 827, 936, 1089, 1242
statutenleer: 55-56, 471 e.v., 532, 612 e.v.
subject-vraag: *zie Grondbegrippen*; 958 e.v.
– arbeidsverhoudingen: 988 e.v., 1043 e.v., 1194, 1229 e.v.
– filmauteursrecht: 1008 e.v.
– morele rechten: 996 e.v.
telle quelle-beginsel: 346-347, 361 e.v., 382 e.v., 922 e.v.
tienjaarsregel: 905 e.v.
toegepaste kunst: 856 e.v.
topografierecht: 10, 14, 333
traitement unioniste: 219, 260, 296
uitvoer: 756 e.v.
uitzendrechten : 753
unitaire rechten: 733
verdragen:
– Berner Conventie: 14 e.v.
– bilaterale auteursrechtverdragen Nederland: 85

– Conventie van Montevideo 1889: 184-185, 253, 849
– EEX-Verdrag : 570 e.v., 582-583, 661, 1103
– EG-Verdrag: 828 e.v., 929 e.v.
– Europees Octrooiverdrag: 1045
– Europees Satellietverdrag 1994: 750
– EVEX-Verdrag (Verdrag van Lugano): 572
– Haags Forumkeuzeverdrag 2005: 572, 661, 1102 e.v.
– isopoliteia-verdragen: 607
– Overeenkomst van Den Haag: 394, 408
– Schikking van Madrid: 392, 780 e.v., 926 e.v., 1213
– TRIPs-Overeenkomst : 14, 85, 156, 444, 782, 925, 1004, 1123, 1132
– Universele Auteursrechtconventie: 14, 423
– Verdrag tot oprichting van de WIPO: 14
– Verdrag van Lissabon 2007: 32
– Verdrag van Parijs: 14 e.v.
– WCT-Verdrag (WIPO Copyright Treaty): 1182
– Weens Verdragenverdrag: 641-675
– WTO-Verdrag: 14
vererving van intellectuele-eigendomsrechten: 13, 1054 e.v.
vergelding: 790, 913
verkregen-rechten-theorie: 247, 353, 1137
volgrecht: 1033
– materiële-reciprociteitstoets: 886 e.v., 1236
– posthume handhaving: 1065
voorrangsregels: 518, 1124
voorvraag: 1194
vreemdelingenrecht : *zie Grondbegrippen*
werknemer: *zie subject-vraag, arbeidsverhoudingen*
Wet algemene bepalingen: 63, 778
Wet conflictenrecht onrechtmatige daad: 452, 727, 730, 936, 1236
wet van het land van import: *zie Grondbegrippen*
WIPO: 14, 1224
WIPO Joint Recommendation (‘Marks on the Internet’): 1162
Zersplitterung: *zie Grondbegrippen*

Curriculum vitae

Sierd Jurriaan Schaafsma, geboren te Groningen op 25 augustus 1969, bezocht het Willem Lodewijk Gymnasium in die stad (1981-1987). Daarna studeerde hij rechtsgeleerdheid aan de Rijksuniversiteit Groningen (1987-1993) en de Université de Poitiers (in 1992). Zijn scriptie over de milieuvervuilende onrechtmatige daad in het conflictenrecht werd in 1994 bekroond met de Kluwer Post Scriptum prijs. Na de vervulling van zijn militaire dienstplicht als reserve-officier bij de Defensiestaf te Den Haag, werkte hij als advocaat bij De Brauw Blackstone Westbroek in Den Haag en Rotterdam (1995-2002). Sinds 2003 werkt hij bij het Wetenschappelijk Bureau van de Hoge Raad der Nederlanden. In 2009 werd hij benoemd tot lid van de Staatscommissie voor het internationaal privaatrecht.