



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Grenzen van rechtsoBJECTEN. Een onderzoek naar de grenzen van objecten van eigendomsrechten en intellectuele eigendomsrechten

Steur, J.C. van der

Citation

Steur, J. C. van der. (2003, February 6). *Grenzen van rechtsoBJECTEN. Een onderzoek naar de grenzen van objecten van eigendomsrechten en intellectuele eigendomsrechten. Recht en Praktijk*. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/15474>

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/1887/15474>

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

Grenzen van rechtsobjecten

Grenzen van rechtsobjecten

Een onderzoek naar de grenzen van objecten van eigendomsrechten en intellectuele eigendomsrechten

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van
de graad van Doctor aan de Universiteit Leiden,
op gezag van de Rector Magnificus Dr. D.D. Breimer,
hoogleraar in de faculteit der Wiskunde en
Natuurwetenschappen en die der Geneeskunde,
volgens besluit van het College voor Promoties
te verdedigen op donderdag 6 februari 2003
klokke 16.15 uur

door

Johanna Catharine van der Steur

geboren te Haarlem
in 1972

Promotiecommissie:

promotor: Prof. mr. H.J. Snijders
referent: Prof. mr. S.C.J.J. Kortmann (Katholieke Universiteit Nijmegen)
overige leden: Prof. mr. H. Franken
Prof. mr. H.J. Nieuwenhuis
Prof. mr. W.H.M. Reehuis (Rijksuniversiteit Groningen)
Mr. D.W.F. Verkade

Lay-out: Anne-Marie Krens – Tekstbeeld – Oegstgeest

Van dit proefschrift verschijnt bij Kluwer, een handelseditie in de serie *Recht en Praktijk*, nr. 122, ISBN 90 268 4117 5

© 2003 J.C. van der Steur – Leiden

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voorzover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16b Auteurswet 1912 j° het Besluit van 20 juni 1974, Stb. 351, zoals gewijzigd bij Besluit van 23 augustus 1985, Stb. 471 en artikel 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 882, 1180 AW Amstelveen). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

Woord vooraf

There is nothing which so generally strikes the imagination, and engages the affections of mankind, as the right of property; or that sole and despotic dominion which one man claims and exercises over the external things of the world, in total exclusion of the right of any other individual in the universe.¹

Deze woorden van Blackstone geven op prachtige wijze de fascinatie van de mens over de beheersing van de stoffelijke objecten in de wereld weer. Vele schrijvers hebben hun fantasie laten gaan over de diverse objecten die beheerst kunnen worden. Gogol handelde in dode zielen, Mulish in nieuw leven (de eobiont), Roald Dahl in het sperma van genieën en Belcampo in herinneringen.

In 1997 begon ik aan een proefschrift over de juridische mogelijkheden en onmogelijkheden van de beheersing van objecten, van *rechtsobjecten*. Al snel bleek dit onderwerp niet alleen zeer fascinerend te zijn, maar ook veel moed te vereisen. Sinds mensenheugenis staat de reikwijdte van de objecten die beheerst kunnen worden in de belangstelling en het aantal geschriften en meningen over dit onderwerp is in de loop der eeuwen alleen maar toegenomen. Toch ligt er nu een proefschrift voor u waarin ik een stoutmoedige poging waag dit onderwerp nogmaals vanuit een 21^e eeuws perspectief te belichten.

Zonder de hulp van vele lieve mensen was dit proefschrift er niet geweest. Veel inspiratie kreeg ik van tante T, die nooit een moment voorbij liet en laat gaan om haar trots voor mij te tonen. Vervolgens noem ik Pa en Ma, die altijd onvoorwaardelijk voor mij klaar staan met veel liefde en wijze raad en daad. Carel Stolker ben ik dankbaar voor de geboden gastvrijheid op het E.M. Meijers Instituut en voor het feit dat ik daardoor de meest heerlijke en gezellige lunches van Lenie mocht nuttigen. Anne-Marie Krens ben ik dankbaar voor de prachtige lay-out. Mijn broer en paranimf Ard dank ik voor de grootse en meeslepende afleiding. Mijn collega en paranimf Myrthe dank ik voor haar intense vriendschap die, anders dan het schrijven van onze proefschriften, nog nooit een 'dip' heeft gekend. De promotiejaren waren zonder haar nooit zo waardevol geweest. Vervolgens dank ik mijn lieve vrienden en vriendinnen die mij door etentjes, roeiwedstrijden, mahjong-avonden, zeiltochten, films,

1 Sir William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, Oxford 1775.

mailtjes, skatetochten, schilderavonden, skivakanties en wat niet meer op de been hebben gehouden. Mijn lieve Arend Jaap dank ik voor zijn fantastische hulp en liefde en bovenal voor zijn eindeloze geduld.

Terugkijkend op mijn aio-tijd denk ik dat de wijsheden van mijn moeder mij het allermeest hebben geholpen bij het afronden van dit proefschrift. Zij leerde mij van kleins af aan om af te maken waar je aan begonnen bent en ondertussen de grootste lol te maken die daarbij mogelijk is. Ik ben haar daarvoor zielsdankbaar. Aan haar draag ik dit boek op.

Verkorte inhoudsopgave

1	INLEIDING	1
2	PLAATSBEPALING VAN DE BEGRIPPEN 'GOED' EN 'RECHTSOBJECT'	5
2.1	Systematiek van het vermogensrecht	5
2.2	Het begrip 'rechtsobject' in het vermogensrecht	40
2.3	Het begrip 'goed' en zijn goederenrechtelijke toepassing	60
2.4	Het begrip 'goed' binnen het strafrecht, belastingrecht, EU-recht en het EVRM	79
3	ZAKEN	105
3.1	Algemene theorie	105
3.2	Grensgevallen	150
A	Technische grens	150
B	Ethische grens	211
4	CORPORA MYSTICA	237
4.1	Algemene theorie	237
4.2	Corpora mystica en hun grensgevallen	253
5	SAMENVATTENDE SLOTBESCHOUWING	299

Uitgebreide inhoudsopgave

WOORD VOORAF	V
LIJST VAN GEBRUIKTE AFKORTINGEN	XIII
1 INLEIDING	1
1.1 Object van onderzoek	1
1.2 Opzet	2
1.3 Beperkingen	2
2 PLAATSBEPALING VAN DE BEGRIPPEN 'GOED' EN 'RECHTSOBJECT'	5
2.1 Systematiek van het vermogensrecht	5
2.1.1 Inleiding	5
2.1.2 Vermogen	5
2.1.3 Subjectieve rechten	7
2.1.4 Vermogensrechten	9
2.1.5 Goederen	12
2.1.6 Absolute rechten	18
2.1.6.1 Eigendomsrechten	18
2.1.6.2 Intellectuele eigendomsrechten	23
2.1.7 Relatieve rechten	25
2.1.8 Beperkte rechten	30
2.1.9 Nuancering onderscheid relatieve en absolute rechten	35
2.1.10 Tussenconclusie	39
2.2 Het begrip 'rechtsobject' in het vermogensrecht	40
2.2.1 Inleiding	40
2.2.2 Het begrip 'rechtsobject'	41
2.2.3 Verwarring rond het begrip 'rechtsobject' en 'goed'	44
2.2.4 Belang rechtsobjecten	55
2.2.5 Tussenconclusie	58
2.3 Het begrip 'goed' en zijn goederenrechtelijke toepassing	60
2.3.1 Inleiding	60
2.3.2 Overdracht	61
2.3.3 Pand en Hypotheek	66
2.3.4 Beslag	67
2.3.5 Faillissement	70
2.3.6 Verbintenissenrecht	70

2.3.7	Beperking gevolgen	74
2.3.8	Toekomstige goederen	76
2.3.9	Tussenconclusie	78
2.4	Het begrip 'goed' binnen het strafrecht, belastingrecht, EU-recht en het EVRM	79
2.4.1	Inleiding	79
2.4.2	Strafrecht	80
2.4.3	Belastingrecht	90
2.4.4	Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap	97
2.4.5	Artikel 1 Protocol No. 1 EVRM	99
2.4.6	Tussenconclusie	103
3	ZAKEN	105
3.1	Algemene theorie	105
3.1.1	Inleiding	105
3.1.2	Het begrip 'zaak'	107
3.1.3	Een beknopte geschiedenis van zaken	108
3.1.3.1	Subject – object	108
3.1.3.2	Romeins recht	109
3.1.3.3	Rooms-Hollandsch recht	112
3.1.3.4	Codificatiecommissie 1798	112
3.1.3.5	Wetboek Napoleon	114
3.1.3.6	Code Civil	114
3.1.3.7	Ontwerpen 1816 en 1820	115
3.1.3.8	Tussenperiode 1820-1838	116
3.1.3.9	Burgerlijk Wetboek 1838-1992	118
3.1.3.10	Burgerlijk Wetboek 1992-heden	120
3.1.4	Zaakscriteria	124
3.1.4.1	Inleiding	124
3.1.4.2	Menselijke beheersing	126
3.1.4.3	Stoffelijkheid	129
3.1.4.4	Zelfstandigheid	133
3.1.4.5	Waarde	134
3.1.4.6	Ethische eisen	138
3.1.5	Grenzen aan het zaaksbegrip: technische eisen en ethische eisen	141
3.1.6	Zaak als product	145
3.1.7	Tussenconclusie	149
3.2	Grensgevallen	150
A	<i>Technische grens</i>	150
3.2.1	Lucht	150
3.2.2	Water	154
3.2.3	Grond	160

3.2.4	Natuur/milieu	163
3.2.5	Elektriciteit	166
3.2.6	Software	171
3.2.7	Informatie	183
3.2.8	Goodwill	190
3.2.9	Onderneming	198
B	<i>Ethische grens</i>	211
3.2.10	Menselijk lichaam	211
3.2.11	Lijk	213
3.2.12	Embryo	217
3.2.13	Lichaamsmateriaal	220
3.2.14	Implantaten	231
3.2.15	Dieren	234
4	CORPORA MYSTICA	237
4.1	Algemene theorie	237
4.1.1	Inleiding	237
4.1.2	Groei intellectuele eigendomsrechten	240
4.1.3	Buiten bescherming vallende objecten	241
4.1.4	Boek 9	243
4.1.5	Goederenrechtelijke gevolgen van intellectuele eigendomsrechten	245
4.1.6	Tussenconclusie	252
4.2	Corpora mystica en hun grensgevallen	253
4.2.1	Object van een auteursrecht: werk	253
4.2.1.1	Inleiding	253
4.2.1.2	Kwalificatie-eisen	254
4.2.1.3	Sportprestaties	257
4.2.1.4	Plots en formats	259
4.2.1.5	Software	259
4.2.2	Object van een naburig recht: vertolking, geluidsopname, uitzending of eerste vastlegging van een film	261
4.2.2.1	Inleiding	261
4.2.2.2	Kwalificatie-eisen	261
4.2.3	Object van een octrooirecht: uitvinding	264
4.2.3.1	Inleiding	264
4.2.3.2	Kwalificatie-eisen	265
4.2.3.3	Software	269
4.2.3.4	Business methods/bedrijfsvoeringsmethodes	271
4.2.3.5	Biologische materialen	273
4.2.4	Object van een merkrecht: merk	276
4.2.4.1	Inleiding	276
4.2.4.2	Kwalificatie-eisen	277
4.2.4.3	Domeinnamen	281

4.2.5	Object van een modelrecht: model	284
4.2.5.1	Inleiding	284
4.2.5.2	Kwalificatie-eisen	285
4.2.6	Object van een handelsnaamrecht: handelsnaam	288
4.2.6.1	Inleiding	288
4.2.6.2	Kwalificatie-eisen	289
4.2.7	Object van een kwekersrecht: plantenras	290
4.2.7.1	Inleiding	290
4.2.7.2	Kwalificatie-eisen	291
4.2.8	Object van een topografieënrecht: topografie	292
4.2.8.1	Inleiding	292
4.2.8.2	Kwalificatie-eisen	293
4.2.9	Object van een databankrecht: databank	294
4.2.9.1	Inleiding	294
4.2.9.2	Kwalificatie-eisen	295
4.3	Tussenconclusie	296
5	SAMENVATTENDE SLOTBESCHOUWING	299
5.1	Inleiding	299
5.2	Rechtsobjecten in het algemeen	299
5.3	Zaken	302
5.4	Corpora mystica	307
5.5	Eind goed, al goed?	310
	SUMMARY	313
	AANGEHAALDE LITERATUUR	319
	RECHTSPRAAKREGISTER	355
	TREFWOORDENREGISTER	361
	CURRICULUM VITAE	365

Lijst van gebruikte afkortingen

AA	<i>Ars Aequi</i>
Aant.	Aantekening
AB	<i>Administratiefrechtelijke Beslissingen</i>
AcP	<i>Archiv für die civilistische Praxis</i>
AMI	<i>Informatierecht/AMI, Tijdschrift voor auteurs-, media- en Informatierecht</i>
Art.	Artikel
Aw	Auteurswet
AWR	Algemene wet inzake rijksbelastingen
Bb	<i>Bedrijfskundige berichten</i>
BenGH	Benelux-Gerechtshof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BIE	<i>Bijblad bij de Industriële Eigendom</i>
Bijv.	Bijvoorbeeld
BMM	Beneluxvereniging van Merken- en Modellengemachtigden
BMW	Eenvormige Beneluxwet op de merken
BNB	<i>Beslissingen in Belastingzaken. Nederlandse Belastingrechtspraak</i>
BTMW	Eenvormige Beneluxwet voor Tekeningen of Modellen
BV	Besloten Vennootschap
BW	Burgerlijk Wetboek
BWKJ	<i>BW-krant Jaarboek</i>
CAFC	Court of Appeals for de Federal Circuit
CC	Code Civil
CR	<i>Computerrecht</i>
CRvB	Centrale Raad voor Beroep
D.	Digesten
Diss.	Dissertatie
DNS	Domeinnaamsysteem
DW	Databankenwet
EC	Europese Commissie
EDI	Electronic Data Interchange
EEG	Europese Economische Gemeenschap
EG	Europese Gemeenschappen

EG met art.	EG-verdrag
EHRM	Europees Hof voor de rechten van de mens
<i>EJHL</i>	<i>European Journal of Health Law</i>
EK	Eerste Kamer
EOB	Europees Octrooi Bureau
EOV	Europees Octrooiverdrag
EPO	European Patent Office (Europees Octrooibureau)
EV I	Eindverslag van de bijzondere commissie voor de herziening van het Burgerlijk Wetboek uit de Eerste Kamer
E.v.	En verder
EVRM	Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden
FW	Faillissementswet
GW	Grondwet
Hof	Gerechtshof
Hnw	Handelsnaamwet
HR	Hoge Raad der Nederlanden
Hst.	Hoofdstuk
HvJ(EG)	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen
IB	Inkomstenbelasting
<i>IER</i>	<i>Intellectuele Eigendom en Reclamerecht</i>
ISO	International Standardization Organisation
Iter	Nationaal Programma voor Informatietechnologie en Recht
IVF	In vitro fertilisatie
Jo	Juncto
KG	<i>Kort Geding</i>
MDW	Marktwerking, Deregulering en Wetgevingskwaliteit
MO	Mondeling overleg van de vaste Commissie voor Justitie uit de Tweede Kamer met de Minister van Justitie.
MunchKomm	Münchener Kommentar
MvA (II)	Memorie van Antwoord (Tweede Kamer)
MvT (inv.)	Memorie van Toelichting Invoeringswet
<i>NbBW</i>	<i>Nieuwsbrief BW</i>
<i>NJ</i>	<i>Nederlandse Jurisprudentie</i>
<i>NJB</i>	<i>Nederlands Juristenblad</i>
NJV	Nederlandse Juristen Vereniging
<i>NJW</i>	<i>Neue Juristische Wochenschrift</i>
No.	Numero
Nr.	Nummer
Nrs.	Nummers
<i>NTBR</i>	<i>Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht</i>
NV	Naamloze Vennootschap

NVIR	Nederlandse Vereniging voor Informatie Recht
OESO	Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling
<i>OJ</i>	<i>Official Journal of the European Communities</i>
OR	Octrooiraad
P.	Pagina
Parl.Gesch.	Parlementaire Geschiedenis
<i>PbEG</i>	<i>Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen</i>
Pres. Rb.	President van de arrondissementsrechtbank
<i>Prg.</i>	<i>Praktijkids</i>
PTO	United States Patent and Trademark Office
Rb.	Arrondissementsrechtbank
Red.	Redactie
<i>RMTh</i>	<i>Rechtsgeleerd Magazijn Themis</i>
ROW	Rijksoctrooiwet
RV	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
<i>RvdW</i>	<i>Rechtspraak van de Week</i>
RvS	Raad van State
SCPA	Semi Conductor Chip Protection Act
SER	Sociaal-Economische Raad
SIDN	Stichting Internet Domeinnaam Registraties
S&J	Schuurman & Jordens
<i>Stb.</i>	<i>Staatsblad</i>
Suppl.	Supplement
T&C	Tekst en Commentaar
TK	Tweede Kamer
TM	Toelichting Meijers
TOPW	Topografiewet
<i>TPR</i>	<i>Tijdschrift voor Privaatrecht</i>
<i>Trb.</i>	<i>Tractatenblad</i>
TRIPs-Verdrag	Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights/Verdrag inzake handelsaspecten van de intellectuele eigendom
<i>TvG</i>	<i>Tijdschrift voor Gezondheidsrecht</i>
TVVS	<i>Tijdschrift voor Vennootschappen, Verenigingen en Stichtingen</i>
USCA	United States Code Annotated
UvA	Universiteit van Amsterdam
UvP	Unieverdrag van Parijs
Vgl.	Vergelijk
VN	<i>Vakstudie Nieuws</i>
Vol.	Volume
VU	Vrije Universiteit Amsterdam
VV II	Voorlopig verslag van de vaste Commissie voor Justitie uit de Tweede Kamer

VvS	Verdrag van Straatsburg
W.	<i>Weekblad</i>
WCK	Wet op de consumentenkrediet
WFR	<i>Weekblad voor fiscaal recht</i>
WIPO	World Intellectual Property Organisation
WGBO	Wet inzake de geneeskundige behandelingsovereenkomst
WNR	Wet op de Naburige Rechten
WOGB	Wet inzake de geneeskundige behandelingsovereenkomst
WPNR	<i>Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie</i>
WR	<i>Tijdschrift voor woon- en bedrijfsruimterecht</i>
WTO	Verdrag tot oprichting van de Wereld Handelsorganisatie
WvSr	Wetboek van Strafrecht
WvSv	Wetboek van Strafvordering
ZWP	Zaai- en Plantgoedwet
ZwGB	Zweizerisches Gesetzbuch

1 | Inleiding

1.1 OBJECT VAN ONDERZOEK

In dit onderzoek staan de objecten van (intellectuele) eigendomsrechten centraal. Het object van een eigendomsrecht is een zaak, aldus artikel 5:1 BW. Het object van een intellectueel eigendomsrecht (een auteursrecht, octrooirecht, merkenrecht, en dergelijke) wordt het *corpus mysticum* genoemd. De zaken en de *corpora mystica* vormen tezamen de rechtsobjecten. Rechtsobjecten zijn daarmee de objecten die het voorwerp kunnen zijn van (intellectuele) eigendomsrechten.

De vraag of een object voorwerp kan zijn van een (intellectueel) eigendomsrecht (en dus een rechtsobject is) blijft meestal op de achtergrond. Het is evident dat een stoel een zaak is en daarmee het voorwerp van een eigendomsrecht kan zijn. Het is evenzeer duidelijk dat een oorspronkelijk schriftelijk manuscript een werk is en daarmee het voorwerp van een auteursrecht kan zijn.

In een aantal gevallen ligt dit minder voor de hand. Het blijkt dan niet eenvoudig te zijn om de vraag te beantwoorden of er sprake is van een rechtsobject. Het klassieke voorbeeld is elektriciteit. Is elektriciteit een zaak waarop een persoon een eigendomsrecht kan hebben? Een ander klassiek voorbeeld is goodwill. Valt goodwill in een huwelijksvermogen? Andere – meer eigentijdse – voorbeelden zijn informatie, software, stamcellen, sperma en het menselijk lichaam. Kan op informatie beslag worden gelegd? Strekt het retentierecht zich ook uit over software? Heeft men een eigendomsrecht op stamcellen? Kan een spermabank het sperma dat haar toebehoort, verpanden? Is het menselijk lichaam vatbaar voor eigendom? Deze en andere grensgevallen worden in deze studie behandeld.

Het beantwoorden van de vraag of een object een rechtsobject is, is niet onbelangrijk. Zonder een rechtsobject is er geen eigendomsrecht c.q. intellectueel eigendomsrecht en dus ook geen *goed*. Aan het toebehoren van *goederen* verbindt het vermogensrecht talloze gevolgen. Zo wordt onder meer bepaald dat op alle *goederen* die voor overdracht vatbaar zijn een recht van pand hetzij van hypotheek kan worden gevestigd (artikel 3:228 BW), dat alle *goederen* in een huwelijksgemeenschap vallen (artikel 1:94 BW), dat een schuldeiser zich op alle *goederen* van zijn schuldenaar kan verhalen (artikel 3:276 BW), dat *goederen* in het faillissementsvermogen vallen (artikel 20 Fw), dat het de executant vrij staat beslag te leggen op alle voor het beslag vatbare *goederen* waartoe

hij bevoegd is zijn vordering te verhalen (artikel 435 Rv) en dat de erfgenamen van rechtswege in het bezit der *goederen* en rechtsvorderingen van de overledene treden (artikel 4:880 BW). Zonder rechtsobject is er geen *goed*, is er geen overdracht mogelijk, kunnen er geen beperkte rechten worden gevestigd en is er geen verhaal mogelijk.

1.2 OPZET

Dit hoofdstuk (hoofdstuk 1) bevat een inleiding, een overzicht van de opzet van het betoog en geeft beperkingen van dit onderzoek weer.

In hoofdstuk 2 wordt een overzicht gegeven van de vermogensrechtelijke systematiek en de plaats van het begrip 'rechtsobject' daarin. Daarbij staat de verhouding tussen het begrip 'rechtsobject' en de vermogensrechtelijke kernbegrippen centraal. Een onderzoek naar rechtsobjecten vereist een zorgvuldige uitleg en een consequent gebruik van begrippen als 'zaak', 'goed', 'vermogen' en 'eigendomsrecht'.

Hoofdstuk 3 behandelt de *zaken* als objecten van eigendomsrechten. Dit hoofdstuk valt uiteen in twee delen, een algemeen deel en een bijzonder deel. In het algemeen deel wordt ingegaan op de criteria waaraan een object moet voldoen om als zaak te worden gekwalificeerd. In het bijzonder deel wordt de theorie toegepast op een aantal concrete objecten. Door toepassing van deze criteria wordt duidelijk waarom sommige objecten wel (elektriciteit) en andere objecten niet (goodwill) als zaken kunnen worden aangemerkt.

In hoofdstuk 4 worden de *corpora mystica* als objecten van intellectuele eigendomsrechten kort aan de orde gesteld. De behandeling is opgesplitst aan de hand van de verschillende intellectuele eigendomsrechten. Voor ieder *corpus mysticum* worden de kwalificatie-eisen weergegeven.

Het geheel wordt afgesloten met een samenvattende slotbeschouwing in hoofdstuk 5.

1.3 BEPERKINGEN

In dit onderzoek wordt het begrip rechtsobject onderzocht aan de hand van het huidige vermogensrecht. Binnen deze benadering was geen plaats voor min of meer uitvoerige rechtshistorische of rechtsvergelijkende beschouwingen. De rechtsgeschiedenis en de rechtsvergelijking worden alleen gebruikt daar waar zulks iets toevoegt aan het begrip van het huidige recht. Wel wordt de betekenis van het begrip 'goed' in het strafrecht, belastingrecht, het Europees recht en artikel 1 Protocol No. 1 EVRM, behandeld (§ 2.4). De ontwikkeling van het begrip 'goed' in deze rechtsgebieden staat veelal in direct verband met de ontwikkeling van het begrip 'goed' in het vermogensrecht. De argumen-

tatie omtrent de afbakening van het begrip binnen deze afzonderlijke rechtsgebieden is derhalve van 'grensoverschrijdend' belang.

Deze studie is beperkt tot een onderzoek naar de *vermogensrechtelijke* kant van de rechtsobjecten van (intellectuele) eigendomsrechten. Hoofdstuk 4 is vooral bedoeld om de lijn door te trekken van de algemene theorie in hoofdstuk 2 en de bevindingen omtrent de grenzen van zaken in hoofdstuk 3, naar de *corpora mystica*. In hoofdstuk 4 vindt men derhalve geen uitvoerige analyse van bijvoorbeeld het auteursrechtelijk beslag of de reikwijdte van de desbetreffende intellectuele eigendomsrechten, maar ligt het accent op het voorwerp van deze rechten: het rechtsobject.

2 | Plaatsbepaling van de begrippen ‘goed’ en ‘rechtsobject’

2.1 SYSTEMATIEK VAN HET VERMOGENSRECHT

2.1.1 Inleiding

Voor een onderzoek naar de grenzen van rechtsobjecten in het vermogensrecht is een helder beeld van de vermogensrechtelijke systematiek en de plaats van de rechtsobjecten daarin onontbeerlijk. Hierna zal een schets worden gegeven van de begrippen ‘vermogen’, ‘subjectieve rechten’, ‘vermogensrechten’, ‘goederen’, ‘absolute rechten’, ‘relatieve rechten’ en ‘rechtsobjecten’. Bij de beschrijving van deze begrippen zal duidelijk worden dat een groot deel van de huidige verwarring ten aanzien van de vermogensrechtelijke systematiek voortvloeit uit de verwarring rond de begrippen ‘goed’, ‘zaak’, ‘rechtsobject’ en ‘vermogensrecht’. Met name het gebruik van het begrip ‘zaak’ voor zowel het stoffelijke *object* als voor het *eigendomsrecht*, is oorzaak van deze verwarring. Deze werkt rechtstreeks door in de uitleg van de begrippen ‘goed’ en ‘rechtsobject’.

2.1.2 Vermogen

Centraal in het vermogensrecht staat het begrip ‘vermogen’. Het Burgerlijk Wetboek geeft geen definitie van dit begrip. In de regel wordt van de volgende omschrijving uitgegaan: ‘het geheel van op geld waardeerbare rechten (activa) en schulden/verplichtingen (passiva), die op een gegeven ogenblik aan een rechtssubject toebehoren’.¹ Het begrip vermogen wordt in de wet als eenheid gezien: de rechten en verplichtingen kunnen wisselen, maar het ‘vermogen’ als zodanig blijft een vaststaand rechtsbegrip.²

In dit onderzoek naar de grenzen van rechtsobjecten, staat de actieve zijde van een vermogen centraal: de op geld waardeerbare rechten. Het begrip ‘vermogen’ zal hierna alleen in deze enge zin worden gebruikt: *het geheel van op geld waardeerbare rechten die een rechtssubject kunnen toebehoren*.

1 Zie Asser/Mijnssen/De Haan 2001 (3-I), nr. 2 en 3, Pitlo/Reehuis, Heisterkamp 2001, nr. 3, Asser/Beekhuis 1957, § 1.

2 Pitlo/Gerver 1995, p. 107: ‘Men kan het (vermogen; JCvdS) niet fixeren, want een uur na de verkoop zijn de bestanddelen gewijzigd.’

Een cruciaal kenmerk van het begrip vermogen is dat het alleen kan bestaan in relatie tot een *rechtssubject* aan wie dit vermogen toebehoort. Zonder rechtssubject heeft het geen nut om over een vermogen te spreken. Een rechtssubject behoort de rechten toe die samen met de plichten *zijn* vermogen vormen. Het wordt ook wel gezegd dat het begrip vermogen een uitvloeisel is van de persoonlijkheid van het individu.³

Deze relatie tussen vermogen (de rechten) en het rechtssubject wordt de *toebehoren*relatie genoemd. Het zijn de rechten die rechtssubject *x* *toebehoren* en als één geheel (de actieve zijde van) het vermogen van *x* vormen.⁴ Dit 'toebehoren' geeft weer dat het rechtssubject de *rechthebbende* is over het desbetreffende subjectieve recht, letterlijk 'hebbende' van het recht. De recht-hebbende heeft bepaalde zeggenschap over het recht. Hij is bevoegd om het hem toegekende recht over te dragen aan een derde of met een beperkt recht te bezwaren. Dit overdragen (vervreemden) en bezwaren, wordt '*beschikken*' genoemd.⁵

Het goederenrecht, als onderdeel van het vermogensrecht, geeft algemene regels over het toebehoren van rechten, over het 'beschikken' over rechten. Het constateren van beschikkingsbevoegdheid duidt steeds op een goederenrechtelijke relatie tussen een rechtssubject en een recht.⁶ Het geeft aan dat het desbetreffende rechtssubject het recht in zijn vermogen heeft; dat hem het recht toebehoort.⁷ Het recht geeft deze rechthebbende beschermingsinstrumenten tegen derden die zijn recht proberen aan te tasten. Zo wordt wel gezegd dat het rechtssubject, binnen de grenzen van het recht, naast volledige beschikkingsmacht over 'zichzelf' als persoon, volledige beschikkingsmacht over zijn

3 Zie Asser/Mijnssen/De Haan 1992 (3-I), nr. 2. In de nieuwe druk van Asser/Mijnssen/De Haan uit 2001 wordt het begrip 'vermogen' niet behandeld. Vervolgens is er hier expliciet voor gekozen om te spreken over rechtssubjecten in plaats van natuurlijke personen (individuen), omdat vermogen ook afhankelijk van het doel en de bestemming opgesplitst kan worden in deelvermogens.

4 Een van de eerste begrippen die Hugo de Groot in zijn Inleidinge poneert is de term 'toebehoren': 'Toebehoren is waerdoor yet het onze werd genoemd, ende bestaet (als hierna zal worden verklaert) in behering ende in inschuld', uit: De Groot 1860, I, I, 8. Vgl. Hartkamp 1990, nr. 82.

5 Onder 'bezwaren' vallen zowel de vestiging van beperkte rechten als het verlenen van persoonlijke rechten.

6 In een aantal bepalingen geeft de wetgever aan dat er inderdaad sprake moet zijn van een 'toebehoren' willen sommige rechthandelingen verricht kunnen worden. Artikel 3:81 BW bepaalt bijv.: 'Hij aan wie een zelfstandig en overdraagbaar recht *toekomt*, kan binnen de grenzen van dat recht de in de wet genoemde beperkte rechten vestigen'. Artikel 3:84 BW bepaalt: 'Voor overdracht van een goed wordt vereist een levering krachtens geldige titel, verricht door hem die bevoegd is over het goed te *beschikken*'.

7 In gelijke zin Pitlo/Reehuis, Heisterkamp 2001, nr. 137: 'Aldus is beschikkingsbevoegd met betrekking tot een goed de rechthebbende op dat goed, degene tot wiens vermogen het goed behoort.'

vermogen heeft en daarmee kan handelen zoals dat hem in zijn eigen of iemands anders belang goeddukt.

Bovenstaande kan in het volgende schema worden samengevat:

Schema 1: Actieve zijde van een vermogen

Schema 1 vormt de basis van het goederenrechtelijk systeem. Wanneer een persoon over (de actieve zijde van) een vermogen spreekt dan impliceert dat in beginsel de aannahme van drie componenten: er is een *rechtssubject* en er zijn één of meerdere *rechten*, die dit rechtssubject *toebehoren*.

Het begrip ‘rechtssubject’ is in de loop der tijden losgemaakt van personen van vlees en bloed, de ‘natuurlijke personen’.⁸ Ook rechtspersonen kunnen rechtssubject zijn. Artikel 2:5 BW stelt de rechtspersoon voor het vermogensrecht gelijk met een natuurlijke persoon. Zo kan een stichting of vereniging een vermogen toebehoren. De stichting is dan naast drager van plichten en bevoegdheden ook drager van de *rechten* die deze toebehoort. Bij nadere omschrijving van deze rechten die een vermogen vormen, stuit men op het begrip ‘subjectieve rechten’ (§ 2.1.3) en binnen het begrip subjectieve rechten weer op het begrip ‘vermogensrechten’ (§ 2.1.4).

2.1.3 Subjectieve rechten

Het begrip ‘subjectief recht’ heeft een centrale plaats in het vermogensrecht. Ook voor dit begrip geeft de wet geen definitie. Over de inhoud van het begrip wordt verschillend gedacht.⁹ Duidelijk is in ieder geval dat het begrip ‘subjectief recht’ staat tegenover ‘objectief recht’, waarmee het recht als geheel van regels en beginselen wordt aangeduid.

8 Zie over het begrip rechtssubject: Houwing 1939; Meijers 1948, p. 170 e.v.; Bergamin 2000; Pitlo/Raaijmakers 2000, p. 34-42. Als uitdrukking van rechtssubjectiviteit wordt veelal artikel 1:1 BW genoemd: allen die zich in Nederland bevinden zijn vrij en bevoegd tot het genot der burgerlijke rechten.

9 Zie hierover onder meer Meijers 1948, p. 70 e.v, TM, *Parl.Gesch.*, Boek 6, p. 614, Onrechtmatige daad I (Jansen) aant. 7 e.v, Larenz 1977, p. 129-148.

Het subject ontleent aan het objectieve recht een specifiek, afdwingbaar recht, een subjectief recht. Meijers noemt het subjectieve recht:

een bijzondere door het recht iemand toegekende bevoegdheid, die hem verleend wordt om zijn belang te dienen.¹⁰

Een subjectief recht geeft het rechtssubject dat het recht toebehoort een specifiek afdwingbaar recht, een bepaald privilege dat aan niemand anders toekomt en dat vermogenswaarde vertegenwoordigt.

Het subjectieve recht beschermt het belang van de rechthebbende. Het recht op betaling van de koopprijs is een subjectief recht dat het belang van de verkoper beschermt bij de nakoming van de koopovereenkomst (artikel 3:296 BW). Het eigendomsrecht op een zaak is een subjectief recht dat het belang van de eigenaar beschermt bij het vrije gebruik en genot van zijn zaak.

Een belangrijk kenmerk van een subjectief recht is dat het altijd tegen iemand werkt. Het subjectieve recht brengt altijd een bepaalde verplichting met zich mee. Dit kan een verplichting voor een specifieke persoon zijn (de schuldenaar), maar ook een onbepaalde groep (alle niet-eigenaren).

Over het algemeen worden er vier kenmerken van een subjectief recht onderscheiden: een subjectief recht is niet mogelijk zonder *rechtssubject*, een subjectief recht beschermt het *belang* van de rechthebbende, het werkt altijd tegen *één of meer anderen* en het subjectieve recht verleent de rechthebbende afhankelijk van het desbetreffende subjectieve recht bepaalde *bevoegdheden*.¹¹

Bovenstaande kan in volgend schema worden samengevat:

Schema 2: Nadere precisering van schema 1

¹⁰ Meijers 1948, p. 86. Vgl. ook Diephuis 1886, § 2; Opzoomer 1879, p. 5-10; Land 1899, § 11; Asser/Scholten 1974, p. 13-16.

¹¹ Bergamin 2000, p. 53; Asser/Mijnssen/De Haan 2001 (3-I), nr. 1: 'Het is hier niet de plaats het begrip subjectief recht uitvoerig te behandelen. Hier wordt ermee volstaan op te merken dat de ordening van de rechtsverschijnselen pleegt te geschieden door groepen van bevoegdheden samen te bundelen (bijvoorbeeld eigendom, hypotheek, vorderingsrecht) en verder als eenheid te behandelen.'

Het recht kent vele soorten subjectieve rechten. Zij bestaan onder meer in het privaatrecht, het publiekrecht en het personen- en familierecht. Traditioneel gezien denkt men bij het begrip subjectief recht, aan het privaatrecht als het rechtsgebied waar subjectieve rechten een rol spelen. Zo stelt Scholten dat het systeem van het privaatrecht geheel is gebouwd op het subjectieve recht.¹² Maar ook het publiekrecht (staatsrecht, strafrecht en bestuursrecht) kent subjectieve rechten: sommige grondrechten en bestuursrechtelijke rechten, zoals vergunningen en quotarechten.¹³

2.1.4 Vermogensrechten

Een categorie binnen de subjectieve rechten zijn de ‘vermogensrechten’. Vermogensrechten zijn rechten die centraal staan in het privaatrechtelijke (objectieve) vermogensrecht. Zij worden dikwijls omschreven als die subjectieve rechten die op geld waardeerbaar zijn en aldus de activa van een vermogen vormen. Meijers definieert vermogensrechten als die rechten die betrekking hebben op de mens in zijn verkeer met andere mensen tot bevrediging van zijn stoffelijke behoeften.¹⁴ Vermogensrechten zijn daarmee een zeer belangrijke groep van subjectieve rechten. Het zijn deze rechten die Meijers als normaaltype van een subjectief recht voor ogen had.¹⁵

Subjectief recht geldt dus als hoofdcategorie waarvan het vermogensrecht een subcategorie is. Niet alle subjectieve rechten zijn vermogensrechten, vermogensrechten zijn wel altijd subjectieve rechten. Als voorbeelden van subjectieve rechten die geen vermogensrechten zijn, worden de meeste rechten uit het personen- en familierecht genoemd omdat deze niet op geld waardeerbaar zijn, maar regels geven over de persoon en het familieleven. Bijzondere vormen van vermogensrechten zijn wilsrechten en lidmaatschapsrechten. Een wilsrecht is de bevoegdheid om door een wilsverklaring, al dan niet in relatie met een rechterlijke uitspraak, een nieuwe rechtstoestand te scheppen.¹⁶ Een lidmaat-

12 Asser/Scholten 1974, § 4.

13 Zie Asser/Mijnssen/De Haan 2001 (3-I), nr. 3. Zie over de drankvergunning HR 3 juni 1954, *NJ* 1954, 380. Een vergunning geeft in de regel een ontheffing van een verbod, met als doel om publiek toezicht te houden. Deze vergunningen kunnen, wanneer zij vermogensrechtelijke waarde hebben en overdraagbaar zijn, als vermogensrecht worden gekwalificeerd. Vgl. HR 16 mei 1997, *NJ* 1998, 238 over overdraagbaarheid van een vergunning tot exploitatie van een benzinstation.

14 Meijers 1948, p. 266. Vgl. TM, *Parl.Gesch.*, Boek 3, p. 89-90; Diephuis 1886, § 2; Opzoomer 1879, p. 5-10; Land 1901, p. 1-11; Asser/Scholten 1933, § 3; Hofmann 1935, p. 1-12.

15 Meijers 1948, p. 86.

16 Zie hierover Meijers 1948, p. 266 e.v.; Aaftink 1974, p. 62 e.v.; Snijders 1999 en Asser/Mijnssen/De Haan 2001 (3-I), nr. 2. Meijers beschouwde de wilsrechten als vermogensrechten: subjectieve rechten welke aan de rechthebbende de bevoegdheid geven om door een wilsverklaring veranderingen in de rechtsbetrekking tot stand te brengen. Als voorbeeld noemt hij een optierecht en een inkortingsrecht. Omdat wilsrechten een stoffelijke waarde

schapsrecht kan onder omstandigheden een vermogensrecht zijn, bijvoorbeeld het lidmaatschap van een coöperatieve vereniging voor de exploitatie van een flat.¹⁷

Het uitgangsschema voor het onderhavige onderzoek, ziet er als volgt uit:

Schema 3: Nadere precisering van schema 2

Voor vermogensrechten geeft de wet een omschrijving. Artikel 3:6 BW bepaalt:

vermogensrechten zijn rechten die hetzij afzonderlijk, hetzij tezamen met een ander recht overdraagbaar zijn...

Dit is de kern van het (objectieve) vermogensrecht: de subjectieve vermogensrechten zijn overdraagbaar, zij kunnen van rechthebbende wisselen. Vermogensrechten zijn rechten die in beginsel op geld waardeerbaar zijn. Door dit vermogensrecht over te dragen, kan de waarde van dit recht te gelde worden gemaakt. Het recht kan zelf overdraagbaar zijn, maar het is eveneens mogelijk dat het recht slechts kan overgaan in verbinding met één of meer andere rechten. Zo gaan de rechten van pand en hypotheek van rechtswege over met het vorderingsrecht tot versterking waarvan zij dienen (artikel 3:7 BW jo artikel 3:82 BW).¹⁸ Er bestaan echter ook niet overdraagbare vermogensrechten.¹⁹ Artikel 3:6 BW voegt aan de omschrijving toe dat vermogensrechten ook rechten kunnen zijn:

... die er toe strekken de rechthebbende stoffelijk voordeel te verschaffen, ofwel verkregen zijn in ruil voor verstrekt of in het vooruitzicht gesteld stoffelijk voordeel.

vertegenwoordigen worden deze rechten vermogensrechten genoemd.

17 Zie Asser/Mijnssen/De Haan 2001 (3-I), nr. 2; Meijers 1948, p. 268; Meijer 1996, p. 203. Artikel 2:34 BW bepaalt dat het lidmaatschap van de vereniging persoonlijk is, tenzij de statuten anders bepalen.

18 Zie nader over beperkte rechten § 2.1.7.

19 Anders: Sohm 1905, die als vermogensrechten alleen die rechten kwalificeert, die daadwerkelijk overdraagbaar zijn. Een onoverdraagbare vordering is volgens Sohm geen 'Gegenstand' in de zin van het BGB.

Het niet overdraagbare recht van gebruik en bewoning, dat aan de persoon van de rechthebbende is verbonden, valt daardoor in de categorie vermogensrechten. Het recht van gebruik en bewoning heeft namelijk de strekking aan de rechthebbende stoffelijk voordeel te verschaffen. In de Toelichting Meijers wordt ook het door een blinde bedongen recht om zich te laten voorlezen en het bedongen recht op bewaring van familiepapieren als voorbeelden van vermogensrechten genoemd.²⁰ Deze rechten kunnen, wanneer zij door toezegging van een stoffelijk voordeel aan de schuldenaar zijn verkregen, als vermogensrechten worden gekwalificeerd.²¹

Nog ingewikkelder wordt het om de grens van het begrip vermogensrecht te bepalen wanneer ook het kenmerk van 'stoffelijk voordeel' ontbreekt. Artikel 3:6 BW geeft geen volledige definitie van een subjectief vermogensrecht, het noemt slechts enkele kenmerken van die rechten. Volgens de Memorie van Antwoord stelt het vast 'dat de rechten die onder een of meer der hier aangeduide categorieën vallen, als vermogensrechten in de zin van het nieuwe wetboek, dus als goederen, worden aangemerkt'.²² Het is dus ook mogelijk dat rechten die niet een specifiek 'stoffelijk voordeel' betreffen als vermogensrechten worden gekwalificeerd. Zo worden in de regel vermogensrechten op zaken die een affectieve waarde hebben (een brief, familiepapieren of een haarlok) wel tot de vermogensrechten gerekend.²³ De grens tussen 'vermogensrecht' en 'niet-vermogensrecht' is daarmee moeilijk te trekken. Sommige schrijvers trekken de grens bij die rechten die aan de rechthebbende slechts bij wijze van nevenwerking vermogensrechtelijk voordeel verschaffen.²⁴ De Toelichting Meijers noemt bijvoorbeeld als 'niet-vermogensrecht' de ouderlijke macht.²⁵ Deze familierechtelijke rechtsfiguur is in de eerste plaats bedoeld om familierechtelijke betrekkingen te regelen. Het daaraan verbonden recht van vruchtgenot (artikel 1:251 BW) is slechts een bijkomend voordeel. Andere schrijvers noemen ook de 'kale' belofte om niet te roken of om af te wassen, het kiesrecht, het recht op lichamelijke integriteit en dergelijke rechten als 'niet-vermogensrechten'. Deze rechten vertegenwoordigen alle een niet in geld uit te drukken waarde.²⁶

Subjectieve vermogensrechten kunnen worden onderscheiden in *volledige* rechten en de daaruit voortvloeiende *beperkte* rechten. De volledige vermogensrechten kunnen vervolgens worden onderscheiden in *absolute* rechten en *relatieve* rechten. De absolute volledige rechten zijn de eigendomsrechten en

20 TM, *Parl.Gesch.*, Boek 3, p. 90.

21 TM, *Parl.Gesch.*, Boek 3, p. 90.

22 MvA II, *Parl.Gesch.*, Boek 3, p. 91.

23 Asser/Mijnssen/De Haan 2001 (3-I), nr. 2.

24 Asser/Mijnssen/De Haan 2001 (3-I), nr. 2.

25 TM, *Parl.Gesch.*, Boek 3, p. 90.

26 Pitlo/Reehuis, Heisterkamp 2001, nr. 7.

de intellectuele eigendomsrechten. Relatieve volledige rechten kennen veel verschijningsvormen. De belangrijkste categorie is die van de vorderingsrechten, maar ook bepaalde vergunningen, wilsrechten en lidmaatschapsrechten kunnen relatieve rechten zijn. Er kunnen aldus vier hoofdcategorieën van subjectieve vermogensrechten worden onderscheiden: (volledige) eigendomsrechten,²⁷ (volledige) intellectuele eigendomsrechten, (volledige) relatieve rechten en de uit al deze rechten voortvloeiende beperkte rechten.²⁸

Schema 4: Onderverdeling van subjectieve vermogensrechten

De plaats van privaatrechtelijke subjectieve vermogensrechten is voornamelijk van systematisch belang. Artikel 3:6 BW heeft met name een systematische betekenis binnen de desbetreffende indeling van Boek 3 BW. Artikel 3:1 BW bepaalt namelijk dat de vermogensrechten – de subjectieve vermogensrechten van artikel 3:6 BW – als *goederen* kunnen worden beschouwd.

2.1.5 Goederen

Als men stelt dat een vermogen uit *vermogensrechten* bestaat dan stelt men in feite dat een vermogen uit *goederen* bestaat.²⁹ Goederen zijn de vermogensbestanddelen van het vermogen van een rechtssubject.³⁰ Deze groep van subjectieve rechten kenmerkt zich door tal van eigenschappen die niet bij alle

27 In dezelfde zin Pitlo/Reehuis, Heisterkamp 2001, nr. 8; Asser/Davids/Mijnssen/Van Velten 1996 (3-II), nr. 5 laat de eigendomsrechten buiten deze opsomming.

28 Meijers 1948, p. 268: 'al naarmate het doel van het recht is om de rechthebbende de macht over en het genot van een lichamelijke zaak, dan wel van een onstoffelijk goed – als een uitvinding, een in een werk van kunst of letterkunde belichaamde gedachte, enz. – te verschaffen of om de rechthebbende de verrichting van een handeling door een ander persoon te zijnen behoeve te verzekeren, onderscheidt men rechten op lichamelijke zaken of zakelijke rechten, rechten op onstoffelijke goederen en vorderingsrechten'.

29 De passieve vermogensbestanddelen (schulden) zijn als zodanig géén goederen. De er tegenover staande vorderingsrechten zijn wel goederen.

30 Asser/Mijnssen/De Haan 2001 (3-I), nrs. 1 en 50.

subjectieve rechten voorkomen.³¹ Zo geeft het objectieve vermogensrecht regels voor goederen in het algemeen: het bepaalt dat op alle *goederen* die voor overdracht vatbaar zijn een recht van pand hetzij van hypotheek kan worden gevestigd (artikel 3:228 BW), dat alle *goederen* in een huwelijksgemeenschap vallen (artikel 1:94 BW), dat een schuldeiser zich op alle *goederen* van zijn schuldenaar kan verhalen (artikel 3:276 BW), dat het faillissementsvermogen het gehele *vermogen* van de schuldenaar omvat (artikel 20 Fw; het einddoel van het faillissementsbeslag is om de gearresteerde *goederen* ten bate van de gezamenlijke schuldeisers te executeren³²), dat het de executant vrij staat beslag te leggen op alle voor het beslag vatbare *goederen* waartoe hij bevoegd is zijn vordering te verhalen (artikel 435 Rv), dat de erfgenamen van rechtswege in het bezit der *goederen* en rechtsvorderingen van de overledene (artikel 4:880 BW) treden, enz. Deze bepalingen gelden alleen voor die subjectieve rechten die als *vermogensrechten*, dus als *goederen* kunnen worden betiteld.

In de Parlementaire Geschiedenis wordt het begrip als volgt uitgelegd:

‘Goederen’ is het genusbegrip voor alle vermogensbestanddelen, waarvan zaken en vermogensrechten de species vormen. Deze indeling vormt het grondpatroon voor de verdere behandeling van het vermogensrecht.³³

Het begrip ‘goed’ fungeert als een van de basisbegrippen van het vermogensrecht.

‘Goederen’ zijn de actieve vermogensbestanddelen van een rechtssubject. Het algemeen deel van het vermogensrecht begint dan ook met een omschrijving van het begrip ‘goed’. Artikel 3:1 BW bepaalt:

Goederen zijn alle zaken en alle vermogensrechten.

Deze omschrijving is verwarrend. Naast ‘vermogensrechten’ noemt artikel 3:1 BW ook de ‘zaken’. De zaken zijn letterlijk gezien geen vermogensrechten, maar juist de *objecten* van een specifieke soort van vermogensrechten, de eigendomsrechten. Een eigendomsrecht wordt immers in artikel 5:1 BW omschreven als het meest omvattende recht óp een *zaak*. De zaken worden in artikel 3:2 BW omschreven als stoffelijke objecten die voor menselijke beheersing vatbaar zijn. In artikel 3:1 BW worden de objecten van eigendomsrechten dus ten onrechte nevensgeschikt aan het begrip ‘vermogensrechten’, waaronder ook de eigendomsrechten vallen.

31 Vgl. Meijers 1948, p. 86.

32 Zie reeds: Ontwerp eener wet op het faillissement, gebr. Belinfante, ‘s-Gravenhage 1887, p. 65. In gelijke zin Molengraaff 1898, p. 44.

33 MvA II, *Parl. Gesch.*, Boek 3, p. 64. Zo ook Pitlo/Reehuis, Heisterkamp 2001, nr. 4: ‘de indeling van de Boeken 3 en 5 is ten dele gebaseerd op deze benamingen en de terminologie is consequent doorgevoerd, ook in andere delen van het BW (bijvoorbeeld in het huwelijksvermogensrecht in Boek 1) en – door de invoeringswetgeving – in allerlei bijzondere wetten’.

Het zou juister zijn indien artikel 3:1 BW alle vermogensrechten op één lijn zou stellen en zou bepalen dat goederen *eigendomsrechten* en andere vermogensrechten zijn.³⁴ Dit komt neer op het feit dat met het begrip goederen de *vermogensrechten* (eigendomsrechten en andere vermogensrechten) worden aangeduid. Het centrale schema van het vermogensrecht (schema 3): 'toebehoren van vermogensrechten', zou dus ook 'toebehoren van goederen' kunnen weergeven.

In de Toelichting Meijers staat dat met het begrip goederen inderdaad bedoeld is op de *vermogensrechten*, maar dat er welbewust voor is gekozen naast deze vermogensrechten het begrip 'zaak' in artikel 3:1 BW op te nemen. De Toelichting Meijers stelt:

Tegen de samenvoeging van zaken en vermogensrechten als goederen of vermogensbestanddelen kan als bezwaar worden geopperd, dat dit ongelijkwaardige grootheden zijn: zaken zijn het voorwerp van vermogensrechten; met een vorderingsrecht, een auteursrecht enz. staat niet een zaak, maar de eigendom van een zaak op één lijn. Men diende dus eigenlijk alleen vermogensrechten als goederen of vermogensbestanddelen te erkennen.³⁵

De Toelichting Meijers zag twee bezwaren om alleen vermogensrechten als goederen te erkennen. Ten eerste identificeert men in het spraakgebruik zaak en eigendomsrecht:

Om te gaan spreken van de verkoop van het eigendomsrecht op een zaak in plaats van de verkoop van een zaak, bij een ruilvereenkomst te spreken van ruil van rechten in plaats van een ruil van zaken, geeft iets gedwongens aan de rechtstaal.³⁶

In dit 'spraakgebruik' heeft men het dus niet over het 'hebben' (juridisch gezien het 'toebehoren') van een *eigendomsrecht* op een zaak, bijvoorbeeld een boot, maar over het 'hebben' van een boot.

Spraakgebruik: Hebben (toebehoren) – Boot (zaak).

Rechtstaal: Toebehoren – Eigendomsrecht – Zaak.

Er is dus door de gangbare vereenzelviging van zaak en eigendomsrecht, één stap uit het zicht verdwenen, namelijk die van het subjectieve (eigendoms)recht. In een schema kan dit als volgt worden weergegeven:

³⁴ In gelijke zin Clausen 1987, p. 82 en Van Oven 1955, p. 370: 'Want wanneer men eerst schrijft dat 'zaken' lichamelijke voorwerpen zijn en dan laat volgen dat 'goederen' zijn 'alle zaken en alle vermogensrechten', dan klopt er iets niet goed. Want men moet in deze laatste formulering 'zaken' niet substitueren door 'stoffelijke voorwerpen', maar men verstaat hier onder 'zaken' het eigendomsrecht op stoffelijke voorwerpen.'

³⁵ TM, *Parl.Gesch.*, Boek 3, p. 63.

³⁶ TM, *Parl.Gesch.*, Boek 3, p. 63.

Schema 5:

Dit is in artikel 3:1 BW kortweg weergegeven als:

Schema 6:

Bovenstaand schema sluit aan bij de gangbare wijze van spreken over een vermogen. Iemand stelt doorgaans dat hij in zijn vermogen heeft zitten: een vruchtgebruik van een weiland, een vorderingsrecht op X, een huis, een zeilboot, een bank, enz. In deze zin heeft men zaken (een huis, boot en bank) en vermogensrechten (een vruchtgebruik en een vorderingsrecht). Hierbij wordt over het hoofd gezien dat een vermogen, juridisch technisch gezien, altijd bestaat uit rechten. Juridisch technisch gezien zou er gesproken moeten worden van een eigendomsrecht op een huis, een eigendomsrecht op een zeilboot, een eigendomsrecht op een bank, enz. Het is niet zozeer het huis als fysiek geheel dat iemand in zijn vermogen heeft, maar het is het *eigendomsrecht* op het huis – de door de wet beschermde (en begrensde) mogelijkheid om iedere derde van het gebruik en genot van het huis uit te sluiten – dat het vermogensbestanddeel vormt. Het gaat om de juridische verhouding, het subjectieve

vermogensrecht dat in het vermogen zit.³⁷ De exclusieve bevoegdheid ten aanzien van de zaak is dat wat de vermogenswaarde bepaalt. Deze exclusieve bevoegdheid ontleent men aan de existentie van het *eigendomsrecht*, niet aan de existentie van de zaak.³⁸

De tweede reden van het opnemen van ongelijkwaardige grootheden, volgt volgens de Toelichting Meijers uit het feit dat men dan vervolgens ook zou moeten spreken van bezit van de eigendom van een zaak, het vruchtgebruik van de eigendom van een zaak en het beheer van de eigendom van een zaak. Dit is volgens de Toelichting Meijers in strijd met het feitelijke element dat in de begrippen bezit, gebruik, vruchttrekking en beheer zit. Men moet de 'zaak' zien als object van bezit, gebruik of beheer en de 'zaak' als object waarvan men de vruchten trekt:

Zodra men echter spreekt van bezit, vruchtgebruik, beheer, enz. van een zaak, komt men tot het op één lijn stellen van zaken en rechten. Want naast het bezit van een zaak, treedt dan het bezit van een recht (vruchtgebruik, auteursrecht, enz.); naast het vruchtgebruik van een zaak, het vruchtgebruik van een recht; naast beheer van een zaak, het beheer van een recht, enz.³⁹

Binnen een dergelijke redenering worden er noodzakelijkerwijze twee ongelijkwaardige grootheden gelijkgesteld: de zaken en de vermogensrechten. Deze ongelijkwaardige grootheden zijn in artikel 3:1 BW op één lijn komen te staan en vormen samen het begrip 'goederen'. De Toelichting Meijers ziet hierin geen bezwaar:

Tegenover het logisch onzuivere van deze terminologie staat dan het grote voordeel van haar praktische bruikbaarheid. Trouwens wat daarin onlogisch is, behoeft nimmer tot gevaarlijke gevolgtrekkingen te leiden, wanneer men slechts voor ogen houdt, dat daar, waar een voorschrift in het algemeen van goederen spreekt en dientengevolge ook op zaken betrekking heeft, de zaken alleen als voorwerp van eigendom in aanmerking komen. Een overdracht of bezwaring van goederen omvat dus ook een overdracht of bezwaring van zaken, maar in de zin van een overdracht of bezwaring van het recht van eigendom op die zaken (...).⁴⁰

37 Zo ook Asser/Mijnssen/De Haan 2001 (3-I), nr. 68; Larenz/Wolf 1997, p. 415; Van Oven 1955, p. 370.

38 Een geval waarbij noodzakelijkerwijze de zaak en het eigendomsrecht uit elkaar moeten worden gehouden betreft de rechtsfiguur *res nullius*. Een *res nullius* is een zaak die in potentie een object van een eigendomsrecht is, maar waarop geen eigendomsrecht rust. Zou men zaak en eigendomsrecht vereenzelvigen dan zou geen onderscheid aangebracht kunnen worden tussen een zaak waarop een eigendomsrecht rust en een zaak waarop geen eigendomsrecht rust: de *res nullius*. Zie hierover uitgebreider en voor meer kritiek op de vereenzelviging van zaak en eigendomsrecht § 2.2.3.

39 TM, *Parl.Gesch.*, Boek 3, p. 63.

40 TM, *Parl.Gesch.*, Boek 3, p. 63.

Deze opdracht van de Toelichting Meijers lijkt eenvoudig: het enige wat men hoeft te doen is duidelijk voor ogen houden dat de zaken de ene keer als fysiek object van eigendom (artikel 3:2 BW) worden gebruikt en de andere keer als eigendomsrecht in de zin van vermogensbestanddeel (artikel 3:1 BW/artikel 5:1 BW). Het is echter gebleken dat deze opdracht niet zo eenvoudig en praktisch is als de Toelichting Meijers het doet voorkomen.⁴¹ Als een persoon spreekt over het kopen van een boot is het voor de jurist niet moeilijk de vertaalslag te maken dat hier juridisch technisch gezien een eigendomsrecht op de boot wordt gekocht en dat het dit eigendomsrecht is dat vervolgens vermogensbestanddeel is van de nieuwe eigenaar. Maar voor de vermogensrechtelijke systematiek heeft deze vereenzelviging van zaak en eigendomsrecht wel nadelige gevolgen gehad. Één van de nadelige gevolgen van deze vereenzelviging is dat het begrip 'zaak' en als gevolg hiervan ook het begrip 'goed', in het Burgerlijk Wetboek geen eenduidige betekenis heeft. Op grond van het vermogensrechtelijk systeem en uit de context van een wetsbepaling moet telkens worden afgeleid welke betekenis het begrip zaak heeft. Zoals in § 2.2.3 wordt aangetoond, heeft dit zowel in de dogmatiek als in de rechtspraak tot verwarring geleid.

Voor een helder beeld van de goederenrechtelijke systematiek is het van belang in te zien dat de subjectieve *vermogensrechten* als goederen moeten worden beschouwd en dat het eigendomsrecht binnen deze definitie, wegens de identificatie van zaak (object) met eigendomsrecht, als 'zaak' is weergegeven. Het dogmatisch juiste schema ter explicatie van het begrip 'goederen', is derhalve:

Schema 7:

41 Zie voor de kritiek op de vereenzelviging van zaak en eigendomsrecht met name § 2.2.3.

2.1.6 Absolute rechten

Een onderverdeling die binnen de categorie vermogensrechten – goederen – gemaakt kan worden, is die tussen *absolute* en *relatieve* rechten. Meijers geeft het onderscheid tussen relatieve en absolute rechten als volgt weer:

Relatieve rechten zijn rechten, die opgebouwd zijn uit verplichtingen, die het objektieve recht aan een of enkele bepaalde personen oplegt. Absolute rechten daarentegen zijn opgebouwd uit verplichtingen, die aan een ieder ten behoeve van de rechthebbende opgelegd worden.⁴²

Absolute volledige rechten kunnen onderscheiden worden in *eigendomsrechten* en *intellectuele eigendomsrechten*. Daarnaast bestaan er ook absolute *beperkte* rechten (§ 2.1.8)

2.1.6.1 Eigendomsrechten

Als prototype van een absoluut recht wordt vaak het 'eigendomsrecht' genoemd. Het eigendomsrecht is de rechtsfiguur die in het leven is geroepen om een bepaald soort rechtsobjecten, de 'zaken', aan rechtssubjecten toe te delen.⁴³ Artikel 5:1 lid 1 BW formuleert eigendom als het meest volledige recht dat een persoon op een *zaak* kan hebben.⁴⁴ Artikel 5:1 lid 2 bepaalt dat het de eigenaar met uitsluiting van een ieder vrij staat om van de zaak gebruik te maken, mits dit gebruik niet strijdt met rechten van anderen.⁴⁵ Het is de eigenaar die de zaak naar eigen goeddunken mag gebruiken. Het eigendomsrecht verschaft het rechtssubject de 'exclusieve heerschappij' over het object van dit eigendomsrecht.⁴⁶ Meijers geeft dit als volgt weer:

Hoevele beperkingen ook de moderne wetgeving aan het gebruik van de eigendom moge stellen, uitgangspunt blijft dat de eigenaar het recht heeft binnen een door het algemeen belang beperkte kring van mogelijkheden dat gebruik van zijn recht te maken, dat hem persoonlijk de grootste bevrediging schenkt.⁴⁷

Dit houdt in dat de eigenaar in beginsel de zaak mag gebruiken zoals het hem goeddunkt: hij mag de zaak vernietigen, wijzigen en op alle andere manieren

42 Meijers 1948, p. 266.

43 Zie TM, *Parl.Gesch.*, Boek 5, p. 18-19.

44 Zie over de codificatiegeschiedenis van dit artikel onder andere Van den Bergh 1983, p. 393.

45 Deze beperkingen gelden overigens voor de uitoefening van ieder subjectief recht. Vervolgens kan de vrijheid voor de eigenaar ook op andere manieren begrensd worden, bijvoorbeeld door het leerstuk van het misbruik van bevoegdheid (artikel 3:13 BW).

46 Larenz/Wolf 1997, § 14, 14 en § 20, 4, noemt deze heerschappij '*Herrschaft*' en het eigendomsrecht derhalve een '*Herrschaftsrecht*'.

47 Meijers 1948, p. 73.

behandelen. De toekenning van dit privilege aan het rechtssubject levert verplichtingen op voor anderen dan de rechthebbende van het eigendomsrecht: iedere niet-eigenaar moet zich onthouden van inbreuk op deze exclusieve heerschappij over het object.

Het rechtssubject die dit eigendomsrecht *toebehoort*, heeft de zeggenschap over het eigendomsrecht. Het toebehoren impliceert de mogelijkheid om over het vermogensrecht te beschikken. Het rechtssubject kan zo het eigendomsrecht overdragen aan een derde. Één van de vereisten voor een geldige overdracht is levering van het object (artikel 3:84 BW). Bij een geldige overdracht van het eigendomsrecht gaat dit recht uit het vermogen van de oorspronkelijke rechthebbende naar het vermogen van de verkrijgende rechthebbende. Op grond van het toebehoren kan het rechtssubject ook een beperkt recht op het eigendomsrecht vestigen dat naar de heersende leer voor de rechthebbende als bezwaring van zijn eigendomsrecht wordt beschouwd. Door vestiging van bijvoorbeeld het beperkte recht van vruchtgebruik (artikel 3:201 BW) staat de eigenaar de hem op grond van het eigendomsrecht toekomende bevoegdheden tot gebruik van de zaak en genot van de vruchten af aan de beperkt gerechtigde vruchtgebruiker. Het eigendomsrecht blijft een zelfstandig recht dat in het vermogen van de eigenaar zit.⁴⁸ Dit eigendomsrecht is echter bezwaard met een beperkt recht van vruchtgebruik. Dit beperkte recht van vruchtgebruik levert voor de vruchtgebruiker ook een zelfstandig subjectief recht op, dat in zijn vermogen zit. Het objectieve recht verschaft het rechtssubject beschermingsinstrumenten om op te treden tegen gemaakte of nog te maken inbreuken op zijn eigendomsrecht.

Het is dus in theorie mogelijk om de bevoegdheden op grond van toebehoren (bevoegdheden *tot* het eigendomsrecht) te scheiden van bevoegdheden die het eigendomsrecht zelf verschaft (bevoegdheden *uit* het eigendomsrecht). De specifieke bevoegdheden die uit het *eigendomsrecht* voortvloeien zijn met name het vrije gebruik en genot van de zaak. Het eigendomsrecht wordt een *absoluut recht* genoemd omdat de toekenning van deze bevoegdheden ten aanzien van de zaak, niet alleen rechten en verplichtingen meebrengt voor het rechtssubject, maar ook verplichtingen voor 'alle niet-eigenaren', alle overige rechtssubjecten in de samenleving. In deze zin werkt het eigendomsrecht absoluut. Het eigendomsrecht heeft derdenwerking: alle niet-eigenaren

48 Het gebruik van de zaak dat een derde door middel van een persoonlijk of beperkt recht kan verkrijgen is in de regel minder omvattend dan de 'heerschappij' van de eigenaar. Een bruiklener bijvoorbeeld mag de zaak slechts tijdelijk gebruiken en dient de zaak weer terug te geven aan de uitlener die eigenaar blijft van de zaak. Het verschil tussen een volledig absoluut recht op de zaak en andere rechten ten aanzien van het gebruik van deze zaak, kan het verschil tussen 'heerschappij' en 'gebruik' worden genoemd. 'Heerschappij' ziet op het naar eigen willekeur aanwenden van de zaak, waaronder niet alleen het gebruik van de zaak, maar ook de mogelijkheid tot wijzigen, vernietigen en dergelijke vallen. De heerschappij over een zaak omvat meer dan de bevoegdheid tot gebruik van de zaak.

hebben de verplichting geen inbreuk te maken op de aan het rechtssubject toegekende bevoegdheden ten aanzien van de zaak.

Een eigendomsrecht kan ingevolge artikel 5:1 BW alleen gevestigd worden ten aanzien van zaken; de voor menselijke beheersing stoffelijke objecten (artikel 3:2 BW). Het eigendomsrecht verschaft volledige heerschappij over dit *rechtsobject*, de 'zaak'. Het is de zaak waar de volledige bevoegdheid tot gebruik over wordt verkregen, de rechthebbende mag met deze zaak doen en laten wat hij wil.

Een van de kenmerken van ons eigendomsrecht is dat er binnen ons rechtssysteem slechts één soort eigendom, een *uniform* eigendomsbegrip, geldt. Dat wil zeggen dat het eigendomsrecht uniform voor alle soorten zaken geldt.

Van oudsher zijn er pleidooien gevoerd voor een *pluriform* eigendomsbegrip waarbij afhankelijk van het soort rechtsobject een ander soort eigendomsrecht van toepassing zou zijn.⁴⁹ Dit zou beter aansluiten bij de maatschappelijke werkelijkheid waarin de eigendom niet als *droit inviolable et sacré*, absoluut en despotisch, kan worden opgevat, maar belangrijke inperkingen kent, onder meer naar de aard van het desbetreffende rechtsobject.⁵⁰ Men heeft lange tijd gedacht dat het absoluut geldende eigendomsrecht met name rond de eerste wereldoorlog in steeds toenemende mate door wettelijke en administratieve maatregelen werd beperkt.⁵¹ Het eigendomsrecht zou steeds minder absoluut gelden doordat de maatschappij meer en meer grenzen stelt aan het eigendomsrecht. Zo zou er een volledig nieuw eigendomsbegrip zijn gegroeid: de eigendom zou zijn 'gesocialiseerd'. De woorden zijn hetzelfde gebleven, maar de inhoud van het eigendomsrecht zou zijn veranderd. Deze verandering zou in extremo meebrengen dat er voor bepaalde objecten een totaal ander regime gold dan voor andere objecten.

Deze visie behoeft enige nuancering. Derine heeft aangetoond dat de eigendomsopvatting van de wetgevers en rechtsgeleerden aan het begin van de 19^e eeuw, in tegenstelling tot wat men algemeen dacht, helemaal niet onbeperkt en onbegrensd was.⁵² Er blijken altijd al beperkingen op het eigendomsrecht te zijn geweest. Het kan echter niet ontkend worden dat in de loop der jaren de regels van maatschappelijk behoren steeds belangrijker werden. Ten aanzien van het maatschappelijk fenomeen 'kraken van woningen' bijvoorbeeld, zag men de vaststelling van wie het formele eigendomsrecht op de

49 Zie bijvoorbeeld Van der Grinten 1961, p. 15; De Haan 1976; Schut 1981, p. 329-332, Van der Grinten 1961.

50 Zie over de codificatiegeschiedenis van de eigendom onder anderen Van den Bergh 1983, p. 389-404 en Van den Berg 1984. Ook artikel 625 oud BW werd in een absolute vorm geïnterpreteerd: eigendom is het recht om van eene zaak het vrij genot te hebben en daarover op de volstrekte wijze te beschikken. Zie hierover Van Reeken 1893, p. 1-66 en Derine 1955.

51 Zie Derine 1955.

52 Derine 1955, p. 279.

woning heeft, steeds minder belangrijk worden.⁵³ Door Van Maanen is mede op grond van deze ontwikkeling voorgesteld het uniforme eigendomsrecht op te splitsen in een *maatschappelijk* eigendomsrecht op productiemiddelen, communicatiemiddelen, grond, lucht en water, een *wooneigendomsrecht* op woonruimte en *persoonlijke* eigendom van zaken die gebruikt worden ter bevrediging van materiële en culturele behoeften.⁵⁴

Heden ten dage wordt het pleidooi voor een pluriform eigendomsbegrip vooral nog gevoerd ten aanzien van zaken met een 'publieke bestemming'.⁵⁵ Daarmee wordt gedacht aan zaken die ten algemene nutte bestemd zijn: openbare vaarwateren, gebouwen, wegen, stranden enz. Deze zaken behoren in de regel de overheid als behartiger van het algemeen belang toe. Ook roerende zaken als schilderijen in de rijksmusea kunnen tot de zaken met een publieke bestemming gerekend worden. Ten aanzien van deze openbare zaken heeft de eigenaar (de overheid) dezelfde bevoegdheden en verplichtingen als ieder ander, maar er gelden voor deze zaken bijzondere beperkingen, deels vastgelegd in regelingen, deels voortvloeiend uit de bijzondere positie van de overheid of bestemming van de desbetreffende zaak. Dit geldt eveneens voor particuliere eigenaren van openbare zaken. De eigenaar kan de openbare functie van een openbare weg niet naar eigen goedvinden tenietdoen.⁵⁶ Er gelden dus bepaalde beperkingen ten aanzien van het eigendomsrecht op dergelijke zaken. Deze bijzondere beperkingen zouden van dien aard zijn dat ons recht twee soorten eigendom zou kennen: een privaatrechtelijk en een publiekrechtelijk.⁵⁷

Er is aan de vele pleidooien voor een gedifferentieerd eigendom, of een publiek eigendom, weinig gehoor gegeven. Dit komt omdat de huidige situatie niet zo onwerkbaar is als de voorstanders van een pluriform eigendomsregime bepleiten. Zoals Slagter terecht aangeeft is het binnen het huidige uniforme

53 Zie Van den Bergh 1988, p. 1 e.v.; In het vonnis van de Rechtbank Middelburg 1 oktober 1980, *NJ* 1981, 374 werd ten aanzien van kraken van een woning besloten dat dit wel degelijk een aantasting is van het eigendomsrecht op de woning maar dat dit niet zonder meer onrechtmatig hoeft te zijn. De rechtbank oordeelde dat inbreuk op het eigendomsrecht in de huidige tijd toelaatbaar kan zijn indien de eigenaar zijn eigendomsrecht op sociaal onverantwoorde wijze gebruikt. Wel behoort het kraken dan op sociaal aanvaardbare wijze te geschieden. Zie hierover onder andere Van Maanen 1981, p. 5-17.

54 Van Maanen 1987.

55 Zie hierover onder anderen Van der Veen 1997, Hennekens 2001 en Tak 1997. Zie voor minder recente pleidooien: Jordens 1869; Van Reeken 1893; Meijers 1918; Vegting 1946; De Goede 1974; De Haan 1976, p. 316-337; Schut 1981, p. 329-332; Van Goch 1982; Van Neste 1983, p. 479-491; Enschede 1986, p. 153-160; Van den Bergh 1988; Van Maanen 1981, 1987 en 1992; Meijs en Jansen 1989, p. 147-155.

56 In HR 5 juni 1992, *NJ* 1992, 539 overwoog de Hoge Raad dat een particuliere eigenaar van een openbaar vaarwater moet dulden dat op grond van de publieke bestemming het gewone verkeer van dit vaarwater gebruik maakt.

57 Zie Pitlo/Reehuis, Heisterkamp 2001, nr. 550.

eigendomsrecht evengoed mogelijk om de reikwijdte van bevoegdheden te differentiëren naar de aard van de zaak.⁵⁸ Een uniform eigendomsbegrip hoeft niet noodzakelijkerwijs met zich mee te brengen dat de materiële inhoud van het eigendomsrecht in alle gevallen hetzelfde is.⁵⁹ Afhankelijk van de aard van het rechtsobject en rechtssubject kunnen er wel degelijk materiële verschillen bestaan. Deze verschillen blijken alleen niet uit de formulering van het eigendomsrecht zelf.

Daarenboven zijn de bestaande beperkingen van eigendom evenmin afhankelijk van het rechtsobject. Het ene woonhuis is het andere niet. Voor uitoefening van een eigendomsrecht op een woonhuis in de stad zullen meer beperkingen gelden dan voor uitoefening van een eigendomsrecht op een woonhuis in een afgelegen bos. Het is dus niet alleen van het soort rechtsobject afhankelijk, maar ook van de concrete omstandigheden waarin het rechtsobject 'functioneert'. Dit houdt eveneens in dat een 'gewone' zaak ineens door een wet of bestemmingsplan tot zaak met publieke bestemming kan worden bestempeld.⁶⁰ Dit wil zeggen dat door wisseling van het karakter van de zaak, deze zaak uit het ene eigendomsregime naar het andere eigendomsregime zou moeten gaan. Dit levert in verband met de rechtszekerheid en goederenrechtelijke derdenwerking geen gunstig resultaat op. De bestaande verschillen kunnen het beste tot uiting komen onder een uniform eigendomsbegrip, waarbinnen mogelijkheden tot beperkingen worden getolereerd.⁶¹ Men hoeft dus geen pleidooi tot erkenning van een pluriform eigendomsbegrip te voeren, maar alleen een pleidooi tot erkenning van de pluriforme *aard* van de beperkingen op het eigendomsregime.⁶²

Naar de heersende leer zijn de 'openbare zaken' dan ook rechtsobject van privaatrechtelijke eigendom waarop (ingrijpende) publiekrechtelijke beperkingen mogelijk zijn.⁶³ De eigenaar kan over het eigendomsrecht beschikken zolang het openbare karakter van de zaak in stand blijft.

58 Slagter 1992, p. 357-374.

59 Zie over de mogelijke publiekrechtelijke en privaatrechtelijke beperkingen onder meer Asser/Davids/Mijnssen/Van Velten 1996 (3-II), nrs. 22-30.

60 In artikel 5 Wegenwet wordt bijvoorbeeld geregeld dat een weg openbaar kan worden doordat de eigenaar er deze bestemming aan geeft en de raad van de desbetreffende gemeente hieraan goedkeuring verleent. Artikel 4 geeft weer dat dit ook kan door gebruik als openbare weg gedurende dertig jaren of door onderhoud gedurende tien jaren door de overheid.

61 Binnen deze visie past het wetsvoorstel publiekrechtelijke beperkingen onroerende zaken (TK 2001-2002, 28 218). Dit wetsvoorstel heeft als doel de rechtszekerheid omtrent de rechtstoestand van onroerende zaken te verbeteren door de kenbaarheid van publiekrechtelijke beperkingen te vergroten.

62 In gelijke zin Slagter 1992, p. 361.

63 Dit blijkt onder meer uit de plaatsbepaling van de artikelen omtrent eigendom van openbare onroerende zaken. Dit wordt geregeld in titel 3 van Boek 5 en komt derhalve na de algemene regels omtrent eigendom in titel 1 van Boek 5.

De discussie over pluriform eigendom is slechts indirect relevant voor het onderzoek naar de grenzen van rechtsobjecten. Het zijn niet de grenzen van rechtsobjecten die centraal staan, maar de verschillen tussen de bestaande rechtsobjecten en de gevolgen die deze verschillen moeten of kunnen hebben voor het daarop rustende eigendomsrecht. De vraag of er sprake moet zijn van een publiek eigendomsrecht op een openbare weg, ziet niet op een kwalificatieprobleem van de 'openbare weg' als zaak, maar op de reikwijdte van het op de openbare weg rustende eigendomsrecht. Het is van belang om deze twee verschillende discussies goed uit elkaar te houden. Het antwoord op de vraag in hoeverre een eigendomsrecht op een zaak 'absoluut' is (wat de reikwijdte van het eigendomsrecht is), is van andere argumenten afhankelijk dan het antwoord op de vraag of een bepaald object een rechtsobject is van een eigendomsrecht. Duidelijk is in ieder geval dat een pluriform, gedifferentieerd eigendomsbegrip niet mee kan brengen dat er op objecten zonder zaakskwaliteit, een eigendomsrecht mogelijk is. Zonder zaakskwalificatie is er ook geen bestuursrechtelijke bevoegdheid tot exclusief beheer mogelijk. Pluriforme vormen van eigendom moeten dus eveneens voldoen aan de kwalificatie-eisen van 'zaken'.⁶⁴

2.1.6.2 *Intellectuele eigendomsrechten*

Rond het eerste kwart van de 17^e eeuw begon men een op het eigendomsrecht gelijkende bescherming ook te verlangen voor niet stoffelijke zaken, voor geestelijke scheppingen.⁶⁵ Men zag in, dat bescherming van deze geestelijke scheppingen door garandering van de exclusieve bevoegdheid tot gebruik en derhalve de garandering van exclusieve exploitatie, de mens sterke prikkels gaf tot het doen van dergelijke geestelijke scheppingen en daarmee de maatschappij tot grote vooruitgang bracht. In het begin van de ontwikkeling van intellectuele eigendomsrechten is zelfs getracht de geestelijke objecten gelijk te schakelen aan de fysieke objecten. Maar op den duur bleken de verschillen toch dusdanig groot dat men niet wilde spreken van eigendom, maar van *intellectuele* eigendom. Het meest in het oog springende verschil is wel dat de intellectuele eigendomsrechten aan een bepaalde tijdsduur gebonden zijn.

Het rechtsgebied van de intellectuele eigendom omvat inmiddels diverse rechten op creatieve prestaties en op investeringen in informatieproducten en rechten op onderscheidingstekens. Deze rechten zijn alle in afzonderlijke wetten terug te vinden. Gemeenschappelijk is dat er sprake is van een rechtsobject waaraan bescherming wordt verleend. Dit rechtsobject geldt als ijkpunt,

64 Anders Hennekens 2001, p. 8: 'Het kan in bepaalde gevallen zinvol zijn om niet tot ons civielrechtelijke begrip 'zaak' te rekenen 'voorwerpen' te rangschikken onder (bestuursrechtelijke) openbare zaken, namelijk in die gevallen waarin en voor zover die 'zaken' in publiekrechtelijke sfeer van betekenis zijn vanuit een oogpunt van beheersing en ordening'.

65 Hauptmann 1924, p. 51.

waaraan vervolgens de beschermingsomvang wordt gerelateerd. Een belangrijk verschil met eigendomsrechten is dat de beschermingsomvang van intellectuele eigendomsrechten per rechtsobject kan verschillen en zelfs van moment tot moment kan fluctueren. Als centraal gegeven verschaffen deze intellectuele eigendomsrechten de rechthebbende een recht om op te treden tegen exploitatie door derden van dit object. Deze bevoegdheden brengen met zich mee dat de rechthebbende een betere concurrentiepositie verkrijgt ten opzichte van andere rechtssubjecten.

Nogal eens ontstaat er verwarring tussen het karakter van deze objecten van intellectuele eigendomsrechten en de objecten van eigendomsrechten: de zaken. Dit is niet verwonderlijk want een gebruiksexemplaar van de uitvinding is veelal zelf een zaak: de landbouwmachine zelf is een zaak. De *idee* van het maken van de landbouwmachine is echter geen zaak, het is een schepping van de mens, een abstracte 'uitvinding'. Deze menselijke schepping wordt wel het *corpus mysticum* genoemd, waar de landbouwmachine zelf het *corpus mechanicum* (de materiële drager, het stoffelijk exemplaar waarin het *corpus mysticum* tot uiting komt) wordt genoemd.⁶⁶ Dit *corpus mysticum* is object van een intellectueel eigendomsrecht, een recht dat de scheppende mens – wanneer hij aan de eisen van de desbetreffende intellectuele eigendomsrecht voldoet – de bevoegdheid geeft om bijvoorbeeld namaak van zijn machine te verhinderen en exploitatie van zijn machine door anderen uit te sluiten. De verwarring is begrijpelijk aangezien het *corpus mysticum* zelf noch stoffelijk noch zichtbaar is en de juridische regelgeving veelal alleen beschermingsregels van dit *corpus mysticum* kan geven aan de hand van de belichaming van het *corpus mysticum*, aan de hand dus van het gebruiksexemplaar, het *corpus mechanicum*.⁶⁷

Op grond van het *toebehoren* heeft het rechtssubject zeggenschap over het intellectuele eigendomsrecht zelf. Het rechtssubject kan besluiten het desbetreffende intellectuele eigendomsrecht over te dragen aan een derde, of enkele bevoegdheden af te splitsen en deze over te dragen aan een derde. Afhankelijk van de creatie, van het *corpus mysticum*, wordt dit intellectuele eigendomsrecht een auteursrecht (werk), merkrecht (merk), octrooirecht (uitvinding), databankrecht (databank), handelsnaamrecht (handelsnaam) en dergelijke, genoemd.

Hier ziet men wederom dat het theoretisch mogelijk is het *toebehoren* van het intellectuele eigendomsrecht (bevoegdheden *tot* het recht) te scheiden van de bevoegdheden die het desbetreffende intellectuele eigendomsrecht de rechthebbende verschaft (bevoegdheden *uit* het recht). Het intellectuele eigendomsrecht geeft de bevoegdheid tot de exclusieve heerschappij over het rechtsobject. Deze bevoegdheid brengt ook voor ieder ander, iedere niet-intellectuele eigenaar, verplichtingen met zich mee om zich te onthouden van

⁶⁶ Hirsch Ballin introduceerde deze begrippen, zie Komen 1970, p. 78.

⁶⁷ Ook zonder enige stoffelijke belichaming kan echter auteursrecht worden verkregen, zo bijvoorbeeld op een rede. Vereist is dat het werk op enigerlei wijze voor zintuiglijke waarneming vatbaar is geworden. Zie § 4.2.1.2.

inbreuken daarop. Dit maakt dat de intellectuele eigendomsrechten eveneens *absolute* subjectieve rechten zijn: iedere derde moet zich onthouden van inbreuk op de bevoegdheid tot gebruik van het desbetreffende object, het *corpus mysticum*.

Het schema kan derhalve als volgt worden weergegeven:

Schema 8:

2.1.7 Relatieve rechten

Zoals al in § 2.1.3 is aangegeven, werken subjectieve vermogensrechten – goederen – altijd tegen iemand. Hiervoor hebben we gezien dat dat voor de absolute rechten, een onbepaalde groep mensen betreft: alle niet-eigenaren en alle niet-intellectuele eigenaren. Tegenover deze absolute rechten staan de relatieve rechten. Het onderscheid ligt in het feit dat absolute rechten verplichtingen meebrengen voor alle niet-rechthebbenden en relatieve rechten in beginsel slechts verplichtingen meebrengen voor één of meerdere bepaalde rechtssubjecten.⁶⁸ De rechthebbende van een absoluut recht kan tegen iedere

⁶⁸ Zie voor een nuancering van het onderscheid tussen absolute rechten en relatieve rechten nader § 2.1.9.

schending van het recht optreden, de rechthebbende van een relatief recht kan in beginsel alleen optreden tegen schendingen van dit recht *door de wederpartij*.⁶⁹ Als belangrijkste categorie van relatieve rechten gelden de vorderingsrechten.

Vorderingsrechten vloeien meestal voort uit overeenkomst of onrechtmatige daad.⁷⁰ Door het aangaan van een overeenkomst ontstaan er wederzijds verplichtingen. Schuldeiser en schuldenaar verplichten zich tot het verrichten van bepaalde prestaties. A verkoopt zijn boot aan B. De koopovereenkomst tussen A en B levert twee vorderingsrechten op: A heeft recht op betaling van de koopprijs en kan deze betaling 'vorderen' en B heeft recht op levering van de boot en kan deze levering 'vorderen'. Deze subjectieve vorderingsrechten brengen specifieke verplichtingen, verbintenissen, mee voor specifieke rechtsobjecten. De verplichting rust niet op een onbepaalde verzameling personen (alle niet-schuldeisers), maar alleen op de schuldenaar van de verbintenis. Relatieve rechten worden niet voor niets persoonlijke rechten genoemd. Het relatieve recht geldt tegenover diegene(n) van *wie* de rechthebbende krachtens dit recht iets kan vorderen en tegenover niemand anders.

Dit 'iets' dat gevorderd kan worden, de prestatie, wordt wel het object van het vorderingsrecht genoemd.⁷¹ Dit is geen rechtsobject. De prestatie is het unieke resultaat van de unieke rechtsbetrekking tussen crediteur en debiteur. De bevoegdheden die ten aanzien van de prestatie voortvloeien uit het vorderingsrecht brengen geen verplichtingen mee voor derden. Zo staat het rechtssubject z vrij om – bij niet wetenschap van een reeds afgesloten koopovereenkomst ten aanzien van een boot tussen x en y – met x een tweede koopovereenkomst ten aanzien van dezelfde boot af te sluiten. Wel kan bij wetenschap van de eerder afgesloten koopovereenkomst, de onder druk uitgeoefende vraag van z aan x om zijn boot alsnog te verkopen en leveren aan z onder omstandigheden onrechtmatig zijn.⁷²

69 Zie § 2.2.3 over het feit dat in sommige gevallen, namelijk door het 'toebehoren aan te tasten', een derde wel inbreuk kan maken op het vorderingsrecht.

70 Vorderingsrechten kunnen ook voortvloeien uit onverschuldigde betaling, ongerechtvaardigde verrijking en zaakwaarneming.

71 Zie Pitlo/Brahn 1987, p. 13; Westra 1992, p. 286-299; Bergamin 2000, p. 57; Pitlo/Reehuis, Heisterkamp 2001, nr. 6; Asser/Hartkamp 2000 (4-I), nr. 16 en 20.

72 Zie voor de criteria waaraan moet zijn voldaan onder meer de arresten HR 17 november 1967, NJ 1968, 42 (Pos/Van den Bosch) en HR 17 mei 1985, NJ 1986, 760 (Curaçao/Boyé). Een dergelijke uitlokking tast niet het vorderingsrecht tussen de oorspronkelijke 'schuldeiser y' en 'schuldenaar x' aan. Dit vorderingsrecht blijft bestaan en de schuldenaar blijft verplicht om deze na te komen. Kan de schuldenaar niet nakomen dan heeft de 'schuldeiser y' het recht om bijvoorbeeld schadevergoeding te vorderen. Het verlangen van dezelfde prestatie door een andere schuldeiser z schept een zelfstandig 'tweede' vorderingsrecht tussen schuldeiser z en schuldeiser x. Het verbieden van uitlokking van wanprestatie is dus meer een kwestie van regelend verbintenissenrecht dan dat er uit de bevoegdheden die voortvloeien uit het vorderingsrecht een rechtsplicht voor alle niet-rechthebbenden ontstaat.

De prestatie is als het ware één met het vorderingsrecht en speelt binnen het goederenrecht geen zelfstandige rol. Dit is anders bij de objecten van eigendomsrechten en intellectuele eigendomsrechten. De rechtsobjecten bepalen mede en onafhankelijk van het rechtssubject, de bevoegdheden die uit het desbetreffende vermogensrecht voortvloeien.⁷³ Bij deze rechtsobjecten moet voldaan zijn aan de desbetreffende eisen die aan het rechtsobject worden gesteld. De prestatie is door schuldeiser en schuldenaar zelf in het leven te roepen. De nadruk ligt bij het feit dat de prestatie door de schuldenaar *vervuld* moet worden en dat de schuldeiser de bevoegdheid heeft om nakoming van deze verplichting *te vorderen*.

De prestatie, welke kan bestaan uit een doen of nalaten, is voor het verbintenissenrecht van groot belang. Het is de schuldeiser vanzelfsprekend te doen om de prestatie: dat is wat hij kan vorderen van de wederpartij. Als de prestatie niet wordt nagekomen, geeft het verbintenissenrecht tal van remedies. Het is daarbij van belang te weten welke de precieze inhoud van de prestatie is. In beginsel kunnen de uit een vorderingsrecht voortvloeiende verplichtingen alles inhouden. Contractvrijheid is een van de pijlers van het verbintenissenrecht. Er gelden twee beperkingen. Op grond van artikel 3:40 BW mag de prestatie niet in strijd zijn met de openbare orde of de goede zeden. Op grond van artikel 6:227 BW moeten de prestaties bepaalbaar zijn: het moet duidelijk wat de omtrek van de prestatie is.⁷⁴ Zodra aan deze eisen is voldaan, is er inherent ook sprake van een vorderingsrecht.

Voor het goederenrecht is het vooral relevant dat het vorderingsrecht een *goed* is. Het vorderingsrecht kan niet bestaan zonder rechtssubject(en), het beschermt het belang van de schuldeiser, werkt tegen een specifiek aangeduide schuldenaar en verleent de rechthebbende bepaalde bevoegdheden. Op grond van het *toebehoren* heeft de rechthebbende de bevoegdheid om over dit vorderingsrecht te beschikken. Dit *toebehoren* geldt in zekere zin absoluut: niemand mag zich voordoen als rechthebbende (zie § 2.2.3). Alleen de rechthebbende kan het vorderingsrecht vervreemden of bezwaren.⁷⁵ Daarbij moet duidelijk zijn dat de overdracht van een overdraagbaar vorderingsrecht niet inhoudt dat de nieuwe rechthebbende de voormalige rechthebbende volledig opvolgt

73 De bevoegdheden die voortvloeien uit het eigendomsrecht zien direct op het rechtsobject; de eigenaar heeft daarover exclusieve heerschappij. Derden zijn verplicht zich te onthouden van gedragingen die inbreuk maken op de bevoegdheden die de eigenaar ten aanzien van de zaak heeft verkregen. Ook de intellectuele eigenaar heeft exclusieve heerschappij over het *corpus mysticum*. Derden zijn verplicht zich van inbreuk op deze bevoegdheden te onthouden.

74 Zie Asser/Hartkamp 2000 (4-I), nr. 23. De verbintenis is ongeldig wanneer haar voorwerp geheel onbepaald is, zodat niet kan worden uitgemaakt waartoe de schuldenaar verplicht is. Voor de geldigheid van de verbintenis is het echter niet nodig dat de prestatie in alle details bepaald is. Voldoende is dat die bepaaldheid later kan worden verkregen.

75 De overdraagbaarheid van vorderingsrechten kan door een beding tussen schuldeiser en schuldenaar worden uitgesloten (artikel 3:83 lid 2 BW). Zie hierover § 2.3.2.

in de rechtsverhouding die de voormalige rechthebbende met de schuldenaar heeft.⁷⁶ Zo gaat bij overdracht van een vordering tot betaling van de koopprijs niet de gehele rechtspositie van de verkoper (de voormalige rechthebbende) op de nieuwe rechthebbende over. De nieuwe rechthebbende verkrijgt het specifieke vorderingsrecht – bijvoorbeeld het recht op betaling van de koopprijs – en de eventueel bij de overeenkomst horende nevenrechten. Het vorderingsrecht wordt als het ware uit de rechtsverhouding losgemaakt en gaat een eigen leven leiden; voor het overige blijft de rechtsverhouding tussen de verkoper (de oorspronkelijk rechthebbende van het vorderingsrecht) en de schuldenaar in stand. Zo kan de schuldenaar voor klachten over het gekochte object nog steeds terecht bij de verkoper. Bij contractsoverneming (artikel 6:159 BW) gaat wel de gehele *rechtsverhouding* tussen verkoper en koper over op een derde en niet alleen het specifieke vorderingsrecht tot betaling van de koopprijs. Deze derde komt geheel in de 'contractuele schoenen' van de verkoper of koper te staan. Voor klachten over het gekochte object kan de derde dan worden aangesproken. Contractsoverneming is dan ook een driepartijen-overeenkomst.

Voor overdracht van een vordering op naam – cessie – is de levering krachtens een geldige titel door een beschikkingsbevoegde vereist. Enerzijds is de cessie de overgang van de actieve zijde van een *verbintenis* van de ene schuldeiser op de andere. In dit opzicht wordt wel eens gedacht dat de overgang van vorderingsrechten geregeld is in het *verbintennisrecht* (Boek 6 BW). Maar omdat anderzijds dit vorderingsrecht dat wordt overgedragen een vermogensbestanddeel – en derhalve een goed – is, is er voor gekozen de regels voor overdracht en levering te plaatsen bij de regels voor overdracht en levering van andere goederen. Dit is een goede keuze geweest met name omdat het het *toebehoren* van dit vorderingsrecht is dat het mogelijk maakt om dit vorderingsrecht te vervreemden en te bezwaren. Het 'toebehoren van vermogensrechten' (schema 3) is de kern van het vermogens- c.q. goederenrecht.

Naast vorderingsrechten bestaan er nog vele andere subjectieve relatieve vermogensrechten. Zo worden wel genoemd: lidmaatschapsrechten van verenigingen, concessies, vergunningen, aandelen in rechtspersonen, productierechten en wilsrechten. Ook deze rechten verschaffen de rechthebbende een zeker privilege en het is dit privilege dat de vermogenswaarde voor het rechtssubject vormt. Deze rechten zijn dan ook subjectieve vermogensrechten. Het gemeenschappelijk kenmerk wordt gevormd door het feit dat zij alle relatief zijn, slechts tegen een bepaalde persoon of instantie kunnen worden ingeroepen en geen verplichtingen met zich meebrengen voor niet-rechthebbenden. Een aandeel is bijvoorbeeld veelal een recht op naam of aan toonder dat werkt

76 Zie Pitlo/Reehuis, Heisterkamp 2001, nr. 273.

tegen één bepaalde instantie: de rechtspersoon.⁷⁷ Hoewel met de term wilsrechten een grote variëteit van rechten wordt aangeduid, kunnen sommige wilsrechten worden aangemerkt als jegens één of meer bepaalde personen uit te oefenen rechten.⁷⁸ Lidmaatschapsrechten kunnen ook vermogenswaarde vertegenwoordigen en gelden jegens een specifiek aangeduide schuldenaar: de instantie die de lidmaatschapsrechten heeft uitgegeven.⁷⁹ Vergunningen zijn publiekrechtelijke relatieve vermogensrechten waarbij in de regel de overheid als 'schuldenaar' geldt.⁸⁰ De overheid moet iets van de vergunninghouder dulden of iets voor de vergunninghouder doen. Quotarechten worden eveneens over het algemeen als relatieve vermogensrechten beschouwd.⁸¹

Het schema kan derhalve als volgt worden uitgebreid:

Schema 9:

77 Vgl. Rank-Berenschot 1998, p. 149-167; Asser/Maeijer 2000 (2-III), nr. 211; Van Schilfgaarde 2001, nr. 32 e.v.

78 Zie noot 16.

79 Zie noot 17.

80 Vgl. Asser/Mijnssen/De Haan 2001 (3-I), nr. 3. Zie ook noot 13.

81 Vgl. Pitlo/Reehuis, Heisterkamp 2001, nr. 7. Zie ook § 2.3.2 over 'verhandelbare rechten'.

2.1.8 Beperkte rechten

Een categorie van vermogensrechten zijn de 'beperkte rechten'. Deze rechten nemen in het goederenrecht een bijzondere positie in omdat zij voortbouwen op reeds bestaande vermogensrechten. Zoals hiervoor duidelijk is geworden, heeft de rechthebbende die een subjectief vermogensrecht *toebehoort* de exclusieve beschikkingsmacht over het desbetreffende vermogensrecht. Hij kan dit recht overdragen, maar hij kan ook bepalen dat hij aan anderen voor kortere of langere tijd een gedeelte van zijn bevoegdheden in de vorm van een beperkt recht zal afstaan. Artikel 3:8 BW bepaalt dat een beperkt recht een recht is dat is afgeleid uit een meeromvattend recht, hetwelk met dat beperkte recht is bezwaard. Zo vestigt men bijvoorbeeld een erfpachtrecht op het *eigendomsrecht* van een stuk grond. Een beperkt recht kan derhalve slechts verleend worden indien er een rechtssubject is dat een meeromvattend vermogensrecht (in het voorbeeld het eigendomsrecht) *toebehoort*. Dit rechtssubject blijft eigenaar, maar dan wel van een eigendomsrecht dat bezwaard is met een beperkt recht. Aangezien de rechthebbende niet meer kan overdragen dan hem zelf *toebehoort* (*nemo plus*-regel),⁸² kan hij het eigendomsrecht dus slechts onder de last van een beperkt recht overdragen. Gaat het beperkte recht teniet dan wordt het oorspronkelijke recht waaruit het beperkte recht is afgeleid, het moederrecht, weer vol. Dit wordt de zogenaamde 'elasticiteit' van het moederrecht genoemd.

Alleen op *vermogensrechten* kunnen beperkte rechten gevestigd worden. Het object van beperkte rechten is dus een *goed*. Dit maakt de rechtsfiguur van beperkte rechten bijzonder: beperkte rechten zijn zelf goederen en hebben ook goederen als object. Op een zaak zonder een daarop rustend eigendomsrecht, een zogenaamd *res nullius*, kan geen beperkt recht worden gevestigd. Deze zaak behoort niemand toe. Pas als er sprake is van *toebehoren* van een *eigendomsrecht* op de zaak is het mogelijk om een beperkt recht te vestigen. Het feit dat beperkte rechten zelf goederen zijn en goederen als object hebben, heeft tot veel dogmatische verwarring geleid. Dit geldt te meer omdat beperkte rechten zelf ook weer objecten kunnen zijn van sommige andere (minder ver strekkende) beperkte rechten. Zo kan een hypotheekrecht gevestigd worden op het recht van vruchtgebruik (op een eigendomsrecht).

Veelal wordt er een andere visie omtrent de systematiek van beperkte rechten gehuldigd. Dit in navolging van Meijers die sprak van een gewijzigde machtsverhouding ten aanzien van hetzelfde *object* en niet van een constructie van (beperkte) rechten op (vermogens)*rechten*:

82 De *nemo plus*-regel ziet op de zinspreuk van Ulpianus in D.50, 17, 54: *Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet* (niemand kan meer recht op een ander overdragen dan hij zelf heeft).

En bij een recht van pand of hypotheek van dat vruchtgebruik heeft men niet een recht op een recht, ook niet een verandering van object, maar alleen een wederom gewijzigde machtsverhouding ten aanzien van hetzelfde object, evenzoo als x^2 een functie is en $2x^2$, een functie van x^2 , maar tevens ook een functie van x is.⁸³

Op grond van bovenstaande redenering geeft men er blijkbaar de voorkeur aan om beperkte rechten te zien als een recht dat een belasting van het object vormt, dus van de zaak zelf.⁸⁴ Binnen deze visie wordt ook wel gesproken over de eigendom als 'het meest volledige recht op een zaak', in de zin dat er ook nog andere beperkte rechten op de zaak mogelijk zijn, *naast* (in plaats van 'afgeleid uit') het eigendomsrecht.

Op grond van deze visie, dat beperkte rechten onder meer *zaken* als object hebben, is de indeling van Boek 3 en Boek 5 gebaseerd.⁸⁵ Boek 3 geeft regels omtrent rechten die mogelijk zijn op 'rechten en op zaken': pand, hypotheek, vruchtgebruik. Boek 5 geeft regels omtrent rechten die alleen op 'zaken' mogelijk zijn: eigendom, erfpacht, erfdienstbaarheid, opstal, mandeligheid en appartementsrechten. Deze indeling kent enige bezwaren. Zo heeft een beperkt recht op een meeromvattend beperkt recht nooit een 'zaak' als object, maar het meeromvattende beperkte *recht*. Voor het beperkte recht van erfpacht heeft de wetgever dit probleem willen omzeilen door in artikel 5:93 BW ter zake van ondererfpacht (een erfpachtrecht op een – meer omvattend – erfpachtrecht op een eigendomsrecht op een zaak) te bepalen dat het ondererfpachtrecht niet rust op het erfpachtrecht, maar op de in erfpacht gegeven onroerende *zaak* zelf.⁸⁶ Dit brengt niet alleen systematische problemen met zich mee, maar bovendien vele extra bepalingen die de afzonderlijke gevolgen van deze ondererfpacht regelen. Dit is echter allerminst bevorderlijk voor de overzichtelijkheid van het goederenrechtelijk systeem. De visie van beperkte rechten die direct een 'zaak' als object hebben, leidt dus tot problemen.

Dogmatisch gezien, hebben alle beperkte rechten subjectieve *vermogensrechten* (*goederen*) als object, als moederrecht. Niet het object (grondstuk x) verandert door het vestigen van een beperkt recht, maar het *eigendomsrecht* verandert. Het eigendomsrecht wordt 'bezwaard',⁸⁷ de beperkt gerechtigde krijgt bevoegdheden die aanvankelijk alleen aan de eigenaar van het moederrecht toekwam. Deze bevoegdheden kunnen vervolgens het gebruik en genot van

83 Meijers 1910, p. 206.

84 In gelijke zin Asser/Mijnssen/De Haan 2001 (3-1), nr. 9.

85 Zie hierover onder anderen Hartkamp 1999, p. 34 e.v. en Rank-Berenschot 1992, p. 107-115.

86 MvA II, *Parl. Gesch.*, Boek 5, p. 303. Des te merkwaardiger is het dat de wetgever vervolgens wel van het inzicht getuigt dat 'het vanzelf spreekt dat het ondererfpacht tenietgaat, wanneer de erfpacht eindigt. Dit vloeit voort uit de regel dat men aan een ander niet meer rechten kan verschaffen dan men zelf heeft'.

87 Het vestigen van een beperkt recht kan ook anders worden opgevat dan 'bezwaaring'. Zie voor een overzicht van mogelijke andere visies: Rank-Berenschot 1992, p. 104-115 en Asser/Mijnssen/De Haan 2001 (3-1), nr. 9. Zie ook Van Opstall 1966.

een 'zaak' betreffen, maar dat doet niets af aan het feit dat er alleen een beperkt recht gevestigd kan worden als er sprake is van een meer omvattend *moederrecht*.

Binnen deze visie van beperkte rechten kan de indeling van het huidig wetboek echter eveneens worden gehandhaafd. In plaats van vast te stellen of het object een zaak of een recht is, stelt men dan vast of het object een eigendomsrecht of een ander vermogensrecht is. Kan het object van beperkte rechten alleen maar een *eigendomsrecht* zijn, dan kan men de regeling vinden in Boek 5. Kan het object zowel een eigendomsrecht als een ander *vermogensrecht* betreffen dan kan men de regeling vinden in Boek 3. Een erfdiensbaaerheid op een *eigendomsrecht* op een zaak, vindt men in Boek 5. Een pandrecht op een *vorderingsrecht* vindt men in Boek 3.⁸⁸

Beperkte rechten zijn alle absolute vermogensrechten. De wet kent een gesloten stelsel van beperkte rechten.⁸⁹ Artikel 3:81 BW bepaalt dat degene aan wie een zelfstandig en overdraagbaar recht toekomt, binnen de grenzen van het recht, de in de wet genoemde beperkte rechten kan vestigen. Beperkte rechten gelden tegen iedere niet-rechthebbende van dit beperkte recht.⁹⁰ Zij hebben werking tegen opvolgende verkrijgers onder bijzondere titel van het moederrecht en de beperkt gerechtigde heeft in geval van faillissement van de hoofdgerechtigde een separatistpositie. Dit kan worden toegelicht aan de hand van een voorbeeld. Stel rechthebbende (A) van een eigendomsrecht op een boot, heeft zijn eigendomsrecht op deze boot bezwaard met een beperkt recht van vruchtgebruik (artikel 3:201 BW) ten behoeve van B. Vruchtgebruiker (B) heeft daarmee het recht verkregen om de boot gedurende een afgesproken periode te gebruiken en de vruchten daarvan te genieten. Een dergelijk gebruiksrecht van de boot zou hij ook kunnen verkrijgen op grond van een relatief recht, namelijk het recht van bruikleen (artikel 7A:1777 BW). In beide gevallen is het resultaat hetzelfde: B mag de boot van A gebruiken. Het verschil tussen beide rechten wordt echter duidelijk in het geval A zijn eigendomsrecht op de boot overdraagt aan C. In het eerste geval, bij vestiging van een absoluut beperkt recht op het eigendomsrecht op de boot, moet C dit beperkte recht respecteren. Het recht van vruchtgebruik blijft op het eigendomsrecht van de boot rusten. Dit wordt 'droit de suite' genoemd. In het tweede geval heeft B een relatief recht van bruikleen, hij heeft geen van het eigendomsrecht afgeleid recht maar een persoonlijk recht tegen de uitlener om diens zaak te gebruiken. Relatieve rechten kennen geen droit de suite, C hoeft het recht van bruikleen

88 Ten aanzien van beperkte rechten op beperkte rechten houdt men hetzelfde probleem. Dit is alleen op te lossen door het oorspronkelijke moederrecht ook ten aanzien van deze beperkte rechten, als uitgangspunt te nemen. Een ondererfpachtsrecht (een erfpachtsrecht op een erfpachtsrecht op een eigendomsrecht) kan als oorspronkelijk moederrecht alleen maar een eigendomsrecht hebben en daarom is de regeling te vinden in Boek 5.

89 Ook buiten het Burgerlijk Wetboek zijn sommige beperkte rechten geregeld.

90 Asser/Mijnssen/Van Velten 1994 (3-III), nr. 10; Pitlo/Reehuis, Heisterkamp 2001, nr. 589.

niet te respecteren.⁹¹ In geval van faillissement geldt als hoofdregel dat schuldeisers onderling een gelijk recht tot voldoening hebben naar evenredigheid van ieders vordering (artikel 3:277 BW).⁹² Gaat C failliet, dan heeft B als rechthebbende van een absoluut beperkt recht een recht dat tegen iedereen werkt: tegen de failliet en tegen alle andere rechtssubjecten. Hij mag derhalve doen alsof er geen faillissement is en het recht van vruchtgebruik blijven uitoefenen. Dit is de 'separatistpositie' van de absoluut gerechtigde.

Artikel 3:98 BW bepaalt dat voor vestiging, overdracht en afstand van een beperkt recht dezelfde eisen gelden als voor overdracht van het moederrecht. Dit betekent eveneens dat het beperkte recht wordt beperkt door het moederrecht. Gaat het moederrecht teniet dan gaat ook het beperkte recht teniet. Is het moederrecht verbonden aan een voorwaarde, dan is het daaruit af te leiden beperkte recht eveneens aan die voorwaarde verbonden. Voor sommige beperkte rechten worden bovendien aparte eisen gesteld. Zo bepaalt artikel 3:228 BW dat alleen op goederen die voor overdracht vatbaar zijn, een recht van pand hetzij van hypotheek kan worden gevestigd. Het niet overdraagbare recht van gebruik en bewoning kan derhalve niet worden verpand.

Sommige beperkte rechten zijn afhankelijke rechten. Artikel 3:7 BW bepaalt dat een afhankelijk recht een recht is dat aan een ander recht zodanig is verbonden dat het niet zonder dat andere recht kan bestaan. Op grond van het voorgaande zou men kunnen zeggen dat deze bepaling niets toevoegt: ieder beperkt recht heeft een *vermogensrecht* als object en als dit vermogensrecht tenietgaat, gaat ook het beperkte recht teniet. Het begrip afhankelijk recht wil echter iets anders aanduiden. Het maakt een onderscheid tussen beperkte rechten die aan een ander dan de rechthebbende van het moederrecht kunnen toebehoren en beperkte rechten die alleen aan dezelfde rechthebbende als de rechthebbende van het moederrecht kunnen toebehoren.⁹³ Alleen deze laatste rechten zijn afhankelijke rechten. De overgang van het beperkte recht is een overgang van rechtswege, dat wil zeggen dat er geen bijzondere handeling of een bijzonder beding voor vereist is (artikel 3:82 BW). Afhankelijke beperkte rechten zijn de beperkte rechten van erfdiensbaarheid,⁹⁴ pand en hypo-

91 Uitzonderingen op de hoofdregel dat absolute rechten gerespecteerd moeten worden en relatieve rechten niet, zijn op grond van derdenbeschermende bepalingen en de onrechtmatige daad-actie mogelijk.

92 Op deze hoofdregel wordt door de wet diverse uitzonderingen gemaakt.

93 In gelijke zin Pitlo/Reehuis, Heisterkamp 2001, nr. 27 en 99.

94 Een erfdiensbaarheid is een recht om over het erf van de buurman te lopen en is een afhankelijk recht ten aanzien van de eigendom van het erf van de gerechtigde, het zogenaamde 'heersende erf'. Bij overdracht van het eigendomsrecht van het heersende erf verkrijgt de nieuwe rechthebbende eveneens het beperkte recht van erfdiensbaarheid.

theek⁹⁵ en het recht van opstal voor zover dat bij de vestiging afhankelijk is gemaakt van een ander recht.

Op grond van het *toebehoren* van een beperkt recht heeft de rechthebbende de mogelijkheid om, tenzij daarvoor beperkingen gelden, het beperkte recht te vervreemden of te bezwaren. Beperkte rechten zijn vermogensbestanddelen die qua inhoud over het algemeen onderscheiden kunnen worden in beperkte rechten die voor de rechthebbende een genots- of gebruiksrecht impliceren (vruchtgebruik, gebruik en bewoning, erfdienstbaarheid, erfpacht en opstal) en beperkte rechten die de rechthebbende zekerheid verschaffen (pand en hypotheek).

In een schema kunnen de beperkte rechten als volgt worden weergegeven:

Schema 10:

Beperkte rechten zijn dus *goederen* die nevensgeschikt zijn aan eigendomsrechten, intellectuele eigendomsrechten en vorderingsrechten. Niet vergeten moet worden dat de beperkte rechten wel voortvloeien uit deze eigendomsrechten, intellectuele eigendomsrechten en vorderingsrechten (of een stap verder: uit meer omvattende beperkte rechten). Men zegt ten aanzien van beperkte rechten ook wel dat er 'rechten op rechten' mogelijk zijn. Voor een helder beeld van de goederenrechtelijke systematiek is het van belang hierbij in de gaten te houden dat vermogensrechten alleen object van *beperkte* rechten (pandrecht, hypotheek, vruchtgebruik, erfdienstbaarheid, erfpacht, opstal) kunnen zijn. Vermogensrechten zijn nooit object van *volledige* rechten. Dit zou dubbelop zijn. De aanname van een volledig recht – waarbij vaak gedacht wordt aan

95 Zo is het hypotheekrecht een afhankelijk recht ten aanzien van de vordering ter verzekering van de nakoming waarvan het is gevestigd. Het is afhankelijk van de rechthebbende van het vorderingsrecht. Wordt de vordering op een andere persoon overgedragen dan blijft het hypotheekrecht daaraan verbonden.

een soort eigendomsrecht – op een eigendomsrecht of een volledig recht (gelijkend aan het eigendomsrecht) op een vorderingsrecht is nergens voor nodig en zou ook niets meer toevoegen aan de goederenrechtelijke systematiek.⁹⁶ Beperkte rechten kunnen alleen maar andere vermogensrechten (volledige dan wel beperkte rechten) tot object hebben en nemen daarom een enigszins aparte plaats in, in de goederenrechtelijke systematiek. Beperkte rechten zijn evenwel altijd *goederen* in de zin van artikel 3:1 BW.

2.1.9 Nuancering onderscheid relatieve en absolute rechten

Het onderscheid tussen relatieve en absolute rechten is minder scherp dan hiervoor is weergegeven. De absolute rechten kunnen worden gerelativeerd en de relatieve rechten verabsoluteerd. De werking van absolute rechten worden bijvoorbeeld gerelativeerd door het leerstuk van misbruik van bevoegdheid. Onder omstandigheden kan het optreden tegen een inbreuk op een absoluut recht, misbruik van bevoegdheid opleveren. Dit geldt evenzeer voor de zogenaamde derdenbeschermingsbepalingen die de absolute werking van goederen relativeren in het belang van derden.

Voor het verbintenissenrecht geldt dat overeenkomsten uitsluitend verbintenissen kunnen doen ontstaan tussen de partijen die haar aangingen. Partijen kunnen echter bij overeenkomst op grond van artikel 6:252 lid 1 BW bedingen dat de verplichting tot een bepaalde prestatie ten aanzien van een registergoed zal overgaan op degenen die het eigendomsrecht op dit registergoed verkrijgen.⁹⁷ Dit is de zogenaamde kwalitatieve verplichting, een verplichting die niet alleen tussen schuldenaar en schuldeiser geldt, maar ook (goederenrechtelijke) derdenwerking kent. Bepaalde persoonlijke rechten hebben zelfs zulke vergaande absolute kenmerken, zoals huur, dat wel verdedigd wordt dat zij als absolute rechten moeten worden beschouwd.⁹⁸

Er bestaat sinds lange tijd discussie over de vraag wat het wezenlijke kenmerk is van een absoluut recht ten opzichte van het relatieve, persoonlijke recht.⁹⁹ Deze tegenstelling komt in essentie overeen met het van oudsher gehanteerde onderscheid tussen zakelijke rechten (*iura in rem*) en persoonlijke

96 Waar het oud BW sprak over eigendom van vorderingen werd dan ook iets anders bedoeld, zie § 2.2.3 over de achtergrond van deze verwarring.

97 Zie voor meer voorbeelden Snijders/Rank-Berenschot 2001, nrs. 75 en 76; Asser/Hartkamp 2000 (4-I), nrs. 17-19.

98 Zie voor een recent onderzoek naar het huurrecht als beperkt recht: Asbreuk-Van Os 2000, p. 31-35. Zie voor kritische kanttekeningen op dit voorstel: Van Erp 2000, p. 456-459. Vgl. reeds Van Berckel 1920, p. 90; Stern 1935.

99 Zie voor een overzicht Asser/Mijnssen/De Haan 2001 (3-I), § 4; Rank-Berenschot 1992; Meijers 1948, p. 269-270.

rechten (*iura in personam*).¹⁰⁰ Het oud BW gaf in artikel 584 de volgende opsomming van zakelijke rechten:

Men kan op zaken hebben, het zij een regt van bezit, het zij een regt van eigendom, het zij een regt van erfgenaamschap, het zij een vruchtgenot, het zij een regt van erfdienstbaarheid, het zij een regt van pand of hypotheek.

Hierbij moet bedacht worden dat de begrippen 'zaak' en 'goed' zoals wij dat sinds 1992 gebruiken, precies omgekeerde betekenissen hadden. Deze opsomming geeft dus weer welke rechten een rechtssubject op 'zaken' in de ruime zin van vermogensbestanddelen kan hebben. Deze absolute rechten, zakelijke rechten genaamd, stonden tegenover de persoonlijke rechten.

Het is niet eenvoudig het verschil tussen absolute/zakelijke rechten en persoonlijke rechten te duiden. In de klassieke opvatting wordt het absolute recht vooral gezien als recht dat absolute heerschappij verschaft over het rechtsobject. Het bezwaar dat tegen een dergelijke opvatting kan worden gemaakt, is dat zij over het hoofd ziet dat het rechtssysteem een systeem is dat voor en door mensen is gecreëerd. Het recht regelt enkel de rechtsbetrekkingen tussen personen. Voorstanders van deze opvatting, ontkennen een relatie tussen een persoon en een zaak en trachten het recht van de eigenaar eveneens als een recht op een prestatie te construeren. Die prestatie zou dan een negatieve gedraging zijn. Iedere niet-eigenaar moet zich als 'schuldenaar' onthouden van inbreuk op het eigendomsrecht. In deze zin heeft het rechtssubject een recht dat meebrengt dat alle andere rechtssubjecten, schuldenaar zijn van een verbintenis om geen inbreuk te maken. Het verschil tussen een vorderingsrecht en een eigendomsrecht bestaat dan alleen hierin dat het absolute eigendomsrecht tegenover iedereen geldt, dat iedereen schuldenaar is, en het vorderingsrecht in beginsel alleen door één of meer bepaalde schuldenaren moet worden gerespecteerd.¹⁰¹ De zaak als object van het eigendomsrecht, zou dan volledig buiten beeld kunnen blijven. Planiol wordt als belangrijkste vertegenwoordiger van deze zogenaamde respectleer beschouwd. Volgens Kisch kunnen zakelijke rechten gezien worden als kwalitatief bepaalde persoonlijke rechten.¹⁰² Ook deze theorie kan als variant van de respectleer worden beschouwd. Van Maanen reduceert eigendom eveneens tot verbintenissen om 'wel' en verbintenissen om 'niet te doen'.¹⁰³

Ook de respectleer kent bezwaren. Wat namelijk tegenover de prestatieplicht van de schuldenaren staat, is de vrijheid van handelen voor de eigenaar. Wil deze vrijheid omschreven kunnen worden dan is het begrip object daarvoor noodzakelijk. De eigenaar verkrijgt geen algemene vrijheid, maar vrijheid

100 Vgl. Zwolve 1993, p. 54 e.v., Asser/Beekhuis 1957, § 1-2.

101 Zie hierover uitgebreider Rank-Berenschot 1992, § 4.3.

102 Kisch 1932, nr. 210-218. Zie hierover uitgebreid Rank-Berenschot 1992, nr. 4.3.4.

103 Van Maanen 1987.

van handelen *met betrekking tot* het object waarvan hij eigenaar is. Het recht van de eigenaar om te mogen handelen enerzijds en de verplichting van alle anderen om zich van inbreuk daarop te onthouden anderzijds, concentreert zich bij het eigendomsrecht steeds op een rechtsobject, de zaak. Eggens stelt daarom dat binnen het eigendomsrecht de betrekkingen persoon-zaak en persoon-andere personen wel te *onderscheiden* zijn, maar niet te *scheiden* zijn: zij vormen een eenheid: persoon-zaak-andere personen.¹⁰⁴ Ook volgens Asser/Davids/Mijnssen/Van Velten moet de eigendom wel als relatie tussen een persoon en een zaak beschouwd worden. Dit omdat een eigendomsrecht altijd een aanvang neemt met een feitelijke handeling. Eigendom van zaken is terug te voeren tot een in het verleden verrichte daad van inbezitneming of enige vorm van zaaksvorming.¹⁰⁵ Beide eigenschappen van eigendom zijn derhalve nodig: eigendomsrechten zien op een specifiek rechtsobject en brengen verplichtingen met zich mee voor iedere niet-rechthebbende van dat absolute recht.¹⁰⁶

De begrippen absoluut en relatief recht liggen dus dicht bij elkaar dan aanvankelijk gedacht. Rank-Berenschot komt dan ook tot de conclusie dat het onderscheid met name van belang is als hulpmiddel bij de opzet van een overzichtelijk goederenrechtelijk systeem. Het is aan de hand van dit onderscheid dat overzichtelijk kan worden gemaakt waarom een absoluut recht qua gevolgen een fundamenteel andere positie inneemt dan het persoonlijke recht.

Aan absolute rechten worden naar de heersende leer de kenmerken absoluteheid, prioriteit, separate behandeling, *droit de suite*, publiciteit en *numerus clausus*, toegeschreven.

Prioriteit geeft weer dat de werking van een absoluut recht tegenover derden impliceert dat geen enkele derde op dat goed ook een absoluut recht kan vestigen anders dan met volledige inachtneming van het eerder ontstane absolute recht (*'prior tempore, potior iure'*).

Op grond van het *droit de suite-principe* (ook wel 'zaaksgevolg', 'absolute werking', 'goederenrechtelijke werking' en 'zakelijke werking' genoemd) moet het absolute recht van een rechthebbende door een ieder worden gerespecteerd. Een door de aanvankelijke rechthebbende van een eigendomsrecht op een boot gevestigd recht van vruchtgebruik moet bij overdracht van het eigendomsrecht aan C door C worden gerespecteerd. Men zegt wel dat het recht van vruchtgebruik op de boot is blijven rusten, terwijl ook hier beter gesteld kan worden dat het recht van vruchtgebruik op het *eigendomsrecht* is blijven rusten. In deze

104 Eggens 1960, p. 187. Zie ook Van Dunné 1986, p. 31.

105 Dit gaat naar huidig recht niet meer volledig op omdat de aan niemand toebehorende onroerende zaken ingevolge artikel 5:24 BW toebehoren aan de staat. Zie Asser/Davids/Mijnssen/Van Velten 1996 (3-II), nr. 21.

106 Vgl. Asser/Davids/Mijnssen/Van Velten 1996 (3-II), nr. 21 en de daar aangehaalde literatuur.

zin is het Franse begrip '*droit de suite*' het meest nauwkeurig. Dit *droit de suite* volgt ook uit de *nemo plus*-regel: de oorspronkelijke eigenaar kan niet meer overdragen dan hij zelf heeft en kan derhalve slechts een eigendomsrecht met een daarop rustend recht van vruchtgebruik overdragen. Dit eigendomsrecht en de daarop rustende beperkte rechten moeten door een ieder worden gerespecteerd. Het *droit de suite*-beginsel wordt ook wel gebruikt om de situatie aan te duiden dat het eigendomsrecht de zaak volgt, waarop het eigendomsrecht rust. Artikel 5:2 BW geeft de eigenaar de bevoegdheid de zaak van een ieder die haar zonder recht houdt, op te eisen (revindicatie). Het is verstandig deze twee vormen van '*droit de suite*' duidelijk uit elkaar te houden. Het ene geval ziet op het *goed*: een bezwaard goed kan alleen inclusief bezwaring worden overgedragen. Het andere geval ziet op het *rechtsobject*. Ook als de zaak, het rechtsobject, gestolen is, blijft het eigendomsrecht daarop rusten. De eigenaar en de beperkt gerechtigde hebben als gevolg hiervan het recht om afgifte van de zaak te vorderen in wiens handen deze zaak zich ook moge bevinden (revindicatie).¹⁰⁷

Het absolute recht kent een *separate behandeling*: een rechthebbende van absoluut recht kan zijn recht tegenover een ieder en dus ook tegenover een beslaglegger en faillissementscurator inroepen. Er wordt ook wel gesproken van een 'separatistpositie'. De absoluut beperkte rechten van pand en hypotheek zijn daarom erg aantrekkelijk voor schuldeisers: zij kunnen hun pandrecht c.q. hypotheekrecht executeren alsof er geen faillissement is (57 Fw). De executie zal doorgaans plaatsvinden door het eigendomsrecht op het desbetreffende object te executeren en zich op de opbrengst te verhalen. Een persoonlijk gerechtigde daarentegen moet zijn vordering ter verificatie bij de curator indienen, hij ontvangt in de regel hoogstens een percentage van zijn vordering.

Naar gelang de aard van het rechtsobject gelden voor mutaties van absolute rechten zogenaamde *publiciteitseisen*. Deze komen met name bij de leveringshandeling naar voren.

Numerus clausus houdt in dat absolute rechten limitatief in de wet zijn geregeld en een vaste omschrijving in de wet kennen.¹⁰⁸ Naar de heersende leer kunnen geen absolute rechten buiten de wet ontstaan. Relatieve rechten kunnen daarentegen geheel naar vrije uitoefening van partijen ontstaan.

Aan absolute rechten kent het Burgerlijk Wetboek de eigendomsrechten en beperkte rechten,¹⁰⁹ in overige wetten staan de intellectuele eigendomsrechten

107 Artikel 5:2 BW (eigendom); artikel 3:218 BW (vruchtgebruik); artikel 5:95 BW (erfpacht); artikel 5:104 BW (opstal).

108 Zie over het ontstaan van het gesloten stelsel van absolute rechten onder anderen Nève 1996, p. 223-232 en Ketelaar 1978, p. 140-141.

109 Zie over oude zakelijke rechten die door de overgangswet nog bestaanbaar kunnen zijn: De Meyere 1928 en Ketelaar 1978. Men denke dan aan het recht van veer, het waterrecht, het recht van weidegang en dergelijke. In HR 1 juli 1994, NJ 1995, 547 overwoog de Hoge Raad dat de oude zakelijke rechten, in casu het recht van handwissel (dertiende penning)

en andere beperkte rechten.¹¹⁰ Het was aanvankelijk Meijers bedoeling om de intellectuele eigendomsrechten ook te regelen in het Burgerlijk Wetboek. Boek 9 is gereserveerd voor deze rechten, maar aangezien het intellectuele eigendomsrecht zozeer een eigen systeem is, met inmiddels veel invloed vanuit Europees niveau, wordt niet verwacht dat het snel een plaats zal krijgen binnen het Burgerlijk Wetboek.¹¹¹ Dit is jammer omdat intellectuele eigendomsrechten eveneens *goederen* zijn en derhalve de algemene regels in het Burgerlijk Wetboek voor goederen evenzeer gelden voor intellectuele eigendomsrechten als voor eigendomsrechten, beperkte rechten en persoonlijke rechten.¹¹²

2.1.10 Tussenconclusie

In het vermogensrecht staat het begrip vermogen centraal. Onder het begrip vermogen vallen de op geld waardeerbare rechten en plichten. Deze rechten kunnen nader omschreven worden als subjectieve vermogensrechten. Subjectieve vermogensrechten kennen een bijzondere behandeling in het vermogensrecht. Zij worden in artikel 3:1 BW als goederen omschreven. Goederen worden gekenmerkt door een aantal eigenschappen. Zo kunnen zij als zekerheidsobject gelden, vallen goederen in het faillissementsvermogen, vallen goederen in het gemeenschapsvermogen, zijn goederen voor verhaal vatbaar en dergelijke. Wegens de gangbare identificatie van de eigendom met het object daarvan, de zaak, zijn niet de eigendomsrechten, maar de zaken in artikel 3:1 BW als goederen opgenomen. Met 'zaken' kan dus zowel het stoffelijk object van een eigendomsrecht, als het eigendomsrecht zelf worden aangeduid. Dikwijls wordt

vatbaar blijven voor verdere ontwikkeling aan de hand van de zich wijzigende maatschappelijke omstandigheden.

110 Pitlo/Reehuis, Heisterkamp 2001, nr. 591 noemt onder meer het onbenoemde beperkte recht, zoals neergelegd in de Wet van 31 juli 1930 houdende vaststelling van voorschriften omtrent openbare wegen en het recht van graf zoals neergelegd in de Wet op de lijkbezorging van 7 maart 1992.

111 Zie hierover nader § 4.1.4.

112 Het foutieve idee dat intellectuele eigendomsrechten geen goederen zouden zijn, kan in de hand worden gewerkt door hantering van het begrip 'goederenrechtelijk recht'. De begrippen 'zaak' en 'goed' zijn in 1992 van betekenis gewisseld, met als gevolg dat het begrip 'zakelijk recht' ook is omgewisseld in 'goederenrechtelijk recht'. Het begrip 'goederenrechtelijk recht' wordt in de regel gebruikt om een onderscheid te maken tussen absolute en persoonlijke rechten. Soms wordt het begrip echter ook gebruikt om de absolute rechten zelf onder te verdelen in intellectuele eigendomsrechten en goederenrechtelijke rechten. Dit onderscheid is echter vooral verwarrend, want intellectuele eigendomsrechten zijn net als eigendomsrechten en de beperkte rechten absolute goederen. Vgl. Snijders/Rank-Berenschot 2001, nr. 6: 'Aangezien deze rechten (intellectuele eigendomsrechten; JCvdS) geen betrekking hebben op goederen zijn het geen goederenrechtelijke rechten. Toch vertonen zij door hun vermogensrechtelijke en absolute karakter (...) sterke verwantschap met goederenrechtelijke rechten'.

dit onvoldoende erkend en leidt de dubbele betekenis van 'zaak' tot een vertroebeld beeld van de goederenrechtelijke systematiek.

Als hulpmiddel bij het verkrijgen van een overzichtelijk beeld van de goederenrechtelijke systematiek dient het onderscheid tussen goederen die absoluut en goederen die relatief zijn. Als uitgangspunt kan gesteld worden dat absolute volledige rechten, rechten zijn die heerschappij impliceren omtrent een bepaald object. Het Nederlandse recht kent twee soorten absolute volledige vermogensrechten: eigendomsrechten en intellectuele eigendomsrechten. Eigendomsrechten hebben *zaken* als rechtsobject, intellectuele eigendomsrechten de *corpora mystica*. Deze rechten gelden tegenover iedere niet-rechthebbende van het recht.

Relatieve rechten zijn rechten die alleen gelden tegenover één of meerdere schuldenaren. Als belangrijkste categorie van relatieve rechten gelden de vorderingsrechten. Zij hebben een prestatie als voorwerp. Deze prestatie staat centraal in het verbintenissenrecht. De prestatie dient niet als rechtsobject te worden beschouwd. Rechtsobjecten bepalen mede en onafhankelijk van het rechtssubject de bevoegdheden die voortvloeien uit het desbetreffende vermogensrecht. De prestatie is het unieke resultaat van de unieke rechtsbetrekking tussen crediteur en debiteur. Schuldeiser en schuldenaar hebben het object zelf in het leven geroepen. Het accent ligt bij het feit dat de schuldeiser van het vorderingsrecht iets van een andere schuldenaar te vorderen heeft (een dulden of doen).

Vervolgens kunnen zowel relatieve als absolute vermogensrechten object zijn van beperkte rechten. Ook de beperkte rechten zelf kunnen weer object zijn van beperkte rechten. Beperkte rechten zijn altijd absolute rechten, maar geven geen *directe* heerschappij over een bepaald object, maar hebben een meeromvattend *vermogensrecht* als object. De bevoegdheden die een beperkt gerechtigde verkrijgt, kunnen wel indirect zien op het aan het moederrecht ten grondslag liggende rechtsobject.

2.2 HET BEGRIP 'RECHTSOBJECT' IN HET VERMOGENSRECHT

2.2.1 Inleiding

De wet kent het begrip rechtsobject niet. De wet kent wel het begrip 'goederen' die onderscheiden kunnen worden in absolute vermogensrechten (absolute goederen) en relatieve vermogensrechten (relatieve goederen). De absolute volledige vermogensrechten (eigendomsrechten en intellectuele eigendomsrechten) kennen alle een rechtsobject waarover absolute heerschappij wordt verleend. Larenz noemt de eigendomsrechten en intellectuele eigendomsrechten

ook wel *Herrschaftsrechten*.¹¹³ Kenmerkend is dat deze zogenaamde *Herrschaftsrechten* rechtsobjecten als voorwerp hebben waarover absolute heerschappij (*Herrschaft*) wordt verleend. Het is dit rechtsobject dat in deze studie centraal staat.

2.2.2 Het begrip 'rechtsobject'

Schema 9 geeft aan hoe het vermogensrecht schematisch kan worden weergegeven. Uit dit schema kunnen drie lagen worden gedestilleerd: de toebehoren-laag, de subjectieve vermogensrechten-laag en de rechtsobjecten-laag. De *toebehoren-laag* geeft aan dat een vermogensrecht niet bestaat zonder rechtssubject die het toebehoort. Op grond van de toebehorenrelatie heeft het rechtssubject de bevoegdheid te beschikken over het recht dat hem toebehoort: het vermogensrecht kan onder meer worden overgedragen en bezwaard. De *subjectieve-vermogensrechten-laag* bevat de subjectieve vermogensrechten die de actieve zijde van het vermogen vormen dat een rechtssubject toebehoort (eigendomsrechten, relatieve rechten, waaronder vorderingsrechten, beperkte rechten en intellectuele eigendomsrechten). De specifieke vermogensrechten geven bevoegdheden aan het rechtssubject overeenkomstig hun definitie of functie. Deze bevoegdheden betreffen in het geval van absolute rechten een zekere heerschappij over een object. Deze objecten vormen de derde laag: de *rechtsobjecten-laag*. De objecten van absolute rechten kunnen worden onderverdeeld in zaken en scheppingen van de mens, de zogenaamde *corpora mystica*. Deze objecten spelen hetzij direct hetzij indirect een rol in het goederenrecht. Zo is de aard van het object bijvoorbeeld van grote invloed op de reikwijdte van de bevoegdheden die een rechtssubject op grond van het desbetreffende vermogensrecht kan verkrijgen.¹¹⁴

Schema 11:

113 Larenz/Wolf 1997, § 20, 4.

114 Zie hierover uitgebreider § 2.3.7.

Bedacht moet worden dat de toebehorenlaag veelal niet expliciet in het wettelijk systeem aan de orde komt. Het speelt een rol bij de vaststelling wie rechthebbende is over het bepaalde subjectieve vermogensrecht, wie over dit vermogensrecht mag beschikken. Deze toebehorenrelatie vloeit als het ware voort uit het bestaan van het subjectieve vermogensrecht zelf, aangezien er zonder rechtssubject geen recht is en er dus altijd sprake is van toebehoren. De beschikkingsbevoegdheid is zozeer aan het recht van de rechthebbende gebonden dat het één niet zonder het ander kan bestaan. De beschikkingsbevoegdheid kan dan ook niet contractueel worden ontnomen of beperkt.¹¹⁵ Over het algemeen hoeft het 'toebehoren' ook niet nader te worden geëxpliciteerd omdat binnen de wettelijke of contractuele regeling van de subjectieve vermogensrechten voldoende weergegeven wordt wat wiens bevoegdheden zijn. Laag 1 en laag 2 worden veelal als één laag beschouwd. De gerechtigdheid *tot* het vermogensrecht (toebehoren) en de gerechtigdheid *uit* het vermogensrecht (de bevoegdheden die men op grond van het specifieke vermogensrecht verkrijgt) spreken vaak voor zich. Dat het toch zin heeft om de toebehorenlaag te expliciteren, komt hierna in § 2.2.3 aan de orde.

Centraal in dit onderzoek staat laag 3: de rechtsobjecten. Tegenover een rechtssubject, degene aan wie het recht toekomt, staat het rechtsobject, datgene waarop het recht betrekking heeft. Dit rechtsobject is bijvoorbeeld van belang voor de reikwijdte van het daarop rustende vermogensrecht. Bij een eigendomsrecht op een openbare weg zijn de eigendomsbevoegdheden minder omvattend dan bij een eigendomsrecht op een theepot. Van het gebruik van de theepot mag de eigenaar een ieder uitsluiten, van het gebruik van de openbare weg niet. Dat laatste komt door de aard van het desbetreffende rechtsobject: een *openbare weg*.¹¹⁶

Het begrip 'rechtsobject', dat overigens geen wettelijk begrip is, wordt in het vermogensrecht op twee verschillende manieren gebruikt.¹¹⁷ Ten eerste wordt het begrip gebruikt om er de subjectieve vermogensrechten als het 'object' van het objectieve vermogensrecht, mee aan te duiden. Het goederenrecht regelt het functioneren van deze rechten in het rechtsverkeer. Zo geeft het bijvoorbeeld regels over de mogelijkheden van overgang van deze rechten op derden en bepaalt het hun functie als verhaalsobject voor crediteuren. Het begrip 'rechtsobject' ziet dan op de '*subjectieve-vermogensrechten-laag*'.

Het begrip rechtsobject wordt ook gebruikt om de objecten van subjectieve vermogensrechten aan te duiden. Niet alle subjectieve vermogensrechten hebben een dergelijk object. Alleen de absolute volledige vermogensrechten

115 De wet maakt hierop een aantal uitzonderingen. Artikel 23 Fw bepaalt bijvoorbeeld dat door de faillietverklaring de schuldenaar van rechtswege de beschikking en het beheer over zijn tot het faillissement behorend vermogen, verliest. Hetzelfde geldt voor de toepassingsverklaring van de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen (296 Fw).

116 Zie hiervoor § 2.1.6.1 over de pleidooien voor een 'publiek eigendom' voor openbare zaken.

117 Zie hierover reeds Opzoomer 1871, p. 18-20.

(eigendomsrechten en intellectuele eigendomsrechten) hebben een rechtsobject waarover heerschappij wordt verleend. Het begrip rechtsobject ziet hier op de 'objecten-laag'.¹¹⁸

In dit onderzoek wordt het begrip 'rechtsobject' alleen in deze laatste betekenis gehanteerd. Rechtsobject is naast rechtssubject een noodzakelijk vereiste voor de aanname van een (intellectueel) eigendomsrecht.¹¹⁹ Zonder rechtsobject geen absoluut recht. Zo is lucht in het algemeen niet aan te merken als een zaak, waardoor het voor een rechtssubject niet mogelijk is een eigendomsrecht op lucht te hebben.

Enigszins verwarrend is dat de subjectieve vermogensrechten zelf (volledig dan wel beperkt) ook voorwerp van *beperkte* rechten kunnen zijn. Bij de constructie van een pandrecht op een eigendomsrecht bijvoorbeeld, is het mogelijk twee voorwerpen van subjectieve vermogensrechten aan te wijzen. Het voorwerp van het pandrecht is het *subjectieve vermogensrecht*: het eigendomsrecht (laag 2). Het voorwerp van het eigendomsrecht is de *zaak* (laag 3). Alleen deze voorwerpen van absolute volledige rechten (laag 3), worden in dit onderzoek als *rechtsobjecten* aangeduid. De subjectieve vermogensrechten die als voorwerp van beperkte rechten worden aangeduid, zijn geen rechtsobjecten omdat zij 'abstract' zijn en niet zien op een (fysiek) rechtsobject waarover volledige heerschappij wordt verleend. Het zijn de zaken en *corpora mystica* die een belangrijke rol spelen bij de *aanname* van het recht en waarvan het derhalve van belang is om te weten of een bepaald object een rechtsobject is of niet. Het zijn deze rechtsobjecten waarvan de grenzen onduidelijk zijn en waarover discussie kan worden gevoerd.¹²⁰ Het voorwerp van een beperkt recht (het subjectieve vermogensrecht) is aan veel minder discussie onderhevig. Dit 'object' levert nauwelijks problemen op: vaststaat dat ieder (zelfstandig en overdraagbaar) vermogensrecht in potentie voorwerp van beperkt recht kan zijn.¹²¹ De beperkte rechten bouwen voort op rechten die reeds bestaan. Voor

118 Larenz/Wolf 1997, p. 383-384, maakt eveneens een onderscheid binnen het begrip 'rechtsobject'. Hij deelt de rechtsobjecten in in rechtsobjecten van de eerste orde en rechtsobjecten van de tweede orde. Met rechtsobjecten van de eerste orde doelt hij op rechtsobjecten van absolute rechten, de zogenaamde *Herrschaftsrechten*. Met rechtsobjecten van de tweede orde, doelt hij op de subjectieve rechten waarover een subject kan beschikken. Daarbij wordt ook aangetekend dat deze subjectieve vermogensrechten ook weer zelf object van beperkt recht kunnen zijn. Larenz vermeldt niet dat het Husserl is die reeds in 1933 een dergelijk onderscheid maakt.

119 De vraag naar het absolute recht is nauw verwant met de vraag wat voorwerp kan zijn van absoluut recht. Vgl. Van Eikema Hommes 1976, p. 198.

120 Gerbrandy 1946, p. 12, pleitte eveneens voor een onderscheid tussen de twee betekenissen van rechtsobjecten: 'Welnu, het is onmogelijk, dat twee schrijvers tot overeenstemming komen over de vraag wat het voorwerp van rechtsbescherming is, wanneer de een onder dat 'object' verstaat: een voorwerp dat geacht wordt behoeften te bevredigen, en de ander: de aan des gerechtigden 'wilsmacht' onderworpen zaak of persoon'.

121 Artikel 3:81 BW bepaalt dat hij aan wie een zelfstandig en overdraagbaar recht toekomt, binnen de grenzen van dat recht de in de wet genoemde beperkte rechten kan vestigen.

de vraag of een 'pandrecht op software' mogelijk is, moet altijd eerst de vraag beantwoord worden of er een volledig (intellectueel) eigendomsrecht of ander vermogensrecht op dit specifieke object (software) mogelijk is. De problematiek van beperkte rechten zal dan ook verder buiten beschouwing blijven. In deze studie zullen met het begrip 'rechtsobject' enkel de rechtsobjecten van absolute rechten worden geduid: de *zaken* en de *corpora mystica*.

2.2.3 Verwarring rond het begrip 'rechtsobject' en 'goed'

Artikel 3:1 BW noemt als goederen *zaken* en *vermogensrechten*. 'Zaak' in de zin van rechtsobject van absoluut eigendomsrecht (artikel 3:2 BW) en vermogensrecht in de zin van vermogensbestanddeel van vermogen (artikel 3:1 BW). Zoals in § 2.1.5 reeds aan de orde is gekomen, was het de bedoeling van Meijers dat het begrip 'goederen' gebruikt zou worden ter aanduiding van de vermogensrechten (laag 2). Wegens de gangbare identificatie in de rechtstaal van zaken met eigendomsrechten, zag hij zich genoodzaakt ter concessie aan deze rechtstaal in plaats van eigendomsrechten (laag 2), 'zaken' (laag 3) op te nemen in artikel 3:1 BW.

Deze concessie hoeft geen problemen op te leveren, als men zich maar bewust is van het feit dat het begrip 'zaak' in het huidige BW zowel ter aanduiding van het object van eigendomsrecht als ter aanduiding van het eigendomsrecht zelf wordt gebruikt en dat met het begrip 'goed', de vermogensrechten worden aangeduid en niet de 'zaken'. Dikwijls ontbreekt dit bewustzijn in de doctrine en de rechtspraktijk. Zo wordt in Asser/Mijnssen/De Haan de ene keer 'goed' als rechtsobject gebruikt ('Goederen als object van absolute rechten'¹²²) en de andere keer als subjectief vermogensrecht ('Het begrip goederen omvat alle vermogensbestanddelen. Daaronder zijn naast zakelijke rechten ook vorderingsrechten, auteursrechten, octrooirechten en lidmaatschapsrechten begrepen'¹²³). Ook de wettelijke systematiek heeft onder deze vereenzelviging van 'zaak' en 'eigendomsrecht' te lijden. Zo spreekt artikel 3:83 BW van 'eigendom die overdraagbaar is', artikel 3:84 BW over 'overdracht van een goed', artikel 3:86 BW over 'de overdracht van een roerende zaak' en artikel 3:89 BW over 'levering van een onroerende zaak'.

Moet het begrip 'goed' nu worden gebruikt in de betekenis van 'rechtsobject' van een vermogensrecht (zaak en *corpus mysticum*) of in de betekenis van 'vermogensrecht'? In Brahn/Reehuis stond aanvankelijk dat zelfs beide een goed zijn:

122 Aanduiding van hoofdstuk 4 van Asser/Mijnssen/De Haan 2001 (3-1), p. 42.

123 Asser/Mijnssen/De Haan 2001 (3-1), nr. 50.

Samen met de zaken, de stoffelijke objecten, vormen de vermogensrechten het verzamelbegrip 'goed'. Het eigendomsrecht, als vermogensrecht, is een goed. Het object van het eigendomsrecht, de zaak, is eveneens een goed.¹²⁴

Voordeel van deze opvatting is dat de begrippen 'goed' en 'zaak' in beginsel niet verkeerd gebruikt kunnen worden. Nadeel is echter dat er geen eenduidige betekenis van het begrip goed in het goederenrecht bestaat en dat de vereenzelving van zaak en eigendomsrecht in de hand wordt gewerkt.

De goederenrechtelijke systematiek zou veel overzichtelijker kunnen worden gemaakt door in artikel 3:1 BW in plaats van zaken, *eigendomsrechten* op te nemen en de begrippen zaak, eigendomsrecht en goed alleen in hun dogmatisch juiste betekenis te gebruiken: het begrip *goed* is equivalent aan de vermogensrechten (eigendomsrechten en andere vermogensrechten), een *zaak* is het fysieke object en een recht op een zaak is een *eigendomsrecht*.

Er zullen schrijvers zijn die zich afvragen of deze consequente en juiste hanteering van de begrippen zaak, goed en eigendomsrecht niet tot meer onduidelijkheid zal leiden, aangezien iedereen reeds lang gewend is aan de vereenzelving van zaak en eigendomsrecht en het dubbel gebruik van het begrip goed. Of het, zoals Meijers ook als argument gaf, niet veel ingewikkelder is om ineens te gaan spreken van ruil van eigendomsrechten in plaats van ruil van zaken.

Een consequent gebruik van de goederenrechtelijke begrippen kan naar mijn mening alleen maar verhelderend werken. Aangezien dogmatisch gezien de enige juiste manier van typering van de rechtsfiguur 'ruil', de ruil van *eigendomsrechten* is, kan dit nooit onoverkomelijke problemen opleveren. Datgene wat geruild wordt, zijn de *eigendomsrechten* ten aanzien van de zaken. Het is de *bevoegdheid* iedereen uit te sluiten van het desbetreffende object, die men bij overdracht of ruil wil verkrijgen. Deze bevoegdheid heeft de gerechtigde alleen bij de gratie van de existentie van het eigendomsrecht. De ene keer verschaft rechtssubject x de oorspronkelijke eigenaar daar een som geld voor (bij koop), de andere keer verschaft rechtssubject x zijn eigen eigendomsrecht op een andere zaak daarvoor (bij ruil). Artikel 7:49 BW zou dus beter kunnen spreken over eigendomsrechten dan over zaken: ruil is de overeenkomst waarbij partijen zich verbinden elkaar over een weer een *eigendomsrecht* op een zaak, in de plaats van een ander *eigendomsrecht* op een zaak te geven. Het is immers het eigendomsrecht dat vermogensbestanddeel van een rechtssubject is.

Evenmin houdt het tweede argument van Meijers stand. Spreken over bezit van de *eigendom* van een zaak, het vruchtgebruik van de *eigendom* van een zaak en het beheer van de *eigendom* van een zaak, zou volgens Meijers in strijd

124 Brahn/Reehuis 1993, p. 21. In de nieuwe druk Brahn/Reehuis 1999 is deze tekst komen te vervallen.

zijn met het feitelijke element dat in onder meer de begrippen bezit, gebruik, vruchttrekking en beheer zit. Volgens hem is het beter te spreken van bezit van de *zaak*, vruchtgebruik van de *zaak* en beheer van de *zaak*. Dit lijkt mij niet juist. Dogmatisch gezien, is bezit het houden van een *recht* voor zichzelf, ongeacht of dat recht dat de bezitter uitoefent, de bezitter ook werkelijk toebehoort of niet.¹²⁵ Hoewel vroeger bezit alleen ten opzichte van een 'zaak' mogelijk werd geacht, ziet men tegenwoordig in dat het eigenlijk een vermogensrecht is, bijvoorbeeld het eigendomsrecht, dat men bezit.¹²⁶ Bezit van een eigendomsrecht duidt de juridische situatie aan dat degene die de *eigendomsbevoegdheden* uitoefent, bijvoorbeeld degene die de zaak beheerst en derden uitsluit van gebruik, niet de eigenaar hoeft te zijn. Het gaat om eigendomsbevoegdheden, om de uitoefening van de bevoegdheden die men alleen op grond van een *eigendomsrecht* zou kunnen hebben. De pretentie van het toebehoren van dit eigendomsrecht uit zich vervolgens in het uitoefenen van de feitelijke heerschappij over het desbetreffende object: de *zaak*. In die zin heeft Meijers gelijk: de bezitter heeft de feitelijke macht over de zaak. Maar dogmatisch gezien, wil dit zeggen dat de bezitter zich gedraagt alsof hem een *eigendomsrecht* ten aanzien van die zaak zou toebehoren, alsof die heerschappij over de zaak hem op grond van het eigendomsrecht is toegekend. Bezit raakt de pretentie van toebehoren van het eigendomsrecht. Een dergelijke situatie kan zich bijvoorbeeld voordoen bij een overdracht van het eigendomsrecht van de zaak door een niet beschikkingsbevoegde. De verkrijger verwacht degene te zijn aan wie het eigendomsrecht toebehoort en hij zal zich ook zo gedragen: hij zal degene zijn die de exclusieve bevoegdheid over de zaak zal uitoefenen, bijvoorbeeld in de boot zal gaan zeilen. Daarenboven zal ook hij degene zijn die op grond van het toebehoren van het eigendomsrecht, denkt dit eigendomsrecht rechtsgeldig te kunnen overdragen aan derden of bezwaren met een beperkt recht. Maar in werkelijkheid is er wegens de beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder (het eigendomsrecht behoort de vervreemder niet toe), geen geldige overdracht van het eigendomsrecht tot stand gekomen en kan er niet gesproken worden van 'toebehoren' van dit eigendomsrecht, maar slechts van bezit van dit eigendomsrecht.

Dat bezit uiteindelijk het eigendomsrecht, in plaats van de zaak, betreft, wordt nog duidelijker als men beseft dat bezit ook mogelijk is van andere

125 In dezelfde zin Asser/Mijnssen/De Haan 2001 (3-I), nr. 100. Vgl. ook TM bij artikel 3.5.1, *Parl.Gesch.*, Boek 3, p. 425: 'Er zij ten slotte nog op gewezen dat deze titel algemeen handelt over bezit van 'goederen'; het bezit wordt dus niet beperkt tot zaken en zakelijke rechten. Bij ieder vermogensrecht, dat niet hoogst persoonlijk is, is het redelijk na een langdurige, ongestoorde uitoefening een verkrijging door verjaring te erkennen.' Vgl. ook Van der Lely 1996, p. 18 e.v., over het verschil tussen bezit en houderschap en de detentieverhouding.

126 Zie Asser/Mijnssen/De Haan 2001 (3-I), nr. 101: 'Bezit was van oorsprong een louter feitelijke verhouding tussen een persoon en een zaak. Het lag dan ook voor de hand bezit slechts in verband te brengen met een zaak, roerend of onroerend. Men heeft zich echter gerealiseerd dat ook bezit van vermogensrechten mogelijk is.'

vermogensrechten, zoals beperkte *rechten* en *vorderingsrechten* die geen objecten hebben waarover heerschappij kan worden uitgeoefend. In artikel 3:107 BW wordt dan ook terecht gesproken van bezit van een *goed*, in de zin van 'vermogensrecht'.

In het geval van een ongeldige cessie van een vorderingsrecht, kan er ten aanzien van het 'verkrijgende' rechtssubject niet worden gesproken van 'toebehoren' van dit vorderingsrecht. Er is hooguit sprake van bezit van dit vorderingsrecht. Het bezit uit zich in het feitelijke element dat de bezitter zich gedraagt alsof het vorderingsrecht hem toebehoort. Hij zal bijvoorbeeld de termijnen van de hoofdschuld of de rente willen innen. Het doen alsof men eigenaar, beperkt gerechtigde of rechthebbende van de vordering is, komt in beginsel aan de hand van feitelijke elementen naar voren. Dit is in overeenstemming met artikel 3:108 BW dat bepaalt dat de vraag of iemand een goed houdt en of hij dit voor zichzelf of voor een ander doet, naar verkeersopvattingen wordt beoordeeld, met inachtneming van de navolgende regels (Artikelen 3:109-117 BW) en overigens op grond van uiterlijke feiten. Bezitter is dus degene die de aan het desbetreffende *vermogensrecht* (eigendomsrecht en andere vermogensrechten) verbonden bevoegdheden feitelijk uitoefent.¹²⁷

De door Meijers genoemde noodzaak om te spreken van 'vruchtgebruik van een zaak' in plaats van 'vruchtgebruik van het eigendomsrecht van een zaak', overtuigt evenmin. Zoals hiervoor reeds aan de orde is gekomen, is het beperkte recht niet mogelijk zonder een meer omvattend recht. Dit meer omvattende recht kan een volledig vermogensrecht zijn dan wel een ander beperkt vermogensrecht. Voor vruchtgebruik van een zaak is altijd een eigendomsrecht als moederrecht noodzakelijk. Het vruchtgebruik is dus afgeleid uit en vormt een bezwaring van het eigendomsrecht. Toegegeven zij dat de bevoegdheden die de rechthebbende van het vruchtgebruik verkrijgt, wel op het rechtsobject van het moederrecht zien, in casu de zaak.

Een ander voordeel van het uit elkaar houden van de begrippen goed, zaak en eigendomsrecht ligt in het inzicht dat het niet nodig is te spreken van volledige rechten op volledige rechten. Dit wordt vaak wel gedaan omdat de 'zaken' in artikel 3:1 BW aan de vermogensrechten gelijk worden geschakeld. Er wordt dan gesproken van eigendom van *zaken* en eigendom van *rechten*. Hiermee wordt de suggestie gewekt dat naast 'zaken' ook 'vermogensrechten', rechtsobjecten van volledige rechten (van 'eigendomsrechten') kunnen zijn. Dit zou tot gevolg hebben dat relatieve rechten, object kunnen zijn van absolute

127 Artikel 3:109 BW geeft een wettelijk vermoeden van bezit: degene die een goed houdt, wordt vermoed dit voor zichzelf te houden. Hiermee wordt duidelijk dat men ook voor een ander dan zichzelf kan houden, men denke bijvoorbeeld aan een huurder. Een huurder is houder van het goed voor de rechthebbende. Een rechthebbende houdt het goed voor zichzelf en is bezitter. Vervolgens bepaalt artikel 3:119 BW dat de bezitter van een goed wordt vermoed rechthebbende te zijn.

volledige rechten. Verwarrend is hierbij dat relatieve rechten wel object kunnen zijn van beperkte rechten, maar dat het niet nodig is dat relatieve rechten object zouden zijn van *volledige* rechten (zoals eigendomsrechten). Bovendien zouden bij de aanname van een eigendomsrecht op zaken, vorderingsrechten en intellectuele eigendomsrechten, alleen eigendomsrechten binnen het vermogensrecht van belang zijn. Een rechtssubject heeft in zijn vermogen alleen eigendomsrechten, uit te splitsen naar eigendomsrechten op zaken, op vorderingsrechten, op intellectuele eigendomsrechten en dergelijke.

Toch wordt er veelal uitgegaan van een nevenschikking van eigendom van *zaken* en eigendom van *rechten*, in de zin van eigendom van lichamelijke en van onlichamelijke zaken.¹²⁸ Een dergelijk onderscheid tussen lichamelijke en onlichamelijke zaken kan reeds worden teruggevoerd tot het Romeinse recht alwaar in een tekst van Gaius gesproken wordt over *res corporales* en *res incorporales*:

Quaedam res corporales sunt, quaedam incorporales. Incorporales sunt quae tangi non possunt, qualia sunt ea quae iure consistunt, sicut ... usufructus, obligationes.¹²⁹

Op deze gedachte lijkt ook het oud BW te zijn geïnspireerd. Artikel 555 maakt een dergelijk onderscheid in vermogensbestanddelen:

De wet verstaat door zaken alle goederen en regten welke het voorwerp van eigendom kunnen zijn.

Aangezien de betekenis van de begrippen 'zaak' en 'goed' zoals wij die heden ten dage kennen, precies tegenovergesteld is aan de betekenis van deze begrippen onder het oud BW, komt artikel 555 oud BW in nieuw BW termen op het volgende neer:

De wet verstaat door goederen alle zaken en regten welke het voorwerp van eigendom kunnen zijn.

Het oud BW stelde de begrippen zaken en rechten gelijk. Beide werden als vermogensbestanddeel, als 'voorwerp van eigendom', ook wel lichamelijke zaken (*res corporales*) en onlichamelijke zaken (*res incorporales*) genoemd.¹³⁰ Deze nevenschikking van zaken en rechten, met een daarboven hangend begrip eigendom, komt schematisch op het volgende neer:

128 Zie hierover onder anderen Wiarda 1937, p. 88 en De Boer 1978, p. 241 e.v.

129 Gaius II, 12-14.

130 Vgl. Asser-Van Heusde 1890, p. 55; Het oud BW beschouwt blijkens het opschrift van boek 2, titel 3, afdeling 2, de levering van een vorderingsrecht (een 'schuldvordering op naam') als een 'wijze waarop *eigendom* verkregen wordt'.

Schema 12: foutief schema goederenrecht

De 'eigendom' staat dan boven de zaken en andere rechten, als een soort supercategorie. In Asser/Davids/Mijnssen/Van Velten wordt bijvoorbeeld gesteld dat zowel de zaak als het eigendomsrecht beide geen vermogensrechten zijn:

Een zaak kan slechts object zijn van een recht. Eigendom zou wel een vermogensrecht kunnen zijn, het past in de begripsomschrijving van artikel 3:6 BW. Eigendom wordt evenwel met de zaak die het voorwerp van de eigendom is, vereenzelvigd. Daarom wordt eigendom soms – onzes inziens – terecht niet als een vermogensrecht beschouwd.¹³¹

Een dergelijke opvatting over het goederenrechtelijk systeem zoals in schema 12 is weergegeven, past binnen een letterlijke opvatting van artikel 3:1 BW. Een rechtssubject heeft zaken en vermogensrechten in 'eigendom'. De goederen zijn dan de objecten van eigendom. Aangezien het nieuw BW de eigendom in artikel 5:1 BW heeft beperkt tot *zaken*,¹³² kan niet meer over de *eigenaar* van een vordering worden gesproken, maar wordt, in navolging van Hugo de Groot, de term *toebehoren en rechthebbende*, geïntroduceerd.¹³³ Nevengeschikt worden dan de zaken, de vorderingsrechten en de intellectuele eigendomsrechten.

131 Asser/Davids/Mijnssen/Van Velten 1996 (3-II), nr. 5.

132 Zie over de redenen hiervan nader § 3.1.3.10.

133 Zie bijvoorbeeld MvA II Inv, *Parl. Gesch., invoering Boek 3, 5 en 6*, p. 1001: 'In de derde plaats is het veelal niet moeilijk om een bruikbaar –dat wil zeggen eenvoudig en begrijpelijk– alternatief te vinden voor een in het oude recht gebezigde term die in een andere betekenis is teruggekeerd. Zo wordt in het nieuwe wetboek de term 'eigendom' beperkt tot zaken maar de term 'toebehoren aan' niet. Wie nu door sommige schrijvers wordt aangeduid als 'eigenaar' van een vordering, wordt straks rechthebbende op die vordering c.q. degene aan wie de vordering toebehoort, gesteld al dat men hem niet gewoon de 'schuldeiser' wil noemen, of als men hem wil onderscheiden van de beperkt gerechtigde, de hoofdgerechtigde.' Zie nader over het verdwijnen van het begrip 'onlichamelijke zaak' en het beperken van het eigendomsrecht tot zaken in het nieuw BW: § 3.1.3.10.

Een dergelijke visie brengt diverse problemen met zich mee. Ten eerste is het zo onmogelijk om een zinvol onderscheid te maken tussen relatieve en absolute rechten. Zou de eigendom als supercategorie gelden waaronder zaken, intellectuele eigendomsrechten en vorderingsrechten vallen, dan zou het onderscheid op een merkwaardige tweedeling uitkomen. Eigendom is het prototype van absoluut recht en als een vorderingsrecht als object van eigendom zou gelden, dan zou dus het object van een volledig absoluut recht een relatief recht zijn. Bovendien zou als object van een absoluut eigendomsrecht ook het absolute intellectuele eigendomsrecht voorkomen. Het onderscheid van absolute en relatieve rechten kan alleen meerwaarde hebben als het een onderscheid maakt tussen grootheden van hetzelfde niveau. Onduidelijk is bovendien welke plaats de beperkte rechten in bovenstaand schema zouden moeten hebben.

Als tweede onmogelijkheid geldt dat eigendom zelf niet als vermogensrecht of als een soort 'super-vermogensrecht' moet worden gezien. Eigendom wordt namelijk in het foutieve schema als categorie boven de vermogensrechten geplaatst. Dit brengt vreemde gevolgen met zich mee. Als het eigendomsrecht geen vermogensrecht is, wat is het dan wel?

Het lijkt er naar dat de idee van 'de eigendom van vermogensrechten' is ontstaan uit een misvatting omtrent het belang van het expliciteren van 'toebehoren van rechten' zoals dat is weergegeven in schema 1. Degenen die spreken over 'eigendom van vorderingsrechten', stellen dat dit spreken over 'eigendom van vorderingsrechten' als voordeel heeft dat zo duidelijk wordt dat er bij overdracht van een vordering een beschikkingsbevoegde moet worden vastgesteld.¹³⁴ Sinds 1992 wordt niet meer over deze beschikkingsbevoegde als 'eigenaar' van een vordering,¹³⁵ maar als *rechthebbende* van een vordering gesproken.

De constatering van 'toebehoren van' een eigendomsrecht of vorderingsrecht geeft aan dat er een rechtssubject is die beschikkingsmacht heeft over het recht. Deze beschikkingsmacht is er alleen voor degene die het recht *toebehoort*. Ieder ander moet van het recht afblijven; niemand mag zich voordoen als rechthebbende. Het toebehoren expliciteert de gerechtigdheid *tot* het vermogensrecht. Deze gerechtigdheid is absoluut te noemen; nogmaals: niemand mag zich voordoen als rechthebbende. De gerechtigdheid *uit* het vermogensrecht dient strikt genomen van de gerechtigdheid *tot* het vermogensrecht te worden onderscheiden. De bevoegdheden die iemand heeft op grond van gerechtigdheid *uit* het vermogensrecht zijn afhankelijk van het soort vermogensrecht. Bij een eigendomsrecht zijn dit bevoegdheden die zien op het gebruik en genot van een zaak. Bij een vorderingsrecht zijn dit bevoegdheden

134 Zie bijvoorbeeld Snijders/Rank-Berenschot 2001, nr. 34.

135 Artikel 5:1 BW bepaalt immers dat een eigendomsrecht alleen mogelijk is ten aanzien van een *zaak*.

die zien op de vervulling van een prestatie. De eerste bevoegdheden gelden tegen iedere niet-rechthebbende van het eigendomsrecht en het eigendomsrecht is daarom absoluut. De bevoegdheden die voortvloeien uit een vorderingsrecht gelden alleen tegen de schuldenaar en het vorderingsrecht is daarmee relatief. Voor beide vermogensrechten geldt echter dat het toebehoren, de gerechtigdheid *tot* het vermogensrecht, tegenover een ieder geldt en dus absoluut is.¹³⁶

Deze gerechtigdheid *tot* het vermogensrecht, werd vroeger als ‘eigendom’ gezien. Eggens is bijvoorbeeld voorstander van het spreken over de ‘eigendom van een vorderingsrecht’:

Ik mag eisen dat op het vorderingsrecht geen inbreuk gemaakt wordt. Dit mag het rechtssubject (de ‘ik’) eisen omdat hij rechthebbende is van het vorderingsrecht, omdat hij een eigendomsrecht heeft op het vorderingsrecht.¹³⁷

Zo ook Suijling:

Regelmatig bedient men zich in het verkeer daarom van uitdrukkingen als den eigendom van vorderingen of van een vermogen. Deze concrete termen spreken beter tot de verbeelding dan de abstracte formule: gerechtigdheid tot een vordering of vermogen.¹³⁸

Hoewel ieder vermogensrecht een ‘absoluutrechtelijke’ kant in zich heeft, namelijk het toebehoren *tot* een vermogensrecht, is de noodzaak tot het expliciteren van dit aspect met name ten aanzien van een *vorderingsrecht* naar boven gekomen en werd er gesproken van de ‘eigendom van een vorderingsrecht’. Dit past in de historische ontwikkeling van het goederenrecht waar aanvankelijk werd uitgegaan van rechten op roerende en onroerende zaken als belangrijkste vermogensbestanddelen die een rechtssubject in zijn vermogen heeft. Het heeft even geduurd voordat ingezien werd dat de uit de overeenkomst voortvloeiende vorderingsrechten ook vermogensbestanddelen zijn. Men keek aanvankelijk vooral naar het hoogstpersoonlijke karakter van de rechtsverhouding waarbinnen de verbintenis bestond. Later is bij het vorderingsrecht de aandacht meer komen te liggen bij de prestatie die niet altijd hoogstpersoonlijk

136 Dit geldt voor alle vermogensrechten. Een persoon die zich voordoet als eigenaar van een zaak (een heler bijvoorbeeld) en deze zaak verkoopt alsof deze hem in eigendom toebehoort, tast het toebehoren van de daadwerkelijke rechthebbende van het eigendomsrecht aan. Een persoon die zich voordoet als schuldeiser en de debiteur (bevrijdend) laat betalen, tast het toebehoren van de daadwerkelijke rechthebbende van het vorderingsrecht aan. Hier ziet men dat het ‘toebehoren’ een absoluutrechtelijk tintje aan het vorderingsrecht geeft. Het vorderingsrecht is een relatief recht omdat de bevoegdheden die uit het recht voortvloeien alleen verplichtingen meebrengen voor de specifieke debiteur. Het eigendomsrecht is een absoluut recht omdat de bevoegdheden die uit het recht voortvloeien verplichtingen meebrengen voor alle niet-eigenaren.

137 Eggens 1960, p. 17 e.v.

138 Suijling 1940, § 78, In gelijke zin Wiarda 1937, p. 86 e.v.

vervuld hoeft te worden. Of A 1000 euro moet betalen aan B of C, maakt A in beginsel niet veel uit. Men heeft in de loop der tijden geleerd de verbintenis los te zien van de rechtsverhouding waaruit zij is voortgevloeid. Dit inzicht maakt het mogelijk om vorderingsrechten ook als vermogensbestanddelen te zien.¹³⁹ Deze vorderingsrechten zijn in de loop der jaren zelfs zo belangrijk geworden dat zij heden ten dagen veelal als belangrijkste vermogensbestanddelen fungeren.

Eigendomsrechten en vorderingsrechten zijn dus beide vermogensbestanddelen. Desalniettemin wordt er ook vandaag de dag nog dikwijls gesproken over de 'eigendom van vorderingsrechten'. Dit heeft als belangrijk gevolg gehad dat de 'eigendom' als equivalent van de toebehorenrelatie tot een recht, verworpen is tot de eigendom van artikel 5:1 BW. Als iemand zijn vermogen opsomt als: eigendom van zaken, eigendom van intellectuele eigendomsrechten, eigendom van vorderingsrechten en eigendom van beperkte rechten, wordt dikwijls uit het oog verloren dat 'eigendom' binnen deze opsomming op twee niveaus tegelijk wordt gebruikt: eigendom als *subjectief recht* (laag 2) en eigendom ter aanduiding van de *toebehorenrelatie* (laag 1). Het eerste onderdeel van de opsomming ('eigendom van zaken') ziet het op het subjectieve recht en de overig genoemde onderdelen zoals 'eigendom van intellectuele eigendomsrechten' zien op de toebehorenrelatie. Het lijkt er zo ten onrechte op dat alleen toebehoren nodig lijkt te zijn ten aanzien van vorderingsrechten, intellectuele eigendomsrechten en beperkte rechten en niet ten aanzien van eigendomsrechten. De opsomming zou echter als volgt moeten luiden: *Toebehoren* van een *eigendomsrecht* op een zaak, *toebehoren* van een intellectueel eigendomsrecht op een *corpus mysticum*, *toebehoren* van vorderingsrechten en *toebehoren* van beperkte rechten.

Ook onder het oude recht werden de problemen van de eigendom als supercategorie boven de vermogensrechten en zaken, erkend. Hofmann laat bijvoorbeeld duidelijk merken dat hij niet over 'eigendom van rechten' wil spreken:

Volgens artikel 555 nu moet men onder zaak verstaan alle goederen en rechten, welke het voorwerp van eigendom kunnen zijn. Gelukkig geformuleerd is het artikel al aanstonds niet. Stoffelijke voorwerpen kunnen voorwerp van eigendom zijn, maar rechten niet. De eigendom is zelf een recht en rechten op rechten zijn niet mogelijk.¹⁴⁰

139 Vgl. Wiarda 1937, p. 362; Asser/Beekhuis 1957, p. 191 e.v.; Pitlo/Gerver 1995, p. 95: 'Daarna – het was nog gedurende de ontwikkeling van het Romeinse Recht – kwam men tot de ontdekking, dat er niets tegen is deze vordering te beschouwen als een vervreemdbaar vermogensbestanddeel'.

140 Hofmann 1944, p. 14.

In Asser/Scholten werd in artikel 555 oud BW eveneens een voedingsbodemp voor verwarring gezien:

In ieder geval kan de opvatting der vorderingsrechten als ‘voorwerp van eigendom’ (artikel 555) tot misverstand aanleiding geven.¹⁴¹

Land was zich evenzeer bewust van de inconsequentie:

Artikel 555 drukt zich ook in zoover onjuist uit, dat de rechten niet het voorwerp van eigendom uitmaken. Van eene lichamelijke zaak is men eigenaar, bij vruchtgebruik is men vruchtgebruiker, bij een vordering schuldeischer; het dient tot niets, van eigendom van vruchtgebruik of van eene vordering te spreken.¹⁴²

Pitlo stelt in essentie hetzelfde:

Zegt men nu, dat iemand eigenaar is van een vordering, dan bedoelt men daarmee aan te geven, dat hij op die vordering het volledigste recht heeft; eigendom is het volledigste recht en daarom kan men hem dus eigenaar der vordering noemen. Dit is echter niet meer dan een beeld. Men zou in deze lijn voortgaande ook kunnen spreken over den eigendom van het vruchtgebruik, aangezien inderdaad de vruchtgebruiker het volledigste recht van vruchtgebruik heeft. Maar wij geraken op deze wijze in het drijfzand. Wij behoren het eigendomsbegrip te reserveren voor het goed; wij spreken niet over den eigendom op rechten (wel over rechten op den eigendom).¹⁴³

De kritiek op het hanteren van het concept ‘eigendom van rechten’ is dus niet nieuw.¹⁴⁴ Men blijft echter spreken over de ‘eigendom van rechten’ of het ‘toebehoren van rechten’ zonder daarbij in te gaan op de noodzaak om ook ten aanzien van eigendomsrechten en andere vermogensrechten dit ‘toebehoren’ te expliciteren.¹⁴⁵ Zoals gezegd, komt dit mede door de moeilijke conceptualisering van het vorderingsrecht als nevensgeschikt recht naast een eigendomsrecht. Een vorderingsrecht als moederrecht waar een beperkt recht op kan rusten, wordt bijvoorbeeld door Pitlo/Reehuis, Heisterkamp als volgt omschreven:

Het moederrecht is dan de met eigendom te vergelijken vermogensrechtelijke positie ten aanzien van die vordering, die o.m. de bevoegdheid geeft over die vordering te beschikken. In het vorige wetboek kon men zich ook van een vordering eigenaar

141 Asser/Scholten 1905, § 2.

142 Land 1901, p. 13.

143 Pitlo 1949, p. 20.

144 Zie voor meer kritiek Kist 1865, p. 333-341; Opzoomer 1876, p. 231; Windscheid 1891, p. 494; Meijers 1910, p. 205-206; Asser/Scholten 1933, p. 108. Vgl. Wiarda 1937, p. 86-87.

145 Zie bijvoorbeeld Snijders/Rank-Berenschot 2001, nr. 34; Asser/Mijnssen/De Haan 2001 (3-1), nr. 68; Pitlo/Reehuis, Heisterkamp 2001, nr. 34; Houtappel 1996, p. 87.

noemen. De huidige wet heeft hiervoor echter geen benaming. Men spreekt meestal van het zijn van rechthebbende op die vordering.¹⁴⁶

Zo ook Pitlo/Gerver:

Wij mogen dus wel, aangezien wij nu eenmaal eigendom als het volledigste recht kennen, spreken over de eigendom van een vordering, als wij daarmee te kennen willen geven, dat iemand crediteur is en derhalve het volledigste recht op een vordering heeft dat denkbaar is; juister is het om te spreken van 'rechthebbende' op de vordering, het erfpachtsrecht, het opstalrecht, enz.¹⁴⁷

Waar echter gesteld wordt dat beschikkingsbevoegdheid van een *vorderingsrecht* en de vraag of een *vorderingsrecht* onderdeel uitmaakt van een vermogen en bijvoorbeeld in het faillissement van de rechthebbende valt, afhankelijk is van dit 'toebehoren',¹⁴⁸ gaat dit eveneens op voor het *eigendomsrecht*. Het is evenzeer verhelderend om te spreken van een rechthebbende van een vorderingsrecht, als het is om te spreken van de rechthebbende van een eigendomsrecht. Alleen lijkt de noodzaak om dit bij een eigendomsrecht te doen, minder aanwezig omdat het onderscheid tussen recht en object duidelijk is aan te geven: bij een eigendomsrecht is het immers mogelijk een feitelijk object aan te wijzen.¹⁴⁹ Men ziet het object, de zaak, en men stelt vervolgens vast dat de eigenaar van deze zaak, de rechthebbende is. Bij een vorderingsrecht valt geen feitelijk object aan te wijzen dat zich als zodanig in de werkelijkheid bevindt. De kern van het vorderingsrecht ligt bij de prestatie die door de schuldenaar vervuld moet worden. De prestatie moet vervuld worden op grond van de verbintenis die de schuldenaar met de schuldeiser is aangegaan.

Concluderend kan gesteld worden dat het expliciteren van 'toebehoren' wel degelijk een functie kan hebben.¹⁵⁰ Hoewel de noodzaak daartoe bij een

146 Pitlo/Reehuis, Heisterkamp 2001, nr. 26.

147 Pitlo/Gerver 1995, p. 95.

148 Zie Snijders/Rank Berenschot 2001, nr. 34.

149 Zo ook Asser/Mijnssen/De Haan 2001 (3-1), nr. 51: 'Men spreekt bijvoorbeeld van de overdracht van een huis, terwijl men in werkelijkheid bedoelt: overdracht van de eigendom van het huis. Bij andere rechten (zoals een recht van vruchtgebruik op een huis) is een dergelijke vereenzelviging niet mogelijk, omdat men genoodzaakt is zowel de aard van het recht aan te duiden als de zaak waarop het recht rust. Wanneer men nu naast overdracht van stoffelijke zaken, overdracht mogelijk maakt van rechten zoals erfpacht, vruchtgebruik en verbintenissen, is het begrijpelijk dat men deze laatste onwillekeurig op één lijn gaat stellen met lichamelijke zaken die het voorwerp van eigendom vormen. Als voorwerp van de overdracht wordt dan niet de zaak waarop het recht rust, maar het recht zelf gedacht. Dit is gemakkelijker voor te stellen en biedt vooral als de verkrijger niet het volle recht maar een beperkt recht als pand of vruchtgebruik verkrijgt, zekere voordelen.'

150 Ginossar deed dit al in 1960: hij zag alleen 'eigendom' als universele vorm van toebehoren. Hij onderscheidde wel duidelijk het toebehoren van een persoonlijk recht of beperkt recht (de absolute zijde van het subjectieve recht) van de inhoud van dit persoonlijke recht of beperkte recht (wat hij noemt de 'relatieve' zijde van het subjectieve rechten). Vgl. Rank-

eigendomsrecht minder voor de hand ligt wegens de aanwezigheid van drie lagen (toebehoren, vermogensrecht en object), ziet men deze noodzaak wel aan het licht komen ten aanzien van een vorderingsrecht waar er eigenlijk maar twee lagen zijn aan te wijzen (toebehoren en vermogensrecht). Het toebehoren van een eigendomsrecht en een vorderingsrecht geeft aan dat er maar één rechtssubject is, namelijk degene die het desbetreffende subjectieve recht toebehoort en in zijn vermogen heeft zitten, die beschikkingsmacht heeft over het recht. Deze beschikkingsmacht is er alleen voor degene die het recht toebehoort, ieder ander moet er vanaf blijven, niemand mag zich voordoen als rechthebbende. Deze gerechtigdheid *tot* een vermogensrecht richt zich dus eveneens naar buiten en kan aanleiding geven tot conflicten met derden. Een derde kan de gerechtigdheid betwisten, bijvoorbeeld op grond van het feit dat hij zelf gerechtigde is, of dat het bedoelde vermogensrecht niet of niet meer bestaat. De gerechtigde kan zich hier weer tegen verzetten en eisen dat de derde zich van inbreuk op die gerechtigdheid onthoudt. Naast de bevoegdheden op grond van gerechtigdheid *uit* het vermogensrecht staat aldus de gerechtigdheid *tot* het vermogensrecht.

2.2.4 Belang rechtsobjecten

Het goederenrecht is vooral ordeningsrecht, het bepaalt wie wat toekomt, wie welke rechten toebehoren (schema 1).¹⁵¹ Rechtssubjecten kunnen goederen, vermogensbestanddelen toekomen. Voor deze goederen, de subjectieve vermogensrechten, geeft het vermogensrecht tal van regels. Om te weten of deze regels van toepassing zijn, moet niet alleen vastgesteld worden, wanneer een subjectief recht tot het vermogen behoort (welk rechtssubject de sterkste aanspraak heeft), maar allereerst wanneer van een subjectief vermogensrecht gesproken kan worden. Voor absolute vermogensrechten speelt het rechtsobject daarbij een centrale rol. De aanwezigheid van een rechtsobject is de voorwaarde voor de existentie van (intellectuele) eigendomsrechten. De grenzen die aan de rechtsobjecten gesteld kunnen worden, zijn in dit kader van groot belang.

Is eenmaal vastgesteld dat het desbetreffende object een rechtsobject van absoluut recht is, dan kan de aard van het object nog van belang zijn voor de materiële inhoud van het desbetreffende absolute recht. De reikwijdte van de bevoegdheden die uit de vermogensrechten voortvloeien, kan ruimer dan wel beperkter zijn afhankelijk van de aard van het object en subject. Zo is voorstelbaar dat er ten aanzien van een giftige tank andere eisen gelden voor

Berenschot 1992, p. 60-65.

151 Fuller constateert dat de meeste samenlevingen ongeveer dezelfde 'principles of social order' (ordeningsmechanismen) kennen. Naast contract noemt hij o.a. wetgeving, rechtspraak, eigendom en hiërarchisch bestuur. Uit Winston 1981, p. 170-171.

de vernietiging dan ten aanzien van een appel. De eigenaar van een giftige tank zal bij vernietiging aan meer voorzorgsmaatregelen moeten voldoen dan in geval van vernietiging van een appel. De vernietiging van de tank mag in geen geval een gevaar opleveren voor medemensen, waarbij, hoewel omstre- den, het begrip 'medemensen' eventueel zelfs uitgebreid kan worden tot de medemensen van generaties later.¹⁵² Daarnaast kan ook het rechtssubject van invloed zijn op de reikwijdte van het desbetreffende vermogensrecht. Zo moet de overheid als rechtssubject aan andere eisen voldoen dan een priva- at persoon. Voor de overheid als rechtssubject gelden wegens haar functie van vertegenwoordiger van het volk meer eisen opdat de openbaarheid gewaar- borgd wordt. Zowel het rechtsobject als het rechtssubject kunnen derhalve in belangrijke mate de materiële inhoud van het absolute vermogensrecht, bepalen.

Vervolgens zijn de rechtsobjecten eveneens van invloed op de goederen- rechtelijke mutaties van de rechten die daar op rusten. Zo kan afhankelijk van het rechtsobject de wijze van overdracht van het recht verschillen. Op grond van de schakelbepaling artikel 3:98 BW geldt dit eveneens voor de vestiging van beperkte rechten. Voor alle goederen gelden de eisen van artikel 3:84 BW: beschikkingsbevoegdheid, geldige titel en levering. Een van de onderdelen om tot een geldige overdracht te komen is 'levering'. De levering wordt wel uitgesplitst in een goederenrechtelijke overeenkomst en een leveringshandeling. Door de levering wordt het voor derden kenbaar geacht dat er een vermogens- verschuiving heeft plaatsgevonden. De leveringshandeling van een goed kan alleen plaatsvinden op door de wet aangegeven wijzen. Het vereiste verschilt naar de aard van het rechtsobject. Betreft de overdracht een eigendomsrecht op een zaak, die als *onroerend* kan worden beschouwd, dan is de publiciteitseis het strengst. Ingevolge artikel 3:89 BW wordt de vermogensverschuiving pas kenbaar geacht als de levering plaats vindt door middel van een daartoe bestemde, tussen partijen opgemaakt notariële akte, gevolgd door de inschrij- ving daarvan in de daartoe bestemde openbare registers. De ratio hierachter is dat registergoederen waardevolle goederen zijn en dat derhalve voorkomen moet worden dat de valse schijn van kredietwaardigheid zou worden gewekt als de rechthebbende een ander zou zijn dan de derde dacht. Van derden mag men redelijkerwijze verwachten dat zij ter zake van overdracht van een onroe- rende zaak een openbaar register raadplegen.

Betreft de overdracht een eigendomsrecht op een zaak die als *roerend* kan worden beschouwd en geen registergoed is, dan kan ingevolge artikel 3:90 BW de levering onder meer plaats vinden door aan de verkrijger het bezit der

152 Zie hierover Nieuwenhuis 1988, p. 359-367.

zaak te verschaffen.¹⁵³ De vermogensverschuiving wordt duidelijk omdat een ander het bezit over de zaak wordt verschaft.

Heeft het desbetreffende vermogensrecht geen duidelijk aanwijsbaar object dan kan levering geschieden door middel van een akte. Zo bepaalt artikel 3:95 BW dat voor *overige gevallen* waarvoor de wet geen leveringsvorm voorschrijft geleverd kan worden door een akte. Men denke hier bijvoorbeeld aan het geval dat men de zaak door diefstal heeft verloren.¹⁵⁴ Aan de rechthebbende behoort nog het eigendomsrecht toe, maar het object waarvan het bezit wordt verschaft, is op dat moment niet voorhanden.

Naar gelang de aard van het rechtsobject gelden er aldus voor mutaties van vermogensrechten afzonderlijke publiciteitseisen.¹⁵⁵ Evenzeer bepaalt de aard van het rechtsobject van het goed of de verkrijger beschermd wordt tegen beschikkingsonbevoegdheid van zijn voorganger (artikel 3:86 en artikel 3:88 BW). Ten aanzien van alle overdraagbare goederen komt bescherming voor derden door artikel 3:88 BW in aanmerking. Voor overdracht van rechten op roerende niet-registerzaken en order- en toonderpapieren die door bezitsverschaffing verkregen zijn, geldt alleen artikel 3:86 BW. Bovendien is de vaststelling welke vermogensrechten zich laten vestigen eveneens afhankelijk van de aard van het goed (een recht van hypotheek wordt gevestigd op een vermogensrecht dat een registergoed als object heeft; het pandrecht wordt gevestigd op vermogensrechten op overige objecten).

De rechtsobjecten spelen dus een belangrijke rol spelen binnen de goederenrechtelijke systematiek. Het begrip 'rechtsobject' is een zelfstandig vermogensrechtelijk rechtsbegrip dat afhankelijk van de aard van het object in belangrijke mate de reikwijdte van het daarop mogelijke recht bepaalt. Voor bepaalde rechtsfiguren bepaalt de wet bovendien dat deze rechtsfiguur alleen van toepassing is op *zaken*. Zo is ingevolge artikel 5:2 BW de eigenaar van een *zaak* bevoegd de zaak van een ieder die haar zonder recht houdt, op te eisen. Men

153 Omdat bezitsverschaffing geschiedt door machtsverschaffing vindt zij in het algemeen plaats door een feitelijk handelen (artikel 3:114 BW). In de regel komt zij door overgave van de zaak tot stand. Maar er kan ook sprake zijn van een incorporele bezitsverschaffing: dit volgt uit artikel 3:115 BW. Artikel 3:91 BW geeft aan wanneer volstaan kan worden met machtsverschaffing.

154 Zie de arresten HR 27 april 1979, *NJ* 1981, 139 (gestolen Mercedes) en HR 1 februari 1980, *NJ* 1981, 140 (gestolen Fiat I): de overgave kan tot stand komen door een overeenkomst tussen de vervreemder en de verkrijger, die tot overdracht strekt en de verkrijger in staat stelt zich jegens derden als eigenaar te legitimeren.

155 Daar waar het recht een zwakke publiciteitseis voor een goederenrechtelijke mutatie toelaat, wordt ook geen volledig goederenrechtelijke status aan het resultaat verleend. Zo bijvoorbeeld ten aanzien van de levering *constitutum possessorium*: de levering aan een derde waarbij de vervreemder met de verkrijger afsprekt dat de vervreemder het rechtsobject voor de verkrijger gaat houden. Voor derden is de vermogensverschuiving niet kenbaar. De eigendomsoverdracht wordt dan ook gerelativeerd. Zie artikel 3:90 BW. De positie van een stil pandhouder wordt in de wet eveneens minder sterk gemaakt dan de positie van een openbaar pandhouder. Zie onder meer de artikelen 3:236 en 237 BW.

vordert hiermee niet het eigendomsrecht, maar de zaak, het rechtsobject van het eigendomsrecht, terug.¹⁵⁶ Het zogenaamde retentierecht ziet eveneens rechtstreeks op het rechtsobject, de *zaak*. Artikel 3:290 BW bepaalt dat het retentierecht de bevoegdheid is die in de bij de wet aangegeven gevallen aan een schuldeiser toekomt, om de nakoming van een verplichting tot afgifte van een *zaak* aan zijn schuldenaar op te schorten totdat de vordering wordt voldaan. Het is in beginsel niet de bedoeling dat de zaak feitelijk wordt gebruikt, het is alleen een remedie om de schuldenaar aan te zetten om de vordering te voldoen.¹⁵⁷ Artikel 7:600 BW bepaalt dat bewaarneming een overeenkomst is waarbij de ene partij de bewaarnemer, zich tegenover de andere partij, de bewaargever, verbindt een *zaak* die de bewaargever hem toevertrouwt of zal toevertrouwen, te bewaren en terug te geven.

Het is derhalve van belang duidelijk voor ogen te krijgen waar de grenzen van de rechtsobjecten liggen. Zijn elektriciteit, goodwill, nieren en dergelijke, rechtsobjecten? Deze discussie ziet dus niet op de rechtsfiguur 'eigendom' of 'intellectueel eigendom', maar op de rechtsfiguur 'rechtsobject'. Het Nederlandse recht heeft het instituut van individuele eigendom en intellectuele eigendom aanvaard. Deze rechten bestaan, de discussie spitst zich toe op de vraag ten aanzien van welke *rechtsobjecten* (intellectuele) eigendomsrechten mogelijk zijn. Waar liggen de grenzen van de rechtsobjecten?

2.2.5 Tussenconclusie

Het 'toebehoren van vermogensrechten' vormt de kern van het vermogens-*c.q.* goederenrecht. Dit toebehoren zit als het ware in het vermogensrecht verdisconteerd. Hoewel het twee zijden zijn van dezelfde medaille, is duidelijk geworden dat men het toebehoren, de gerechtigdheid *tot* het vermogensrecht, kan onderscheiden van de gerechtigdheid *uit* het vermogensrecht.

Het toebehoren, de gerechtigdheid *tot* het vermogensrecht, geldt absoluut. Niemand mag zich voordoen als gerechtigde. Dit geldt zowel voor de absolute rechten als voor de relatieve rechten. Niemand anders dan de rechthebbende

156 Er is wel een belangrijke link met het op de zaak rustende eigendomsrecht: men veronderstelt dat degene die de revindicatie mag uitvoeren, het eigendomsrecht in zijn vermogen heeft zitten. De eigenaar kan de zaak opvorderen waar hij haar ook mocht aantreffen (vgl. artikel 3:296 BW). Onder omstandigheden geldt hetzelfde voor de beperkt gerechtigde die bepaalde bevoegdheden ten aanzien van de zaak heeft verkregen (vgl. artikelen 3:218 BW voor de vruchtgebruiker, 5:95 BW voor de erfpachter en 5:104 BW voor de opstaller).

157 In het arrest van de Hoge Raad van 15 april 1994, *NJ* 1995, 640 (Middendorf/Kouwenberg *q.q.*), is overwogen dat een dossier dat uit stukken bestaat en zelf nauwelijks of geen vermogenswaarde heeft, een zaak is die de schuldeiser onder zich kan houden. In casu werd de uitoefening van dit recht in strijd geacht met de redelijkheid en billijkheid. In het vonnis van de Rechtbank 's-Gravenhage van 24 oktober 1997, *CR* 1998, p. 73-74, werd een retentierecht op een database (software) toegekend. Aanknopingspunt voor dit recht was de drager van de software. Zie nader § 3.2.6.

mag zich voordoen als eigenaar van de zaak, niemand anders dan de rechthebbende mag zich voordoen als schuldeiser van de vordering.

De gerechtigdheid *tot* het vermogensrecht, kan van de gerechtigdheid *uit* het vermogensrecht worden onderscheiden. Op grond van de gerechtigdheid uit het vermogensrecht heeft de rechthebbende specifieke bevoegdheden. Het onderscheid tussen absolute en relatieve rechten kan aan de hand van deze bevoegdheden worden weergegeven. Bij een eigendomsrecht zien deze bevoegdheden op de exclusieve heerschappij over de zaak. Deze bevoegdheden houden tevens verplichtingen voor derden in. Derden dienen zich te onthouden van gedragingen die inbreuk maken op deze heerschappij over de zaak. Bij een vorderingsrecht zien de bevoegdheden die voortvloeien *uit* het vorderingsrecht op de schuldenaar. Bijzonder aan dit bevoegdheden is dat zij in beginsel slechts kunnen worden uitgeoefend jegens de schuldenaar. Het relatieve recht geldt tegenover degene(n) van *wie* de rechthebbende krachtens dit recht iets kan vorderen en tegenover niemand anders.

De prestatie is het object van het relatieve recht, veelal een vorderingsrecht. Dit object dient niet als rechtsobject te worden beschouwd. De prestatie is het unieke resultaat van de unieke rechtsbetrekking tussen crediteur en debiteur. Partijen roepen de prestatie zelf in het leven. Bij rechtsobjecten bepaalt het object mede de bevoegdheden, onafhankelijk van het rechtssubject dat het desbetreffende vermogensrecht toebehoort. Dit is het geval bij de objecten van eigendomsrechten (zaken) en intellectuele eigendomsrechten (*corpora mystica*). Er wordt wel gezegd dat het vermogensrecht exclusieve heerschappij over de rechtsobjecten verleent.

Rechtsobjecten zijn objecten van (intellectuele) eigendomsrechten. Ten aanzien van deze absolute volledige rechten kunnen drie lagen worden aangegeven: toebehoren – vermogensrecht – rechtsobject. De vereenzelviging van zaken en eigendomsrechten, het gebruik van goederen voor zowel de vermogensrechten als de rechtsobjecten en het enkel expliciteren van de toebehorenlaag ten aanzien van relatieve rechten, hebben geleid tot een vertroebeld beeld van de goederenrechtelijke systematiek. In het bovenstaande is getracht deze vertroebeling op te heffen. Begripsmatige zuiverheid is voor het goederenrecht zeer belangrijk.

Verdedigd is dat in artikel 3:1 BW het begrip ‘zaken’ vervangen moet worden door het begrip ‘eigendomsrechten’. Het artikel luidt dan als volgt: goederen zijn eigendomsrechten en overige vermogensrechten, of kortweg: goederen zijn vermogensrechten. Het begrip ‘zaken’ wordt vervolgens gereserveerd voor de stoffelijke rechtsobjecten van eigendomsrechten (artikel 3:2 BW). De rechten op deze zaken zijn aan te duiden als ‘eigendomsrechten’ (artikel 5:1 BW).

Verdedigd is eveneens dat het niet nodig is te spreken van ‘volledige rechten op volledige rechten’ of ‘eigendom van vorderingsrechten’. Deze spreekwijze is verwarrend omdat dit de indruk wekt dat vorderingsrechten nevensgeschikt zijn aan de zaken als rechtsobjecten van eigendomsrechten. Dit

is echter geheel onjuist. Eigendomsrechten en vorderingsrechten staan nevensgeschikt aan elkaar en het zijn deze rechten die een rechtssubject kunnen toebehoren. Het spreken over volledige rechten op vorderingsrechten, lijkt dan ook te zien op de toebehorenrelatie tussen rechtssubject en het vermogensrecht. De noodzaak van het expliciteren van toebehoren geldt echter ten aanzien van alle vermogensrechten: vorderingsrechten, eigendomsrechten en andere vermogensrechten.

In dit onderzoek naar de grenzen van rechtsobjecten staan de rechtsobjecten van absolute volledige rechten centraal, de rechtsobjecten van eigendomsrechten en intellectuele eigendomsrechten. De grenzen van deze rechtsobjecten zijn doorslaggevend voor de aannahme van een absoluut vermogensrecht. Is een bepaald object geen zaak, dan is er geen eigendomsrecht. Is een bepaald object geen *corpus mysticum*, dan is er geen intellectueel eigendomsrecht. Als gezien, kan de aard van het rechtsobject vervolgens van belang zijn voor de materiële inhoud van het desbetreffende absolute recht en spelen de rechtsobjecten ook een belangrijke rol ten aanzien van het feitelijk leveringsvereiste, dat een van de vereisten is voor overdracht van een goed. Het is daarom van belang de grenzen van de rechtsobjecten vast te stellen. Alvorens daaraan wordt toegekomen, zullen eerst de goederenrechtelijke gevolgen van het begrip 'goed' worden behandeld.

2.3 HET BEGRIP 'GOED' EN ZIJN GOEDERENRECHTELIJKE TOEPASSING

2.3.1 Inleiding

Subjectieve rechten die als *goederen*, als vermogensrechten, worden gekwalificeerd, worden gekenmerkt door tal van eigenschappen die niet bij alle subjectieve rechten voorkomen (§ 2.1.5).¹⁵⁸ Goederen zijn de vermogensbestanddelen van het vermogen van een rechtssubject. Het Burgerlijk Wetboek geeft tal van regels voor goederen in het algemeen. Artikel 3:80 BW bepaalt bijvoorbeeld dat men *goederen* onder algemene of bijzondere titel kan verkrijgen. Artikel 3:84 lid 1 BW geeft de vereisten weer voor de overdracht van een *goed*. Artikel 3:107 BW bepaalt dat bezit het houden van een *goed* voor zichzelf is. Artikel 3:228 BW bepaalt dat op alle *goederen* die voor overdracht vatbaar zijn, een recht van pand hetzij van hypotheek kan worden gevestigd. Artikel 1:94 BW bepaalt dat alle *goederen* in een huwelijksgemeenschap vallen. Artikel 3:276 BW bepaalt dat een schuldeiser zich op alle *goederen* van zijn schuldenaar kan verhalen. Artikel 4:880 BW bepaalt dat de erfgenamen van rechtswege in het bezit der *goederen* en rechtsvorderingen van de overledene treden.

¹⁵⁸ Vgl. Meijers 1948, p. 86.

Ook buiten het Burgerlijk Wetboek staan regels voor *goederen* in het algemeen. Artikel 20 Fw bepaalt bijvoorbeeld dat het faillissementsvermogen het gehele *vermogen* van de schuldenaar omvat; het einddoel van het faillissementsbeslag is om de gearresteerde *goederen* ten bate van de gezamenlijke schuldeisers te executeren.¹⁵⁹ Artikel 435 Rv bepaalt dat het de executant vrij staat beslag te leggen op alle voor het beslag vatbare *goederen*, waartoe hij bevoegd is zijn vordering te verhalen.

Vermogensrechten, *goederen*, kwalificeren zich dus door tal van eigenschappen die niet bij andere subjectieve rechten voorkomen. Hierna zullen enige van die eigenschappen kort worden toegelicht.

2.3.2 Overdracht

Schema 1 toont aan dat als uitgangspunt van het vermogensrecht geldt dat aan een rechtssubject bepaalde rechten toebehoren. Dit toebehoren geeft de bevoegdheid van beschikken: het rechtssubject kan het desbetreffende recht vervreemden en bezwaren. Een van de belangrijkste kenmerken van goederen is dat zij niet aan bepaalde personen zijn gebonden. Zij kunnen van het ene rechtssubject op het andere overgaan, terwijl hun identiteit hetzelfde blijft. De kern van de overdracht zit in een vermogensverschuiving: het vermogensbestanddeel verdwijnt uit het ene vermogen en valt vervolgens in het andere vermogen.¹⁶⁰

De wijzen van verkrijging van een goed door overdracht, zijn geregeld in de tweede afdeling van de vierde titel van Boek 3. Het eerste lid van artikel 3:83 BW bepaalt dat eigendom, beperkte rechten en vorderingsrechten overdraagbaar zijn, tenzij de wet of de aard van het recht zich tegen de overdracht verzet. Alle andere vermogensrechten zijn, aldus het derde lid, slechts overdraagbaar wanneer de wet dit bepaalt. Een auteursrecht is een intellectueel eigendomsrecht en valt niet onder lid 1, maar onder lid 3 van artikel 3:83 BW.

159 Ontwerp eener wet op het faillissement, gebr. Belinfante, 's-Gravenhage 1887, p. 65. Molengraaff 1898, p. 44 stelt dan ook dat het faillissement alleen de goederen betreft, het vermogen van de schuldenaar.

160 Hetzelfde principe ligt ten grondslag aan de diefstalbepaling in artikel 310 WvSr. In dit artikel wordt gesproken van het 'wegnemen' van een goed. In HR 3 december 1996, *NJ* 1997, 574 is bepaald dat diefstal van computergegevens slechts mogelijk is als degene die de feitelijke macht daarover heeft deze noodzakelijkerwijze verliest als een ander zich de macht over deze computergegevens verschaft. Ook in het belastingrecht, bijvoorbeeld ten aanzien van giften, wordt hetzelfde principe aangehangen. In HR 22 september 1999, *VN* 1999, 43.20 is bepaald dat voor een gift in de zin van artikel 47 Wet Inkomstenbelasting, sprake moet zijn van een waardeverschuiving uit het vermogen van de gever naar dat van de begiftigde, waardoor diens vermogen wordt vergroot. Afgestaan bloed behoort niet tot het vermogen van de gever. Het afnemen van bloed brengt op zichzelf geen waardeverschuiving uit het vermogen van dat naar de bloedbank teweeg.

Een auteursrecht is overdraagbaar omdat artikel 2 van de Auteurswet dit bepaalt.

De overdraagbaarheid van een goed kan door de wet in formele zin worden beperkt.¹⁶¹ In artikel 3:226 BW wordt bijvoorbeeld de overdracht van het beperkte recht van gebruik en bewoning uitgesloten omdat het strikt persoonlijke karakter van dit recht zich daartegen verzet. Is het goed op grond van de wet niet overdraagbaar, dan tast dit de beschikkingsbevoegdheid van het rechtssubject aan. Het ligt dan niet in zijn bevoegdheid om het goed te vervreemden.

De overdraagbaarheid kan ook beperkt zijn door de aard van het vermogensrecht zelf. Een vorderingsrecht kan bijvoorbeeld zodanig nauw verband houden met de persoon van de schuldeiser dat dit vorderingsrecht slechts door deze schuldeiser kan worden uitgeoefend. In het arrest van de Hoge Raad van 12 januari 1990 werd een vordering van de Staat uit kredietverlening in het kader van de 'Regeling steun aan individuele bedrijven' zozeer gebonden geacht aan de persoon van de Staat als crediteur, dat de rechten en bevoegdheden uit het krediet slechts door de Staat behoorden te worden uitgeoefend en dat daarom de aard van het krediet zich tegen de overdracht van het recht verzette.¹⁶² Alimentatierechten zijn eveneens op grond van hun aard niet voor overdracht vatbaar (artikel 1:392 BW e.v.).¹⁶³

Op grond van partijafpraak kan alleen de overdraagbaarheid van *vorderingsrechten* worden uitgesloten. Voor alle andere vermogensrechten geldt het uitgangspunt van vrije overdraagbaarheid. In het geval toch met de rechthebbende van een eigendomsrecht is overeengekomen dat het eigendomsrecht niet mag worden overgedragen, heeft de overdracht in strijd met deze partijafpraak in beginsel geen invloed op de geldigheid van de overdracht.¹⁶⁴ Uitgangspunt is dat het vrije verkeer van goederen niet mag worden belemmerd. Dit geldt minder stringent voor vorderingsrechten waarbij partijen in beginsel vrij zijn om zelf de inhoud en grenzen van een vorderingsrecht te bepalen. Vorderingsrechten kunnen op grond van een partijafpraak onoverdraagbaar zijn gemaakt. Artikel 3:83 lid 2 BW geeft hiervoor een wettelijke

161 Lagere wettelijke voorschriften kunnen aan de overdraagbaarheid van een goed dus geen afbreuk doen.

162 HR 12 januari 1990, *NJ* 1990, 766 (De Staat/Appels). Zie ook HR 7 september 1990, *NJ* 1991, 52 (Den Toom/De Kreek) waarin werd overwogen dat de aard van het in artikel 2:248 BW aan de curator verleende vorderingsrecht zich verzet tegen cessie aan een ander rechtssubject. Zie ook HR 16 mei 1997, *NJ* 1998, 238 (Overgang vergunning). In HR 29 januari 1993, *NJ* 1994, 171 (Van Schaik/ABN-AMRO) verwerpt de Hoge Raad de gedachte dat een zogenaamde G-rekening (geblokkeerde rekening waarvan het saldo is verpand aan belastingdienst en bedrijfsvereniging, een praktijk die ontstaan is na invoering van de Wet Ketenaansprakelijkheid) uit haar aard niet overdraagbaar is.

163 De afzonderlijke termijnen zijn wel overdraagbare vermogensrechten. Het kapitaalsrecht, het recht op alimentatie, echter niet.

164 Desalniettemin maakt de eigenaar zich dan wel schuldig aan wanprestatie: hij schiet tekort in zijn verplichting jegens de wederpartij om het goed niet over te dragen (artikel 6:74 BW).

grondslag. Een dergelijk beding heeft goederenrechtelijke werking. Dat betekent dat er in het geval van cessie (overdracht) van een vordering in strijd met zo'n beding, geen cessie tot stand komt. Een dergelijke uitzondering op het vrije verkeer van goederen geldt alleen voor vorderingsrechten. Deze vrijheid gaat zelfs zo ver dat zo'n beding ook bij nadere overeenkomst kan worden overeengekomen, met als gevolg dat het desbetreffende vorderingsrecht pas na deze nadere overeenkomst niet overdraagbaar wordt.¹⁶⁵

Aanvankelijk gold het beginsel dat ieder subjectief vermogensrecht overdraagbaar is, tenzij de wet of de aard van het recht zich daartegen verzet.¹⁶⁶ Met de invoering van artikel 3:83 lid 3 BW in 1992 is deze algemene overdraagbaarheid beperkt. Lid 3 bepaalt dat andere rechten dan eigendomsrechten, beperkte rechten en vorderingsrechten, slechts overdraagbaar zijn wanneer de wet dat bepaalt. Dit ziet met name op de intellectuele eigendomsrechten en publiekrechtelijke rechten.

In de Parlementaire Geschiedenis zijn geen overwegingen te vinden voor deze verandering en ook in de Toelichting Meijers wordt hier niet op ingegaan. Volgens Brinkhof is het aannemelijk dat de wetgever ervan uitging dat de rechten van de intellectuele eigendom in Boek 9 een uitputtende regeling zouden vinden.¹⁶⁷ Onduidelijk is wat onder 'wet' in artikel 3:83 lid 3 BW moet worden verstaan. Het maakt wel degelijk uit of daar alleen wetten in formele zin mee worden bedoeld of ook verdragen en verordeningen van de Raad van de Europese Unie.

Van Engelen heeft een vurig pleidooi gehouden voor afschaffing van dit derde lid. Hij pleit al enige jaren voor de volgende herformulering van artikel 3:83 BW: 'vermogensrechten zijn overdraagbaar, tenzij de wet of de aard van het recht zich tegen een overdracht verzet'.¹⁶⁸ Aantrekkelijk aan dit pleidooi is dat alle 'rechten' waarvan het maatschappelijk wenselijk wordt bevonden dat zij als recht worden erkend en welke passen in het systeem van de wet, ook daadwerkelijk als (absoluut) vermogensrecht erkend kunnen worden. Het nadeel hiervan is dat het *numerus clausus*-beginsel daarmee op losse schroeven komt te staan en het bestaan van absolute vermogensrechten afhankelijk wordt van willekeur. Dit is naar mijn mening in strijd met het huidige wettelijke

165 Een derde kan zich onder omstandigheden tegen zo'n beding beroepen op de derdenbescherming ex artikel 3:36 BW.

166 Meijers 1948, p. 86; Asser/Beekhuis 1957, p. 145; Art. 639 en 671 oud BW.

167 Brinkhof 1997, p. 280. Zie hierover ook § 4.1.4.

168 Van Engelen 1991, p. 435. Snijders/Rank-Berenschot 2001, nr. 313 en Brinkhof 1997, p. 282, pleiten eveneens voor aanpassing van artikel 3:83 BW. Daarbij wordt ook gedacht aan de niet-wettelijk geregelde rechten op voortbrengselen van de menselijke geest, zoals bijvoorbeeld een recht op een niet gedeponerd merk. Vgl. BenGH 16 juni 1995, *NJ* 1996, 470 over de overgang van het recht zich tegen een depot te verzetten, op een opvolgend gebruiker van een niet gedeponerd merk.

systeem zoals onder meer uiteengezet in § 2.1.6 en § 2.1.9 en moet dan ook bestreden worden.

De laatste jaren is de roep om verruiming van artikel 3:83 lid 3 BW extra in de belangstelling komen te staan in verband met de door de overheid uitgegeven 'verhandelbare rechten', zoals milieuvergunningen, melkquota, suikerquota, varkensrechten, visquota, emissiereducties en dergelijke. Het is de tendens in Nederland dat de overheid dergelijke verhandelbare rechten steeds meer inzet als marktconform beleidsinstrument.¹⁶⁹ In het kader van het project Marktwerking, Deregulering en Wetgevingskwaliteit (MDW) wordt de verhandelbaarheid van vermogensrechten, in het bijzonder de uit het publiekrecht voortvloeiende vermogensrechten, onderzocht.¹⁷⁰ Daarbij is onder meer de aanbeveling gedaan artikel 3:83 lid 3 BW ruimer te formuleren, zodat rechten van publiekrechtelijke herkomst gemakkelijker overdraagbaar zijn.¹⁷¹

Vervolgens heeft de werkgroep aangegeven dat tevens moet worden bezien wat de consequenties zijn van een dergelijke uitbreiding op andere gebieden dan die waar de werkgroep zich over heeft gebogen. Voor objecten als éénlijnsprestaties,¹⁷² formats, goodwill, knowhow, sportrechten, bedrijfsgeheimen en dergelijke, is in de literatuur herhaaldelijk bepleit dat zij als objecten van absolute vermogensrechten moeten worden beschouwd, die dan op grond van artikel 3:83 BW kunnen worden overgedragen.¹⁷³

Het gaat naar mijn mening te ver om deze objecten door de verruiming van artikel 3:83 BW, direct als overdraagbare vermogensrechten te beschouwen. Daarvoor zal eerst moeten worden vastgesteld of de rechten op deze objecten wel als vermogensrechten, als goederen, kunnen worden beschouwd. Het voorstel lijkt het niet zo nauw te nemen met het voor absolute rechten geldende *numerus clausus*-beginsel. Ons recht kent alleen wettelijk geregelde absolute rechten. Uitbreiding van de bestaande absolute rechten is slechts voorbehouden aan de wetgever, niet aan de willekeur van de maatschappij. Éénlijnsprestaties zijn geen wettelijk geregelde absolute rechten en kunnen derhalve niet als absolute rechten onder artikel 3:83 BW vallen.

De Commissie Auteursrecht heeft in beginsel dezelfde kritiek:

169 Dit zijn onder meer de rechten waar Reich in zijn essay 'the new property' op doelt. Hij neemt het begrip echter ruimer en laat daar ook de in zijn ogen 'eigendomsachtige' aanspraken onder vallen als recht op onderwijs en het recht op uitkeringen. Reich 1964, p. 733-787.

170 Kamerstukken II 1999-2000/2001, 24 036.

171 Zie hierover Van Engelen 2001, p. 333-338. Kamerstukken II 1999-2001, 24 036, nr. 240, p. 62.

172 Onder éénlijnsprestaties wordt die (niet beschermde) prestatie verstaan die op één lijn is te stellen met de prestatie die toekenning van een intellectueel eigendomsrecht wel rechtvaardigt, zie nader § 4.1.3.

173 Zie Van Engelen 1991, p. 403 e.v.; Van Nispen 1992, p. 284; Brinkhof 1997, p. 279 e.v.; Gielen 1999, Van Engelen 2001, p. 333 e.v. en Falkena, Gilhuis & Wefers Bettink 2001, p. 841 e.v.

De wetgever laat zich niet uit over de (on)wenselijkheid van de ontwikkeling van buitenwettelijke 'rechten op éénlijnsprestaties', maar neemt de ontwikkeling daarvan in de rechtspraak als een gegeven, om daaraan vervolgens de mogelijkheid van 'overdraagbaarheid' te verbinden, tenzij de wet of de aard van het goed zich daartegen verzet. Daarmee wordt meer rechtsonzekerheid geschapen dan weggenomen.¹⁷⁴

De Commissie Auteursrecht laat zien dat de rechtspraak voldoende alternatieven heeft om het nadeel van onoverdraagbaarheid en niet vatbaarheid voor vruchtgebruik, pand of beslag, op te heffen.¹⁷⁵ Waar dat niet het geval mocht zijn, weegt de rechtszekerheid die het onderhavige wetsvoorstel in individuele gevallen kan bieden, volgens de commissie niet op tegen de rechtsonzekerheid die ermee wordt geschapen.¹⁷⁶

Ongeschreven intellectuele eigendomsrechten behoren niet te bestaan. De Commissie geeft terecht weer dat de omstandigheid dat de onrechtmatige daadskwalificatie die ingevolge de rechtspraak kan worden toegekend in gevallen van onzorgvuldig geacht profiteren van zgn. 'éénlijnsprestaties', niet moet worden vervangen door het keurmerk van een exclusief recht.¹⁷⁷ Daarbij kan evenzeer worden gedacht aan andere onderwerpen, zoals bedrijfsgeheimen, goodwill, televisieformats, sportrechten, knowhow en dergelijke. Dit zijn evenmin absolute rechten. In de doctrine wordt echter dikwijls bepleit dat zij als zodanig erkend zouden moeten worden of zelfs dat zij reeds op basis van ongeschreven recht als zodanig erkend zouden zijn. Het Nederlandse rechtstelsel kent echter geen specifiek rechtsgebied van niet wettelijk geregelde – ongeschreven – intellectuele eigendomsrechten. Zoals de Commissie Auteursrecht terecht stelt bestaan ongeschreven intellectuele eigendomsrechten niet en behoren deze ook niet te bestaan, althans niet als absolute rechten.¹⁷⁸

174 Commissie Auteursrecht 2002, p. 43.

175 De Commissie Auteursrecht 2002, p. 45 geeft weer dat bijvoorbeeld de 'vorderingsrechten' als vangnet kunnen dienen. Vorderingsrechten zijn op grond van artikel 3:83 lid 1 BW zonder meer overdraagbaar. Zo wordt wegens het gebrek van aanneming van een absoluut recht op een Internet-domeinnaam, deze domeinnaam zoveel mogelijk aangemerkt als een vordering op de domeinnaam uitgevende instantie, zoals de SIDN voor .nl-domeinnamen. Vorderingsrechten zijn ingevolge artikel 3:81 BW vatbaar voor de vestiging van beperkte rechten, zoals een pandrecht of recht van vruchtgebruik. Een inbreuk op een 'aanspraak op een éénlijnsprestatie' kan voorts een vordering uit onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW) opleveren, die overdraagbaar is. Meer in het algemeen kan men via contractuele afspraken – die zich economisch al dan niet als huur, licentie of lease laten kwalificeren – in de praktijk zeer wel een situatie benaderen waarin een ander min of meer exclusief gerechtigd wordt. Aldus kan volgens de commissie tussen partijen een situatie van exclusiviteit overgang dicht worden benaderd.

176 Commissie Auteursrecht 2002, p. 43.

177 Commissie Auteursrecht 2002, p. 43-44.

178 Commissie Auteursrecht 2002, p. 44.

2.3.3 Pand en Hypotheek

Degene die een vermogensrecht toebehoort kan dit vermogensrecht vervreemden of bezwaren. Een goed kan bezwaard worden met gebruiks- en genotsrechten, maar ook met zekerheidsrechten zoals het pand- en hypotheekrecht. Artikel 3:228 BW bepaalt dat op alle goederen die voor overdracht vatbaar zijn een recht van pand hetzij van hypotheek kan worden gevestigd. Het hypotheekrecht (voor rechten op registergoederen¹⁷⁹) en het pandrecht (voor overige vermogensrechten) dienen beide tot zekerheid van de nakoming van de vordering tot voldoening van een geldsom.¹⁸⁰ De zekerheidsgerechtigde kan slechts aanspraak maken op de opbrengst van de executie van de met de zekerheidsrechten bezwaarde goederen voor zover hij een vordering heeft. Na executie van het zekerheidsobject en verhaal op de opbrengst moet hetgeen resteert van de opbrengst na aftrek van het nog verschuldigde, aan de zekerheidsverlener worden afgedragen (artikel 3:253 lid 1 BW en artikel 3:270 lid 2 BW).

De beperking tot overdraagbare goederen ligt voor de hand. Pand en hypotheek zijn beperkte rechten. Voor het antwoord op de vraag of op een eigendomsrecht een pandrecht of hypotheekrecht kan worden gevestigd, dient te worden vastgesteld of het eigendomsrecht overdraagbaar is of niet.¹⁸¹

De regels van pandrecht en hypotheekrecht zijn van toepassing voor zover er elders in de wet geen afzonderlijke nadere regels worden gegeven. Zo wordt verpanding van aandelen op naam nader geregeld in de artikelen 86, 86c en 196 van Boek 2 BW en geeft artikel 40 Rijksoctrooiwet een afzonderlijke bepaling omtrent het pandrecht op octrooirechten.¹⁸² Naast de beperkingen ten aanzien van de overdraagbaarheid van het moederrecht, mogen er ook geen overige beletselen zijn voor verpanding, zoals een statutaire bepaling krachtens welke aandelen in een vennootschap niet vatbaar zijn voor inpandgeving of beperkingen ter zake van krediettransacties in de zin van de Wet op het Consumentenkrediet (40 WCK e.v.).¹⁸³

179 Artikel 3:10 BW bepaalt dat registergoederen goederen zijn voor welke overdracht of vestiging inschrijving in de daartoe bestemde openbare registers noodzakelijk is. Dit is bijvoorbeeld het geval voor eigendomsrechten op onroerende zaken, teboekgestelde schepen en luchtvaartuigen.

180 In de praktijk worden pandrecht en hypotheekrecht ook gebruikt om andersoortige vorderingen veilig te stellen. De gedachte daarbij is dat vorderingen die niet in geld luiden toch door pand en hypotheek kunnen worden gecureerd, mits zij tot een vordering tot voldoening van een geldsom kunnen worden herleid. Zie Snijders/Rank-Berenschot 2001, nr. 510.

181 Vriesendorp 1996, p. 105-106, meent dat vooral naar het verhaalsaspect moet worden gekeken. Hij leidt hier uit af dat op alle vorderingsrechten die object van beslag kunnen zijn (dus ook onoverdraagbare vorderingsrechten) ook een pandrecht moet kunnen worden gevestigd.

182 Zie nader over pandrechten op intellectuele eigendomsrechten § 4.1.5.

183 Zie voor een overzicht van deze laatste beperkingen: Van Mierlo 1995, p. 103-104.

Artikel 3:98 BW geeft weer dat tenzij de wet anders bepaalt, voor de vestiging van een beperkt recht dezelfde eisen gelden als voor de overdracht van het goed waarop het beperkte recht rust. Voor vestiging van een beperkt recht is eveneens beschikkingsbevoegdheid, geldige titel en 'levering' nodig. Artikel 3:236 BW geeft nadere regels voor het vestigingsvereiste van een vuistpandrecht. Rust het pandrecht op een eigendomsrecht op een roerende zaak, of op een vorderingsrecht aan toonder of order of op het vruchtgebruik op deze goederen, dan kan het pandrecht worden gevestigd door de zaak of het toonder- of orderpapier te brengen in de macht van de pandhouder. Hier speelt het rechtsobject wederom een belangrijke rol: het rechtsobject, de zaak, wordt in de macht van de pandhouder gebracht. Het order- of toonderpapier is niet het 'rechtsobject' van een vorderingsrecht aan order of toonder, maar het bewijsmateriaal van dit recht. Artikel 3:237 BW geeft nadere regels omtrent het vestigen van een bezitloos pandrecht. Aangezien het rechtsobject in handen blijft van de pandgever, kan het pandrecht alleen maar door een akte worden gevestigd. Artikel 3:239 BW geeft nadere regels voor een stil pandrecht op een vordering op naam. Artikel 3:260 BW geeft nadere regels voor de vestiging van een hypotheekrecht.

2.3.4 Beslag

Als de schuldenaar de vordering van de schuldeiser niet voldoet, komt de schuldeiser verhaal toe. Verhaal kan onder meer plaatsvinden door beslag. Artikel 3:276 BW geeft weer dat een schuldeiser zich op alle *goederen* (vermogensrechten) van de schuldenaar mag verhalen. Deze uitwinbaarheid bevat in beginsel alle goederen die voor overdracht vatbaar zijn.¹⁸⁴ Als hoofdregel geldt dat ieder vermogensbestanddeel kan worden uitgewonnen voor iedere vordering en iedere vordering is te verhalen op ieder vermogensbestanddeel, ook indien dat vermogensbestanddeel pas is verkregen nadat de vordering is ontstaan.¹⁸⁵ Wel kan bij overeenkomst tussen schuldeiser en schuldenaar zijn bepaald dat de schuldeiser zich van verhaal op één of meerdere goederen van de schuldenaar zal onthouden. Een dergelijke afspraak geldt niet voor overige schuldeisers die geen partij bij deze overeenkomst waren.

Verhaal ziet enkel op de goederen van de schuldenaar; de goederen moeten de schuldenaar *toebehoren*. Als de schuldenaar geen eigendomsrecht op het huis heeft, maar het huis huurt, dan kan bijvoorbeeld geen beslag worden gelegd op het eigendomsrecht op het huis, dit eigendomsrecht behoort de

184 Uitzonderingen hierop zijn onder meer de alimentatievordering, de loonvordering en het recht op pensioen. Vgl. Pitlo/Reehuis, Heisterkamp 2001, nr. 102-103 en Sniijders/Rank-Berenschot 2001, nr. 706.

185 Pitlo/Reehuis, Heisterkamp 2001, nr. 736, Asser/Mijnsen/Van Velten 1994 (3-III), nr. 375 en Sniijders/Rank-Berenschot 2001, nr. 706.

schuldenaar niet toe, het zit niet in zijn vermogen. Draagt de schuldenaar een hem toebehorend goed over, dan verliest de schuldeiser de mogelijkheid om zich op dat goed te verhalen.¹⁸⁶ Valt het eigendomsrecht op het huis in gemeenschappelijk eigendom van schuldenaar A en B, dan kan de schuldeiser voor een schuld van de schuldenaar A bijvoorbeeld geen beslag leggen op het eigendomsrecht van het huis.¹⁸⁷ In het vermogen van A zit enkel zijn aandeel in het gemeenschappelijk eigendomsrecht. Dat is het vermogensbestanddeel dat de schuldenaar toebehoort en waar de schuldeiser beslag op kan leggen.

Bepaalde goederen worden in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering uitsluitend voor beslag. Artikel 475a Rv bepaalt:

Het beslag strekt zich niet uit tot vorderingen of zaken die volgens de wet niet voor beslag vatbaar zijn, noch tot vorderingen die recht geven op een volgens de wet of naar haar aard niet voor beslag vatbare prestatie.

Dit maakt wederom duidelijk hoezeer de vereenzelviging van zaak en eigendomsrecht tot verwarring kan leiden. Hoewel de wet namelijk spreekt over beslag op *zaken*, wordt dogmatisch gezien beslag gelegd op de *eigendomsrechten* op zaken en overige *vermogensrechten*.¹⁸⁸

De aard van het rechtsobject kan een rol spelen bij de bepaling van de wijze van beslag en bij de vaststelling of het desbetreffende eigendomsrecht of vermogensrecht vatbaar is voor beslag. Het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering geeft afzonderlijke regels voor het beslag op diverse goederen. Artikel 447 en 448 Rv noemen enige rechtsobjecten die worden uitgezonderd van beslag, dat wil zeggen waarvan de eigendomsrechten niet vatbaar zijn voor beslag. Deze artikelen noemen onder meer een bed en beddengoed, kleren, gereedschappen van ambachtslieden en werklieden, de voorraad spijs en drank die in het huis voorhanden is en boeken die nodig zijn voor het beroep van de beslagene. De artikelen 475b-475^e Rv noemen voor loon en uitkeringen een beslagvrije voet. Artikel 436 Rv bepaalt dat er geen beslag mag worden gelegd op 'goederen, bestemd voor de openbare dienst'. Hier wordt bedoeld op de eigendomsrechten op objecten die qua aard voor de openbare dienst bestemd zijn. Deze wetsbepalingen die de mogelijkheid van verhaal op bepaalde goederen uitsluiten of beperken zijn dwingendrechtelijk van aard.¹⁸⁹ Dit betekent

186 In sommige gevallen is verhaal mogelijk op goederen die de debiteur niet toebehoren, zoals in geval van actio pauliana of onrechtmatige daad. Deze uitzonderingen blijven hier buiten beschouwing.

187 Zie Van der Steur 2001, p. 427-430; Gemeenschap is zo een ander woord voor 'mede-toebehoren'.

188 Zie Van der Steur 2001, p. 428-429.

189 Pitlo/Reehuis, Heisterkamp 2001, nr. 740.

dat schuldeiser en schuldenaar niet geldig kunnen overeenkomen dat de crediteur op deze vermogensbestanddelen wel beslag mag leggen.¹⁹⁰

Ook afzonderlijke wetteksten kunnen bepaalde goederen van beslag uitsluiten. Artikel 2 lid 3 Aw bepaalt bijvoorbeeld dat beslag op een auteursrecht in bepaalde gevallen is uitgesloten. Niet vatbaar voor beslag is a) het auteursrecht dat toekomt aan de maker zelf (dat wil zeggen het auteursrecht zelf (dat wil zeggen dat het auteursrecht nog niet is overgedragen of vererfd) en b) het auteursrecht op nog niet openbaar gemaakte werken dat door erfopvolging c.q. legaat op een ander is overgegaan. Het auteursrecht is wel vatbaar voor beslag nadat het is overgedragen. Deze onvatbaarheid van beslag is gebaseerd op de persoonlijkheidsrechten van de auteur. De auteur heeft het recht zelf te beslissen of, wanneer en in welke vorm zijn werk openbaar zal worden gemaakt. Een dergelijke bepaling doet te zeer afbreuk aan het uitgangspunt van beslag dat alle goederen voor verhaal vatbaar zijn (artikel 3:276 BW). Het vormt een hybride in het wettelijk systeem en zou beter geschrapt kunnen worden.¹⁹¹

Vanaf het moment van het leggen van beslag op een goed van de schuldenaar, kan de schuldenaar verrichte beschikkingshandelingen niet tegen de beslaglegger worden ingeroepen. Men spreekt ook wel van 'relatieve' beschikkingsonbevoegdheid. Het blijft echter zo dat het desbetreffende goed nog steeds in het vermogen van de schuldenaar zit, het goed behoort de schuldenaar nog steeds toe.¹⁹² Op grond van dit toebehoren is de schuldenaar nog steeds beschikkingsbevoegd. Door het beslag wordt echter bepaald dat een beschikkingshandeling, de overdracht bijvoorbeeld, jegens de beslaglegger niet kan worden tegengeworpen als dit ten nadele van de schuldeiser is. Zo kan in geval van een verhaalsbeslag de beslaglegger zijn verhaal op het beslagen goed voortzetten ook indien een derde door vervreemding daarvan rechthebbende is geworden. Voor hem blijft het beslag als het ware het goed volgen.¹⁹³

190 Pitlo/Reehuis, Heisterkamp 2001, nr. 740.

191 Binnen het intellectuele eigendomsrecht is er reeds voor gepleit om het artikel afhankelijk van het desbetreffende *corpus mysticum* van toepassing te achten. Zo is wel bepleit dat het niet van toepassing moet bij een auteursrecht op software, aangezien de persoonlijke band bij de creatie van software minder evident aanwezig is dan bij de creatie van een gedicht. Het feit dat men de toepassing van artikel 2 lid 3 Aw afhankelijk wil laten zijn van de persoonlijke band met het 'werk', geeft reeds weer dat het artikel en zijn uitwerking niet in alle gevallen gelukkig wordt bevonden.

192 Vgl. Van der Kwaak 1990, p. 171 e.v.

193 Zie Pitlo/Reehuis, Heisterkamp 2001, nr. 140 en de artikelen 453a Rv; 474^e Rv; 475h Rv; 505 Rv; 584^e Rv; 712, 715, 720 en 729d lid 2 Rv.

2.3.5 Faillissement

Artikel 20 Faillissementswet bepaalt dat het faillissement het gehele *vermogen* omvat van de schuldenaar ten tijde van de faillietverklaring. Het uiteindelijke doel van een faillissement is te komen tot uitwinning van de activa, van de goederen. Het faillissement is een beslag op het gehele vermogen van de schuldenaar ten behoeve van zijn gezamenlijke schuldeisers. Een schuldeiser moet zijn vordering ter verificatie indienen bij de curator.

Alleen de vermogensrechten van de gefailleerde worden door het faillissement getroffen. Andere subjectieve rechten dan vermogensrechten, zoals bijvoorbeeld de familierechten, vallen niet in het faillissement, tenzij de wet anders bepaalt. De ouderlijke macht blijft de failliet dus gewoon uitvoeren, de curator heeft over deze rechten geen zeggenschap.

Artikel 21 Fw bepaalt dat een aantal goederen buiten het faillissement valt: de (eigendomsrechten op) zaken genoemd in 447 Rv, de toerusting van de leden van de krijgsmacht en het auteursrecht in geval deze niet vatbaar is voor beslag (zie § 2.3.4). Ook de in artikel 448 Rv genoemde (eigendomsrechten op) zaken vallen in beginsel buiten het faillissementsbeslag. Bovendien blijven buiten faillissement kortweg de persoonlijke verdiensten ten tijde van faillissement, de gelden die aan de gefailleerde verstrekt worden ter voldoening van een wettelijke onderhoudsplicht, een door de rechter-commissaris aan te wijzen bedrag uit de opbrengst van het vruchtgenot van het vermogen van een kind, het ingevolge artikel 642c Rv in de kas der gerechtelijke consignaties gestorte bedrag en goederen die onder bewind staan.

2.3.6 Verbintenissenrecht

Het verbintenissenrecht regelt de totstandkoming, de inhoud en gevolgen van verbintenissen. Met het sluiten van de koopovereenkomst ten aanzien van een boot tussen A en B, is een verbintenis ontstaan krachtens welke A gehouden is tot overdracht van het eigendomsrecht op de boot en B gehouden is tot betaling van de koopprijs. Deze verbintenissen zijn vorderingsrechten, 'goederen'. Centraal binnen het contractenrecht staat derhalve de totstandkoming van een relatief recht, van een *goed*. De prestatie speelt daarbij een cruciale rol (zie § 2.1.7). Het goederenrecht concentreert zich niet op de totstandkoming van een vorderingsrecht, maar op de goederenrechtelijke mogelijkheden van het vorderingsrecht als *vermogensbestanddeel*. Zoals reeds binnen § 2.2.3 naar voren is gekomen, is dit laatste aspect van het vorderingsrecht pas later goed tot juristen doorgedrongen. Er wordt echter nog steeds over de 'eigendom' van een vorderingsrecht gesproken, alsof niet duidelijk zou zijn dat vorderingsrechten evenals eigendomsrechten en beperkte rechten, 'goederen' zijn.

De begrippen zaak, goed en vermogensrecht worden ook in de verbintenissenrechtelijke delen van het privaatrecht gebruikt. Artikel 7:1 BW bepaalt dat alleen

zaken kunnen worden gekocht. Artikel 7:600 BW bepaalt dat alleen *zaken* in bewaring kunnen worden gegeven. Hier ziet men wederom dat de vereenzelviging tussen zaak en eigendomsrecht verwarring kan creëren. Bewaarneming ziet inderdaad op de *zaak* in de zin van rechtsobject.¹⁹⁴ Het is niet het eigendomsrecht dat iemand in bewaring neemt, maar de zaak. Bewaarneming van vermogensrechten laat zich moeilijk indenken. In artikel 7:1 BW moet 'zaak' echter in de zin van *eigendomsrecht* worden gelezen. Het is het eigendomsrecht dat wordt gekocht. Deze bepaling wordt aangevuld door artikel 7:47 BW dat bepaalt dat de koop ook op (de overige; JCvdS) vermogensrechten betrekking kan hebben. Voorts speelt de zaak, het rechtsobject van het eigendomsrecht, een rol bij de goede afwikkeling van deze koop. Mocht er namelijk niet voldaan worden aan het conformiteitvereiste van artikel 7:17 BW, dan is de verkoper in beginsel aansprakelijk. Het conformiteitvereiste ziet op de *zaak*. Het is niet het eigendomsrecht dat niet voldoet, maar de koper dacht een eigendomsrecht op een goed functionerende zaak te kopen in plaats van een eigendomsrecht op een slecht of zelfs niet functionerende zaak.

In beide gevallen speelt het begrip 'zaak' in de zin van artikel 3:2 BW dus een belangrijke rol. Ook in dit kader is het van belang te weten waar de grenzen van het begrip 'zaak' liggen, zodat duidelijk is of een koopovereenkomst ten aanzien van het eigendomsrecht van die specifieke zaak mogelijk is of niet. Valt een object buiten de definitie van 'zaak' dan kunnen de bepalingen niet direct van toepassing zijn, niet in geval van bewaarneming van de zaak en niet in geval van koop van eigendomsrecht op een zaak, omdat ook in het laatste geval geen eigendomsrecht mogelijk is als het niet een zaak is.¹⁹⁵

Verbintenisrechtelijk kan rechtssubject x met rechtssubject y overeenkomen het eigendomsrecht op een schaap uit de kudde te kopen. Voor het goederenrechtelijk effect van deze verbintenisrechtelijke afspraak is het noodzakelijk dat bij de levering duidelijk is op exact welk schaap uit de kudde het eigendomsrecht rust. Dit vloeit voort uit artikel 3:84 lid 2 BW. Hoewel het artikel bepaalt dat de *titel* met voldoende bepaaldheid omschreven moet zijn, wordt algemeen aanvaard dat 'titel' moet worden gelezen als 'levering'.¹⁹⁶ Als niet duidelijk is welk rechtsobject geleverd wordt dan is de leveringshandeling zonder gevolg. Voor bezitsverschaffing zal één specifiek object als voor de koper bestemd, moeten worden geïndividualiseerd. Pas als het schaap zich afscheidt van de kudde door bijvoorbeeld over de dam te lopen, is voldaan

194 De bruikleenovereenkomst wordt ook wel als 'reële overeenkomst' (een contract *re*) aangeduid (artikel 7A:1777 BW). Dit is een verbintenisscheppende overeenkomst, welke niet door wilsovereenstemming, maar pas door de overdracht van de *zaak* tot stand komt. Zie Asser-Kleijn (5-IV) 1988, nr. 1.

195 Wel zou er sprake kunnen zijn van bijvoorbeeld een overeenkomst *sui generis*.

196 Steun hiervoor vindt men in HR 20 september 2002, *RvdW* 2002, 145. Vgl. Brahn/Reehuis 1997, nr. 39; Asser/Mijnssen/De Haan 2001 (3-I), nr. 214; Pitlo/Reehuis, Heisterkamp 2001, nr. 117; Snijders/Rank-Berenschot 2001, nr. 316.

aan het goederenrechtelijk bepaaldheidvereiste. Duidelijk moet zijn *welk* goed (eigendomsrecht, vorderingsrecht, intellectueel eigendomsrecht of beperkt recht) precies wordt overgedragen.

Het is van belang twee stappen te onderscheiden. Ten eerste moet in abstracto beoordeeld worden of een object als zaak is te kwalificeren (zie voor de criteria § 3.1.4). Is dit niet het geval dan zijn noch de verbintenisrechtelijke bepalingen omtrent zaken noch de goederenrechtelijke bepalingen omtrent zaken dan wel eigendomsrechten van toepassing. Is dit wel het geval (een schaaap is in abstracto als zaak te kwalificeren), dan kan men er vanuit gaan dat de verbintenisrechtelijke bepalingen omtrent zaken, op deze zaak van toepassing zijn. Wil er ook goederenrechtelijk sprake kunnen zijn van een eigendomsrecht dan zal ook in het concrete geval duidelijk moeten zijn op welke specifieke zaak (welk schaaap uit de kudde) het eigendomsrecht rust. Het moet duidelijk zijn welk eigendomsrecht wordt overgedragen. Dat kan alleen het geval zijn als het schaaap in het concrete geval van de andere schapen is afgescheiden. Pas dan kan de verkrijger van het eigendomsrecht zich met betrekking tot die zaak tegenover derden als verkrijger legitimeren. Een eigendomsrecht van slechts naar soort of hoeveelheid omschreven zaken kan in het concrete geval niet overgedragen worden, omdat aan het bij de levering gestelde vereiste van bepaaldheid niet kan worden voldaan.¹⁹⁷

Voor de rechtsfiguur huur geldt in beginsel ook dat er sprake moet zijn van een *zaak*, maar wordt er een uitzondering gemaakt voor het voor zaken geldende eenheidsbeginsel (artikel 5:3 BW).¹⁹⁸ Het eenheidsbeginsel schrijft voor dat een recht slechts op de zaak als geheel kan rusten en niet op een onzelfstandig zaaksdeel van een zaak, zoals een kamer in een huis.¹⁹⁹ Verbintenisrechtelijk gezien is het eenheidsbeginsel minder relevant. Zo stond de Rechtbank Amsterdam in 1959 toe dat een huurovereenkomst werd afgesloten ten aanzien van een muurvlakte voor het ophangen van reclame.²⁰⁰

Hetzelfde probleem kwam meer recent nog aan de orde ten aanzien van het verschijnsel 'koop huur'. Bij koop huur huurt men het casco van een woning en koopt men de binnenkant van deze woning.²⁰¹ Tot de binnenkant van de woning behoren de ruimten, de niet dragende wanden, de zwevende vloeren, de installaties, de voorzieningen en de afwerking. De huurder verkrijgt van dit alles echter geen eigendom in de zin van artikel 5:1 BW, maar economi-

197 Zie HR 20 februari 1978, *NJ* 1979, 338.

198 Artikel 7A:1584 BW bepaalt: Huur en verhuur is eene overeenkomst, waarbij de eene partij zich verbindt om de andere het genot eener zaak te doen hebben (...).

199 Hof Arnhem 18 april 1983, *NJ* 1984, 175. In 1910 oordeelde de Hoge Raad eveneens dat de schuttingoppervlakte geen zelfstandige zaak is en derhalve geen voorwerp van huur kan zijn: HR 27 mei 1910, *W.* 9036.

200 Rechtbank Amsterdam 22 december 1959, *NJ* 1960, 496.

201 Zie Nieskens-Isphording 1996, p. 1845-1851; Kortmann 1997, p. 7-8; Van der Steur 1999, p. 84-88.

sche eigendom. Dit wil zeggen dat alle lusten en lasten met betrekking tot de zaak voor rekening komen van de economisch eigenaar, maar dat hij niet over het goed kan beschikken: het eigendomsrecht van de zaak behoort hem immers niet toe. De gerechtigdheid *uit* het vermogensrecht wordt gescheiden van de gerechtigdheid *tot* het vermogensrecht, ofwel de bevoegdheid *over* en het belang *van* het goed wordt gescheiden. Deze koophuurconstructie is zeer complex van aard: de woningbouwvereniging levert de economische eigendom van de binnenkant van de woning aan de Vereniging van Koophuurders en verkrijgt daarvoor een lidmaatschap van deze Vereniging. De woningbouwvereniging draagt dit lidmaatschap over aan de bewoner tegen betaling van de koopprijs van de binnenkant. Bij wijze van zekerheid voor de financieringsovereenkomst van de bewoner wordt een pandrecht gevestigd op dit lidmaatschapsrecht.

De juridische discussie omtrent de koophuurconstructie spitst zich toe op de mogelijkheden en onmogelijkheden van een onzelfstandig zaaksdeel als object van economisch eigendom.²⁰² Duidelijk is dat juridische eigendom in de zin van artikel 5:1 BW alleen mogelijk is ten aanzien van zelfstandige zaken. Het probleem betreft de vraag of economisch eigendom van een deel van een zaak, de binnenkant van een woning, mogelijk is.

Sommigen vinden van wel en leggen het accent bij de huurovereenkomst. Zij stellen dat het verhuren van een casco-gedeelte in overeenstemming is met de strekking van een huurovereenkomst dat een bewoner woonruimte wordt verschaft tegen een door hem te bepalen prijs. Dat het casco-gedeelte en de binnenkant onlosmakelijk met elkaar zijn verbonden, doet daar volgens hen niets aan af. Economisch eigendom van de binnenkant van een woning is volgens hen mogelijk.²⁰³

Anderen stellen dat economisch eigendom alleen ten aanzien van zelfstandige zaken kan bestaan. Economisch eigendom is een verbintenisrechtelijke constructie met een zodanig specifiek karakter dat deze constructie alleen mogelijk is ten aanzien van zelfstandige rechtsobjecten. Het specifieke karakter uit zich in de directe verbondenheid aan de mogelijkheden van juridisch eigendom.²⁰⁴ Duidelijk is dat er onder meer wegens gebrek aan een wettelijke definitie onzekerheid bestaat omtrent het object van economische eigendom.²⁰⁵

202 Zie over het verschijnsel economisch eigendom onder meer Slagter 1968; Huijgen 1995; Vervloed en Bod 1997, p. 74; Asser/Mijnssen/De Haan 2001 (3-1), nr. 483.

203 De Waal 1997, p. 200; Oldenhuis/Rossel/Gompen/Schaaf 1999, p. 32 e.v.; Kortmann 1997, p. 7.

204 Nieskens-Isphording 1997, p. 8-9.

205 Een ander voorbeeld waarbij het voornamelijk van belang is hoe de economische risico's met betrekking tot een object zijn verdeeld betreft de rechtsfiguur lease. Lease ziet niet alleen op zaken, maar ook op immateriële activa, octrooien en licenties. Dit was onder meer het geval in de zogenaamde 'technolease-affaire'. Oud-minister Andriessen zei daarover in 1993: 'We doen kennis van Philips in een doos, verkopen die aan de Rabobank die er

2.3.7 Beperking gevolgen

Voor *goederen* geldt dus een aantal gevolgen die voor andere rechten niet gelden. Hiervoor is een aantal van deze gevolgen aan de orde gekomen. Opvallend daarbij was dat voor sommige goederen ook bepaalde beperkingen in de gevolgen golden. Zo zijn er goederen die niet voor overdracht vatbaar zijn en derhalve ook niet als zekerheidsobject kunnen gelden (een niet overdraagbaar vorderingsrecht bijvoorbeeld) en goederen die niet als beslagobject kunnen gelden (een eigendomsrecht op een bed bijvoorbeeld). Afhankelijk van de aard van het goed kunnen dus diverse gevolgen die voor goederen in het algemeen in het BW zijn opgenomen, niet van toepassing zijn. De aard van het rechtsobject dat aan het goed ten grondslag ligt, kan daarbij mede een rol spelen.

In het kader van het vaststellen van de grenzen van rechtsobjecten, is het van belang te beseffen dat eventuele beperkingen in de gevolgen van een *goed*, niets af hoeven te doen aan de kwalificatie van een object als rechtsobject. Een bed is een zaak en blijft een zaak, ook al is het niet mogelijk het eigendomsrecht op dit bed te beslaan. De mogelijke goederenrechtelijke gevolgen voor rechten op het rechtsobject, zijn niet van doorslaggevende betekenis voor kwalificatie van het rechtsobject. Deze beperkingen tasten de zaaks kwalificatie van het desbetreffende object niet aan.

Een enkele maal wordt dit wel verdedigd. De redenering is dan bijvoorbeeld dat een menselijk orgaan geen zaak kan zijn omdat niet alle gevolgen ten aanzien van de eigendom van een orgaan onbeperkt van toepassing zouden zijn. Een ieder zal zich kunnen voorstellen dat een eventueel beslag op de eigendom van een nog te implanteren nier onwenselijk is. Zo bijvoorbeeld Paquay ten aanzien van de zaaks kwalificatie van software:

Anders dan schrijvers menen, kunnen de rechtsgevolgen van kwalificatie als goed (software in de zin van rechtsobject; JCvdS) niet alsnog worden gereguleerd door toetsing aan wat maatschappelijk wenselijk is.²⁰⁶

Het recht verbindt volgens Paquay zonder meer gevolgen aan de kwalificatie als zaak. Software kon dan ook volgens Paquay geen zaak zijn omdat niet alle rechtsgevolgen gelijkelijk op een eigendomsrecht op software van toepassing zijn. Paquay ziet over het hoofd dat er voor velerlei (eigendomsrechten op) *zaken* reeds beperkingen bestaan. Deze beperkingen zijn soms opgenomen wegens een technische onmogelijkheid, maar ook wegens maatschappelijke

goed op past en die verhuurt de kennis weer terug'. Zie *De Volkskrant* 20 mei 1997 en verder Nieskens Ispording 1994, p. 1294; Bertrams 1995, p. 97 e.v.; Van Hees 1997; Van Engelen 2001, p. 333 e.v.; Filott 2001, p. 173-184. Zie over de vraag of het leaseobject altijd een zaak moet zijn, in bevestigende zin: Heyman 1994, p. 2; Van Vondelen 1995, p. 206 e.v. en Beckman & Joosen 1988, p. 11 en in ontkennende zin Thole 1994.

206 Paquay 1990, p. 283

onwenselijkheid. Wegens het eenmalige gebruikskarakter van gas, zal de rechtsfiguur 'verpanding' op technische moeilijkheden stuiten. Ten aanzien van beslag op een eigendomsrecht op een bed is algemeen geoordeeld dat het onethisch is om het gebruik van dergelijke objecten van iemand af te nemen. Zij zijn te zeer verbonden met de menselijke waardigheid, ook al bevindt deze persoon zich in een faillissement. Het eigendomsrecht op het bed is daarentegen wel een goed, waar een zekerheidsrecht op kan worden gevestigd. Zo gelden ten aanzien van ieder gevolg weer andere eisen. Vermogensrechtelijke gevolgen kunnen beperkt worden zonder de zaak- dan wel goedkwalificatie aan te tasten.²⁰⁷ Deze beperkingen kunnen zowel privaatrechtelijk als publiekrechtelijk zijn.²⁰⁸

Een belangrijke vraag is vervolgens tot hoever deze beperkingen mogen gaan. Wat als niet één gevolg wordt uitgesloten maar als alle gevolgen worden uitgesloten, behalve die van het absolute recht zelf? Wat als bijvoorbeeld een eigendomsrecht niet voor overdracht vatbaar is, geen beslagobject kan zijn, geen zekerheidsobject kan zijn, geen deel uitmaakt van het faillissementsvermogen en dergelijke? Dan is het naar mijn mening nog altijd van belang vast te stellen dat dit eigendomsrecht vermogensbestanddeel is en toebehoort aan een specifiek rechtssubject en dit rechtssubject over dit eigendomsrecht mag beschikken en de bevoegdheden die voortvloeien uit het eigendomsrecht mag uitoefenen. Op grond van deze bevoegdheden heeft het rechtssubject de exclusieve heerschappij over het rechtsobject. Dit wordt de zogenaamde 'exclusiviteit van eigendom' genoemd.²⁰⁹

Nu kan deze exclusieve heerschappij danig ingeperkt worden. Bijvoorbeeld door licenties aan anderen te verlenen of beperkte rechten te vestigen, zoals het recht van erfpacht, die de eigendom tot nul reduceren. Wat is er nog over van de heerschappij als het totale gebruik van grond en opstal naar de beperkt gerechtigde is gegaan?

Ook al zijn deze bevoegdheden die het rechtssubject mag uitoefenen tot nihil beperkt, dan is het nog altijd van belang te weten wat het moederrecht is en in wiens vermogen dit moederrecht valt. Hoewel de vermogenswaarde van dit moederrecht zal zijn verminderd, is het binnen de goederenrechtelijke systematiek wel degelijk van belang te weten wat het moederrecht is en aan wie dit toebehoort. Al was het alleen maar omdat beperkte rechten tenietgaan als ook het moederrecht tenietgaat. Bovendien is het van belang te weten wie bijvoorbeeld gerechtigde is van de erfpachtcanon, de vergoeding die is afgesproken ter verlening van een dergelijke erfpachtrecht. Hetzelfde geldt ten

207 Zie bijvoorbeeld Kleve & De Mulder 1990, p. 1344-1345.

208 Denk bijvoorbeeld aan de regels omtrent burenrrecht, hinder, misbruik van recht, de Belemmeringenwet Privaatrecht, de Ontheffingswet, de Wet op de Ruimtelijke Ordening, de Woningwet, de Huisvestingwet, de Waterstaatwet, de Huurwet, de Pachtwet, de Monumentenwet en de Leegstandwet.

209 Zie hierover Meijer 1991, p. 73-78.

aanzien van een moederrecht dat ingeperkt, bezwaard is door verleende licenties en onderlicenties. De vaststelling van de oorspronkelijk rechthebbende blijft echter van belang. Het is deze rechthebbende die aanvankelijk de licentie heeft verstrekt. Andere gebruikers dan de rechthebbende hebben slechts een tijdelijke bevoegdheid tot gebruik van het object. Ondanks het feit dat rechthebbende de gebruiksbevoegdheid 'tijdelijk' heeft afgestaan, blijft het deze rechthebbende die de exclusieve heerschappij heeft en houdt over het rechtsobject en waaraan het volledige gebruiksrecht weer terugvalt als de bezwarende rechten tot gebruik komen te vervallen. Het vestigen van de bezwarende rechten zal in de regel in het belang van de rechthebbende zijn. Zo kunnen bijvoorbeeld anderen slechts door het verstrekken van licenties gebruik maken van de software en zal het product alleen zo bekend kunnen raken zodat steeds meer mensen geld willen betalen voor een licentie.

2.3.8 Toekomstige goederen

Het recht houdt zich niet alleen bezig met bestaande goederen, ook goederen die in de toekomst zullen ontstaan, spelen een zekere rol. Ten aanzien van eigendomsrechten wordt een onderscheid gemaakt tussen absoluut toekomstige zaken en relatief toekomstige zaken.²¹⁰ Onder het begrip absoluut toekomstige zaken valt het schilderij dat nog gemaakt moet worden. Onder relatief toekomstige zaken het schilderij dat reeds gemaakt is, maar waarvan het eigendomsrecht nog niet in het vermogen van het rechtssubject is gevallen. Dit onderscheid voegt weinig toe en geeft wederom blijk van de misvatting omtrent het belang van het onderscheid tussen zaak en eigendomsrecht. In het eerste geval heeft het desbetreffende rechtssubject geen *zaak* en geen *eigendomsrecht*, in het tweede geval is er wel een zaak maar heeft het rechtssubject nog geen *eigendomsrecht*. Juridisch gezien is echter alleen relevant dat het rechtssubject in beide gevallen nog geen *eigendomsrecht* toebehoort. In beide gevallen kan het rechtssubject, bij gebrek aan toebehoren van dit eigendomsrecht, niet over dit goed beschikken. Voor overdracht van het goed is beschikkingsbevoegdheid, geldige titel en levering noodzakelijk. Een toekomstig goed kan dus nooit worden overgedragen.

Dit wil echter niet zeggen dat er helemaal geen vermogensrechtelijke handelingen ten aanzien van toekomstige goederen mogelijk zijn. Artikel 3:97 BW bepaalt dat toekomstige goederen in beginsel bij voorbaat kunnen worden geleverd. De wijze van levering moet dit dan wel toelaten.²¹¹ Op grond van dit artikel is het mogelijk dat A een koopovereenkomst sluit (geldige titel) met B ten aanzien van een goed (eigendomsrecht op een schilderij) waarover A

210 TM, *Parl.Gesch.*, Boek 3, p. 402. Artikel 3:97 BW sluit de mogelijkheid van het leveren bij voorbaat van registergoederen uit.

211 TM, *Parl.Gesch.*, Boek 3, p. 402.

beschikkingsbevoegd hoopt te worden. Dit eigendomsrecht wordt dan bij voorbaat door A aan B geleverd. Voordeel van een dergelijke levering bij voorbaat, is dat er geen nadere rechtshandelingen verricht hoeven te worden om overdracht van het eigendomsrecht op B te bewerkstelligen. Zodra A het eigendomsrecht verkrijgt en derhalve beschikkingsbevoegd wordt, wordt B daarvan eigenaar.²¹² Dezelfde eisen gelden voor bepaalde goederenrechtelijke gevolgen: toekomstige goederen kunnen bij voorbaat worden verpand (artikel 3:98 jo artikel 3:97 lid 1 BW).

Deze bepalingen gelden niet alleen voor eigendomsrechten, maar eveneens voor vorderingsrechten en intellectuele eigendomsrechten.²¹³ Cessie bij voorbaat is mogelijk ten aanzien van vorderingsrechten tot betaling van huurtermijnen die A volgend jaar op huurder B zal verkrijgen.²¹⁴ Deze vorderingsrechten behoren A nog niet toe, en hij kan alleen bij voorbaat cederen. Deze situatie moet onderscheiden worden van het geval waarin er sprake is van een bestaande vordering onder opschortende tijdsbepaling: bijvoorbeeld een lening die pas volgende maand hoeft te worden terugbetaald. Dit vorderingsrecht behoort A reeds toe, hij kan er over beschikken, alleen de prestatie kan pas volgende maand worden aangezegd, de prestatie is pas volgende maand opeisbaar. In het eerste geval moeten de vorderingsrechten dus nog ontstaan, het zijn nog geen vermogensbestanddelen van A, in het tweede geval is het reeds een vermogensbestanddeel van A, maar kan de bevoegdheid die voortvloeit uit het vorderingsrecht, het aanzeggen van de prestatie, pas na verloop van een bepaalde periode tot uitwerking komen.

Uit artikel 3:84 lid 2 BW vloeit ten aanzien van de levering bij voorbaat van toekomstige goederen een beperking voort. Hoewel het artikel zelf spreekt over het goed dat bij de *titel* met voldoende bepaaldheid omschreven moet zijn, wordt over het algemeen aangenomen dat 'titel' in deze bepaling moet worden gelezen als 'levering'.²¹⁵

212 Verkrijgt A het eigendomsrecht nadat hij in staat van faillissement is verklaard, dan treedt de vereiste beschikkingsbevoegdheid krachtens artikel 23 Fw niet in en komt er geen overdracht van A naar B tot stand. Zie artikel 35 lid 2 Fw.

213 Onder het oude recht is gestreden of een toekomstig auteursrecht bij voorbaat geleverd kon worden. In het arrest van 13 februari 1936, *NJ* 1936, 443 bepaalde de Hoge Raad dat dit niet mogelijk was. Naar huidig recht moet echter worden aangenomen dat artikel 3:97 lid 1 voor alle *goederen* geldt. *TM, Parl.Gesch., Boek 3*, p. 402: 'Een levering daarentegen van het auteursrecht op een boek, dat de auteur over een onderwerp schrijven zal, bezit voldoende bepaaldheid'.

214 Vgl. Pitlo/Reehuis, Heisterkamp 2001, nr. 317.

215 Dat 'titel' als 'levering' moet worden gelezen vond onlangs steun in HR 20 september 2002, Nr. C01/213HR. Vgl. ook Asser/Mijnssen/De Haan 2001 (3-I), nr. 214; Sniijders/Rank-Berenschot 2001, nr. 316; Pitlo/Reehuis, Heisterkamp 2001, nr. 117; Brahn/Reehuis 1997, nr. 39; Sniijders 1998, p. 163-170. Vgl. HR 14 oktober 1994, *NJ* 1995, 447 (Rivierenland/Mr. Gispen q.q.) en HR 16 juni 1995, *NJ* 1996, 508 (Rabobank/Ontvanger).

Over de invulling van dit bepaaldheidvereiste bestond lange tijd geen duidelijkheid. De algemene mening was dat het bepaaldheidvereiste bij akte van cessie of verpanding niet strikt moet worden gehanteerd.²¹⁶ In het arrest van de Hoge Raad van 14 oktober 1994 is overwogen dat voldoende is dat de akte zodanige gegevens bevat dat, eventueel achteraf, aan de hand daarvan kan worden vastgesteld om welke vordering het gaat.²¹⁷ Deze lijn is in de rechtspraak gecontinueerd.²¹⁸ Meer recentelijk heeft de Hoge Raad deze gang van zaken nogmaals bevestigd en geoordeeld dat zelfs een generieke omschrijving ('alle ten tijde van de ondertekening van de akte bestaande rechten of vorderingen jegens derden' en/of de omschrijving 'alle rechten of vorderingen jegens derden die worden verkregen uit de ten tijde van de ondertekening van de akte bestaande rechtsverhoudingen met die derden') voldoende is. De Hoge Raad overweegt dat:

het generieke karakter van een dergelijke omschrijving en het ontbreken van een nadere specificatie van de betrokken vorderingen niet in de weg staan aan het oordeel dat een dergelijke omschrijving voldoet aan het vereiste van voldoende bepaaldheid in de zin van artikel 3:84 lid 2 BW.²¹⁹

Aan de hand van de gegeven omschrijving kan worden bepaald welke vorderingen zijn verpand. De Hoge Raad vervolgt dat het feit dat voor nadere specificaties te rade moet worden gegaan bij de boekhouding van de pandgever, niet afdoet aan de voldoende bepaaldheid van de vorderingen. Dit arrest is in lijn met de rechtspraak van de Hoge Raad na 1994 en maakt het mogelijk dat een zeer algemene omschrijving van de goederen in de akte, voldoende is voor een geldige levering c.q. stille verpanding.

2.3.9 Tussenconclusie

Het objectieve vermogensrecht geeft algemene regels voor *goederen*. Zodra een object als rechtsobject gekwalificeerd kan worden, kan daarop een absoluut recht gevestigd worden. Dit absolute recht is een *goed* en voor dit goed gelden algemene regels over goederen in het Burgerlijk Wetboek. Artikel 3:84 BW regelt

216 In de Memorie van Antwoord bij artikel 3:97 BW, *Parl. Gesch., Invoering Boek 3, 5 en 6*, p. 1248, wordt aangegeven dat men aan de goederenrechtelijke eis van bepaaldheid bij levering van toekomstige goederen bij voorbaat niet te stringente eisen moet stellen. Vgl. Asser/Mijnssen/De Haan 2001 (3-1), nr. 226; Van Swaaij 2000, p. 86-87 en de door hem aangehaalde literatuur. Anders: Struycken 1999, p. 577-578.

217 HR 14 oktober 1994, *NJ* 1995, 447 (Rivierenland/Mr. Gispen q.q.).

218 Zie HR 19 september 1997, *NJ* 1998, 689 (Verhagen q.q./INB II); HR 16 juni 1995, *NJ* 1996, 508 (Rabobank/Ontvanger); HR 20 juni 1997, *NJ* 1998, 362 (Wagemakers q.q./Rabobank Roosendaal); HR 19 december 1997, *NJ* 1998, 690 (Zuidgeest/Furness), HR 21 december 2001, *RvdW* 2002, 6. Anders: HR 21 mei 1999, *NJ* 1999, 733.

219 HR 20 september 2002, *RvdW* 2002, 145, overweging 3.5.

bijvoorbeeld de vereisten van overdracht van *goederen*. Artikel 3:83 BW bepaalt welke *goederen* voor overdracht vatbaar zijn. Artikel 3:228 BW bepaalt dat op alle *goederen* die voor overdracht vatbaar zijn, een recht van pand hetzij van hypotheek kan worden gevestigd. Artikel 3:267 BW bepaalt dat een schuldeiser zich op alle *goederen* van de schuldenaar mag verhalen. In een faillissement worden vervolgens ook alle *goederen* uitgewonnen. Ook verbintenisrechtelijke rechtsfiguren zien soms direct op *goederen* of op *zaken* en *vermogensrechten*. Niet alleen bestaande *goederen*, maar ook toekomstige *goederen* kunnen in het vermogensrecht een rol spelen.

Het is mogelijk dat een van deze gevolgen voor *goederen* ten aanzien van een specifiek goed, niet van toepassing is. Dit kan bijvoorbeeld liggen in de aard van het desbetreffende rechtsobject. Zo is een eigendomsrecht op een bed, een goed dat niet voor beslag vatbaar is. Deze eventuele beperkingen in de gevolgen, hebben geen invloed op de kwalificatie van een object tot rechtsobject. Het bed is een rechtsobject waar een eigendomsrecht op kan rusten, het eigendomsrecht is alleen niet vatbaar voor beslag. De gevolgen die in de regel voor een goed van toepassing zijn, kunnen beperkt worden zonder de zaak- dan wel goedkwalificatie aan te tasten.

2.4 HET BEGRIIP 'GOED' BINNEN HET STRAFRECHT, BELASTINGRECHT, EU-RECHT EN HET EVRM

2.4.1 Inleiding

Scholten wijst op de wet der spaarzaamheid van Jhering: de noodzakelijkheid de stof met zo weinig mogelijk begrippen te beheersen.²²⁰ Dit past in het algemene streven naar rechtseenheid. Als uitgangspunt geldt dat begrippen in het recht zo veel mogelijk in alle verscheidene deelgebieden van het recht in dezelfde betekenis worden gebezigd. Afwijking van de algemeen gehanteerde betekenis, is mogelijk, maar moet wel worden gelegitimeerd. Dit kan onder meer plaats vinden op grond van de maatschappelijke omstandigheden, de specifieke aard en doelstelling van het andere deelgebied of de specifieke aard en doelstelling van de desbetreffende wetsbepaling.²²¹

Hoewel dit onderzoek gaat over *vermogensrechtelijke* begrippen, is er toch voor gekozen om in deze paragraaf een beknopt overzicht te geven van de betekenis van het begrip 'goed' in het strafrecht, belastingrecht, het Europees recht en artikel 1 Protocol No. 1 EVRM. De ontwikkeling van het begrip 'goed' in deze rechtsgebieden heeft dikwijls haar uitstraling naar het vermogensrecht en vice versa. Vaak worden dezelfde argumenten voor vaststelling van de

220 Scholten 1974, p. 50.

221 Zie in het algemeen over autonomie van de deelgebieden van het recht: Pitlo 1961, p. 517-584.

grenzen van het begrip uit het ene rechtsgebied gebruikt voor vaststelling van de grenzen van het begrip in een ander rechtsgebied. In bepaalde gevallen wordt evenwel expliciet afgeweken van de vermogensrechtelijke betekenis. De argumentatie omtrent de afbakening van het begrip binnen de afzonderlijke rechtsgebieden is aldus van belang voor het vermogensrechtelijke begrip.

2.4.2 Strafrecht

In diverse strafrechtelijke artikelen wordt het begrip 'goed' of 'enig goed' gebruikt: bij diefstal, afpersing, afdreiging, verduistering, zaaksbeschadiging, onttrekking van een beslag, oplichting en dergelijke. In het strafrecht staat geen definitie van het begrip. Van Oosten heeft zich in een artikel uit 1950 als een van de eersten diepgaand met de betekenis van het begrip 'enig goed' ingelaten. Hij concludeert dat het begrip 'goed' in beginsel op ieder materieel en immaterieel vermogensbestanddeel ziet. Deze ruime hantering van het begrip kan volgens hem echter wel per specifieke delictsomschrijving anders worden ingevuld.²²²

In gelijke zin concludeert Demeersseman in 1985. In zijn studie naar de verhouding tussen civielrechtelijke begrippen en strafrechtelijke begrippen, stelt hij dat het begrip goed een ontwikkelingsgang heeft doorgemaakt van zintuiglijk waarneembaar stoffelijk object tot vermogensobject en mogelijk zelfs tot vermogenswaarde in algemene zin.²²³ De betekenis van het begrip 'goed' wordt echter binnen de diverse delictsomschrijvingen afzonderlijk bepaald aan de hand van de context van deze specifieke delictsomschrijving. Met name de strekking van de desbetreffende bepaling speelt daarbij een belangrijke rol.

Deze gang van zaken kan worden geïllustreerd aan het hand van de kwalificatie van elektriciteit als strafrechtelijk 'goed'. De discussie gaat namelijk niet zozeer over de mate van stoffelijkheid (wat in beginsel nodig is voor civielrechtelijke kwalificatie), maar spitst zich toe op de functie van het 'goed'²²⁴ binnen de diefstalbepaling van artikel 310 WvSr.²²⁵ De Rechtbank Zierikzee kwam in 1919 tot de aanname van diefstal van elektriciteit omdat

222 Van Oosten 1950, p. 207.

223 Demeersseman 1985, p. 122-123.

224 Ten tijde van het maken van het wetboek van strafrecht betekende 'goed' in het civiele recht nog wat nu 'zaak' is: de voor menselijke beheersing stoffelijke objecten. De wetgever zal bij het opnemen van het woord 'goed' dus in beginsel gedacht hebben aan de fysieke zaken. In gelijke zin: Noyon/Langemeijer/Rommelink aantekening 4 bij artikel 310 (supplement 102).

225 Artikel 310 WvSr: Hij die enig goed dat geheel of ten dele aan een ander toebehoort wegneemt, met het oogmerk om het zich wederrechtelijk toe te eigenen, wordt, als schuldig aan diefstal, gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vierde categorie.

er sprake was van een 'zich toe-eigenen' van de elektrische energie.²²⁶ De energie had binnen de fabriek kunnen worden bewaard, verbruikt, verkocht en was derhalve in de macht van de rechthebbende, de NV Zierikzeesche brikettenfabriek.

Nog duidelijker is het oordeel van de Hoge Raad twee jaar later in het zogenoemde elektriciteitsarrest.²²⁷ Na de vaststelling dat artikel 310 WvSr niet aangeeft wat onder 'eenig goed' moet worden verstaan, werd het accent door de Hoge Raad gelegd bij de strekking en inhoud van de diefstalbepaling. Vastgesteld werd dat het artikel ziet op 'vermogensbescherming'. Dit gaf de Hoge Raad de vrijheid om te concluderen dat het wegnemen van elektriciteit valt binnen deze vermogensbescherming:

Dat toch deze energie, al moge hare aanwezigheid slechts vastgesteld kunnen worden in verbinding met een lichamelijke zaak, door menselijk toedoen op een andere zaak kan overgebracht worden en zelfs geaccumuleerd kan worden; dat zij voorts door toedoen van den mensch kan opgewekt worden en ter beschikking kan blijven van hem, die haar opwekte; dat zij voor deze een zekere waarde vertegenwoordigt, eenerzijds omdat hare verkrijging voor hem gepaard ging met kosten en moeite, anderzijds omdat hij in staat is haar, hetzij ten eigen bate te gebruiken, hetzij tegen vergoeding aan anderen over te dragen; dat dus, waar artikel 310 WvSr ten doel heeft het vermogen van een ander te beschermen en met dat doel het wegnemen van 'eenig goed' onder de in dat artikel genoemde omstandigheden strafbaar stelt zonder op eenigerlei wijze nader aan te duiden wat onder 'eenig goed' gerekend moet worden, op grond van bovengenoemde eigenschappen artikel ook op elektrische energie van toepassing is.²²⁸

Wil een object een goed zijn dat op grond van artikel 310 WvSr object is van vermogensbescherming, dan moet het dus ten eerste overdraagbaar zijn, ten tweede moet het ter beschikking kunnen blijven van de mens, dat wil zeggen reproduceerbaar zijn en ten derde moet het een economische waarde hebben.²²⁹ Voldoet een object aan deze drie kenmerken, dan is er sprake van 'enig goed' dat in aanmerking komt voor de bescherming van artikel 310 WvSr.²³⁰ De Hoge Raad stelt vast dat dit met betrekking tot elektriciteit het

226 Rechtbank Zierikzee 23 december 1919, *NJ* 1920, 185.

227 HR 23 mei 1921, *NJ* 1921, 564.

228 HR 23 mei 1921, *NJ* 1921, 564.

229 Beslissend is dat het goed voor de bezitter waarde heeft: Noyon/Langemeijer/Remmelink, suppl. 102, aant. 4 bij artikel 310 WvSr.

230 In het vonnis van 6 november 1985, *NJ* 1987, 400 oordeelde de Rechtbank 's-Gravenhage echter dat het misbruik maken van andermans telefoon geen diefstal opleverde. Ook het Cour d'Appel te Parijs besliste dat een signaal, getransporteerd door een electromagnetische golf, geen goed is dat vatbaar is voor diefstal omdat zo een draaggolf met signaal van immateriële aard is: Paris 24 juni 1987, *Gaz.Pal.* 1987.2.512. In het vonnis van 5 december 1988, *NJ* 1989, 383 overwoog de Rechtbank Amsterdam dat telefoontikken niet gestolen kunnen worden, omdat deze gesprekseenheden slechts rekeneenheden als basis voor de tariefstelling zijn.

geval is. Getoetst wordt dus niet zozeer of het begrip 'goed' de betekenis van een stoffelijk object dat voor menselijke beheersing vatbaar is, heeft, maar meer of er ondanks eventuele problemen met de stoffelijkheid toch niet sprake is van een vermogensbestanddeel dat bij wegneming een vermogensvermindering voor de oorspronkelijk rechthebbende inhoudt.

Het criterium van overdraagbaarheid is goed te begrijpen: wil er sprake zijn van diefstal van een vermogensobject, dan moet het object uit het vermogen van de oorspronkelijk rechthebbende verdwijnen en in handen van de dief terecht komen. Daarvoor moet het desbetreffende object 'overdraagbaar' zijn. Het criterium van 'reproduceerbaarheid' is daarentegen minder voor de hand liggend. Er wordt door de Hoge Raad weinig duidelijkheid verschaft over de precieze betekenis van het begrip 'reproduceerbaarheid'. Het lijkt te zien op de mogelijkheid dat zij door de mens opgewekt moet kunnen worden en vervolgens voor de mens ter beschikking moet kunnen blijven. Bij de formulering van de eis van 'reproduceerbaarheid' zal ook een rol hebben gespeeld dat elektriciteit – maar ook bijvoorbeeld gas dat reeds in 1851 als goed werd beschouwd dat kon worden gestolen²³¹ – een verbruikbare zaak is, maar toch met technische hulpmiddelen onder controle van de mens kan staan. Ook het derde vereiste van economische waarde komt enigszins raar over, aangezien objecten van affectieve waarde eveneens onder het goedsbegrip van artikel 310 WvSr kunnen worden gebracht. Over het algemeen wordt er dan ook van uitgegaan dat beslissend is of het 'goed' voor de bezitter waarde heeft, of er sprake is van subjectieve waarde.²³² Dit is voldoende om de strekking van vermogensbescherming aan te kunnen nemen. Elektriciteit wordt door de Hoge Raad als 'vermogensobject', als 'goed' in de zin van artikel 310 WvSr gekwalificeerd. Zij stelt vervolgens wel dat aan de uitdrukking 'vermogensobject' een enge betekenis moet worden toegekend, 'zoodat daaronder niet vallen rechten of geestesproducten, zooals bijvoorbeeld het auteursrecht of een octrooi'.²³³

Een tweede belangrijk kwalificatieprobleem ontstond rond het object giraal geld. In 1982 werd de rechterlijke macht geconfronteerd met de vraag of giraal geld 'eenig goed' is dat verduisterd kan worden.²³⁴ De Hoge Raad oordeelde dat een in giraal geld bestaand geldsbedrag dat abusievelijk door een ander op iemands bankrekening is overgemaakt, kan worden aangemerkt als een 'goed' dat als 'toebehorende aan' die ander, vatbaar is voor 'toe-eigening' door de rekeninghouder.²³⁵ Hiermee lijkt te worden aanvaard dat binnen het straf-

231 HR van 22 april 1851, W. 1294.

232 Noyon/Langemeijer/Remmelink supplement 102 bij artikel 310 WvSr, aantekening 4.

233 HR 23 mei 1921, NJ 1921, 564.

234 Artikel 321 (verduistering): Hij die opzettelijk enig goed dat geheel of ten dele aan een ander toebehoort en dat hij anders dan door misdrijf onder zich heeft, wederrechtelijke zich toeigent, wordt, als schuldig aan verduistering, gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste drie jaren of geldboete van de vijfde categorie.

235 HR 11 mei 1982, NJ 1982, 583.

recht de fictie gehanteerd mag worden dat door een foutieve overboeking, een geldsbedrag wordt overgeheveld van de een naar de ander. Dit zou betekenen dat de Hoge Raad toestaat dat de strafrechtelijke opvatting van giraal geld mag afwijken van de privaatrechtelijke opvatting waar de overboeking, kortweg, als het teniet gaan van een vordering en het ontstaan van een nieuwe vordering wordt gezien.²³⁶

Een derde opmerkelijk kwalificatieprobleem is ontstaan rond het object computergegevens. In zijn arrest van 27 oktober 1983 toetst het Hof te Arnhem het object 'computergegevens' aan de criteria die de Hoge Raad in het elektriciteitsarrest voor enig 'goed' in de zin van artikel 310 WvSr heeft geformuleerd.²³⁷ Het Hof komt tot de conclusie dat computergegevens het karakter dragen van overdraagbaarheid, reproduceerbaarheid en beschikbaarheid, terwijl zij bovendien economisch waardeerbaar zijn. Het Hof oordeelde derhalve dat computergegevens, evenals elektriciteit, als 'goed' kan worden gekwalificeerd dat kan worden gestolen.²³⁸

Deze uitspraak heeft veel kritiek gekregen. Als belangrijkste kritiekpunt geldt dat computergegevens, anders dan elektriciteit, bij diefstal of verduistering niet uit het vermogen van de rechthebbende verdwijnt. Wie computergegevens overneemt creëert zelf een nieuwe zaak, het oorspronkelijke object blijft intact. In zijn arrest van 3 december 1996 oordeelde de Hoge Raad dan ook

236 Zie over het verschil tussen strafrecht en civielrecht nader Demeersseman 1985. Geld kent in beginsel drie verschijningsvormen: munten, bankbiljetten en girotegoeden. In vroeger tijden was de munt daadwerkelijk zijn gewicht in goud waard: een zwaardere munt was automatisch meer waard dan een lichtere munt. In de loop der tijden is de waarde van munten echter verschoven van hun substantie naar hun functie als betaalmiddel (Vgl. Mijnsen 1999, p. 129 e.v.). Hoewel munten, bankbiljetten en girotegoeden alle drie betaalmiddelen zijn, verschilt het onderlinge rechtskarakter. Een *munten* is een buiten de mens liggend stoffelijk object en bezit voldoende individualiteit om als zaak te fungeren. Munten zijn alleen naar soort en hoeveelheid bepaalbaar. Men kan alleen bezitter zijn van geïndividualiseerde munten. *Bankbiljetten* zijn eveneens stoffelijk en voor menselijke beheersing vatbaar en bezitten voldoende individualiteit om als zaken te kunnen worden beschouwd. Daarnaast kunnen bankbiljetten, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, een toondervordering op de uitgevende instantie belichamen. Rank 1996, p. 93, geeft weer dat dit afhangt van de nationale wet. Als het biljet volgens de nationale wet een aanspraak op een betaling, of een daarmee vergelijkbare prestatie behelst, dan heeft het papier het karakter van een vorderingsrecht. Giraal geld wordt doorgaans beschouwd als vordering op de bank, en dus als 'vermogensrecht'. Vgl. Asser/Mijnsen/De Haan 2001 (3-I), nr. 291; Pitlo/Reehuis, Heisterkamp 2001, nr. 33; Van Esch 1999B, p. 149. Voor het girotegoed, wordt tegenwoordig als vaststaand aangenomen dat een giro-instelling (een bank) eigenaar wordt van het geld, dat door cliënten aan de instelling in bewaring wordt gegeven. De cliënt heeft op de giro-instelling slechts een persoonlijke vordering tot betaling van het in bewaring gegeven bedrag. Een overboeking doet bij de begunstigde een vordering op de giro-instelling ter hoogte van het bedrag van de boeking ontstaan. Girotegoeden zijn vorderingen op naam, op de bank of een giro-instelling, die niet in enig papier belichaamd zijn. Zie Rank 1996, p. 93; Mijnsen 1999, p. 6. Zie voor een andere opvatting over geld: Houtappel 1996.

237 Hof Arnhem 27 oktober 1983, NJ 1984, 80 (Computergegevensarrest). Zie ook Smits 1983.

238 Vgl. Vellinga-Schootstra 1988, p. 141-182.

dat computergegevens niet als strafrechtelijk 'goed' kunnen worden gekwalificeerd.²³⁹ De Hoge Raad formuleert als extra eis voor het zijn van een 'goed' in de zin van artikel 321 WvSr dat degene die de feitelijke macht erover heeft deze noodzakelijkerwijze verliest indien een ander zich de feitelijke macht erover verschaft. Volgens rechtsoverweging 6.4 ontberen computergegevens deze eigenschap. De aangeklaagde ging echter niet vrijuit: door de toe-eigening van de dragers van de gegevens, de floppies, konden toch de bestanddelen van de delictomschrijving van artikel 310 WvSr worden vervuld.

De uitspraak dat computergegevens geen 'goederen' zijn, lag in de lijn der verwachtingen. Reeds in de beraadslagingen rond het wetsvoorstel Computercriminaliteit, vóór de uitspraak van de Hoge Raad, is dezelfde oplossing voor het kwalificatieprobleem naar voren gebracht als de Hoge Raad uiteindelijk in het arrest heeft geformuleerd. In de Memorie van Antwoord valt te lezen dat de gemeenschappelijke deler van objecten die als strafrechtelijk 'goed' in de zin van artikel 310 of artikel 321 WvSr zijn gekwalificeerd, ligt in de mogelijke 'individualiseerbaarheid'.²⁴⁰ Zowel bij elektriciteit als giraal geld, gaat het om een individualiseerbaar goed. Wanneer de één de exclusieve bevoegdheid over het goed heeft, moet de ander deze bevoegdheid ontberen. De desbetreffende bepalingen in het Wetboek van Strafrecht beogen de gebruiksbevoegdheid van de rechthebbende op het goed te verzekeren. Bij computergegevens stuit men dan op een probleem: wat verloren gaat is de *exclusiviteit* van de gegevens, niet de gebruiksbevoegdheid. Het zou volgens de minister te ver gaan om de oorspronkelijke reikwijdte van de bepalingen zover op te rekken dat niet alleen de gebruiksbevoegdheid, maar ook de exclusieve gebruiksbevoegdheid daaronder valt. Het onbevoegd lenen van een voorwerp (de *furtum usus*) is in zijn algemeenheid ook niet strafbaar in het Nederlandse recht.²⁴¹

Dit komt overeen met de oorspronkelijke bedoelingen van de wetgever ten aanzien van artikel 310 WvSr. In de Memorie van Toelichting kwam naar voren dat bij artikel 310 WvSr aan de mogelijkheid van 'verplaatsing' werd gedacht. Dit is alleen mogelijk ten aanzien van roerende zaken. Minister Modderman vond het echter niet nodig om van 'roerende zaken' te spreken:

Onnodig, omdat uit het bezigen van werkwoord 'wegnemen' in het diefstalartikel reeds volgt, dat de zaak voor verplaatsing vatbaar moet zijn en onraadzaam, omdat elke aanleiding tot het beweren, dat het woord roerend uit de voorschriften van

239 HR 3 december 1996, *NJ* 1997, 574. In dezelfde zin Rechtbank Zutphen 8 april 1993, *NJ* 1993, 432; Verkade 1988, p. 37 e.v.; Corstens 1988, p. 793; Kaspersen 1990, hoofdstuk 7; Groenhuijsen en Wiemans 1989, hoofdstukken 6 en 7 en Van Dijk & Keltjens 1995, hoofdstuk 2. Anders: Vellinga-Schootstra in haar preadvies van 1988 en NVIR-studiegroep computercriminaliteit.

240 MvA bij wetsvoorstel 21 551 (wetsvoorstel Computercriminaliteit), nr. 6, p. 7-8.

241 MvA bij wetsvoorstel 21 551 (wetsvoorstel Computercriminaliteit), nr. 6, p. 7-8.

het BW moet worden verklaard, behoort te worden afgesneden en daarenboven sommige voorwerpen eerst verplaatsbaar worden door de handelingen van de dief.²⁴²

Het begrip 'wegnemen' is nu in de loop der jaren zodanig uitgekristalliseerd dat nu het verliezen van de feitelijke macht over het 'goed' door de oorspronkelijk rechthebbende en het verschaffen van de feitelijke macht over het 'goed' door de dief, centraal staat.²⁴³ Volgens de wetgever en de Hoge Raad is dit niet mogelijk ten aanzien van gegevens en kunnen gegevens derhalve niet onder het strafrechtelijk begrip 'goed' vallen.²⁴⁴

In 1986 bracht de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OESO) een rapport uit waarin werd geconcludeerd, dat het computertijdperk een nieuw type criminaliteit heeft geïntroduceerd en dat in verband met het grensoverschrijdende karakter daarvan een gemeenschappelijke aanpak noodzakelijk is.²⁴⁵ Deze door de OESO genoemde onderwerpen zijn voor een deel aan de orde gekomen in de wet van 23 december 1992 tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht en het Wetboek van Strafvordering (Wet Computercriminaliteit).²⁴⁶ Met deze wet is artikel 80 quinquies ingevoerd dat een definitie geeft van het begrip 'gegevens':

Onder gegevens wordt verstaan iedere weergave van feiten, begrippen of instructies, al dan niet op een overeengekomen wijze, geschikt voor overdracht, interpretatie of verwerking door personen of door geautomatiseerde werken.²⁴⁷

Artikel 80sexies geeft vervolgens weer dat onder 'geautomatiseerd werk' moet worden verstaan een inrichting die bestemd is om langs elektronische weg gegevens op te slaan en te verwerken. Met de opneming van deze artikelen en de daarmee uitgesproken ontkenning van de wetgever van de 'goedkwali-

242 Demeersseman 1985, p. 90.

243 HR 12 juni 1905, W. 8390 en HR 23 mei 1911, W. 9205. In Noyon/Langemeijer/Rommelink, suppl. 102, p. 1003, aant. 1a bij artikel 310 WvSr wordt gesproken over 'het eigenmachtig en in beginsel eigenhandig bewerkstelligen, dat de bezitsband tussen de bezitter en het goed wordt verbroken en wordt vervangen door die tussen de dader en het goed'.

244 Van Dijk & Keltjens 1995, p. 35, stellen dat dit anders is indien de wegnemer de gegevens van de harde schijf van de computer kopieert naar een diskette van hemzelf en tegelijkertijd de gegevens wist van de harde schijf.

245 Zie Franken 2001 en de door hem vermelde literatuur.

246 *Stb.* 1993, 33. Deze wet is voorbereid door de Commissie Franken die in 1987 haar rapport heeft uitgebracht.

247 In sommige bepalingen wordt dit begrip beperkt. Artikel 317 WvSr stelt bijvoorbeeld het begrip 'gegevens met geldswaarde in het handelsverkeer' centraal, dit is beperkter dan het begrip gegevens an sich. Het moet dan gaan om gegevens die verhandeld kunnen worden op de markt.

teit' van gegevens, is een lange discussie voor het strafrecht beëindigd.²⁴⁸ Omdat gegevens evenals goederen een grote maatschappelijke waarde kunnen hebben, zijn er wel bepaalde strafbepalingen ingevoerd die bepaalde aantastingen van gegevens strafbaar stellen.²⁴⁹

Voor dit onderzoek zijn met name de volgende artikelen van belang: Artikel 138a WvSr stelt strafbaar het zich wederrechtelijk toegang verschaffen tot geautomatiseerde gegevensverwerkende systemen (computervredebreuk). Hierbij is alleen van strafbaarheid sprake indien bij het 'wederrechtelijk binnendringen' een beveiliging wordt doorbroken of een technische ingreep wordt gehanteerd, die is te vergelijken met het hanteren van een valse sleutel. Het feit, dat er een beveiliging is aangebracht is te beschouwen als het aangeven van de grens tussen privé-terrein en het voor een ieder toegankelijke gebied. Niet de gegevens zelf zijn beveiligd, maar alleen de huls of de enveloppe.²⁵⁰ Doherty geeft prozaïsch weer dat een dief dan in beginsel zal worden vrijgepleit 'when he steals the candy but not the wrapper'.²⁵¹ Het wissen, dan wel het onbruikbaar of ontoegankelijk maken van gegevens is vervolgens strafbaar gesteld in artikel 350a WvSr.²⁵²

Artikel 273 WvSr ziet op bedrijfsgeheimen. Strafbbaar wordt gesteld het door (ex-)werknemers bekendmaken van bijzonderheden waarvan hem de geheimhouding is opgelegd.

De Hoge Raad oordeelde in 1991 dat computerbestanden onder omstandigheden als 'geschrift' kunnen worden gekwalificeerd: het moet voor valsheid in geschrifte gaan om vastlegging van gegevens, die tot bewijs van enig feit dienen. Bovendien zal een geschrift een zekere duurzaamheid moeten hebben,

248 Dat het begrip gegevens naar alle waarschijnlijkheid wel voer voor discussie zal leveren, blijkt bijvoorbeeld uit het feit dat dit begrip voor meer dan één uitleg vatbaar is. In Nederland is er bijvoorbeeld voor gekozen om onder 'gegevens' ook programmatuur/software te laten vallen, terwijl daar in Duitsland juist van af is gezien. Daar maakt men onderscheid tussen het 'Oberbegriff' in de zin van 'Menge gespeicherter Informationen' en het 'Unterbegriff' dat gereserveerd wordt 'für konkrete Informationen'. Vgl. Van Dijk & Keltjens 1995, p. 82.

249 Deze Wet Computercriminaliteit zou in 1998 opgevolgd worden door de Wet Computercriminaliteit II. Deze wet ziet onder meer op de aansprakelijkheid van tussenpersonen, het onderzoek van e-mail en de mogelijkheid van vernietiging van computergegevens. Wegens de problematiek rond de regeling omtrent de aansprakelijkheid van service providers, is de wet echter teruggenomen. Niet bekend is wanneer het wetsvoorstel weer zal worden ingediend. Zie Kamerstukken II 1998/1999, 26 671. Vgl. het verslag van september 2000: Kamerstukken II, 2000-2001, 26 671, nr. 6 over de inhoud van het nieuwe wetsvoorstel.

250 MvT, TK 1989-1990, 21 551, nr. 3, p. 5.

251 Doherty 1988; Vgl. ook Nigri 1997 en Couser 1999.

252 Artikel 350 WvSr ziet op de vernieling, beschadiging, onbruikbaarmaking of wegmaking van enig goed (beschadiging goederen/dieren). Computergegevens worden niet tot het begrip 'enig goed' in de zin van dit artikel gerekend (Kamerstukken II 1989/90, 21 551, nr. 3, p. 23). Daarom is artikel 350a WvSr voor computergegevens ingevoerd. Het begrip gegevens is hier bedoeld in neutrale, technische zin en moet worden onderscheiden van de informatie die de gegevens kunnen opleveren (Kamerstukken II 1989/90, 21 551, nr. 3, p. 5).

leesbaar moeten zijn en een voor menselijk begrip vatbare gedachte-uiting betreffen.²⁵³ Om de technische ontwikkelingen met betrekking tot betaalpassen en waardekaarten niet te belasten met interpretatievragen over de uitleg van het begrip geschrift, is in de wet een specifieke bepaling opgenomen om vervalsing van en manipulatie met dit soort gegevensdragers strafbaar te stellen (232 WvSr). Met betrekking tot de inbreuk op het exclusieve recht op een computerprogramma is in 1994 de Auteurswet gewijzigd.²⁵⁴ Daarmee is een computerprogramma onder de bescherming van dit intellectueel eigendomsrecht gebracht (10 lid 1 sub 12 Aw). Artikel 32a Aw bestempelt de handel in voorwerpen bestemd om kopieerbeveiligingen te doorbreken tot misdrijf.

Door de Raad van Europa wordt een Convention on Cybercrime voorbereid. Het is te verwachten dat daarin bepalingen zijn opgenomen die parallel lopen met Nederlandse bepalingen.²⁵⁵

De uitspraak van de Hoge Raad in het software-arrest van 1996 past ook in de lijn van het eerder gewezen pincode-arrest.²⁵⁶ In dit arrest overwoog de Hoge Raad dat de in de geest van een persoon opgeslagen bekendheid met de bij zijn betaalpas behorende cijfercombinatie niet kan worden aangemerkt als een 'goed' in artikel 317 WvSr (afpersing).²⁵⁷ Ook hier strandde dit op het feit dat de pincode niet volledig ontnomen wordt uit de oorspronkelijk rechthebbende; er is geen identiteit tussen wat wordt weggenomen en wat de ander verkrijgt. Gegevens en informatie zijn, zoals de commissie Franken verwoordde, 'multiple': zij kunnen op veel plaatsen tegelijk zijn en aan velen ter beschikking staan.²⁵⁸ Met het pincode-arrest en het computergegevens-arrest laat de Hoge Raad zien dat het strafrechtelijk goedsbegrip, dicht bij het civielrechtelijk zaaksbegrip ligt: het gaat om individualiseerbare zaken die uit het vermogen van de een naar het vermogen van de ander overgaan.

Meer recentelijk heeft het Hof 's-Gravenhage eveneens het belang van het civielrechtelijk begrip 'zaak' voor het strafrechtelijk begrip 'goed' weer op de voorgrond geplaatst.²⁵⁹ Het Hof stelt namelijk dat voor beantwoording van de vraag of het lichaam van een overleden persoon, een lijk, een 'goed' is in de zin van artikel 141 WvSr,²⁶⁰ allereerst gekeken moet worden naar de civiel-

253 HR 15 januari 1991, *NJ* 1991, 668.

254 Wet van 7 juli 1994, *Stb.* 1994, 521.

255 Franken/Kaspersen/De Wild 2001, p. 404.

256 HR 13 juli 1995, *NJ* 1995, 635.

257 Artikel 317 WvSr: Hij die dwingt tot afgifte van een goed...

258 In dezelfde zin oordeelde het Amerikaanse Hogerechtshof in 28 juni 1985: de Stolen Property Act veronderstelt identiteit tussen wat wordt weggenomen en wat wordt 'getransporteerd'.

259 Hof 's-Gravenhage 19 september 2000, *NJ* 2000, 661: het lichaam van een overleden persoon is een goed in de zin van 141 WvSr.

260 Artikel 141 WvSr: zij die openlijk met verenigde krachten geweld plegen tegen personen of goederen, ... In het arrest van de Hoge Raad van 20 november 1990, *NJ* 1991, 302 overwoog de Hoge Raad dat een lijk een voor in beslagname vatbaar, voorwerp is zoals bedoeld in artikel 94 Wetboek van Strafvordering.

rechtelijke betekenis van het begrip zaak, in de zin van rechtsobject.²⁶¹ Alleen in het geval dat de geschiedenis van de totstandkoming of de strekking van het desbetreffende wetsartikel anders bepaalt, kan daar, volgens het Hof, van worden afgeweken. Artikel 141 WvSr strekt ertoe strafbaar te stellen het openlijk in groepsverband geweld plegen tegen een bepaald object in verband met de daaruit voortvloeiende schending van de openbare orde. Voor goederen in dit artikel wordt de speciale eis gesteld dat tegen dit object gepleegd geweld, als schending van de openbare orde wordt gezien. De Hoge Raad vult het 'goed' nader in aan de hand van de civielrechtelijke betekenis: onder 'goederen' kunnen alle voor openlijk in groepsverband gepleegd geweld vatbare *stoffelijke* objecten, worden beschouwd. Een op straat liggend persoon die, door toedoen van eerdere geweldpleging, net is overleden, valt naar 's-Hofs oordeel onder deze omschrijving.²⁶²

Binnen een dergelijke civielrechtelijke invulling van het begrip 'goed', kunnen er ook bepaalde entiteiten buiten het begrip vallen. Zo kan volgens de Hoge Raad een algemeen concept als 'huisvrede' niet onder het begrip 'goed' in de zin van artikel 41 WvSr worden gekwalificeerd.²⁶³ Het Hof oordeelde dat slechts van noodweer sprake kan zijn, in het geval van vernieling of beschadiging van een 'goed', in de zin van een stoffelijk object. Aangezien door de indringer niets was beschadigd of vernield bij het binnenkomen van de woning, anders dan de huisvrede, kon een beroep op noodweer niet worden gehonoreerd. De Hoge Raad is het daarmee eens:²⁶⁴

In aanmerking genomen dat met de term 'goed' in artikel 41 WvSr voor menselijke beheersing vatbare²⁶⁵ stoffelijke objecten (artikel 3:2 BW) worden bedoeld, heeft het Hof het onder 4.1 vermelde verweer verworpen zonder blijk te geven van een onjuiste rechtsopvatting.²⁶⁶

261 In HR 25 juni 1946, *NJ* 1946, 503 werd geen uitdrukkelijk antwoord gegeven op de vraag of een lijk als goed in de zin van 310 WvSr moet worden opgevat. Wel oordeelde de Hoge Raad dat een lijk toebehoort aan de erven of nabestaanden, zodat het wegnemen uit een lijk van een aantal gouden kronen en gouden stiftanden, te kwalificeren was als diefstal in de zin van 310 WvSr. In HR 30 januari 1996, *NJ* 1996, 263 overweegt de Hoge Raad dat onder 'lijk' in de zin van 151 WvSr, niet slechts een volledig stoffelijk overschot moet worden verstaan, maar dat daaronder ook een 'romp' valt.

262 Geen aandacht wordt besteed aan de civielrechtelijke problemen rond de kwalificatie van een lijk. Zie hierover nader § 3.2.1.1.

263 Artikel 41 WvSr: Niet strafbaar is hij die een feit begaat, geboden door de noodzakelijke verdediging van eigen of eens anders lijf, eerbaarheid of goed tegen ogenblikkelijke, wederrechtelijke aanranding.

264 HR 14 april 1998, *NJ* 1998, 662.

265 Het in de oorspronkelijke tekst opgenomen woord 'voelbare', is door de redactie vervangen door 'vatbare'.

266 Zie over deze discussie onder meer de (rechtsvergelijkende) opmerkingen van 't Hart in zijn noot onder genoemd arrest en NLR aantekening 6 bij artikel 41 WvSr en de daar vermelde literatuur.

De Hoge Raad kiest dus veelal voor een beperkte betekenis van het begrip goed in overeenstemming met het privaatrechtelijke begrip 'zaak'.²⁶⁷

In een aantal arresten wordt hier echter wel degelijk van afgeweken. Onder 'goed' in artikel 198 WvSr²⁶⁸ moet volgens de Hoge Raad ook een vorderingsrecht worden beschouwd.²⁶⁹ De Hoge Raad oordeelde in dit arrest dat door gedeeltelijke betaling van het ingevolge een vordering verschuldigde, de vordering, dat als goed conform artikel 198 WvSr wordt beschouwd, tot het bedrag van die betaling tenietgegaan is en mitsdien 'aan het gelegde beslag is onttrokken'. Het onttrekken van een vorderingsrecht is het onttrekken van een 'goed' aan het beslag. In gelijke zin oordeelde de Hoge Raad in 1985 en 1989 dat een vordering en zelfs goodwill, beide een 'goed' zijn die aan de boedel kunnen worden onttrokken.²⁷⁰ 'Goed' wordt hier dan in de letterlijke civielrechtelijke betekenis gebruikt, in de zin van vermogensbestanddeel van artikel 3:1 BW.

De conclusie is dat een tendens kan worden bespeurd van een stringente privaatrechtelijke invulling van het begrip 'goed' vóór het elektriciteitsarrest, naar een ruimere teleologische invulling van het begrip na het elektriciteitsarrest tot een wederom stringente toepassing van een privaatrechtelijke invulling sinds het computergegevensarrest van 1996. Op deze hernieuwde aandacht voor betekenis van de privaatrechtelijke invulling, wordt echter ook veelvuldig uitzonderingen toegelaten. Deze uitzonderingen worden gelegitimeerd op grond van de strekking en inhoud van de desbetreffende delictsomschrijving. Er geldt dus geen algemeen geldende betekenis voor het begrip 'goed' in het strafrecht. Dit is merkwaardig omdat, meer nog dan in het civiele recht, de uitleg van begrippen voor het strafrecht zeer belangrijk is. Dit komt onder meer door het vereiste van nauwkeurig bewijs van de delictsomschrijving en het verbod tot analogie.²⁷¹ De inhoud van de diverse delictsbestanddelen kan sterk worden beïnvloed door allerlei juridische factoren of uiteenlopende maatschappelijke omstandigheden. Het is daarbij ingewikkeld de grens tussen extensieve of teleologische interpretatie en het analogieverbod af te bakenen. Groenhuijsen en Wiemans bepleiten dan ook dat in de twijfelzone niet de beslissing van de rechter, maar een beslissing van de wetgever het meest geëigende middel is om tot een oplossing te komen.²⁷² Duidelijk is echter

267 Zie voor mogelijke andere interpretaties 't Hart in zijn noot bij genoemd arrest en NLR aant 6 bij artikel 41 WvSr.

268 Artikel 198 WvSr: Hij die opzettelijk enig goed aan het krachtens de wet daarop gelegde beslag of aan een gerechtelijke bewaring onttrekt of, wetende dat het daaraan onttrokken is, verbergt, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vierde categorie.

269 HR 29 oktober 1991, NJ 1992, 267.

270 HR 7 mei 1985, NJ 1986, 198 en HR 13 oktober 1989, NJ 1989, 897.

271 Artikel 16 Grondwet en artikel 1 WvSr verbieden de toepassing van redeneringen naar analogie in het strafrecht.

272 Groenhuijsen en Wiemans 1989, p. 109.

geworden dat het oordeel omtrent de kwalificatie van een object tot strafrechtelijk 'goed' vooral wordt overgelaten aan de rechter. Een uitzondering daarop vormt de regelgeving rond computergegevens, waarvoor in de wet Computercriminaliteit I enkele wetsbepalingen zijn opgenomen.

2.4.3 Belastingrecht

Belastingheffing is het verrichten van een omslag van de kosten, welke de overheid maakt, over burgers en op basis van – althans rekening gehouden met – ieders vermogen om financiële lasten te dragen.²⁷³ De relatie met het privaatrecht ligt daarbij voor de hand. Zowel het privaatrecht als het belastingrecht werken met vermogensrechtelijke verhoudingen tussen rechtssubjecten. Hantering van privaatrechtelijke begrippen binnen het belastingrecht kan de inning van belastingen echter soms in de weg staan. Daarom wordt er dikwijls besloten af te wijken van het uitgangspunt dat de begrippen in de gebruikelijke zin moeten worden ingevuld en worden de begrippen autonoom ingevuld omdat het doel en de strekking van het belastingrecht dit eisen.²⁷⁴ Zo heeft bijvoorbeeld het woonplaatsbegrip in artikel 4 Algemene wet inzake rijksbelastingen een van het civiele recht afwijkende betekenis.

Hierna zal voor de Successiewet 1956, Wet op de Vermogensbelasting 1964 en de Wet Omzetbelasting 1968 kort worden aangegeven in hoeverre de privaatrechtelijke 'goederen' of 'zaken' uitgangspunt zijn voor de heffing.

A *Wet op de Omzetbelasting 1968*

Onder de naam van omzetbelasting wordt een belasting geheven ter zake van:

- a. Leveringen van goederen en diensten, welke in Nederland door ondernemers in het kader van hun onderneming worden verricht;
- b. Intracommunautaire verwervingen van goederen in Nederland door ondernemers in het kader van hun onderneming en door rechtspersonen, andere dan ondernemers;
- c. Intracommunautaire verwervingen, anders dan in de zin van onderdeel b, van nieuwe vervoermiddelen in Nederland;
- d. Invoer van goederen.

Het begrip 'goederen' speelt dus een centrale rol in de omzetbelasting. De omzetbelasting wordt grofweg geheven ter zake van leveringen van goederen

273 Schuttevâer & Zwemmer 1998, p. 5.

274 Hofstra 1992, p. 145: 'Begrippen die aan andere delen van het recht zijn ontleend moeten in de daar gebruikelijke zin worden verstaan zolang niet blijkt dat doel en strekking van het belastingrecht een andere interpretatie rechtvaardigen.'

en diensten. Daarmee moet een onderscheid worden gemaakt tussen levering van goederen en diensten.²⁷⁵

Artikel 4 eerste lid van de Wet Omzetbelasting bepaalt dat diensten alle prestaties zijn, niet zijnde leveringen van goederen, welke tegen vergoeding worden verricht. In het eerste lid van artikel 3 zijn acht handelingen met betrekking tot goederen opgesomd die de wet als levering aanmerkt. Naast deze acht handelingen met betrekking tot goederen noemt het tweede lid van artikel 3 ten aanzien van rechten op onroerende zaken een aantal handelingen die ook als leveringen van goederen zijn aan te merken. Het betreft hier de vestiging, overdracht, afstand, wijziging en opzegging van rechten op onroerende zaken.

Reeds onder de werking van de Wet op de omzetbelasting 1954 werden gas en elektriciteit als goederen beschouwd: Warmte (koude) was toen echter geen goed; de verstrekking daarvan vormde een dienst.²⁷⁶ Tot en met 31 december 1978 omschreef artikel 5 de goederen als 'alle lichamelijke zaken'. Sinds 1 januari 1979 is dit artikel als volgt in artikel 3 lid 7 gecodificeerd:

Goederen zijn alle lichamelijke zaken. Elektriciteit, gas, warmte, koude en soortgelijke zaken worden als lichamelijke zaken beschouwd.

Op 1 januari 1991 is getracht deze bepaling aan te passen aan de begripswisseling tussen de begrippen 'goed' en 'zaak' die in het Burgerlijk Wetboek vanaf 1992 zou worden doorgevoerd. Dit is slechts gedeeltelijk geslaagd. Terecht is de term 'lichamelijke zaak' vervangen door de letterlijke tekst van de begripsbepaling van 'zaken' in artikel 3:2 BW: 'stoffelijke objecten die voor menselijke beheersing vatbaar zijn'. Merkwaardig is echter dat het begrip 'goederen' geheel in overeenstemming met de begripswisselingen in het BW sinds 1 januari 1992, niet is vervangen door het begrip 'zaken'. De huidige tekst luidt als volgt:

Goederen zijn alle voor menselijke beheersing vatbare stoffelijke objecten, alsmede elektriciteit, gas, warmte, koude en dergelijke.

Waarschijnlijk heeft deze handhaving van het begrip 'goederen' in de zin van 'zaken' te maken met het feit dat het begrip 'goed' in de oorspronkelijke Wet Omzetbelasting de functie vervulde van algemene categorie, van centraal begrip in de Omzetbelasting. In de handhaving van het begrip 'goederen' als centrale categorie is men ook weer niet consequent geweest. Daar waar het

²⁷⁵ Zie Braun 1997, p. 11.

²⁷⁶ Wet Omzetbelasting 1968, artikel 3, aantekening 225. TC 19 oktober 1942, nr. 2660 O, Resolutie van 17 december 1942, nr. 98: De door een ondernemer opgewekte elektrische energie, die hij voor lampen in zijn bedrijf gebruikt, is een goed.

woord 'goed' vooraf gegaan werd door roerend of onroerend, is er wel overgegaan tot vervanging van deze 'goederen' door 'zaken'.²⁷⁷

De wet kent dan nu ook de begrippen 'goed', 'roerende zaak' en 'onroerende zaak'. Reugebrink/Van Hilten stelt terecht dat dit de duidelijkheid niet ten goede komt en bovendien dat dit niet noodzakelijk is, omdat de termen gezien de toepasselijke Europese richtlijnen, communautair moeten worden uitgelegd.²⁷⁸ Blijkens artikel 99 EG-verdrag dienen de belastingwetgevingen op het gebied van de omzetbelasting, accijnzen en andere indirecte belastingen te worden geharmoniseerd voor zover dat noodzakelijk is voor de instelling en werking van de *interne* markt. Teneinde te kunnen voldoen aan deze taak heeft de Europese Commissie op 11 april 1967 de Eerste en de Tweede richtlijn inzake Omzetbelasting tot stand gebracht.

In de Tweede richtlijn wordt vervolgens nog het begrip 'lichamelijke zaak' gehanteerd. Er wordt gesteld dat daaronder zowel roerende lichamelijke zaken als onroerende lichamelijke zaken worden verstaan en dat de levering van elektrische stroom, gas, warmte, koude en soortgelijke zaken worden beschouwd als levering van een goed.²⁷⁹ In de Zesde richtlijn (1993-1996) wordt eveneens in artikel 5 gesproken over lichamelijke zaken.²⁸⁰ Lid 3 van artikel 5 geeft weer dat onder lichamelijke zaken ook bepaalde rechten op onroerende goederen en bepaalde zakelijke rechten vallen. Artikel 5 luidt, voor zover relevant:

1. Als levering van een goed wordt beschouwd de overdracht of overgang van de macht om als een eigenaar over een lichamelijke zaak te beschikken.
2. Elektrische stroom, gas, warmte, koude en soortgelijke zaken worden als lichamelijke zaken beschouwd.
3. De Lid-Staten kunnen als lichamelijke zaken beschouwen:
 - a. Bepaalde rechten op onroerende goederen;
 - b. De zakelijke rechten die aan de rechthebbende de bevoegdheid verschaffen om een onroerend goed te gebruiken; (...)

Reugebrink/Van Hilten stelt dat de opvatting dat de begrippen 'goed' en 'zaak' civielrechtelijk moeten worden uitgelegd, niet juist kan zijn, zij het dat, nu op EG-niveau (nog) geen toelichting is gegeven op de desbetreffende begrippen, niets zich er tegen lijkt te verzetten om aan te sluiten bij de Nederlandse civielrechtelijke wetgever.²⁸¹

277 Kamerstukken II 1985/86, 19 527, MvT, p. 28.

278 Reugebrink/Van Hilten 1997, p. 113.

279 Bijlage A nr. 3 ad artikel 5 lid 1, tweede alinea van de Tweede richtlijn betreffende de harmonisatie van de wetgevingen der lidstaten inzake omzetbelasting. 67/228/EEG.

280 Zesde richtlijn betreffende de harmonisatie van de wetgevingen der Lid-Staten inzake omzetbelasting – Gemeenschappelijk stelsel van belasting over de toegevoegde waarde: uniforme grondslag (77/388/EEG).

281 Reugebrink/Van Hilten 1997, p. 113.

Het object 'computergegevens' is evenals in het strafrecht ook in het belastingrecht een probleem. Centraal staat binnen het belastingrecht de vraag of de overgang van computergegevens een levering van een goed of een dienst is. In het strafrechtelijke arrest van de Hoge Raad in 1996 is bepaald dat computergegevens geen goed vormen, dat gestolen kan worden. Bulk meent dan ook dat de overdracht van digitale informatie niet kan leiden tot de levering van een goed, maar dat er sprake is van een dienst.²⁸² Van Houte stelt dat beide kwalificaties mogelijk zijn. Bekeken moet worden welke prestatie qua geïnvesteerde tijd en inspanning het overwicht heeft.²⁸³ Van belang kan daarbij zijn of de auteursrechten worden overgedragen of niet. Indien de auteursrechten worden voorbehouden, duidt dit erop dat zij slechts een dienst hebben willen leveren in de vorm van het (eenmalig) ter beschikking stellen van hun intellectuele capaciteiten. De opdrachtgever wordt dan wel eigenaar van de schijfjes, maar verkrijgt niet de auteursrechten van de daarin vervatte software.²⁸⁴ Der Kinderen overweegt dat mogelijk moet zijn dat de software, als noodzakelijk doch niet ondergeschikt deel van het samengestelde product, niet te beschouwen is als een separate dienst, maar als één geheel dat opgaat in de levering van de fysieke drager.²⁸⁵

Naar aanleiding van kamervragen over aankopen via Internet, van zogenaamde virtuele goederen als software en muziek, antwoordde de minister dat wanneer er goederen (lees: zaken) besteld worden via Internet dat er dan sprake zal zijn van een levering van de goederen (lees: zaken) als die fysiek worden afgeleverd.²⁸⁶ Ten aanzien van digitale levering lopen de meningen uiteen. Houtzager merkt op dat tegen de stelling dat hier sprake is van levering van een goed, dat wil zeggen levering van spanningsverschillen (de bits; naar analogie van de levering van elektriciteit), bezwaren zijn in te brengen. Als het aantal bits al zou kunnen worden gemeten, dan staat de hoeveelheid bits in geen enkele verhouding tot de prijs van de software.²⁸⁷ Van de Wiel meent dat er gezocht moet worden naar een nieuwe heffingsmogelijkheid, bijvoorbeeld een heffing op alle elektronische geldstromen.²⁸⁸ Van der Woude pleit eveneens voor nieuwe belastingregelingen.²⁸⁹

De civielrechtelijke interpretatie van de begrippen 'zaak' en 'goed' staan dus centraal, maar uitzonderingen op deze invulling zijn wel degelijk mogelijk.

282 Bulk 1999, p. 15.

283 Van Houte 2000, p. 96.

284 Van Houte 2000, p. 96.

285 Der Kinderen e.a., 2000, p. 207.

286 In gelijke zin Stevens 1996.

287 Houtzager 1997, nr. 6, p. 1; tegen de aanname van fysieke levering zijn eveneens: Terra 1998, p. 1046; besluit staatssecretaris van financiën VN 1998, p. 2473 e.v.

288 Van de Wiel 1999, nr. 92, p. 2.

289 Van der Woude 2000, p. 344.

B Vermogensbelasting 1964

De Wet op de Vermogensbelasting 1964 regelt de belastingheffing van belastingssubjecten ten aanzien van hun vermogen. Artikel 3 lid 2 bepaalt in dit kader het voorwerp van de belasting bij binnenlandse belastingplichtigen:

Vermogen is de waarde van de bezittingen verminderd met de waarde van de schulden.

Op 1 januari, nul uur nul wordt een momentopname van het vermogen gemaakt. De vaststelling van het vermogen op dat tijdstip speelt dus een centrale rol. Voor dit onderzoek is het relevant wat op dat moment onder 'bezittingen' in de zin van de vermogensbelasting moet worden verstaan. Artikel 4 geeft de volgende omschrijving:

Lid 1: Onder bezittingen worden verstaan de goederen waaraan in het economische verkeer waarde kan worden toegekend.

Lid 2: Onder de bezittingen wordt mede begrepen goodwill waaraan voor de heffing van de inkomstenbelasting een boekwaarde wordt toegekend.

Vooruitlopend op de vanaf 1 januari 1992 in te voeren begripsswisseling tussen 'zaak' en 'goed' in het Burgerlijk Wetboek, is bij Wet van 25 oktober 1989 het begrip 'zaken' in de Wet Vermogensbelasting eveneens vervangen door het begrip 'goederen'.²⁹⁰ In de wetsgeschiedenis werd ten aanzien van de 'zaken' (sinds 1989 dus 'goederen') de civielrechtelijke betekenis centraal gesteld. Niettemin is reeds in de Parlementaire Geschiedenis de mogelijkheid open gehouden dat deze begrippen in de Wet Vermogensbelasting een ruimere ontwikkeling zouden doormaken.²⁹¹

Artikel 4 lid 1 verstaat onder bezittingen alleen die *goederen* waaraan in het economisch verkeer *waarde* kan worden toegekend. Van belang is of in het maatschappelijk verkeer waarde aan een zaak wordt toegekend.²⁹² Volgens de Memorie van Toelichting moet duidelijk zijn dat het criterium een *objectief karakter* heeft, zulks teneinde buiten twijfel te stellen dat zaken welke voor de belastingplichtige slechts affectiewaarde hebben, niet in aanmerking komen.²⁹³ Deze vermogensrechten, zoals een eigendomsrecht op een haarlok, vallen wel onder goederen in de zin van het vermogensrecht. In deze zin is het goederenbegrip in de Wet Vermogensbelasting beperkter dan het goederenbegrip in het BW.

²⁹⁰ Wet van 25 oktober 1989, *Stb.* 1989, 491 [Invoeringswet Boeken 3,5, en 6 nieuw BW (negende gedeelte)].

²⁹¹ Wet Vermogensbelasting, artikel 4, aantekening 3, suppl. 201 (januari 2000).

²⁹² Wet Vermogensbelasting, artikel 4, aantekening 2, suppl. 201 (januari 2000).

²⁹³ Wet Vermogensbelasting, artikel 4, aantekening 2, suppl. 201 (januari 2000).

Aan de andere kant is het goederenbegrip in de Wet vermogensbelasting ook ruimer dan het goedsbegrip in het BW. Dit geldt bijvoorbeeld ten aanzien van goodwill. Onder de Wet Vermogensbelasting van 1892 is goodwill nooit als zelfstandige 'zaak' belast. In de Memorie van Toelichting van de wijziging van de wet met ingang van 1981 was eveneens gesteld dat 'goodwill, zonder een uitdrukkelijke bepaling, niet belast zou zijn op grond van het feit dat volgens constante jurisprudentie goodwill geen civielrechtelijke 'zaak' is'.²⁹⁴ Bij de parlementaire behandeling van de wijziging van de Wet Vermogensbelasting 1964 met ingang van 1981 nuanceerden de bewindslieden deze opmerking door te zeggen dat 'genoemde opmerking in de Memorie van Toelichting minder ingrijpend is bedoeld. Zij sluit slechts aan bij de huidige stand van zaken, zoals die blijkt uit de jurisprudentie. Zij bedoelt niet een eventuele ontwikkeling van het zaaksbegrip in meer economische richting af te snijden'.²⁹⁵ Hier wordt dus duidelijk weergegeven dat het belastingrecht zijn begrippen autonoom kan hanteren en niet vast hoeft te houden aan de civielrechtelijke betekenis.

Met ingang van 1981 is een nieuw tweede lid ingevoegd, inhoudende dat goodwill waarvan voor de heffing van inkomstenbelasting een boekwaarde wordt toegekend, met ingang van dat jaar als een belastbare bezitting wordt aangemerkt. De algemene vrijstelling van goodwill die vóór 1981 in artikel 8 lid 1 onderdeel c was opgenomen is daarmee komen te vervallen. Op deze wetswijzigingen is veel kritiek geuit, vooral omdat de belasting wordt beperkt tot geactiveerde goodwill.²⁹⁶

Vermogensrechten op zaken met een affectieve waarde vallen dus niet onder de Wet Vermogensbelasting, de goodwill dus wel. Als objecten van Vermogensbelasting worden vervolgens genoemd: vorderingsrechten, winstrechten wegens overdracht van een bedrijf, voorwaardelijke rechten, betwiste rechten, lidmaatschapsrechten, grafrechten en een veerrecht.²⁹⁷ Een enkele maal zijn vergunningen waarvan het rendement te realiseren is als object van vermogensrecht gekwalificeerd. Productierechten zoals visquota, melkquota, mestquota, ammoniakrechten, suikerquota en varkensrechten mogen op de boekwaarde van de Inkomstenbelasting worden gewaardeerd. Absolute vermogensrechten als auteursrechten, octrooien en merken komen eveneens voor de vermogensbelasting in aanmerking.²⁹⁸

294 MvT, 15 905, p. 24.

295 MvA, 15 905, p. 29.

296 Zie aantekening 78, suppl. 198 (juli 1999) en de daar vermelde literatuur.

297 Zie aantekening 2 bij artikel 4 Wet vermogensbelasting, suppl. 201 (januari 2000).

298 Zie aantekening 2 bij artikel 4 Wet vermogensbelasting, suppl. 201 (januari 2000).

C Successiewet 1956

Voor het successierecht is het object van heffing de verkrijging krachtens erfrecht als erfgenaam, legataris of lastbevoordeelde. Aanvankelijk dacht men dat slechts verkrijging van (privaatrechtelijke) vermogensrechten tot heffing kon leiden. Dit betekent onder meer dat de goodwill buiten de heffing op grond van de Successiewet zou blijven. Diverse malen heeft de regering derhalve getracht de goodwill of een deel van de goodwill toch belast te krijgen. Telkenmale stuitte dit af op verzet in de Tweede Kamer.²⁹⁹

Artikel 21 lid 5 bepaalt wel ten aanzien van de *waardebepaling* van hetgeen krachtens erfrecht is verkregen, dat het feit dat iets in het economische verkeer als een eenheid wordt beschouwd en derhalve als geheel meer waard is dan de afzonderlijke delen, ook bij de waardebepaling mag worden meegenomen. Waar dit artikel vroeger nog beperkt was tot goederen die tot een beroep- of bedrijfsvermogen behoren, heeft het nu betrekking op alles wat in het economische verkeer als een eenheid pleegt te worden beschouwd. Het artikel ziet op een schatting van het bedrijf als 'going concern', het is niet de bedoeling dat dit wordt gezien als een belasting van de goodwill.³⁰⁰

In het arrest van de Hoge Raad van 14 juli 2000 geeft de Hoge Raad overwegingen ten aanzien van de naar huidig recht bestaande ongelijke behandeling in de Successiewet tussen ondernemingen die worden gedreven door een natuurlijk persoon (goodwill wordt niet in aanmerking genomen) en in de vorm van een rechtspersoon gedreven onderneming (goodwill wordt wel in aanmerking genomen). De Hoge Raad overweegt dat het niet belasten van goodwill bij een eenmanszaak niet berust op een uitdrukkelijk wettelijk voorschrift, maar op de geschiedenis van de totstandkoming van de Successiewet 1956. Tijdens de totstandkoming is naar voren gekomen dat centraal staat de 'waarde van een going-concern' en niet de 'organisatorische goodwill' als zodanig. Dikwijls is hier kritiek op geuit. Zo bijvoorbeeld in de Memorie van Toelichting bij de wet van 17 december 1980 tot wijziging van de vermogensbelasting, als ook in de Memorie van Toelichting bij wet van 8 november 1984.³⁰¹ Met deze kritiek is echter nimmer iets gedaan. Vandaar dat de Hoge Raad in zijn arrest van 14 juli 2000 overweegt dat dit een ongerechtvaardigde ongelijke behandeling is van gelijke gevallen, maar dat zij geen grond ziet in dit door de discriminerende regeling veroorzaakte, rechtstekort te voorzien. Zulks dient vooralsnog aan de wetgever te worden overgelaten.³⁰²

299 Zie aantekening 90 bij artikel 1 Successiewet 1956. Zie ook Schuttevaër & Zwemmer 1998, p. 38 e.v.

300 Aantekening 71 bij artikel 21 Successiewet 1956. Dierkens Schuttevaër & Schuttevaër 1998, p. 6, wijzen op de praktische moeilijkheid om bij de fiscale afhandeling duidelijk de grens te trekken tussen de betekenis van de goodwill (niet belast) en de invloed van de economische eenheid als element van schatting.

301 MvT Kamerstukken II 1981, 17 041, nr. 3, p. 5

302 HR 14 juli 2000, BNB 2000, 306 c.

Als hoofdregel geldt kortweg dat in de Successiewet slechts de vermogensrechten uit het privaatrecht tot uitgangspunt dienen en dat nog geworsteld wordt met een legitieme belasting van andere waarden, zoals de goodwill.

2.4.4 Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap

In het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap wordt als doelstelling in artikel 3 onder meer het scheppen van een interne markt met een vrij verkeer van *goederen*, personen, diensten en kapitaal genoemd. Daarmee is ook het begrip 'goederen' in het EG-verdrag binnengetrepen. Titel 1 van het derde deel van het verdrag geeft regels omtrent dit vrije verkeer van *goederen*. Het begrip 'goederen' wordt in het Europese verdrag niet gedefinieerd of omschreven.³⁰³

Er zijn dan ook met betrekking tot dit EG-verdrag kwalificatieproblemen ontstaan ten aanzien van het begrip 'goederen'. Een van de eerste problemen betrof de kwalificatie van elektriciteit. In de uitspraak van het Hof van Justitie van 15 juli 1964 is bepaald dat elektriciteit onder de werkingssfeer van artikel 37 van het Verdrag valt.³⁰⁴ Artikel 37 van het EG-verdrag ziet, kortweg, op maatregelen die discriminatie beogen of tot gevolg hebben, met betrekking op de handel in een product dat voorwerp van concurrentie en van ruilverkeer kan zijn. Elektriciteit valt daar dus onder. In de uitspraak van het Hof van Justitie van 27 april 1994³⁰⁵ en in de uitspraak van het Hof van Justitie van 23 oktober 1997 werd bevestigd dat dit ook geldt voor artikel 30 van het Verdrag.³⁰⁶ In deze laatste zaak werden de argumenten van de Italiaanse regering dat elektriciteit geen 'goed' is omdat het een onstoffelijke substantie is, niet kan worden opgeslagen en geen eigen economisch bestaan leidt, verworpen en werd in het bijzonder gewezen op het feit dat elektriciteit in het kader van de tariefnomenclatuur van de Europese Gemeenschap als een 'goed' wordt aangemerkt. Opvallend is daarbij dat gesteld wordt dat ook in de nationale rechtsorden vaststaat dat elektriciteit een 'goed' is.³⁰⁷ Het wordt klaarblijkelijk over het hoofd gezien dat naar heersend Nederlands recht de civielrechtelijke zaakkwaliteit van elektriciteit wordt ontkend. Advocaat-generaal Fenelly merkt hier over op dat elektriciteit binnen de communautaire orde als specifiek geval moet worden beschouwd, wat kan worden gerechtvaardigd

303 Vgl. Oliver 1996.

304 Zaak 6/64, Costa, Jurispr. 1964, p. 1203.

305 Zaak C-393/92, Almelo e.a., Jurispr. 1994, p. 1-1477, r.o. 28. Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen 27 april 1994, NJ 1995, 93.

306 Hof van Justitie 23 oktober 1997, NJ 1998, 760. Artikel 30 van het verdrag is na wijziging artikel 28 EG verdrag geworden.

307 Rechtsoverweging 17.

door haar functie als energiebron en dus met het feit dat zij concurreert met gas en olie.³⁰⁸

In het arrest van het Hof van Justitie van 10 december 1968 heeft het Hof een zekere definitie van 'goederen' gegeven.³⁰⁹ Onder 'goederen' in de zin van artikel 9 van het EG-verdrag moeten worden verstaan 'waren die op geld waardeerbaar zijn en als zodanig het voorwerp van handelstransacties kunnen vormen'. Deze definitie werd geformuleerd als antwoord op het argument dat 'goederen' van artistieke, historische, archeologische of etnografische aard niet onder de verdragsbepalingen zouden vallen, omdat de verdragsbepalingen alleen van toepassing zouden zijn op 'gewone handelsgoederen'. Dit argument gaat dus niet op, ook deze bijzondere 'goederen' (in de zin van *zaken*) zijn aan de regels van de gemeenschappelijke markt onderworpen, tenzij het verdrag uitdrukkelijk anders bepaalt.

In de zaak Commissie/België, waarin het ging om een verbod om afvalstoffen uit een andere lidstaat te storten, is dit nogmaals herhaald. In dit arrest werd overwogen dat ook producten met een negatieve waarde, bijvoorbeeld de in het geding zijnde gevaarlijke afvalstoffen, eveneens onder het begrip 'goed' moeten worden gekwalificeerd.³¹⁰ Het Hof bepaalt dat alle voorwerpen die in het kader van handelstransacties over een grens worden vervoerd, vallen binnen de werkingssfeer van artikel 30 EG, ongeacht de aard van die transacties. Wel is het zo dat in diverse richtlijnen en verordeningen een specifiek EG-beleid ten aanzien van verwerking en vervoer van afvalstoffen is gecreëerd. Daardoor nemen zij binnen de regelgeving omtrent het vrije verkeer van goederen een bijzonder plaats in.³¹¹

Als hoofdregel kan men stellen dat het begrip 'goederen' ten aanzien van het vrije verkeer van goederen, ziet op de naar Nederlands recht genoemde stoffelijke *zaken*. Intellectuele eigendomsrechten zijn dan ook niet als 'goederen' te kwalificeren. Volgens het arrest *Phil Collens e.a.* zijn zij te beschouwen als zaken met een geheel eigen karakter, die niettemin wegens hun economisch effect onder het Verdrag vallen:

Het auteursrecht en de naburige rechten vallen met name wegens hun gevolgen voor het intracommunautaire handelsverkeer van goederen en diensten binnen de werkingssfeer van het Verdrag. Zij zijn onderworpen aan het algemene non-discriminatiebeginsel van artikel 7, eerste alinea, van het Verdrag, zonder dat het nodig is een verband te leggen met de specifieke bepalingen van de artikelen 30, 36, 59 en 66 van het Verdrag.³¹²

308 Conclusie van advocaat-generaal Fenelly van 17 juni 1999 bij het arrest *Jägerskiöld/Gustafsson*.

309 Zaak 7/68, *Commissie/Italië*, 1968, p. 617.

310 C-2/90, *Commissie/België*, 1992, I-4431.

311 Zie *Barents en Brinkhorst* 2001, p. 447 e.v.

312 Zaak C-92/92 en C-326/92, *Phil Collins e.a.*, 1992, I-5145.

Het Hof kiest dus ten aanzien van het begrip 'goederen' voor een functionele benadering en niet voor een vaste definitie.

Bij de kwalificatieproblemen ten aanzien van het communautaire begrip 'goederen' moet niet over het hoofd worden gezien dat de discussie veelal niet zozeer gaat over de vraag of er sprake is van 'goederen' of 'niet-goederen' zijn, maar van 'goederen' of 'diensten'. Dit wordt mooi geïllustreerd in de zaak Sacchi. Het Hof van Justitie heeft daarin bepaald dat de uitzending van televisieberichten, met inbegrip van reclameberichten, valt onder de verdragsregels inzake het verrichten van *diensten*; het handelsverkeer in alle materialen, geluidsdragers, films, apparaten en andere voor uitzending van televisieberichten te gebruiken producten zijn vervolgens aan de regels betreffende het vrije verkeer van *goederen* onderworpen.³¹³ In het arrest Jägerskiöld/Gustafsson werd de prejudiciële vraag gesteld of visrechten en visvergunningen 'goederen' zijn.³¹⁴ Een wettelijke regeling die de vrije beschikking over of de prijsvorming voor dergelijke objecten belemmerd, zou in dat geval een beperking van het vrije verkeer van goederen betekenen. In dit arrest overweegt het Hof dat dit niet het geval is. Zij vallen wel onder het begrip 'diensten'. De activiteit die erin bestaat viswater tegen betaling en onder bepaalde voorwaarden ter beschikking van derden te stellen om er te vissen, is een dienstverrichting. Dat dit recht om te vissen of deze vergunning om met een werphengel te vissen, wordt vastgelegd in documenten die als zodanig verhandelbaar zijn, is niet voldoende om deze rechten binnen de werkingssfeer van de verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer van goederen te brengen.

De afbakening tussen 'goed' en 'dienst' is niet altijd even logisch. Elektriciteit, een film en geluidsdragers³¹⁵ zijn dus 'goederen', een televisie-uitzending en een telefoongesprek³¹⁶ zijn 'diensten'. Ook loterijactiviteiten is als dienstverrichting gekwalificeerd aangezien het verzenden van loterijbriefjes, reclame-materiaal en bestelformulieren geen doel op zichzelf zijn, maar enkel dienen om het de bewoners van Lidstaten waarin die briefjes en dat materiaal worden ingevoerd en verspreid, mogelijk te maken aan de loterij deel te nemen.³¹⁷

2.4.5 Artikel 1 Protocol No. 1 EVRM

De huidige grondwet regelt in artikel 14 een grondwettelijke aanspraak op eigendom in een negatieve formulering:

313 Zaak 155/73 Sacchi, 1974, 409.

314 Zaak C-97/98, Jägerskiöld/Gustafsson, 1999, I-7319.

315 Zaak 395/87 Tournier, 1989, 2521.

316 Zaak C-384/93 Alpine Investments, 1995, I-1167. Dit is wel een dienst.

317 Zaak C-275/92, Schindler, 1994, I-1039. Hof van Justitie 24 maart 1994, NJ 1995, 57.

Onteigening kan alleen geschieden in het algemeen belang en tegen vooraf verzekerde schadeloosstelling, een en ander naar bij of krachtens de wet te stellen voorschriften.

Als grondrecht verwijst de eigendom naar alle vermogensbestanddelen: absolute rechten én relatieve rechten, waaronder vorderingsrechten.³¹⁸ Deze grondwettelijke bepaling biedt slechts een garantie tegen onteigening. Artikel 1 Protocol No. 1 EVRM biedt daarentegen een positieve eigendoms Garantie. Het geeft het recht op ongestoord genot van zijn eigendom:

Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law.

The preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties.

Deze ook in Nederland rechtstreeks werkende bepaling geeft een positieve bescherming tegen inbreuk op het ongestoord genot van eigendom. Wel kan dit gebruik van eigendom door het nationale recht in het algemeen belang worden gereguleerd. Een beperking is toegestaan indien er sprake is van een *fair balance* tussen dit algemene belang en individuele rechten. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens bekijkt voor een aanspraak op dit artikel grofweg drie dingen: is er sprake van eigendom, is er een stoornis van deze eigendom en is deze storing in casu gerechtvaardigd? Voor dit onderzoek is met name de eerste vraag van belang: Wanneer is er volgens het Europees Hof sprake van 'eigendom' in de zin van Artikel 1 Protocol No. 1 EVRM?³¹⁹

Over het algemeen worden veel begrippen in het EVRM verdragsautonoom uitgelegd.³²⁰ Dit geldt ook voor het begrip 'possessions' in Artikel 1 Protocol No. 1 EVRM. Dit werd bevestigd in de uitspraak van het Hof van 23 februari 1995:

The Court recalls that 'the notion of 'possessions' (in French 'biens') in Article 1 Protocol No. 1 has an autonomous meaning which is certainly not limited to ownership of physical goods: certain other rights and interest constituting assets

318 Snijders 1991, p. 251 e.v.

319 Voor de overige vragen verwijs ik naar de bundel van Loof, Ploeger en Van der Steur 2000 en Ploeger 2000, p. 687-695. In het arrest van het EHRM van 5 januari 2000, NJ 2000, 571 was de vraag of de klager daadwerkelijk eigenaar was niet meer van belang aangezien de schending zonder meer een inbreuk op het recht op ongestoord genot van eigendom opleverde (§ 106). Zie voor een algemeen overzicht omtrent het begrip 'property' in het EVRM: Alkema 2000, p. 17-28.

320 Zie Van Dijk & Van Hoof, p. 72 e.v.

can also be regarded als 'property rights' and thus 'possessions', for the purposes of this provision.³²¹

Hier wordt dus uitdrukkelijk afstand gedaan van de beperkte Nederlandse opvatting zoals volgt uit artikel 5:1 BW dat eigendom alleen betrekking kan hebben op 'zaken', zijnde stoffelijke objecten die voor menselijke beheersing vatbaar zijn (artikel 3:2 BW). Een groot voordeel is dat zo gemakkelijk kan worden omgesprongen met de verschillen tussen de diverse lidstaten in de invulling van het begrip 'eigendom'. Een nadeel is dat er een geheel nieuw 'eigendomsbegrip' voor het Protocol No. 1 is ontstaan, waarvoor vervolgens weer eigen grenzen gelden. Het is voor de Nederlandse rechter niet zomaar duidelijk waar deze grenzen liggen.

In diverse uitspraken zijn inmiddels enige grenzen aangegeven. In het Gasus Dosier und Fördertechnik/Nederland-arrest is weergegeven dat in ieder geval de eigendom op stoffelijke objecten onder het eigendomsbegrip van het EVRM valt. Daaronder valt ook de situatie dat er sprake is van eigendom, maar deze eigendom onder eigendomsvoorbehoud is overgedragen.³²²

Ook beperkte rechten, zoals genotsrechten en zekerheidsrechten vallen onder de eigendomsbescherming van het EVRM. Het lijkt er zo op dat Artikel 1 Protocol No. 1 EVRM de *goederen*, in de zin van *vermogensrechten*, wil beschermen: Eigendomsrechten, intellectuele eigendomsrechten, beperkte rechten en vorderingsrechten. Met deze visie is in overeenstemming dat het Hof in het Gasus Dosier und Fördertechnik/Nederland-arrest stelt dat het eigendomsbegrip van het EVRM niet beperkt is tot 'ownership', maar dat daar ook 'certain other rights and interest constituting assets' onder kunnen vallen. Van Dijk en Van Hoof leiden uit het begrip 'asset' af dat voor bescherming noodzakelijk is dat het recht een vermogenswaarde vertegenwoordigt.³²³ Zij stellen dat er in ieder geval sprake moet zijn van een voldoende bepaald en opvorderbaar recht. Dit komt overeen met het begrip 'vermogensrecht'. Het lijkt er daarom op dat het artikel de vermogensbestanddelen van een natuurlijk of rechtspersoon wil beschermen. Van Dijk en Van Hoof geven derhalve aan dat ook de intellectuele eigendomsrechten en vorderingsrechten uit contract of uit onrechtmatige daad onder het artikel vallen.³²⁴

Hiermee zijn in overeenstemming de arresten Inze/Oostenrijk en Mazurek/Frankrijk waarin een onverdeeld aandeel in een opengevallen nalatenschap als 'eigendom' werd beschouwd.³²⁵ Volgens Ploeger zullen ook de legitieme

321 EHRM 23 februari 1995 (Gasus Dosier und Fördertechnik/Nederland), *Series A* vol. 306B, § 53.

322 EHRM 23 februari 1995 (Gasus Dosier und Fördertechnik/Nederland), *Series A* vol. 306B, § 53.

323 Van Dijk & Van Hoof 1998, p. 620.

324 Van Dijk & Van Hoof 1998, p. 619.

325 EHRM 20 oktober 1987 (Inze/Oostenrijk), *Series A* vol. 126, § 38; EHRM 1 februari 2000 (Mazurek/Frankrijk), Appl. No. 34406/97, § 42.

vordering en de wilsrechten in het nieuwe erfrecht, onder het artikel vallen.³²⁶ In 1989 had het Hof ook al vergunningen als 'eigendom' in de zin van het EVRM erkend.³²⁷

Het begrip 'possessions' gaat verder dan het begrip 'goed' naar Nederlands privaatrecht. Waar voor het Nederlandse recht geen absoluut recht op goodwill kan worden aangenomen, heeft het Hof in de zaak *Van Marle* wel aanvaard dat ook de waarde die het bedrijf in zijn geheel vertegenwoordigt, de zogenaamde goodwill, onder het eigendomsbegrip in het EVRM valt.³²⁸

Het EVRM garandeert geen recht op toekomstige inkomsten. De door een notaris gekoesterde verwachting dat nog te verrichten diensten ook in de toekomst volgens het huidige wettelijke tarief gehonoreerd worden, is niet beschermenswaardig.³²⁹ Evenmin kan de verwachting van een kind om later als erfzater de moeder in haar vermogen op te volgen, niet beschermd worden.³³⁰ De grens tussen verworven rechten en verwachtingen is echter niet altijd even scherp te maken.³³¹

Aanvaard is in *Stran Greek Refineries* dat een vordering waarvan partijen het bestaan betwisten, onder omstandigheden 'eigendom' kan zijn in de zin van het EVRM.³³² Ook de – door de invoering van een wet met terugwerkende kracht – verloren gegane mogelijkheid om schade te verhalen, wordt bij schadegevallen die zich hebben voorgedaan voor invoering van die wet, als ontnomen 'eigendom' in de zin van het EVRM beschouwd.³³³ Ploeger geeft weer dat het Hof hierbij aansluit bij het Belgische recht waarbij de vordering tot schadevergoeding reeds ontstaat door de daad zelf.³³⁴ Kennelijk was er in dit arrest een voldoende basis aanwezig ('legitimate expectation') op grond waarvan kon worden verwacht dat de claim door de autoriteiten zou worden toegewezen. Het eerste Protocol spreekt niet alleen van bescherming van eigendom, maar van een 'recht op ongestoord genot van de eigendom'. Dit wil zeggen dat schending ook aanwezig kan zijn wanneer iemand niet rechtstreeks in zijn eigendom of bezit wordt aangetast, maar niet in de gelegenheid

326 Ploeger 2000, p. 689.

327 EHRM 7 juli 1989 (*Tre Traktörer AB/Zweden*), *Series A* vol. 159.

328 EHRM 26 juni 1986 (*Van Marle/Nederland*), *Series A* vol. 101, § 41. Zie de vergelijkbare redenering voor een bioscoopbedrijf in EHRM 25 maart 1999 (*Iatridis/Griekenland*), Appl. No. 31107/96, § 54.

329 EcomRM 1 april 1974 (*X/Duitsland*), *Yearbook ECHR* 1974, p. 148.

330 EHRM 13 juni 1979 (*Marckx/België*), *Series A* vol. 31, *NJ* 1980, 462, § 63.

331 Zie Ploeger 2000, p. 689.

332 EHRM 9 december 1994 (*Stran Greek Refineries/Griekenland*), *Series A* vol. 301B, *NJ* 1996, 592, § 61.

333 EHRM 20 november 1995 (*Pressos Compania Naviera e.a./België*), *Series A* vol. 332, *NJ* 1996, 593, § 31.

334 Ploeger 2000, p. 689.

wordt gesteld die eigendom of dat bezit te gebruiken.³³⁵ Hoitink en Backes laten zien dat dan ook vaak een (gedeeltelijke) intrekking van een vergunning of andersoortige beperkingen van de uit de vergunning voortvloeiende rechten, het aanknopingspunt voor de eigendomsbescherming vormt en niet zozeer het recht op de vergunning zelf.³³⁶

Het zijn dus eerder de *goederen* als vermogensbestanddelen, dan de specialis van de goederen, de eigendom, die in Artikel 1 Protocol No. 1 EVRM beschermd worden. Artikel 1 heeft een ruim werkingsgebied. Vrijwel alle vermogensrechten die een rechtssubject kunnen toebehoren, vallen onder 'eigendom' in de zin van Artikel 1 Protocol No. 1 EVRM. Waar de grenzen van dit ruime werkingsgebied liggen, zal in de toekomst nader moeten worden uitgekristalliseerd. Het lijkt er op dat in bepaalde gevallen zelfs meer kan worden beschermd dan Nederlandse vermogensrechten.³³⁷ Niet zozeer de traditionele 'eigendom' als wel de vermogensrechtelijke ontplooiing van de mens in het algemeen, lijkt centraal te staan bij de bescherming van Artikel 1 Protocol No. 1.³³⁸

2.4.6 Tussenconclusie

Het begrip 'goed' wordt niet alleen in het civiele recht, maar ook in andere deelgebieden van het recht als begrip gehanteerd. Dikwijls geldt daarbij de civielrechtelijke betekenis van het begrip 'goed' als uitgangspunt. Wegens de bijzondere aard en strekking van de bepalingen in de desbetreffende deelgebieden, kan echter ook een andere betekenis worden gehanteerd. Bij het strafrechtelijk begrip 'goed' staat de civielrechtelijke betekenis van goed onder het oud BW, nu dus inmiddels *zaak*, centraal. In het geval dat de geschiedenis van de totstandkoming, of de strekking van het desbetreffende wetsartikel anders bepaalt, kan daar van worden afgeweken. De argumenten omtrent een afwijkende invulling van het begrip zijn van direct belang voor vaststelling van het civielrechtelijke begrip. Hetzelfde geldt voor het begrip 'goed' in het belastingrecht. In beginsel staat de civielrechtelijke betekenis centraal, maar wegens de bijzondere aard van het belastingrecht, wordt daar veelal van

335 In EHRM 5 januari 2000, *NJ* 2000, 571 (Beyeler/Italië) overweegt het Hof dat klager een eigendomsbelang had onder Italiaans recht van het moment dat een schilderij werd aangekocht tot het moment dat het recht van eerste koop door de Italiaanse staat werd uitgeoefend (§ 101-105). Of klager op dat moment daadwerkelijk als eigenaar diende te worden beschouwd is dan niet meer van belang (§ 106).

336 Hoitink en Backes 1999, p. 1759-1763.

337 In EHRM 23 oktober 1990 (Darby/Zweden), *Series A* vol. 86, § 30 werd zelfs met betrekking tot het heffen van belastingen de aantasting van het vermogen als geheel, zonder aantasting van een specifiek vermogensbestanddeel daarvan, als eigendom in de zin van het EVRM gezien.

338 Vgl. Waldron 1988; Van Maanen 1993, p. 198 e.v.; Hartlief 2000, p. 32.

afgeweken. Daarenboven moeten veel belastingwetten, gezien de toepasselijke Europese richtlijnen, communautair worden uitgelegd. In het EG-verdrag geldt een dergelijke communautaire uitleg van het begrip goed, bijvoorbeeld ten aanzien van het vrije verkeer van goederen. Wel kan binnen deze communautaire uitleg, de nationale civielrechtelijke betekenis als argument worden gebruikt. Ook artikel 1 Protocol No. 1 EVRM gebruikt het begrip 'possessions' in beginsel in de zin van 'goederen'. Wel is uitdrukkelijk bepaald dat dit begrip een ruimere betekenis kan hebben dan de nationale eigendomsrechten en overige vermogensrechten. De rechtsbegrippen kunnen, vanwege hun contextgebonden, domeinspecifieke betekenis, niet probleemloos overgeheveld worden van het ene deelgebied naar het andere deelgebied van het recht.

3.1 ALGEMENE THEORIE

3.1.1 Inleiding

Vanaf het eerste moment dat er cultuur op aarde werd opgebouwd, heeft de mens getracht de zich omringende zaken – de wapens, het vee en dergelijke – te beheersen. Het goederenrecht vindt zijn oorsprong in de behering van deze zaken. Goederenrecht is ordeningsrecht, het regelt wie waarop rechten heeft en in welke mate. De objecten in de omgeving van de mens, vormen zijn bezit. Aanvankelijk kon de mens dit bezit slechts verdedigen door middel van geweld. Later is het door middel van de verlening van eigendomsrechten, mogelijk geworden een juridische bescherming voor dit bezit te verkrijgen. Het eigendomsrecht preciseert de toebehorenrelatie tot deze zaken. Op grond van dit eigendomsrecht heeft men het meest volledige recht deze zaken te gebruiken en het recht om juridische bescherming te verkrijgen voor het behoud van deze exclusieve heerschappij. Het is niet meer nodig het bezit met huid en haar te verdedigen, men kan dit ook op een geciviliseerde juridische wijze verdedigen en zeker stellen.

Het eigendomsrecht neemt zijn aanvang bij het verrichten van een feitelijke handeling: de inbezitneming (*occupatio*) van een bestaand object of de creatie van een nieuw object. Bij beide speelt *bezit* een doorslaggevende rol. Het rechtssubject moet feitelijke macht kunnen uitoefenen over de zaak, het object dat beheerd moet worden. De uiterlijke gedraging van dit rechtssubject is het kenmerk waaraan de wil tot het 'houden voor zichzelf' kan worden afgeleid. Bezit wordt ook wel het voorstadium van eigendom genoemd.¹ Tegenover het *rechtssubject*, degene die de exclusieve beschikkingsmacht en daarbij behorende bescherming verkrijgt, staat het *rechtsobject*, datgene wat in bezit genomen is en waar het recht betrekking op heeft.

Zowel de inbezitneming van een bestaande zaak als het maken van een nieuwe zaak, noemt men *originair* eigendomsverkrijging. De verkrijger heeft het eigendomsrecht niet ontleend aan een voorganger, maar dit recht is nieuw

1 Zie § 2.2.3 over bezit.

bij de verkrijger ontstaan.² Het eigendomsrecht ontstaat in deze gevallen door een feitelijke handeling die de rechtsbetrekking tussen rechtssubject en rechtsobject constitueert.³

Met de aanvaarding van eigendomsrechten op rechtsobjecten, is de vraag ontstaan welke dingen tot het begrip 'rechtsobjecten' gerekend kunnen worden. Waarom valt een bepaald 'ding' niet als rechtsobject te kwalificeren en waarom is een ander 'ding' juist wel een rechtsobject? In de loop der tijden zijn de grenzen van het begrip rechtsobject steeds meer ter discussie komen te staan. Aanvankelijk werd de natuur als vaste orde gezien, waarbinnen de mensen hun leven leidden. De gegroeide bezitsverhoudingen werden vanzelfsprekend geacht en stonden in grote mate vast.⁴ Door de ontwikkeling van de techniek en de industriële revolutie is de natuur echter steeds meer object van manipulatie geworden. Zo werd het bijvoorbeeld mogelijk elektriciteit te 'vangen', op te slaan, en later naar eigen vrije wil en in bepaalde hoeveelheden te gebruiken. Er ontstonden steeds meer technische uitvindingen en met de ontwikkeling van de maatschappij kunnen steeds meer 'dingen' onderscheiden worden die de mens kan beheersen. Tegenwoordig leven we in een informatietijdperk waar computers centraal staan en digitale informatie en gegevensvoorziening een belangrijke rol spelen. Ook binnen dit tijdperk zijn er nieuwe 'objecten' ontstaan die de mens kan beheersen, zoals software en digitale informatie in het algemeen. Daarenboven zijn door de snelle biotechnologische en medische ontwikkelingen steeds meer lichaamsmaterialen 'objecten' geworden die door de mens beheerst kunnen worden. Dit geldt bijvoorbeeld voor organen, pre-embryo's en stamcellen.

Met de ontwikkeling van de maatschappij zijn dus steeds meer 'objecten' relevant geworden voor de mens. Deze ontwikkeling heeft direct gevolgen voor de grenzen van het begrip 'rechtsobjecten'. Steeds vaker komt de vraag aan de orde of bepaalde nieuwe 'objecten' niet dezelfde functie en strekking hebben als de vanouds erkende rechtsobjecten en derhalve ook onder het begrip 'rechtsobject' kunnen vallen. Daarbij speelt mede de groeiende tendens van juridificering van onze samenleving, een rol. De individuele burger heeft het recht gevonden en weet in welke mate hij dit recht kan gebruiken om zijn eigen belangen af te dwingen. Men ziet zijn rechten groeien en in dit kader is het ook niet verwonderlijk dat mensen hun telefoonnummer, domeinnaam, organen, stamcellen en dergelijke in de juridische context beschermd willen zien en trachten te spreken over de zich toebehorende 'eigendom' van deze objecten. De genoemde objecten kunnen echter niet alle als zaak in de zin van

2 Bij ontlening van een eigendomsrecht aan een rechtsvoorganger spreekt men van derivatieve verkrijging. Dit kan onder algemene titel (in geval van erfopvolging, boedelmenging, fusie of splitsing) of onder bijzonder titel zijn.

3 Asser/Davids/Mijnssen/Van Velten 1996 (3-II), nr. 2, benadrukt dat de eigendom zich hiermee onderscheidt van verbintenisrechtelijke verhoudingen met betrekking tot een zaak, zoals huur, die immers uitsluitend ontstaan door overeenkomst.

4 Zie Van der Grinten 1961, p. 8 e.v.

rechtsobject van een eigendomsrecht, worden gekwalificeerd. Voordat in § 3.1.4 en § 3.1.5 wordt toegelicht waarom dit zo is, wordt kort stil gestaan bij het begrip 'zaak' (§ 3.1.2) en de totstandkoming van het begrip in de loop der codificaties (§ 3.1.3).

3.1.2 Het begrip 'zaak'

Het begrip 'zaak' is niet eenvoudig te definiëren. Dit komt onder meer doordat het begrip in het taalgebruik op diverse manieren wordt gebruikt. In het woordenboek staan de volgende betekenissen van het begrip 'zaak':

Een ding of voorstelling van de geest die geen persoon is; voorwerp; aangelegenheid die men te behartigen heeft; affaire; handel; handeling van koop en verkoop; bedrijf/winkel; datgene wat voorgevallen is; datgene waarover men handelt; proces; rechtsgeding/rechtszaak.⁵

Het begrip 'zaak' kent zeer diverse betekenissen en bovendien ook nog zeer diverse *juridische* betekenissen: het voorwerp van eigendomsrecht, een bedrijf, een handeling van koop en verkoop, een proces, een rechtsgeding enz. In het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering wordt bijvoorbeeld 'zaak' vooral gebruikt in deze laatste zin: als proces als rechtsgeding. Maar 'zaak' komt in ditzelfde wetboek ook voor in de betekenis van voorwerp van eigendomsrecht en derhalve als voorwerp van beslag. Kaser/Wubbe geeft weer dat het woord *res* (zaak) in het juridisch spraakgebruik drie verschillende functies kan hebben:

Soms betekent het de afzonderlijke, van de rest der stoffelijke wereld afgescheiden, juridisch zelfstandige, lichamelijke zaak, soms in wijdere zin al hetgeen voorwerp van een subjectief recht of inzet van een burgerlijk proces kan zijn (rechtsobject, dus b.v. ook kinderen uit een gezin en slaven), soms ook vermogen in zijn geheel (*patrimonium, bona*), dus een complex van op geld waardeerbare goederen.⁶

Kaser/Wubbe stelt dat het Romeinse zakenrecht voornamelijk betrekking heeft op 'zaken' in de eerstgenoemde betekenis: slechts afzonderlijke, zelfstandige, stoffelijke zaken kunnen voorwerp van eigendom zijn.⁷ Dit is ook de betekenis die in dit onderzoek voor het begrip 'zaak' is gereserveerd.

Vervolgens moet niet vergeten worden dat het begrip 'zaak' een *rechtsbegrip* is. Dit aspect wordt dikwijls over het hoofd gezien. Niet alle objecten om ons heen zijn ook 'zaken'. 'Zaken' zijn alleen die objecten die voldoen aan de eisen die het recht aan een object van eigendomsrecht stelt. De objecten bestaan ook

5 Van Dale 1995.

6 Kaser/Wubbe 1971, p. 93.

7 Kaser/Wubbe 1971, p. 93.

zonder een rechtssysteem, het begrip 'zaak' (evenals het begrip 'vermogensrecht') niet. Zoals het begrip 'rechtssubject' door de gelijkstelling van de rechtspersoon met een natuurlijk persoon (artikel 2:5 BW), is losgemaakt van natuurlijke personen, zo is ook het begrip 'zaak' losgemaakt van alle stoffelijke objecten in de wereld.⁸ Een rechtssubject, een drager van rechten en plichten, staat niet meer gelijk aan een concreet mens van vlees en bloed. Een rechtssubject is een constructie van het recht, een rechtsbegrip.⁹ Hetzelfde geldt voor het begrip 'zaak'. Ook dit ziet niet op alle objecten in de wereld, maar alleen op die objecten die op juridische gronden als object van eigendom kunnen dienen. Vervolgens zijn de objecten waarnaar het begrip zaak verwijst, wel altijd concreet bestaande objecten. Het begrip 'zaak' is een rechtsbegrip dat een bepaalde kwalificatie geeft aan concreet bestaande objecten. Het bijzondere is dat het begrip verwijst naar iets dat ook zonder een rechtssysteem kan bestaan. De meeste andere rechtsbegrippen, zoals 'vorderingsrecht', doen dat niet. Een vorderingsrecht is een puur juridische aanduiding; zonder rechtssysteem bestaat een vorderingsrecht niet. Zonder rechtssysteem bestaan de objecten wel. Sommige van deze objecten kunnen binnen het rechtssysteem onder de categorie 'zaken' vallen, kunnen *rechtsobjecten* zijn. Dit hangt af van het feit of deze objecten voldoen aan het criterium van het rechtsbegrip 'zaak'.

De criteria van het rechtsbegrip 'zaak' zijn dus van groot belang. Onder 'zaak' in de zin van dit proefschrift wordt het rechtsobject van een eigendomsrecht verstaan, zoals naar huidig recht is weergegeven in artikel 3:2 BW: 'Zaken zijn de voor menselijke beheersing vatbare stoffelijke objecten'.

3.1.3 Een beknopte geschiedenis van zaken

3.1.3.1 *Subject – object*

Zoals hiervoor is weergegeven staat in geval van een absoluut recht, een rechtssubject (degene aan wie het recht toekomt) tegenover een rechtsobject (datgene waarop het recht betrekking heeft). Het eigendomsrecht preciseert de toebehorenrelatie tot het rechtsobject: de zaak.

Voor een goed begrip van de problemen ten aanzien van de vorming van het zaaksbegrip, is het nuttig de ontwikkelingsgeschiedenis van het begrip beknopt te doorlopen.¹⁰ Daarbij moet men in gedachten houden dat de tegenstelling tussen rechtssubject en rechtsobject zoals wij dat heden ten dage kennen, niet altijd een tegenstelling is geweest. Tijdens de Middeleeuwen was deze tegenstelling nog niet tot de gedachtewereld van de mensen doorgedron-

8 Zie Asser/Mijnssen/De Haan 2001 (3-I), nr. 50.

9 Vgl. Gribnau & Happé 2000, p. 16.

10 Zie voor een overzicht van de ontwikkeling van het eigendomsrecht Feenstra 1976, p. 248-275.

gen.¹¹ De bijbel overheerste de gehele denkwereld van de mensen. Al het bestaande werd als creatie van God voorgesteld, inclusief de mens zelf. In de zes dagen waarin God de wereld schiep, werd als eerste het 'niet-levende' geschapen, vervolgens de planten en de dieren en op de laatste scheppingsdag de mens.¹² Voor Thomas van Aquino en zijn tijdgenoten was God dan ook in alle dingen vertegenwoordigd.¹³ Daarom bestond er geen natuurlijke scheiding tussen mensen en niet-mensen, de zaken. Ook de mens was een 'res'. Op grond van de goddelijke scheppingsorde stond de mens als laatst geschapene bovenaan de hiërarchische ladder. Bij Pinckaers kan men een dergelijke visie nog weerspiegeld zien in zijn omschrijving van gebruik van zaken als gebruik van de 'aanwending der beneden menselijke zijnden'.¹⁴ De beheersing van het 'eerder geschapene', had nog weinig te maken met wat wij tegenwoordig een 'eigendomsrelatie' zouden noemen. De begrippen subject en object werden wel gebruikt,¹⁵ maar niet in de huidige zin van de begrippen: in de zin van mens en buitenwereld die als subject en object tegenover elkaar staan.¹⁶

3.1.3.2 Romeins recht

Naar klassiek en Justiniaans recht is eigendom het meest omvangrijke private recht, dat iemand op een zaak, een *res*, kan hebben.¹⁷ Dit begrip eigendom is het resultaat van een langdurige ontwikkeling.¹⁸ Er is één soort van eigendom: iedereen kan eigenaar zijn van onverschillig welke zaak, *res*. In de Instituten van Gaius staan *personae* (Boek I) tegenover *res* (Boek II en III). De *res* worden ingedeeld in *res corporales* (zaken als stoffelijke voorwerpen) en *res incorporales* (beperkte zakelijke rechten, de erfenis en de verbintenissen):

Quaedam res corporales sunt, quaedam incorporales. Incorporales sunt quae tangi non possunt, qualia sunt ea quae iure consistunt, sicut ... usufructus, obligationes.¹⁹

11 Zie hierover onder andere Majdanski 1951, p. 1-3.

12 Genesis I-26: 'Laat ons mensen maken naar ons beeld, ons gelijkende, opdat zij heerschen over de visschen der zee en over het gevogelte des hemels en over het vee en over de wilde dieren en al het kruipend gedierte der aarde.'

13 Vgl. onder anderen Hattenhauer 2000, p. 46 en Majdanski 1951, hoofdstuk 1.

14 Pinckaers 1960, p. 135 e.v.

15 Zo spreekt Thomas van Aquino van subject van de substantiële vorm en subject van de accidentele vorm in: *Summa Theologica I, Questio 77*.

16 Zie hierover onder meer Gerbrandy 1946, p. 13;

17 Kaser/Wubbe 1971, § 22, I, p. 107.

18 Kaser/Wubbe 1971, § 22, II, p. 108-111. Zie ook Van den Bergh 1988 en Zwalve 1993, p. 63-66. Volgens Feenstra bestonden er wel vier eigendomsbegrippen in het klassieke Romeinse recht: Feenstra 1976, p. 268.

19 Gaius II, 12-14.

'Lichamelijke' zaken zijn die welke aangeraakt kunnen worden, zoals bijvoorbeeld het grondstuk, de mens (slaaf), het kledingstuk, goud, zilver en andere ontelbare zaken.²⁰ 'Onlichamelijk' zijn diegene, die men niet aan kan raken en wel die als rechten bestaan, zoals erfpacht, het vruchtgebruik, de schuldrechtelijke verbintenis en de overeenkomst.²¹

Kaser/Wubbe geeft weer dat het Romeins zakenrecht voornamelijk betrekking heeft op de *res*, 'zaken', in de zin van afzonderlijke, zelfstandige, lichamelijke zaken.²² De *res corporales* en de *res incorporales* werden op verschillende manieren onderscheiden. Deze onderscheidingen werden met name als rechtstechnische hulpmiddelen gebruikt en vormen op zichzelf geen logisch gesloten systeem. Romeins recht is actierecht en kende een beperkt aantal *actiones in rem* die stonden tegenover de *actiones in personam*.²³ Bij een '*actio in rem*' kan men denken aan het grijpen, het aanvatten van een (stoffelijke) zaak die door een ander wordt achtergehouden; bij een '*actio in personam*' aan het beetpakken van een persoon die aan de crediteur zijn grijprecht op zijn lichaam had verleend.²⁴ Dit onderscheid was van belang voor de termen die in de *formula* (formule, formulier) moesten worden gebruikt. Als gevolg van het feit dat er slechts een beperkt aantal *actiones in rem* bestonden, waren het aantal formula's beperkt.²⁵

De *res* werden onder meer in de volgende categorieën onderscheiden: *res divini iuris*, *res humani iuris*, *res publicae*, *res privatae*, *res omnium communes*, *res in commercio*, *res extra commercium*, *res Mancipi*, *res nec Mancipi*, *res corporales*, *res incorporales*, *res fungibles*, *res consumptibiles* en *res nullius*.

De hoofdindeling van *res corporales* – 'zaken' –, was in het Romeinse recht die van *res Mancipi* en *res nec Mancipi*. De *res Mancipi* waren zaken die door de pater familias als zeer waardevol werden beschouwd en bij de overdracht speciale bescherming verkregen. Het ging daarbij om de in Italië gelegen grond, slaven en de last- en trekdieren. Ook de landelijke erfdiensbaarheden werden als *res incorporales* tot de *res Mancipi* gerekend.²⁶ De overige zaken werden gerekend tot de *res nec Mancipi*: geld, kleding, kleinvee, wilde dieren, stedelijke erfdiensbaarheden en dergelijke.²⁷

20 Hill 1940, p. 7 e.v. en de door hem aangehaalde literatuur. Door de pandektist Windscheid 1891, III, § 137 wordt het begrip zaak omschreven als 'Das einzelne Stück der venunftlozen Natur'. Volgens Dernburg 1900, § 67, kunnen lichamelijke zaken omschreven worden als 'in Raume befindlichen Vermögensobjekte, also Grundstücke und bewegliche Sachen'.

21 Digesten 1,8,1,1; Zie hierover onder andere Hattenhauer 2000, p. 46 e.v.

22 Kaser/Wubbe 1971, p. 93.

23 Zie over het onderscheid nader Zwolve 1993, p. 54 e.v.

24 Zie Nève 1996, p. 224.

25 Zie Lokin 1992, p. 116 en Asser/Mijnssen/De Haan 2001 (3-I), nr. 20.

26 Kaser/Wubbe 1971, § 18, 3a, p. 94.

27 Kaser/Wubbe 1971, § 18, 3a, p. 94; en uitgebreid Derine 1982, p. 235 e.v.

In de periode van Justinianus en bij de latere Romanisten vindt men de onderscheiding *res in commercio-res extra commercium*.²⁸ Tot de zaken buiten de handel, de *res extra commercium*, rekende men in het Romeinse recht de *res communes*, *res divini iuris* en *res publicae*.²⁹ De *res communes* waren de zaken die weliswaar aan zekere behoeften van de mens voldeden, maar niet aan zijn macht kunnen worden onderworpen, zoals lucht in het algemeen. Het Corpus Iuris stelt: 'Welnu, krachtens ius naturale zijn de volgende zaken aan alle mensen gemeenschappelijk: de lucht, het stromend water, de zee en daarom ook de stranden van de zee'.³⁰ De *res divini iuris* zijn de zaken die toebehoren aan de godheid. Zij worden onderscheiden in *res sacrae*, *sanctae* et *religiosae*. De *res sacrae* zijn zaken die volgens het Corpus Iuris Civilis op ceremoniële wijze en door bemiddeling van priesters aan God zijn gewijd, bijvoorbeeld heiligdommen en graven.³¹ De *res sanctae* zijn zaken die wegens een hoger maatschappelijk belang door hoge straffen tegen iedere inbreuk beschermd worden. Als voorbeelden worden genoemd de stadsmuren, stadspoorten en wallen. Bonafante voegt hieraan de grenzen van velden toe.³² Jordens noemt ook nog vergif en verboden boeken als *res divini iuris*.³³ De *res religiosae* zijn zaken zoals graven, die toebehoorden aan de onderaardse goden. Bonafante noemt ook nog de begraven voorwerpen en Lokin noemt de tempels en de kerken.³⁴

De *res publicae* zijn zaken die als het ware eigendom van een volk zijn, maar waarvan het gebruik vrij staat aan allen die tot dat volk behoren. De meeste auteurs noemen als voorbeeld de openbare wegen, stadsmuren, havens en openbare rivieren. Jordens noemt ook Campus Martius, kerken, stadspoorten en openbare baden.³⁵ Kaser/Wubbe geeft weer dat de Romeinen ook de openbare meren en waterleidingen als *res publicae* zagen.³⁶

De zaken buiten de handel waren aan het privaatrecht onttrokken. Zakelijke of persoonlijke rechten op deze zaken en bezit ervan werden uitgesloten geacht, voor zover het private personen betreft, omdat zij aan de gemeenschap, de *universitas*, zouden toebehoren.³⁷

28 Derine 1982, p. 231.

29 Kaser/Wubbe 1971, p. 93-94.

30 Corpus Iuris Civilis, Inst 2,1,1.

31 Corpus Iuris Civilis, Inst 2,1,8.

32 Bonafante 1919.

33 Jordens 1869, p. 29.

34 Lokin 1992, p. 118.

35 Jordens 1869, p. 40.

36 Kaser/Wubbe 1971, p. 94.

37 Kaser/Wubbe 1971, p. 94; Vegting 1946, p. 19 e.v. en p. 55 e.v.

3.1.3.3 Rooms-Hollandsch recht

In ons land drong het Romeinse Recht door in de loop van de dertiende eeuw. Drie à vier eeuwen later wordt ten dele teruggevallen op het eigen oude recht en ontstaat het zogenaamde Rooms-Hollandsch recht.³⁸ Als bron van het Rooms-Hollandsch recht geldt onder meer Hugo de Groot's leerboek 'De Inleiding tot de Hollandsche Rechtsgeleerdheid'.

De Groot geeft een definitie van zaken:

Zaken noemen wij hier al wat daar is buiten den mensch, den mensch eenigzints nut zijnde.³⁹

Het begrip 'zaken' ten tijde van Hugo de Groot, omvat, evenals onder het Romeinse recht, een zeer ruime categorie, die eerder met ons begrip van 'goederen' overeenkomt, dan met ons huidige beperkte zaaksbegrip. Opvallend is wel dat in de definitie van Hugo de Groot direct duidelijk wordt dat de mens zelf geen zaak is of kan zijn. Dit was in het Romeinse recht gezien de toegestane slavenhandel, nog wel mogelijk.

Het Rooms-Hollandsch recht kent ook het onderscheid binnen en buiten de handel. De Groot pleit voor afschaffing van de categorie zaken die de goden toebehoren en wil nog slechts spreken van zaken die alle mensen toebehoren (*res communes omnium*) en zaken die individuele mensen toebehoren in eigendom (*res*) en zaken die niemand toebehoren (*res nullius*):

Met een opzigt tot de menschen pleegen de zaken bij velen onderscheyden te werden, in Godt toebehoortig wierden by de Romeynen gehouden de gewijde zaken, de graven der dooden, Stadvesten: Dog alles wel ingesien sijnde, zal men bevinden, dat alle zaken den menschen toebehooren, maar tot verscheyden gebruyck: Ja wat meer is, daer en is niet so Gode togeeygent, of men ziet, dat het dikmael tot ander gebruyck werd beheert, daarom zeggen wij beter, dat alle zaken toebehooren of alle menschen of eenige gemeenschap der menschen of bijzondere menschen of niemand.⁴⁰

3.1.3.4 Codificatiecommissie 1798

In 1798 werd een codificatiecommissie ingesteld omdat artikel 28 van Algemeene Beginselen der Staatsregeling een wetboek voor de Bataafse Republiek

38 Pitlo/Gerver 1995, p. 46.

39 De Groot 1860, Boek II, eerste deel.

40 De Groot 1860, Inleiding II, § 15 en § 16. In gelijke zin Van Leeuwen 1744, II, 19: 'Saken, die op geenderley wys onder den eygendom van yemand kunnen gebragt werden, glyk als by de oude waren, de Heylig en Gode toegewyde plaatsen, als Kerken, Graven der Doden, Stadvesten, en diergelyke, hetwelk bij ons geen plaats heeft, als sedert den herstelden godsdienst, so ver daarvan geweken zijn, dat wy de kerken in haar selve geen eer toeschikken.'

voorschreef. De commissie werkte op basis van de Inleidinge van Hugo de Groot en kwam vervolgens met diverse ontwerpen onder meer voor het tweede deel van het wetboek, 'Het recht omtrent zaken'.

De definitie van zaken is evenals de definitie van Hugo de Groot, een ruime definitie. Het begrip komt eerder overeen met onze 'goederen', dan onze 'zaken'. Artikel 2 – wat zaken zijn – luidt als volgt:

Zaken zijn alle voorwerpen buiten den mensch, welken den mensch nuttigheid kunnen toebrengen.

Artikel 3 – Arbeid. Daden – voegt daaraan toe:

Derhalven behoren ook onder de zaken, het werk, de arbeid, de dienst, de daden en verrigtingen der menschen; welken ook daarom voorwerpen der handelingen, en overeenkomsten zijn.

De zaken werden ook in dit ontwerp ingedeeld in lichamelijke en onlichamelijke zaken. De artikelen luiden als volgt: artikel 25 – lichamelijke zaken –:

Lichamelijke zaken vallen onder de zintuigen; als landerijen, huizen en schepen.

Artikel 26 – Onlichamelijke –:

Onlichamelijke zaken worden alleen met het verstand gedagt, hoedanige zijn, de vrijheid, de eer; ook allerlei regten der menschen, als erf- en huisdienstbaarheden, vruchtgebruik, erfregt en anderen.

Niet alleen de lichamelijke zaken maar ook de onlichamelijke zaken vallen onder de algemene categorie zaken. De categorie 'zaken buiten de handel' wordt in essentie gehandhaafd. Artikel 106 bepaalt welke zaken aan niemand kunnen toebehoren:

Aan niemand kunnen toebehoren, het licht, de lucht, de wind, de open of grote zee, het voortvloeyend of af- en opstroomend water en zeën of rivieren, welke en meer diergelijke zaken, de magt der menschen om te aanvaarden en te bezitten te boven gaan.

Het artikel geeft voor het eerst weer dat de 'macht van de mensen', de menselijke beheersing, een onderscheidend kenmerk is.

Artikel 152 en 153 maken vervolgens nog onderscheid tussen vervreembare zaken en onvervreembare zaken. Als uit haar aard onvervreembare zaken worden in artikel 154 genoemd: 'het leven, het lichaam, de vrijheid en de eer'. Artikel 162 bepaalt vervolgens ook dat de eer niet verpand kan worden.

3.1.3.5 *Wetboek Napoleon*

Aan het 'Roomsche recht' kwam definitief een einde op 1 mei 1809 met de invoering van het Wetboek Napoleon ingerigt voor het Koningrijk Holland (WNH). Dit wetboek was grotendeels hetzelfde als de Code Civil. Het wetboek had echter in praktijk weinig betekenis.⁴¹ De annexatie bij Frankrijk in 1810 betekende, dat de Franse Code in Nederland kracht van wet kreeg. Dit geschiedde voor de Zuidelijke provinciën op 1 januari 1811 en voor de overige delen van het Rijk op 1 maart 1812.

3.1.3.6 *Code Civil*

De Franse Code Civil is in opdracht van Napoleon door een commissie van vier personen, van wie Portalis en Tronchet de voornaamste mannen waren, gemaakt. Dit leidde tot de Code Civil des Français die in 1804 in werking trad. Na de keizerskroning van Napoleon werden enige wijzigingen aangebracht. In 1807 was men hiermee klaar en het wetboek werd met andere wetboeken samengevoegd tot de zogenoemde 'Code Napoléon'. Voor de totstandkoming van de Franse codificatie had men voornamelijk geput uit de werken van de grote Franse rechtsgeleerden, zoals Dumoulin, Domat en Pothier.⁴² Pothier geeft de volgende definitie van het eigendomsrecht:

ce droit de propriété, considéré par rapport à ses effets, doit se définir 'le droit de disposer à son gré d'une chose, sans donner néanmoins atteinte au droit d'autrui, ni aux lois: Jus de re liberè disponendi, ou Jus utendi et abutendi.'⁴³

In de Code Napoléon/Code Civil is uiteindelijk in artikel 544 de volgende tekst terechtgekomen:

La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois et par les règlements.⁴⁴

Het artikel beschrijft het eigendomsrecht, le droit de jouir et disposer, in zeer absolute zin. In de praktijk zijn ook in het Franse recht steeds meer beperkingen op deze absoluutheid van kracht geworden.

41 Lokin & Zwalve 1992, p. 275 e.v.

42 Zie Pitlo/Gerver 1995, hoofdstuk 1.3.

43 Dat recht van eigendom, beschouwd met betrekking tot zijn werking, dient te worden omschreven als 'het recht, over een zaak te beschikken naar zijn goeddunken, zonder overigens tekort te doen aan de rechten van anderen, noch aan de wetten: Recht om over een zaak vrij te beschikken, of Recht om te gebruiken en te verbruiken. Uit Pothier 1845, p. 103.

44 De eigendom is het recht om op de meest volstreekte wijze van een zaak het genot te hebben en erover te beschikken, mits men er geen gebruik van maakt dat strijdig is met de wetten of met de verordeningen.

De objecten van eigendomsrechten worden 'choses' genoemd. Het overkoepelende begrip, de vermogensbestanddelen, worden aangeduid met 'biens'.⁴⁵ Choses kunnen in of buiten de handel zijn.⁴⁶ Alleen zaken die in de handel zijn, kunnen voorwerp van overeenkomsten uitmaken. Als zaken buiten de handel noemen Goubeaux, Bihr en Henry de persoonlijke clientèle, de persoonlijkheidsrechten, het menselijk lichaam en graven. 'Choses dans le commerce juridique' zijn doorgaans vatbaar voor eigendom, met uitzondering van de aan iedereen toebehorende zaken (714 CC). Men denke dan aan de lucht, het water en zaken zonder eigenaar.⁴⁷ Het binnen of buiten de handel zijn is met name afhankelijk van de economische waardering.⁴⁸ Onder invloed van Proudhon is een onderscheid gemaakt tussen aan de Staat toebehorende zaken met een publieke bestemming, het zogenaamde 'domaine public' en aan de Staat toebehorende zaken die niet ten algemene nutte zijn bestemd.⁴⁹

3.1.3.7 Ontwerpen 1816 en 1820

In 1813 werd de soevereiniteit van Nederland hersteld en Koning Willem I stelde in 1814 een commissie aan om een nationaal Burgerlijk Wetboek te vervaardigen. De commissie Kemper diende in 1816 haar 'Ontwerp 1816' in. Dit ontwerp stuitte echter op vele bezwaren in het zuiden van Nederland, die inmiddels bij de Noordelijke Nederlanden waren aangesloten. Het ontwerp werd zodoende omgewerkt tot een nieuw ontwerp, het 'Ontwerp 1820'. Uitgangspunt voor de hierna volgende beschouwingen over 'zaken' is het Ontwerp 1816. Als niet anders wordt vermeld, hebben de artikelen van het 'Ontwerp 1820' dezelfde inhoud.

Artikel 1001 en volgende van het ontwerp 1816 geven weer wat onder zaken verstaan moet worden:

Elk regt, aan eenen persoon toekomende, moet een bepaald onderwerp hebben. Alles wat een zoodanig onderwerp van regt worden kan, wordt in eenen regtelijken zin zaak genoemd.

Hier ziet men wederom dat de ruime definitie van 'zaken', in de zin van onze goederen, gebruikt wordt. Artikel 1002 bevestigt dit beeld:

In dezen zin zijn dus ook personele prestatien, en zelfs regten en actien, voor zoo verre deze het onderwerp van een regt kunnen zijn, als zaken te beschouwen.

45 Het woord 'biens' weerspiegelt letterlijk het idee van een *waarde*, 'valeurs économique, donc patrimoniale': Hansenne 1996, p. 11.

46 Zie over het inhoudelijke onderscheid Ghestin en Goubeaux 1990, p. 166.

47 Hansenne 1996, p. 21; Goubeaux/Bihr/Henry 1996-1997, artikel 714.

48 Zie Hubrecht en Vermelle 1993, p. 6.

49 Proudhon 1835.

Dit is in essentie de eerste maal dat persoonlijke prestaties, vorderingen, ook als object van recht worden genoemd. Vervolgens maken beide ontwerpen onderscheid tussen lichamelijke en onlichamelijke zaken. Artikel 1014:

Wanneer de wet onderscheid maakt, verstaat zij door lichamelijke zaken alles, wat door de uiterlijke zintuigen waargenomen kan worden; door onlichamelijke, alles wat daar buiten ligt, voor zoo verre dit een onderwerp van regt kan zijn.

De tweede afdeling van de ontwerpen maakt een onderscheid tussen de verschillende zaken. Artikel 1050 geeft weer op welke zaken niet een uitsluitend recht kan hebben:

Uit de natuur der zaak heeft niemand eenig uitsluitend regt op het licht, de lucht, de wind, de groote of opene zee, het op en afstromend water, en andere zaken, welke voor geene toeëigening of uitsluitend bezit vatbaar zijn.

In het ontwerp 1820 ontbreekt echter in de tekst 'het op en afstromende water'. Artikel 1077 bepaalt vervolgens dat 'alleen de regten omtrent het leven, het lighaam, de vrijheid, en de eer' geen onderwerp van een overeenkomst of andere handeling tussen bijzondere mensen kan worden. Artikel 1091 bepaalt vervolgens wanneer een recht van eigendom mogelijk is:

Men kan regt van eigendom hebben op alle zaken zonder onderscheid, lichamelijke zoo wel als onlichamelijke, op eene gemeenschap van zaken, zoo wel als op enkele. Alleen kan er geen eigendom bestaan van zaken, welke voor geen uitsluitend regt vatbaar zijn, of waarop bijzondere personen ten minste geen regt van eigendom verkrijgen kunnen, volgens de bepalingen in artikel 1007, 1050, 1051, 1060, 1062, 1063 en 1064 voorkomende.

Dit komt neer op een uitsluiting van 'onbepaalde' zaken, lucht, licht en de zee, zaken van algemeen nut, staatsdomeinen, militaire dingen en dergelijke. Artikel 1092 maakt dit nogmaals duidelijk:

Zaken, welke volgens artikel 1058 uit haren aard land gemeene zaken zijn, kunnen nimmer bijzonder eigendom worden; hetzelfde geldt ten aanzien van die aan landschappen, steden, dorpen of gemeenten toebehoorende zaken, welke uit hoofde harer blijkbare bestemming alleen voor openbaar eigendom geschikt zijn, als poorten, wegen, bruggen en dergelijken.

3.1.3.8 Tussenperiode 1820-1838

Het ontwerp 1820 kwam niet door de kamer en het wetgevingswerk werd voortgezet door de Belg Nicolaï. Dit werk werd in 1829 afgerond en men besloot alvast een gedeelte in te voeren. Bij Koninklijk Besluit van 5 juli 1830 werd het wetboek gedrukt en uitgegeven en per februari 1831 zou het in werking treden. Door de Belgische opstand in 1830 ging dit echter niet door.

Wederom werd door de afscheiding van België de roep naar een eigen nationaal wetboek versterkt. De Code Civil, en het Wetboek 1830, het 'Wetboek Nicolaï', zijn belangrijke bronnen van dit nieuwe Burgerlijke Wetboek, dat uiteindelijk in 1838 van kracht werd. Hierna volgt een overzicht van de ontwerpen die uiteindelijk hebben bijgedragen aan de totstandkoming van het BW van 1838.

Artikel 1 van het ontwerp van 24 oktober 1823 luidde aldus:

Men verstaat door zaken, al hetgeen onderwerp kan uitmaken van openbaren of afzonderlijken eigendom.

Hoewel voorgesteld werd de woorden 'openbaren of afzonderlijken' weg te laten, vond de regering het belangrijk deze woorden te behouden, om te laten zien dat ook voorwerpen van openbaren eigendom, door de burgerlijke wet geregeerd worden.⁵⁰ Het onderscheid insinueert een tweedeling in openbare en gewone eigendom, die er dus in feite nauwelijks is.

Bij artikel 1 van het ontwerp van 17 oktober 1832 werd voorgesteld dit artikel als volgt te laten luiden:

De wet verstaat door zaken, al hetgeen het voorwerp kan uitmaken, van eigendom.

Daarop werd gesteld door leden van de derde afdeling dat het beter zou zijn om het artikel als volgt te laten luiden:

De wet verstaat door zaken, alle goederen en regten, welke voorwerpen van eigendom kunnen zijn.

Hier ziet men voor het eerst de term goederen opduiken. Aangezien de 'goederen' naast de 'rechten' worden genoemd, lijkt het aannemelijk dat het begrip 'goederen' hier in de zin van stoffelijke zaken moet worden gelezen. Voor het eerst komt het onderscheid tussen zaken en goederen in de codificatie naar voren. De leden dachten dat zij door het invoeren van het begrip 'goederen' beter af waren:

Dat hetzelfde vervolgens meer gevoeglijk zoude kunnen gebruikt worden, ter plaatse, waar dat woord met het taaleigen meer overeenkomt.⁵¹

Bij de nieuwe redactie van 1832 werd het artikel echter zo opgesteld zoals het in het BW van 1823 stond:

50 Voorduyn 1837, p. 303. Zie over de hedendaagse discussie over openbaar eigendom § 2.1.6.1.

51 Voorduyn 1837, p. 304.

Men verstaat door zaken, al hetgeen het onderwerp kan uitmaken van openbare of afzonderlijke eigendom.

Bij de openbare beraadslagingen van 1 maart 1833 gaf de heer van Reenen twee bezwaren op tegen de toenmalige definitie van zaken. Ten eerste:

wordt eigendom in artikel 627 genaamd ééne der soorten van regten, welke men op zaken kan hebben. Eigendom is dus niet het éénige regt, dat men op zaken kan hebben, en het is dierhalve niet juist, te zeggen dat het kenmerk van zaken is, dat dezelve het voorwerp kunnen uitmaken van eigendom. Ten tweede zegt artikel 635 dat zaken, die niet in den handel zijn, geen voorwerp van bezit kunnen opleveren; en kunnen zij geen voorwerp van eigendom zijn. Dezelve zouden dus niet onder datgene, wat de definitie door zaken verstaat, kunnen gebragt worden en zaken zijn.⁵²

Opmerkelijk is dat deze discussie of de zaken buiten de handel nu buiten de definitie vallen of toch zaken zijn met beperkte gevolgen, lange tijd relevant is gebleven.⁵³

In deze periode kwamen de dogmatische problemen rond het begrip 'zaken buiten de handel' aan de orde. Aangezien er geen definitie bestaat van zaken buiten de handel, was het de vraag wie of wat bepaalt dat een concreet object een zaak buiten de handel is. Wat is het kenmerkend onderscheid tussen zaken in en buiten de handel? De regering zei enkel dat:

Het niet geraden (werd) geacht, om dienaangaande stellige voorschriften te geven, omdat het als bijna onuitvoerlijk wordt beschouwd, bij eenen algemeenen regel aan te duiden het kenmerkend onderscheid tusschen zaken in commercio en extra commercium; ... De beoordeling of eene zaak buiten den handel is, moet in elke gegeven geval, door den regter naar de omstandigheden worden beoordeeld; zoo als men insgelijks zeer gewaagd zoude handelen, door bij de wet aan te duiden, welke personen of lichamen, zaken buiten den handel kunnen bezitten.⁵⁴

Het begrip 'zaken buiten de handel' kende dus geen vaste omschrijving. Het was afhankelijk van de omstandigheden van het geval of een zaak, als zaak buiten de handel werd gekwalificeerd of niet.

3.1.3.9 *Burgerlijk Wetboek 1838-1992*

In navolging van het Romeinse recht is het oud Burgerlijk Wetboek gekenmerkt door een tweedeling in de iura in re en iura in personam. De zakelijke rechten (zoals eigendom, vruchtgebruik, erfpacht, pand en hypotheek) waren geregeld

52 Voorduin 1837, p. 305.

53 Zie over zaken buiten de handel § 3.1.6.

54 Voorduin 1837, p. 355.

in Boek 3 en de persoonlijke rechten (ook wel relatieve rechten of vorderingen genoemd) waren te vinden in Boek 4.

Het zakelijk recht wordt over het algemeen gedefinieerd als een recht op een zaak die men tegen iedereen kan handhaven. Dit absolute karakter onderscheidt het zakelijk recht van de persoonlijke rechten die een recht geven jegens een bepaald persoon. Artikel 625 oud BW geeft de omschrijving van de eigendom:

Eigendom is het recht om van een goed het volledig genot te hebben en er op volstreekte wijze over te beschikken, zulks met inachtneming van de rechten van anderen en behoudens beperkingen krachtens wetten en verordeningen.

Het object van eigendom wordt een *goed* genoemd. In 1992 zijn de begrippen 'goed' en 'zaak' van betekenis gewisseld, zodat het in artikel 625 oud BW genoemde 'goed' naar de huidige betekenis een 'zaak' is. Het oud BW kent echter geen aparte definitie van goederen in de zin van stoffelijke zaken. Artikel 555 oud BW bepaalt dat de wet onder *zaken* verstaat alle *goederen* en regten welke het voorwerp van eigendom kunnen zijn. Volgens deze opvatting zouden dus letterlijk gezien ook rechten voorwerp van eigendom kunnen zijn. Vervolgens bepaalt artikel 559 oud BW dat zaken 'ligchamelijk' of 'onligchamelijk' zijn.

Het oud BW kende eveneens als het Romeinse recht de term zaak buiten de handel. Artikel 593 bepaalt:

Zaken welke niet in den handel zijn, kunnen geen voorwerp van bezit opleveren.

Diverse artikelen bepalen vervolgens de vermogensrechtelijke gevolgen van de zaken in de handel en buiten de handel. Zo bepaalt artikel 1368:

De zaken welke in den handel zijn kunnen alleenlijk het onderwerp van overeenkomsten uitmaken.

Zaken buiten de handel kunnen dus in beginsel geen onderwerp van een overeenkomst zijn. Artikel 1990 bepaalt vervolgens:

Men kan door verjaring den eigendom niet verkrijgen van zaken die buiten den handel zijn.

In de systematiek van het oude Wetboek komt het begrip 'zaak' in een dubbele betekenis voor. De artikelen 555, 557, 559, 564 en 567 beschrijven het begrip 'zaak' als vermogensbestanddeel, in de ruime betekenis. Daarentegen heeft zaak de engere betekenis van stoffelijk rechtsobject in de artikelen 556, 575,

625 en 662 oud BW. Hieruit blijkt dat de term zaak, niet altijd in de zin van vermogensbestanddeel mag worden gelezen.⁵⁵

Over het algemeen wordt zaak in de zin van stoffelijk voorwerp onder het oud BW omschreven als 'alles wat voor uitsluitende heerschappij van den mensch vatbaar is en waarde heeft'. Dit is een zeer ruime omschrijving. Volgens Hofmann vallen ook technische krachten zoals elektrische stroom onder deze definitie.⁵⁶ In dezelfde zin Suijling, zij het dat hij expliciet de voorwaarde stelt dat deze objecten gelokaliseerd en afgescheiden zijn.⁵⁷ Pitlo noemt als objecten die buiten het begrip 'zaak' vallen: de lucht die wij inademen, een zandkorrel en een schelp aan het strand.⁵⁸ In Asser/Scholten worden als grensgevallen de elektriciteit, de zee, de lucht, een dor blad en een enkele zaadkorrel genoemd.⁵⁹ Suijling noemt het lijf, het leven, de naam en de handelszaak (affaire) als niet tot de objecten van absolute rechten behorende categorie.⁶⁰

Het BW van 1838 kende de term 'publiek domein' en gebruikte deze om in artikel 577 oud BW te bepalen dat aan de staat toebehoren: de wegen en straten, de stranden der zee, de bevaarbare en vlotbare stroomen en rivieren met hunne oevers, de groote en kleine eilanden en de platen welke in het water opkomen, gelijk ook de havens.

3.1.3.10 Burgerlijk Wetboek 1992-heden

In het Burgerlijk Wetboek van 1992 zijn de woorden zaak en goed van betekenis gewisseld. Men is in het spraakgebruik immers geneigd om in plaats van het begrip 'zaak', het begrip 'goed' als ruimere categorie te beschouwen.⁶¹ Artikel 3:1 BW bepaalt:

Goederen zijn alle zaken en vermogensrechten.

Artikel 3:2 BW geeft vervolgens voor het eerst een definitie van het begrip 'zaak':

Zaken zijn stoffelijke objecten die voor menselijke beheersing vatbaar zijn.

55 Zie hierover onder meer Hofmann 1944, p. 15.

56 Hofmann 1944, p. 15. Zo ook Asser/Scholten 1905, p. 3.

57 Suijling 1940, § 31.

58 Pitlo 1949, p. 8.

59 Asser/Scholten 1933, p. 3.

60 Suijling 1948, p. 100.

61 Asser/Mijnssen/De Haan 2001 (3-1), nr. 52. Zie over nieuwe betekenis goederen en zaken onder anderen: Hijma/Olthof 1983, p. 730, Van Dunné 1987, p. 129 en Clausing 1987, p. 81-84.

Bovendien zijn de begrippen 'lichamelijke zaak' en 'onlichamelijke zaak' vervallen.⁶²

Er is nu een aparte hoofdcategorie gecreëerd (goederen) waaronder twee afzonderlijke subcategorieën vallen (de zaken en de vermogensrechten). Als voordeel van het verdwijnen van de term 'onlichamelijke zaak' wordt wel genoemd dat er een betere scheiding kan worden bewerkstelligd tussen het goederenrechtelijk deel (zaken) en verbintenissenrechtelijk deel (verbintenissen/vorderingen) van het Burgerlijk Recht. Dit mede in verband met het onder het oud BW gehanteerde onderscheid 'zakelijke rechten' en 'persoonlijke rechten'. Meijers heeft reeds in 1910 in een kritiek op een artikel van Van Kuyk⁶³ aangegeven waarom de verdeling tussen onlichamelijke zaken en lichamelijke zaken volgens hem niet de meest wenselijke indeling van het vermogensrecht is.⁶⁴ De indeling van *iure in re* en *iura in personam*, van 'zakelijke rechten' geregeld in het goederenrecht en 'persoonlijke rechten' geregeld in het verbintenissenrecht, heeft volgens Meijers iets halfslachtigs. Een persoonlijk recht is ook een vermogensbestanddeel en hoort zowel in het goederenrecht als in het verbintenissenrecht thuis. Zo benadrukt de term 'onlichamelijke zaak' van het oud BW, te veel dat de verbintenis een 'zaak' is en derhalve zou de indruk kunnen ontstaan dat deze (alleen) in het goederenrechtelijk deel van het Burgerlijk Wetboek is te vinden.⁶⁵ Onder zakelijke rechten werden alle rechten op lichamelijke én onlichamelijke zaken gerekend, rechten op zaken, rechten op beperkte rechten en derhalve ook rechten op verbintenissen (persoonlijke rechten). Er is dan geen zinnig onderscheid aan te geven tussen zakelijke rechten (waaronder eveneens rechten op verbintenissen vallen) en verbintenissen. Daarom is in navolging van moderne wetboeken als het Duitse wetboek, in het Nieuw BW de term 'onlichamelijke zaak' verdwenen.

Desalniettemin is het 'probleem' gebleven: een vorderingsrecht is een verbintenis die zijn inhoudelijke regeling kent in het verbintenisrechtelijke deel van het BW, maar bovendien een vermogensbestanddeel, een goed, waarvoor algemene regels worden gegeven in het goederenrechtelijk deel van het BW. De kern van het probleem zit hem in het tegenover elkaar zetten van twee verschillende kenmerken, enerzijds het voorwerp van recht, anderzijds de persoon tegen wie het geldt. Het onderscheid is dan inherent onzuiver omdat er altijd gevallen aangewezen kunnen worden die zowel in de ene als in de andere categorie kunnen worden ondergebracht.

Artikel 6 van Boek 3 geeft weer wat onder vermogensrechten verstaan kan worden:

62 Zie TM, *Parl.Gesch.*, Boek 3, p. 62 waar wordt verwezen naar Meijers 1910, p. 206, die het begrip wil laten varen en Suyling 1940, nr. 9-11.

63 Van Kuyk 1909, p. 337-367.

64 Meijers 1910, p. 205-206.

65 Zie voor een overzicht van de kritiek Wiarda 1937, p. 99 e.v.

Rechten die, hetzij afzonderlijk hetzij tezamen met een ander recht, overdraagbaar zijn, of er toe strekken de rechthebbende stoffelijk voordeel te verschaffen, ofwel verkregen zijn in ruil voor verstrekt of in het vooruitzicht gesteld stoffelijk voordeel, zijn vermogensrechten.

Deze omschrijving is enumeratief. Op de wijzigingen in de systematiek van Meijers is veel kritiek gekomen. Zo stelt Van Dunné:

Een novum waarvan niet door hem (Meijers; JCvdS) aangetoond is dat daaraan behoefte bestaat in de rechtspraktijk, dat uit dogmatisch oogpunt beschouwd innerlijk inconsistent is en geen verbetering biedt ten opzichte van het oude systeem, en, ten slotte, dat in strijd is met de gangbare inzichten in de doctrine van zijn tijd en niet lijkt aan te sluiten bij de tendensen die in de naoorlogse rechtsontwikkeling aan kracht gewonnen hebben.⁶⁶

Deze kritiek lijkt mij slechts deels terecht. Door het centraal stellen van het begrip 'goederen', waaronder zowel absolute, relatieve als beperkte vermogensrechten vallen, is de systematiek van het vermogensrecht wel degelijk overzichtelijker geworden. De relatieve, persoonlijke rechten worden expliciet gelijkgesteld aan de overige vermogensrechten. Het vermogensrecht geeft algemene regels omtrent alle goederen.

Het nieuw BW kent geen begrip 'zaken buiten de handel'. Zonder nadere toelichting is dit begrip uit het nieuwe wetboek verdwenen. Artikel 5:1 BW omschrijft de eigendom als:

Het meest omvattende recht dat een persoon op een zaak kan hebben.

Met het oog op de wettelijke systematiek is de eigendom beperkt tot zaken. Dit werd gedaan onder de argumentatie dat alleen dan een onderscheid is te handhaven tussen eigendom en andere rechten op 'lichamelijke' zaken, zoals een recht van erfpacht en opstal.⁶⁷ Het was onder het oud BW inderdaad vreemd dat zowel de zaken als de rechten object waren van eigendom (artikel 555 oud BW), dit zou namelijk betekenen dat zowel de zaak als het recht van erfpacht, object is van eigendom. Met het huidige BW is eigendom alleen mogelijk geworden op zaken en bestaan er daarnaast andere rechten op (eigendomsrechten op) stoffelijke zaken, zoals het recht van erfpacht. Zowel eigendomsrechten als deze beperkte rechten zijn vermogensrechten, goederen.

In artikel 5:1 BW wordt het eigendomsrecht het meest volledige recht op een zaak genoemd en wordt de nuancering aangegeven dat dit recht niet de rechten van anderen mag aantasten. De wetgever heeft willen vermijden dat 'de indruk zou ontstaan van een absolute van het recht van de eigenaar,

⁶⁶ Van Dunné 1987, p. 130.

⁶⁷ TM, *Parl.Gesch.*, Boek 3, p. 61; Zie ook Asser/Mijnssen/De Haan 2001 (3-I), nr. 51 en nr. 52.

die met moderne opvattingen omtrent eigendom moeilijk zou zijn te verenigen'.⁶⁸

In de Toelichting Meijers wordt de wettelijke systematiek als volgt toege-licht:

Goed en zaak verhouden zich niet als onlichamelijke zaak tot lichamelijke zaak, maar als een soort en bijzonder geval. Ook de lichamelijke zaak is een goed (...) In dit derde boek (...) worden nu die verhoudingen, waartoe alle goederen gelijk-lijk aanleiding geven, geregeld; eerst daarna komen in de daarop volgende boeken die rechtsverhoudingen die aan één bepaalde soort van goederen eigen zijn, achter-eenvolgens ter sprake: de zakelijke rechten, de vorderingsrechten en de rechten op voortbrengselen van de geest.⁶⁹

Volgens de Toelichting Meijers worden vooral twee dingen beoogd: afsluiting van een historische ontwikkeling en het leggen van de basis voor de verdeling van de stof over de Boeken 3 en 5. De regeringscommissie kon zich er bij neerleggen dat hiermee het juridisch woordgebruik ingrijpend werd gewij-zigd.⁷⁰

Een volgende verandering met betrekking tot de systematiek betreffen de zogenaamde zaken met een publieke bestemming. Onder het oud BW werden de zaken als rivieren, de wegen en de stranden toebedeeld aan de staat. De artikelen spraken over 'toebehoren aan de staat' (artikel 577 en artikel 578 oud BW). Zij werden met name geregeld in de vijfde afdeling: 'van zaken, met betrekking tot derzelve bezitters'. Naar nieuw BW wordt gesproken van de Staat als *eigenaar* of het vermoeden van eigendom ten aanzien van zeestranden (artikel 5:26 BW) en de grond van openbaar vaarwater (artikel 5:27 BW)⁷¹ Deze regels vallen direct onder titel 3 'de eigendom van onroerende zaken'.

Uit het huidige BW is ook het begrip 'zaken buiten de handel' verdwenen (zie § 3.1.5). De *res extra commercium*, stoffelijke objecten die zich niet leenden voor menselijke beheersing, vallen wegens gebrek aan menselijke beheersing volledig buiten het zaaksbegrip. De *res sacrae, sanctae et religiosae*, de zaken bestemd voor de eredienst en begraafplaatsen kennen naar huidige recht even-min een eigen regime. De Wet op de Lijkbezorging geeft de belangrijkste regels hieromtrent.⁷² Iedere zaak die buiten de handel was, moet naar nieuw recht ofwel binnen het begrip zaak worden gebracht, ofwel volledig erbuiten blijven. Dit heeft het aantal kwalificatieproblemen vergroot. Als buiten het begrip zaak vallende objecten, worden door de handboeken naast elektriciteit en de oude

68 MvA II, *Parl.Gesch.*, Boek 5, p. 27.

69 TM, *Parl.Gesch.*, Boek 3, p. 62.

70 VVII, *Parl.Gesch.*, Boek 3, p. 53.

71 Zie hierover onder meer Van Maanen 1990, p. 19.

72 Wet van 7 maart 1991, *Stb.* 130. Zie hierover Van der Haar 1964, p. 59 e.v.; Van der Putten 1993.

res communes omnium, ook hemellichamen, sperma, een menselijk embryo dat buiten het lichaam is geconcipieerd (in vitro) en een lijk, genoemd.⁷³

Duidelijk is dat de oorspronkelijke hoofdingeling van de Romeinse rechtsgeleerden voor hun wetgeving (van personen, van zaken en van acties) nog steeds geldt als basis voor ons huidige rechtstelsel. Deze indeling komt neer in een onderscheiding tussen de leer van het rechtssubject en de leer van het rechtsobject en de mogelijke rechtshandelingen daaromtrent. De wetgever van 1838 heeft de indeling 'van personen' en 'van zaken' van het Romeinse recht in grote lijnen overgenomen. Daarbij splitste hij het deel 'van zaken' uit in regels voor absolute rechten en regels voor relatieve rechten. De eerste drie boeken heetten 'van personen', 'van zaken' en 'van verbintenissen'.

In het huidige wetboek is daar veel aan veranderd, maar het grondpatroon van een onderverdeling tussen personen, zaken en verbintenissen is nog steeds zichtbaar. Boek 1 geeft regels omtrent personen- en familierecht. Boek 2 geeft regels omtrent rechtspersonen. Boek 3 bevat algemene bepalingen omtrent het vermogensrecht in het algemeen en bepalingen omtrent onder meer gemeenschap, pand, hypotheek, vruchtgebruik en verhaalsrechten. Boek 4 bevat regels omtrent het erfrecht. Boek 5 bevat regels omtrent 'zakelijke rechten': absolute rechten die alleen op zaken kunnen bestaan (eigendomsrechten, mandeligheid, erfdienstbaarheid, erfpacht, opstal en appartementsrechten). Boek 6 geeft regels omtrent verbintenissenrecht in het algemeen en wordt aangevuld door Boek 7, 7A en 8, waarin regels staan omtrent bijzondere overeenkomsten.

3.1.4 Zaakscriteria

3.1.4.1 Inleiding

Een eigendomsrecht is een absoluut recht dat de eigenaar een exclusieve heerschappij verleent over een *zaak*. Het brengt tevens verplichtingen mee voor alle niet-eigenaren. Niet-eigenaren moeten zich onthouden van inbreuken op deze aan de eigenaar verleende heerschappij over de zaak. Een absoluut recht houdt derhalve een ingrijpende beperking in op de vrijheid van de overige rechtssubjecten in de samenleving. Als gevolg hiervan is een aantal wettelijke garanties ingebouwd. Zo kunnen absolute rechten niet door partijen geschapen worden; zij worden limitatief in de wet omschreven (*numerus clausus*). Bovendien moeten zij een duidelijk begreemd rechtsobject hebben; het moet duidelijk zijn ten aanzien van welke zaak de eigenaar de exclusieve heerschappij heeft verkregen. Er moeten enige garanties bestaan voor de niet-eigenaren dat zij

73 Asser/Mijnssen/De Haan 2001 (3-I), nr. 54-59; Snijders/Rank-Berenschot 2001, nr. 27; Pitlo/Reehuis, Heisterkamp 2001, nr. 5.

de rechten en het object waarop zij geen inbreuk mogen maken, kunnen kennen en kunnen respecteren. Alleen de kenbaarheid van een absoluut recht kan de derdenwerking legitimeren. Bij de toekenning van een eigendomsrecht moet dus in ieder geval duidelijk zijn ten aanzien van welk rechtsobject, welke zaak, derden deze verplichtingen hebben.

In het BW is sinds 1992 een definitie van zaken opgenomen (artikel 3:2 BW). Onder het oude recht bestond een dergelijke definitie niet en werd de omschrijving van het begrip zaak als object van eigendomsrecht, overgelaten aan de rechtswetenschap. Het aanvankelijke ontwerp van Meijers voor artikel 3:2 BW luidde als volgt:

Zaken zijn stoffelijke voorwerpen, die voor bezit vatbaar zijn.

In de Toelichting Meijers staat dat niet alle stoffelijke voorwerpen 'zaken' zijn:

(...) Maar slechts degene die vatbaar voor bezit zijn. Stoffelijke voorwerpen die de mens niet in die mate kan beheersen, dat zij in de bijzondere machtssfeer van een beheerser treden als de lucht, de zee, in één woord de oude *res communes omnium*, worden dus niet als zaak aangemerkt.⁷⁴

De regeringscommissie vond de woorden 'die voor bezit vatbaar zijn', echter overbodig. Het was volgens de commissie niet nodig om aan de noodzakelijke machtsuitoefening te herinneren. In de Memorie van Antwoord wordt echter gesteld dat toch wel veel waarde wordt gehecht aan een duidelijke weergave van het vereiste van vatbaarheid voor feitelijke machtsuitoefening. Om niet te veel in het vaarwater van artikel 3.5.1 (artikel 3:107 BW over bezit) te geraaken, wordt de term 'bezit' vervangen door een meer feitelijke omschrijving.⁷⁵ Artikel 3:2 BW luidt derhalve als volgt:

Zaken zijn de voor menselijke beheersing vatbare stoffelijke objecten.

Daarbij valt op dat het ontwerp Meijers ten aanzien van zaken spreekt over 'stoffelijke voorwerpen', waar de eindtekst spreekt over 'stoffelijke objecten'. Dit komt, aldus de Parlementaire Geschiedenis, omdat 'voorwerp' in de zin van 'ding' in het spraakgebruik een meer beperkte betekenis wordt toegekend dan 'zaak'. Zo vallen bij maat of gewicht aangeduide zaken zoals een hectare grond, een kilo boter, een afgezonderde hoeveelheid vloeistof ook na individualisatie niet onder het begrip 'voorwerp'. Hetzelfde geldt voor een dier, dat in beginsel ook niet met 'voorwerp' wordt aangeduid.⁷⁶ Het woord 'object' heeft de voorkeur gekregen. Volgens de Memorie van Antwoord valt uit de

74 TM, *Parl.Gesch.*, Boek 3, p. 64.

75 MvA II, *Parl.Gesch.*, Boek 3, p. 65.

76 MO, *Parl.Gesch.*, Boek 3, p. 65-66.

context van de wetsbepaling af te leiden dat dit begrip hier niet in de zin van 'rechtsobject' voorkomt: de bepaling heeft juist de strekking vast te stellen wanneer een stoffelijk 'object' rechtsobject kan zijn. Zo wordt gesteld dat een stoffelijk object slechts door iemand zal kunnen worden gehouden in de zin van artikel 3:107 BW en verder, wanneer het ingevolge artikel 3:2 BW een zaak is.⁷⁷ Duidelijk is dat het begrip 'zaak' een rechtsbegrip is: het slaat niet op alle objecten in de samenleving, maar slechts op die objecten die voldoen aan de zaaksriteria. Slechts *zaken* kunnen in het recht een rol spelen.

Veel helderheid omtrent de grenzen van de zaken geeft de parlementaire behandeling echter niet. De eisen die artikel 3:2 BW noemt zijn: voor menselijke beheersing vatbaarheid (3.1.4.2.) en stoffelijkheid (3.1.4.3.).

3.1.4.2 Voor menselijke beheersing vatbaarheid

Uit artikel 3:2 BW valt af te leiden dat de objecten voor menselijke beheersing vatbaar moeten zijn. Hierbij moet men denken aan feitelijke machtsuitoefening.⁷⁸ Dit wil zeggen 'menselijke' machtsuitoefening, het recht is gemaakt voor en door de mens en ziet alleen op menselijke beschikingsmogelijkheden.⁷⁹ Als voorbeelden van objecten die geen zaak zijn wegens gebrek aan de mogelijkheid van menselijke beheersing, worden door Meijers de lucht en de zee genoemd:

Stoffelijke voorwerpen, die de mens niet in die mate kan beheersen, dat zij in de bijzondere machtsfeer van een beheerser treden als de lucht, de zee, in één woord de oude *res communes omnium*, worden dus niet als zaak aangemerkt.⁸⁰

Het gaat dan om de lucht en de zee als zodanig; zuurstof in een tank en water in een fles zijn wel voor menselijke beheersing vatbaar.⁸¹

Het door Meijers genoemde begrip *res communes omnium* heeft binnen het huidige recht geen zelfstandige betekenis meer. Onder het huidige recht zijn de oude *res communes omnium*, objecten die volledig buiten het zaaksbegrip vallen en derhalve geen *res*, geen 'zaak', kunnen zijn. De lucht in het algemeen en de zee in het algemeen, zijn dus niet voor menselijke beheersing vatbaar. Deze objecten kunnen niet worden opgepakt en verplaatst zoals men dat bij een fiets, een auto en een zeilboot bijvoorbeeld wel kan doen. De menselijke beheersing ziet op feitelijke beheersing, er wordt wel gezegd dat men het object moet kunnen beetpakken, afsluiten, op de grond gooien, en dergelijke.⁸²

⁷⁷ MvA II, *Parl.Gesch.*, Boek 3, p. 65.

⁷⁸ MvA II, *Parl.Gesch.*, Boek 3, p. 65.

⁷⁹ Vgl. Asser/Mijnssen/De Haan 2001 (3-1), nr. 54: 'Wat het recht als zaak beschouwd wordt uitsluitend bepaald door de eisen van het praktische rechtsleven'.

⁸⁰ TM, *Parl.Gesch.*, Boek 3, p. 64.

⁸¹ Pitlo/Reehuis, Heisterkamp 2001, nr. 6.

⁸² Zo bijv. Demeersseman 1985, p. 105-106.

Niet alle objecten die in het recht als zaken worden gekwalificeerd, kunnen echter worden beetgepakt, afgesloten, op de grond gegooid en dergelijke. Een stuk grond of een huis kan men niet beetpakken en op de grond gooien. Voor een stuk grond is zelfs een hulpinstrument nodig om de diverse stukken grond van elkaar te onderscheiden en te individualiseren: het kadaster. Toch wordt het zaakskarakter van een stuk grond of een huis niet ontkend. Dit komt niet alleen door het feit dat een stuk grond en een huis gebruikt kunnen worden, bijvoorbeeld door koren te verbouwen en het huis te bewonen. De lucht en de zee kunnen eveneens gebruikt worden: men kan de lucht inademen en er doorheen vliegen en men kan de zee bevaren en bevissen.⁸³ 'Gebruiken' kan dus evenmin een onderscheidend criterium zijn. Zowel zee, lucht, grond en huis zijn voor gebruik vatbaar.

De kern van het begrip 'menselijke beheersbaarheid' zit naar mijn mening in de mogelijkheid om gebruik door derden uit te sluiten. Het gebruik van het specifieke stuk grond en het specifieke huis kan ten aanzien van derden uitgesloten worden, gebruik van de lucht en de zee in het algemeen niet. Men kan niet aangeven welk deel van de lucht men denkt te bezitten en men kan al helemaal niet derden verplichten geen gebruik te maken van lucht.⁸⁴ Door niet te ademen, gaat men dood. Het voorbeeld van de zee is ingewikkelder. In beginsel kan een bepaald stuk van de zee, bijvoorbeeld in een baai, wel worden afgezet en kunnen anderen van het gebruik van dat stukje zee worden uitgesloten. Het water zal echter niet op één plek blijven en voor de zee in het algemeen blijft het argument gelden dat deze niet van gebruik door derden is uit te sluiten.

In sommige gevallen wordt het begrip *res communes omnium* weer opgerakeld om dit aspect weer te geven. Ploeger stelt dat beslissend voor de ontzegging van zaakskwaliteit is dat deze *res communes omnium* uit hun aard voor gemeenschappelijk gebruik bestemd zijn: Ademen, drinken, wassen, het lozen van afvalstoffen.⁸⁵ Dit kan echter verwarrend zijn. Het lijkt er dan op dat de *res communes omnium*, wel degelijk zaken zijn waarvan dan als bijzonderheid geldt dat het gebruik voor iedereen openstaat. Dit zou ten onrechte het idee kunnen wekken dat ieder mens een aandeel van het gemeenschappelijke vermogensrecht op een *res communes omnium*, in zijn vermogen heeft zitten. Dit is echter alleen in overdrachtelijke zin mogelijk; feitelijk zijn de eventuele rechten die een individu heeft op een *res communes omnium* geen vermogensbestanddelen. Wegens technische redenen kan niemand van het gebruik van

83 Pitlo/Reehuis, Heisterkamp 2001, nr. 6, stelt dan ook de vraag of de zee niet toch in zekere zin voor menselijke beheersing vatbaar is gebleken, gelet op de intensieve visserij, de sterke vervuiling en de drukke scheepvaart.

84 Iets anders is dat men wel zekere afspraken kan maken omtrent gebruik van het luchtruim, zoals de mate waarin boven een stad kan worden gevlogen. Zie § 3.2.1.

85 Ploeger 1997, p. 17.

de *res communes omnium* worden uitgesloten. Zonder de mogelijkheid tot uitsluiting van derden, is er ook geen object van een eigendomsrecht.

Daarnaast worden als voorbeelden van objecten die niet voor menselijke beheersing vatbaar zijn ook wel een ontsnapte gaswolk en onbereikbare hemellichamen genoemd. Het onderscheidend criterium is wederom dat deze objecten niet van gebruik door derden kunnen worden uitgesloten. Bij de hemellichamen komt dit door het feit dat zij niet voor iemands gebruik open staan; niemand kan er dan ook inbreuk op maken. Ten aanzien van een ontsnapte gaswolk kan evenmin het gebruik door derden worden uitgesloten. De gaswolk is na ontsnapping niet meer te scheiden van zijn omgeving, er zijn geen coördinaten aan te geven van de plaats van de gaswolk. Gas vermengt zich met lucht en op den duur is er alleen nog sprake van een nieuw mengsel en is het gas niet meer als zodanig identificeerbaar. De gaswolk is niet onder controle, de mens kan binnen dit proces geen macht uitoefenen over de gaswolk. Dit was nog wel mogelijk toen het gas in een tank zat. Gas in een tank is wel te verplaatsen en te gebruiken.

De mogelijke menselijke beheersing staat in nauw verband met de techniek. Wanneer een bepaald object dat in eerste instantie niet voor menselijke beheersing vatbaar is – zoals gas in het algemeen – technisch gezien tot zodanige vorm gereduceerd wordt dat het wel beheersbaar is, bijvoorbeeld door samenspersing in een gascilinder, dan is het wel voor beheersing vatbaar en kan de zaakskwaliteit zonder problemen worden aangenomen. Door de ontwikkeling van de moderne technologie kunnen sommige objecten die thans nog onbeheersbaar zijn, in de toekomst voor menselijke heerschappij vatbaar zijn en voldoen aan de kwalificatie tot 'zaak'. Zo zijn door ontwikkelingen op het gebied van de medische biotechnologie veel lichaamsmaterialen ineens wel voor menselijke heerschappij vatbaar geworden.⁸⁶

Ten aanzien van deze objecten die door de techniek, door een drager, vatbaar zijn geworden voor menselijke beheersing, kan de vraag worden gesteld of er sprake is van één zaak of van twee. Is de gascilinder een zaak en het gas daarin een tweede zaak, of zijn beide, wegens de onmogelijkheid van zelfstandige zaakskwaliteit voor het gas, samen één zaak? Het meest aannemelijk is de aanname van twee zelfstandige zaken. Het is namelijk mogelijk het gas als afzonderlijk object van eigendom te beschouwen, zij het dat dit alleen maar kan gebeuren bij gratie van een drager. Volgend voorbeeld kan dit verduidelijken: Stel dat A twee cilinders in eigendom heeft. B sluit een huurovereenkomst met A ten aanzien van deze cilinders. B heeft een persoonlijk recht op huurgenot van deze cilinders, A blijft eigenaar van de cilinders. Vervolgens koopt B van C gas om te cilinders mee te vullen zodat dit gas gebruikt kan worden voor het koken op de camping. B wordt eigenaar van deze hoeveelheid gas. C verkrijgt voor de overdracht van het eigendoms-

86 Zie hierover § 3.2.12 en § 3.2.13.

recht een som geld. B stopt het gas, waar hij eigenaar van is, in de gehuurde cilinders van A. A is geen eigenaar van het gas, slechts van de cilinders. B is eigenaar van het gas en mag over dit gas beschikken en derden uitsluiten van het gebruik van dit gas. Als A dit gas gebruikt, pleegt hij inbreuk op het eigendomsrecht van B. A behoort slechts een eigendomsrecht op de cilinder toe. B behoort het eigendomsrecht op het gas toe. Op beide vermogensbestanddelen kan in beginsel beslag worden gelegd. Heeft D een geldvordering op A dan kan hij beslag leggen op het eigendomsrecht van de cilinder. Heeft D een geldvordering op B dan kan hij beslag leggen op het eigendomsrecht van het gas. Dit laatste beslag kan alleen gelegd worden bij de gratie van een drager, maar ziet niet op het eigendomsrecht van de drager.

Duidelijk is dat de eis van 'menselijke beheersing' niet exact is te definiëren. Het lijkt mij aanvaardbaar aan te nemen dat deze eis met name wil duiden op de mogelijkheid van begrenzing van het object. De *functie* van deze eis ligt in de mogelijkheid om aan te geven dat anderen uitgesloten moeten kunnen worden van het feitelijk gebruik van het desbetreffende object.

3.1.4.3 Stoffelijkheid

Het is evenmin duidelijk wat precies onder 'stoffelijkheid' dient te worden verstaan. De Parlementaire Geschiedenis noch de wet licht toe wat onder stoffelijkheid moet worden verstaan. Dit heeft als gevolg dat men er eigenlijk niet goed raad mee weet. Dikwijls wordt de volgende tekst uit Asser/Mijnssen/De Haan aangehaald:

Bij de omschrijving van het begrip 'zaak' heeft men rekening ermee te houden dat het recht zich uitsluitend bezig houdt met menselijke verhoudingen. Dit brengt mee dat het begrip 'zaak' voor het recht slechts van belang is voor zover de zaak aanleiding kan geven tot rechtsbetrekkingen tussen mensen. 'Zaak' in juridische zin mag men dus niet vereenzelvigen met 'stof' in de natuurwetenschappelijke zin. Wat het recht als zaak beschouwt, wordt uitsluitend bepaald door de eisen van het praktische rechtsleven.⁸⁷

De natuurwetenschappen worden hier voor de kwalificatie van zaken buiten spel gezet. Zaak mag niet vereenzelvigd worden met stof in natuurwetenschappelijke zin. Alleen het praktische leven doet er toe, een jurist hoeft zich niet bezig te houden met de natuurwetenschappen.

Deze visie wordt door veel schrijvers aangehangen. Gerbrandy geeft bijvoorbeeld weer dat in het recht het eigenaardige feit zich kan voordoen dat totaal andere dingen stoffelijk object kunnen zijn dan in de natuur, in de logica, in de economie of waar dan ook. Het recht heeft zijn eigen levenssfeer. De natuurwetenschappen kennen het begrip 'zaak' ook niet, het is typisch een

87 Asser/Mijnssen/De Haan 2001 (3-1), nr. 54.

rechtsbegrip. Net als dat iemand die nog niet geboren is, toch al wel rechten kan hebben.⁸⁸ Taverne stelt dat gekeken moet worden of het 'iets' een zelfde functie in het rechtsverkeer vervult als het 'goed', onverschillig hoe de natuurwetenschappen staan tegenover het wezen van dit object.⁸⁹ Suijling stelt dat de handelende mens zich niet naar wetenschappelijke, maar naar maatschappelijke overwegingen richt. Praktische doeleinden bepalen zijn houding. Als stoffelijke zaak beschouwt hij elk deel der wereld buiten ons, dat naar zijn oordeel een geïndividualiseerde, dat wil zeggen afgescheiden eenheid vormt, waarvan de beheersing nut oplevert. De 'lichamelijke' zaak in maatschappelijke zin is daarom niet identiek met de stoffelijke zaak in fysieke zin.⁹⁰ Loos oordeelt in dezelfde zin. Ten eerste stelt hij dat een begrip in de ene wetenschap uit de aard der zaak niet precies dezelfde betekenis kan hebben in een andere wetenschap. Dit omdat beide wetenschappen ieder vanuit een ander begrippenkader en een andere invalshoek een deel van de werkelijkheid proberen te verklaren. Ten tweede omdat niet slechts de (juridische) verkeersopvattingen, maar ook de natuurkundige opvattingen aan veranderingen onderhevig (kunnen) zijn.⁹¹

Er wordt dus veelal gepleit voor een rechtswetenschappelijke invulling van stoffelijkheid, geleid door de eisen van het praktische rechtsleven. Nadeel hiervan is dat niet duidelijk is wat de juridische betekenis van stoffelijkheid dan wel moet zijn. Onduidelijk is welke toets aangelegd moet worden om te voldoen aan de eisen die het praktische rechtsleven aan het begrip zaak stelt.

Men kan echter ook niet zonder het begrip 'stoffelijk' aangezien dit het meest aangewezen criterium is om het onderscheid tussen rechtsobjecten van eigendomsrechten en rechtsobjecten van intellectuele eigendomsrechten aan te geven. De rechtsobjecten van intellectuele eigendomsrechten, *corpora mystica*, zijn alle intellectuele vaardigheden die als idee, als onstoffelijk iets, een min of meer zelfde bescherming verkrijgen als de objecten van eigendomsrechten. Er wordt wel gezegd dat zaken het product van *fysieke* arbeid zijn, om zo de grens met het product van *geestelijke* arbeid, de *corpora mystica*, aan te geven.⁹² Dit onderscheid wordt gemaakt om het fysieke tegenover het niet-fysieke te stellen. Men moet niet denken dat de *arbeid* doorslaggevend is. Er bestaan immers ook fysieke objecten die zonder dat er sprake is van fysieke arbeid, als zaak kunnen worden gekwalificeerd. Zo is een steen een fysieke zaak hoewel er nooit een mensenhand aan te pas is gekomen. Het verdient de voorkeur de 'stoffelijkheid' van de objecten van eigendomsrechten doorslaggevend te achten. Vervolgens is het de *menselijke* intellectuele activiteit die

88 Artikel 1:2 BW bepaalt dat het kind waarvan een vrouw zwanger is, als reeds geboren wordt aangemerkt, zo dikwijls zijn belang dit vordert.

89 Zie HR 23 mei 1921, NJ 1921, 564.

90 Suijling 1940, § 30.

91 Loos 1998.

92 Franken 1988, p. 463.

corpora mystica voortbrengt; zonder mensen geen *corpora mystica*. Er bestaat geen concreet equivalent van een *corpus mysticum* in de feitelijke wereld. Er bestaan slechts gebruiksexemplaren, als weerslag van deze *corpora mystica*. Het zou zo gezegd kunnen worden dat de zaken alle stoffelijke objecten zijn die ook op onze aarde zouden bestaan als er geen mensen waren, als er geen rechtssubjecten waren. De *corpora mystica*, zoals een werk, merk of een uitvinding, bestaan niet zonder de mens. Maar mensen maken de stoel, een tafel en het stuk hout daarentegen wel.

Men zit aldus in zekere mate vast aan het begrip 'stoffelijkheid'. Bij afwijzing van een natuurkundige invulling van dit begrip, worden criteria genoemd die eisen dat het desbetreffende object ruimte moet beslaan of door een van de vijf zintuigen waarneembaar moet zijn. Het moet gaan om concrete, waarneembare objecten.⁹³ De functie hiervan lijkt, evenals bij het criterium van 'menselijke beheersing' te liggen in de mogelijkheid dat derden kunnen vaststellen om welk specifiek object het gaat.

Natuurkrachten zoals zwaartekracht, hitte, licht, klank, radioactiviteit en elektriciteit worden dan gewoonlijk als onstoffelijk beschouwd omdat deze geen ruimte zouden innemen.⁹⁴ Met het centraal stellen van het criterium 'ruimte', komt men via de achterdeur weer uit bij de natuurwetenschappen. Want het kenmerk van een object dat ruimte inneemt, concreet is en waarneembaar is, is dat het *massa* heeft, dat het bestaat uit moleculen.⁹⁵ Massa is weer een natuurkundig begrip dat volgens natuurwetenschappelijke criteria objectief vastgesteld kan worden.

Dit maakt de conclusie gerechtvaardigd dat de concrete waarneembaarheid zo dicht bij de natuurwetenschappelijke betekenis van stoffelijkheid ligt, dat aan een natuurwetenschappelijke invulling van het begrip niet valt te ontkomen. Volgens Van Dale betekent stoffelijk: 'tot de stof behorend of eruit bestaand'. Stof in deze zin moet worden omschreven als: 'het geheel der zintuiglijk waarneembare, ruimte innemende verschijnselen, materie'. Stof dus, in tegenstelling tot de geest. De massa, 'het uit moleculen bestaan', speelt dus een centrale rol in het natuurwetenschappelijk stoffelijkheidsbegrip. Iets wat massa heeft, is in theorie concreet waarneembaar.

Dat een natuurkundige invulling van het begrip 'stoffelijk' problemen met zich meebrengt omdat de natuurwetenschappelijke kennis niet altijd bij juristen aanwezig is, kan worden aangetoond aan de hand van het voorbeeld van elektriciteit. Hoewel de Toelichting Meijers bij artikel 3:2 BW de energie als onstoffelijk object noemt en dit ook de mening van de meeste schrijvers is,⁹⁶ heeft Joseph John Thomson reeds in 1897 ontdekt dat de subatomaire deeltjes,

93 Vgl. Houtappel 1996, p. 20.

94 Van der Merwe 1989, p. 37.

95 Zie ook Fischer 1957, p. 11 en 41-42.

96 Zie Snijders/Rank-Berenschot 2001, nr. 27.

elektronen naast een elektrische lading ook massa hebben.⁹⁷ De massa is wel erg, erg klein. Maar hoe klein ook, massa is massa en derhalve voldoet elektriciteit in theorie aan het natuurwetenschappelijke stoffelijkheids criterium van artikel 3:2 BW. Dit is al sinds 1897 bekend, ver voor het elektriciteitsarrest van 1921. Dat een accu leeg is, is dus in theorie – elektronen hebben massa – na te gaan en in ieder geval is elektriciteit te meten. Men moet dus ook in theorie kunnen meten of we te maken hebben met een volle of een lege accu. Gezien het feit dat dit het geval is, moet goederenrechtelijk gezien eveneens onderscheid kunnen worden gemaakt tussen een volle en een lege accu.⁹⁸

Toegegeven moet worden dat elektriciteit desalniettemin een zeer vluchtige, voor de voornaamste zintuigen nauwelijks waarneembare en weinig begrensde materie is. Hiertegenover staat dat gebruik van gas buiten de meter om wel als het wegnemen van een zaak is aangemerkt en dat gelet op het geringe verschil tussen gas en elektriciteit, mag worden verondersteld dat ook elektriciteit als zaak kan worden gekwalificeerd.⁹⁹ Na gebruik is het gas of de elektriciteit verdwenen. Omdat aardgas en elektriciteit in principe direct verbruikt worden na levering aan de afnemer, zal een eventuele revindicatie weinig succesvol zijn. Zoals in § 2.3.7 reeds aan de orde is gekomen, hoeven eventuele beperkingen in de gevolgen van goedkwaliteit niet in de weg te staan aan de zaakskwaliteit van elektriciteit.

Duidelijk is dat het begrip ‘stoffelijkheid’ niet gemakkelijk is te definiëren. Over het algemeen gaat de voorkeur niet uit naar de natuurkundige betekenis van stoffelijkheid, met name omdat juristen niet gemakkelijk kunnen beschikken over alle natuurwetenschappelijke kennis. Onduidelijk is welke betekenis dan wel doorslaggevend moet worden geacht. Als substituut worden de eisen van het praktische rechtsleven genoemd. Men ziet echter ook dat deze eisen onduidelijk zijn en veelal toegelicht worden met natuurkundige termen. Over het algemeen lijkt de *functie* van de stoffelijkheidseis neer te komen op de mogelijkheid om voor derden kenbaar te maken op welk specifiek object zij geen inbreuk mogen maken. De ‘stoffelijkheid’ geeft aan dat het mogelijk is het object zichtbaar te maken aan derden, zodat derden gelegitimeerd van het gebruik kunnen worden uitgesloten. De ‘stoffelijkheid’ geeft ook aan dat het object geen rechtsobject van een intellectueel eigendomsrecht is, dat een *menselijk* geestelijk voortbrengsel is.

97 In 1906 verkreeg Thomson hiervoor de nobelprijs in de natuurkunde. Zie ‘www.nobel.se’.

98 Anders Snijders/Rank-Berenschot 2001, nr. 27; Wel wordt gesteld dat betwijfeld kan worden of een zo restrictieve opvatting van de eis van stoffelijkheid voor het voorwerp van levering in het privaatrecht, niet zal botsen met de eisen der praktijk.

99 In het arrest van de HR van 22 april 1851, W. 1294 overwoog de Hoge Raad dat gas een lichamelijke zaak is. In HR 23 mei 1870, W. 3275 werd diefstal van gas mogelijk geacht.

3.1.4.4 Zelfstandigheid

Niet alleen de 'stoffelijkheid' en 'voor menselijke beheersing vatbaarheid' zijn criteria die aan zaken worden gesteld. In Asser/Mijnssen/De Haan wordt het begrip als volgt omschreven:

Zaak is ieder deel der stoffelijke natuur dat aan de macht van de mens kan worden onderworpen voor hem van waarde is en volgens verkeersopvattingen als een geïndividualiseerd geheel kan worden beschouwd.¹⁰⁰

Deze omschrijving behelst meer criteria dan uit artikel 3:2 BW volgt. Naast stoffelijkheid en menselijke beheersing, worden de eisen van 'geïndividualiseerd geheel' (oftewel 'zelfstandigheid') en van 'waarde' genoemd. Ten aanzien van stoffelijkheid en menselijke beheersing is duidelijk geworden dat over de invulling van deze begrippen weinig overeenstemming en derhalve ook weinig helderheid bestaat. Dit geldt in mindere mate voor de criteria zelfstandigheid (§ 3.1.4.4) en waarde (§ 3.1.4.5).

Met de eis dat een zaak een 'geïndividualiseerd geheel' moet zijn, wordt bedoeld dat er sprake moet zijn van een *zelfstandige zaak*, die als geheel geïndividualiseerd kan worden. De zaak moet een zelfstandig bestaan hebben, los van de andere objecten om het object heen. Hierbij zijn de verkeersopvattingen beslissend: een aantal zaken kan in het verkeer gezamenlijk als één zaak gelden, hoewel zij niet organisch of mechanisch aan elkaar zijn verbonden. Dit geldt voor een doos met deksel of een spel kaarten. Wat in het dagelijks leven als afzonderlijk object wordt beschouwd, doordat het zich door vorm en begrenzing of in verband met het doel waarvoor het dient als een afzonderlijk ding voordoet, geldt dus ook voor het recht als afzonderlijke zaak.

Een eigendomsrecht op een onzelfstandige zaak, op een bestanddeel is niet mogelijk. Dit is het gevolg van het in het huidige goederenrecht geldende eenheidsbeginsel (Vgl. artikel 5:3 BW). Een zaak moet zelfstandig kunnen bestaan en niet slechts een onzelfstandig bestanddeel van een andere zaak zijn. Het eenheidsbeginsel is uit oogpunt van kenbaarheid voor derden ingevoerd en om kapitaalsvernietiging te voorkomen. Door hantering van het eenheidsbeginsel is de juridische heerschappij gemakkelijk waarneembaar en wordt het publiciteitsbeginsel van het goederenrecht gediend. Op deze manier wordt een versnippering van het eigendomsrecht van zaken tegengegaan. Dit komt de rechtszekerheid ten goede. Speciaal met het oog op rechten van schuldeisers zou deze versnippering tot onwenselijke resultaten leiden.¹⁰¹

In bijzondere gevallen kan het eenheidsbeginsel worden doorbroken, bijvoorbeeld door middel van het vestigen van een opstalrecht. Men hanteert dan de juridische fictie dat de delen die door het vestigen van het opstalrecht

100 Asser/Mijnssen/De Haan 2001 (3-1), nr. 54.

101 Asser/Mijnssen/De Haan 2001 (3-1), nr. 60; Vgl. Beekhuis 1972, p. 14.

zijn gevormd, in plaats van één, twee zelfstandige zaken zijn.¹⁰² Ook bij de zelfstandigheid van grondstukken hanteert men een zekere juridische fictie. De afgrenzing van twee percelen land is bijvoorbeeld niet door vorm of ruimtelijke afscheiding vanzelf gegeven, maar dient door mensen te worden aangegeven. Het 'kadaster', waarin de afzonderlijke percelen in kaart zijn gebracht, dient als hulpmiddel om de individualisatie te bevorderen.¹⁰³

Zo wordt duidelijk dat de fysieke zelfstandigheid niet altijd overeenkomt met juridische zelfstandigheid. Een afgebakend grondstuk dat op een kaart wordt aangeduid, is een zelfstandige juridische entiteit hoewel deel van een groter geheel, namelijk de aardbol. Deze aardbol zelf is niet relevant, maar slechts de afgescheiden grondstukken die als aparte entiteiten in het grondregister zijn geregistreerd. Deze afgescheiden grondstukken, hoewel denkbeeldige delen die van het overige aardoppervlak niet werkelijk afgescheiden kunnen worden, zijn zelfstandige zaken. Duidelijk is zo dat de functie van de zelfstandigheidseis een wederzijds belang dient: de rechthebbende wil weten op welk specifiek rechtsobject het eigendomsrecht rust en derden moeten weten ten aanzien van welk specifiek rechtsobject zij rechten of verplichtingen hebben.

3.1.4.5 Waarde

Uitgangspunt van het vermogensrecht is dat vermogensrechten (eigendomsrechten en overige vermogensrechten) waarde hebben voor een rechtssubject en derhalve vermogensbestanddeel zijn. Het normale type van een eigendomsrecht ziet op een zaak die economische waarde vertegenwoordigt en schaars is. Eigendomsrechten zijn bij uitstek geschikt om op de markt te worden verhandeld en zo een optimale verdeling van de zaken te bewerkstelligen. Hier wordt de nauwe relatie tussen economie en recht zichtbaar. Binnen de economie staan vermogenswaarden centraal. De regeling over de toegang tot, en het beheer en de exploitatie van vermogenswaarden, is een belangrijk element van economische verhoudingen.¹⁰⁴ Eigendomsrechten nemen in de economische wetenschap een belangrijke plaats in. Dikwijls wordt in het goederenrechtelijk debat van de veronderstelling uitgegaan dat de objecten, de zaken waarop de rechtssubjecten een eigendomsrecht hebben, het best verdeeld kunnen worden door de markt. De markt alloceert het object op basis van de marktprijs.

Veelal leggen ook juristen een nauw verband tussen economie en eigendom. Zaken worden dan omschreven als schaarse objecten die op geld waardeerbaar

102 Zie Ploeger 1997.

103 De vermelding op kaarten bewijst echter niet dat de grenzen van de percelen liggen zoals op de kaarten is aangegeven. Evenmin volgt uit het feit dat een perceel door één kadastraal nummer is aangeduid, dat het een ondeelbare eenheid zou vormen. HR 14 september 1917, NJ 1917, 979 en HR 8 december 2000, NJ 2001, 350.

104 Von Benda-Beckmann 1996, p. 789.

zijn. Dernburg ziet bijvoorbeeld alleen de op geld waardeerbare waren, als zaken.¹⁰⁵ Van Oven stelt eveneens dat het essentiële criterium van een vermogensrecht niet schuilt in de bescherming tegen aantasting, maar in de vraag of er iets is dat ruilwaarde bezit.¹⁰⁶ Dommering wil de waarde van het object en het object zelf, scheiden.¹⁰⁷ Het is zijn theorie dat als een schilderij, een antieke klok of een geldstuk gestolen wordt, dit gebeurt wegens de *waarde* van de informatie op de drager en niet om de drager zelf.¹⁰⁸ Van Engelen stelt dat iedere op geld waardeerbare prestatie, een zekere bescherming moet kunnen krijgen.¹⁰⁹

Dergelijke visies zijn verklaarbaar in het licht van de historische ontwikkeling van zaken als object van eigendom. Aanvankelijk waren rechtsobjecten vooral objecten om te gebruiken. Het eigendomsrecht verschaft de exclusieve heerschappij over het rechtsobject. In de loop der tijden is de situatie ontstaan dat een mens meerdere stukken grond in eigendom kreeg; te veel om zelf te gebruiken. Daardoor heeft het eigendomsrecht een tweede functie gekregen: het eigendomsrecht verschaft de bevoegdheid om de grond te gebruiken, maar dit eigendomsrecht kan ook worden verkocht en overdragen aan een ander voor een betere prijs. Het rechtssubject kan dit eigendomsrecht ook bezwaren door een ander een beperkt recht van vruchtgebruik of persoonlijk huurrecht te verschaffen, zodat er inkomen uit dit eigendomsrecht op de grond verkregen wordt. Grond is dan niet meer zozeer iets om te gebruiken, maar iets wat geld waard is, waaruit inkomen voortvloeit. Intellectuele eigendomsrechten zien mede op de mogelijkheid om de intellectuele schepper inkomen te laten verwerven uit zijn intellectuele creatie.

In het Engelse common law systeem is dit probleem zo opgelost dat er diverse belangen (*interests*) mogelijk zijn ten aanzien van één zaak. Zowel eigenaar als huurder kunnen een belang hebben in een zaak en in die zin beiden, landlord en tenant, een 'zakelijk recht' hebben.¹¹⁰ In het Nederlandse recht, met een van oorsprong Franse codificatie, is de eigendom 'het meest volledige recht dat een persoon op een zaak kan hebben' (artikel 5:1 BW).¹¹¹ Men kan eigenaar zijn van een zaak, en daardoor ook van de waarde, maar men kan in beginsel niet eigenaar zijn van de waarde alsof de waarde als

105 Dernburg 1900, § 67.

106 Van Oven & Adriani 1953, p. 25.

107 Dommering 1988, p. 62-68. Vgl. Rudden 1997.

108 Dommering wil op deze wijze tot kwalificatie van computergegevens komen: het gaat meer om de waarde van het geheel, dan om de drager zelf. Dit houdt volgens Dommering in dat software alleen al om de waarde van de software, de bescherming als 'goed' verdient.

109 Van Engelen 1994.

110 De formele eigendom van alle land berust in Engeland bij de Kroon. Onderdanen kunnen slechts een recht hebben om het land te houden. De *tenant* heeft ten aanzien van de grond een gebruiksrecht en is geen volledig gerechtigde. Lawson en Rudden 1982, p. 80, omschrijven tenure als een 'relation which look both ways, towards a parcel of land and towards a lord'. Zie ook Zwolve 2000, p. 105-106.

111 Zie hierover uitgebreid Houtappel 1996, p. 63.

zodanig een object van bezit is. Centraal staat de zaak. Daarbij moet wel worden bedacht, zoals Slagter signaleert, dat de betekenis van het gebruik van stoffelijke zaken steeds meer afneemt en de betekenis van de waarde van zaken als voorwerp van eigendom steeds meer toeneemt.¹¹² Tegenwoordig wordt iemands vermogensrechtelijke rechtspositie steeds minder bepaald door de vraag of hij zaken in eigendom bezit, maar steeds meer door de vraag of hij vermogensrechtelijke aanspraken heeft op economische waarden die binnen ons huidige rechtstelsel bescherming verkrijgen.

Daarbij kan worden gedacht aan het geval van 'economisch eigendom', waar de bevoegdheden uit het eigendomsrecht (gebruiksrecht van de zaak) en de bevoegdheden tot het eigendomsrecht (het beschikken over het eigendomsrecht als vermogensbestanddeel), van elkaar worden gescheiden. Zoals reeds in § 2.3.6 aan de orde is gekomen, ziet economisch eigendom op de situatie dat de juridische eigendom berust bij een ander, dan degene bij wie het economische belang berust.¹¹³ De economisch eigenaar verkrijgt het gebruik van de zaak, de oorspronkelijke eigenaar blijft rechthebbende van het eigendomsrecht en dit eigendomsrecht blijft in het vermogen van de rechthebbende. De economisch eigenaar heeft geen eigendomsrecht op de zaak in zijn vermogen, maar in beginsel alleen een verbintenis tussen de eigenaar en zichzelf, ten aanzien van de verschaffing van het gebruik van de zaak.¹¹⁴ Omdat deze verbintenis naar buiten toe sterk op de juridische eigendom lijkt, spreekt men ook wel van de eigendom van de waarde.¹¹⁵ Dit is echter geen eigendom in de zin van artikel 5:1 BW. Daarom wordt deze figuur ook *economisch* eigendom ofwel *pseudo*-eigendom genoemd. Het juridische eigendomsrecht op een zaak is volgens ons huidige recht niet aan de waarde, maar aan de zaak zelf verbonden.¹¹⁶ Binnen ons stelsel, kan een rechtssubject eigenaar zijn van de zaak, en daardoor ook van de waarde, maar kan deze niet eigenaar zijn van de waarde alsof de waarde een zelfstandig object van bezit is.

In de loop der tijde is men tot de opvatting gekomen dat niet alle objecten op geld waardeerbaar hoeven te zijn, wil er een eigendomsrecht op mogelijk kunnen zijn en wil dit recht bescherming kunnen vinden. Ook een zaak met een affectieve waarde, de zogenaamde *pretium affectionis*, kan een zaak zijn,

112 Slagter 1968.

113 Zie Slagter 1992, p. 367.

114 Zie voor een uitgebreidere definitie: Slagter 1992, p. 367.

115 Hegel bepleitte reeds dat zowel de waarde van de zaak als de zaak zelf object van vermogensrecht kon zijn. Huur werd dan gezien als vervreemding door de verhuurder van het gebruik, terwijl de verhuurder eigenaar blijft van de waarde van de zaak.

116 Vgl. Houtappel 1996, p. 63, die kampt met de vraag of de waarde van een zaak een zaak kan zijn.

zoals een brief of een haarlok.¹¹⁷ Zaken hoeven dus niet op geld waardeerbaar zijn, het normale type van een zaak is dat wel.¹¹⁸

Het komt er op neer dat de *vermogensrechtelijke* waarde doorslaggevend is. Alleen die objecten die een vermogensrechtelijk belang voor het rechtssubject vervullen, kunnen zaken zijn. Dit houdt tevens in dat één zandkorrel in beginsel geen zaak is omdat er in de regel geen vermogensrechtelijk belang aan één zandkorrel kleeft. Een kilo zand of iets dergelijks zal in de regel wel een vermogensrechtelijk belang vertegenwoordigen. Een enkel kooltje zal geen vermogensrechtelijk belang vertegenwoordigen, een mud kolen wel. De individuele zaken zijn natuurkundig gezien wel zelfstandige zaken, maar zijn economisch slechts bestanddeel en horen niet in het zaaksbegrip thuis.¹¹⁹

Hier wordt duidelijk dat het criterium 'waarde', het criterium van 'zelfstandigheid' raakt. De waarde-eis geeft aan dat het in het belang van de rechthebbende moet zijn om dit specifieke vermogensrecht in zijn vermogen te hebben, dat het om een economisch *zelfstandige* zaak moet gaan. Dit kan het geval zijn bij een enorme materiële waarde, maar ook ten aanzien van affectieve waarde. Centraal staat een zekere *vermogensrechtelijke* waarde. Het gaat derhalve niet alleen om zelfstandigheid, maar om 'vermogensrechtelijke zelfstandigheid'.

De betekenis van het criterium 'economische waarde' is aldus gering. Het begrip sluit in essentie niets relevants uit. Een object zonder vermogensrechtelijk belang voor een rechtssubject zal geen rol spelen in het vermogensrecht. Pas zodra het object een belang voor het recht vertegenwoordigt (vermogensrechtelijke zelfstandigheid bezit), zal het juridische relevantie verkrijgen. Of dit zo is, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. De ene keer vertegenwoordigt één zandkorrel geen zelfstandig economisch belang, maar slechts een kilo zand omdat in de praktijk slechts vermogensrechtelijk gebruik kan worden gemaakt van een kilo zand. De andere keer kan één zandkorrel wel degelijk relevantie hebben, bijvoorbeeld als die specifieke zandkorrel een verzamelobject is geworden. Ook een object van negatieve waarde kan vermogensrechtelijk belang hebben, zoals een vat met giftig afval.

Het criterium 'economische waarde' heeft dus een beperkte waarde bij het bepalen van de grenzen van het begrip 'zaak'. Het begrip heeft wel een belangrijke historische waarde. De zaken als objecten van eigendom vervullen heden ten dage een andere rol dan vroeger het geval was. In de 17^e eeuw werd het begrip eigendom niet alleen gebruikt voor eigendom in dingen, maar ook voor eigendom in het leven en de vrijheid.¹²⁰ In de loop der tijden is het eigendomsrecht verworden tot een recht om transacties met materiële zaken

117 MvA, *Parl.Gesch.*, Boek 3, p. 90.

118 Voor verbintenissen heeft men de eis dat zij op geld waardeerbaar moeten zijn, eveneens laten vallen. Vgl. Asser/Hartkamp 2000 (4-I), nr. 27: 'Ook onze wet kent verbintenissen zonder op geld te waarden prestaties'.

119 Pitlo/Reehuis, Heisterkamp 2001, nr. 6.

120 Vgl. Waldron 1988.

op een vrije markt uit te oefenen. Niet meer de ontplooiing van de mens staat centraal, maar de zaak zelf.¹²¹ Dit onderscheid kan beknopt worden weergegeven als een verschil tussen economische en politieke vrijheid. Eigendom als privaatrecht zag men als de belichaming van de economische vrijheid en eigendom als constitutioneel recht als de belichaming van de politieke vrijheid.¹²² Wanneer als criterium van zaken de 'economische waarde' wordt vermeld, lijkt dat met name te willen bevestigen dat het niet meer om de mens, de politieke vrijheid, gaat, maar om de economische vrijheid, met de zaak als centraal middelpunt. Dit laatste is echter heden ten dage zo vanzelfsprekend geworden dat het vermelden van de 'economische waarde' niet meer nodig lijkt te zijn. De zaak en de waarde van de zaak worden niet gescheiden.

3.1.4.6 *Ethische eisen*

Los van bovenstaande 'technische' eisen die aan zaken kunnen worden gesteld (menselijke beheersbaarheid, stoffelijkheid, zelfstandigheid en waarde), worden er ook *ethische*, rechtspolitieke eisen, aan de zaken gesteld. Dit geldt voor het menselijk lichaam, een lijk en lichaamsmaterialen. In beginsel voldoen deze objecten aan de zaaksdefinitie van artikel 3:2 BW (het zijn stoffelijk objecten die voor menselijke beheersing vatbaar zijn). Het lichaam en de buiten het lichaam bevindende lichaamsmaterialen zijn individualiseerbare objecten die geoccupeerd kunnen worden. Veelal wordt de zaakskwaliteit van deze objecten echter ontkend. Kennelijk is het niet alleen maar de vraag of iets een object van eigendom *kan* zijn (technische grens), maar ook of we op grond van onze normen en waarden *mogen* komen tot zaakskwalificatie (ethische grens). Het zaaksbegrip wordt niet alleen bepaald door juridisch-technische argumenten, ook normatieve, rechtspolitieke argumenten spelen een rol. Het gaat om de mogelijkheid én de wenselijkheid van zaakskwalificatie. In Asser/Mijnssen/De Haan wordt dit als volgt weergegeven:

Bij de beoordeling van wat rechtens als zaak heeft te gelden, kan ook betekenis aan zedelijke overwegingen worden toegekend. Reeds de Romeinen kenden de *res sacrae, sanctae et religiosae* (de zogenaamde *res divini iuris*), die geacht werden buiten de handel der mensen te zijn. In het moderne recht vermijdt men bij voorkeur van zaken buiten de handel te spreken (...) terwijl hiertoe zeker niet gerekend zouden kunnen worden de voor de godsdienst bestemde zaken. Toch kunnen ook in ons recht ethische overwegingen een rol spelen bij de bepaling van het begrip 'zaak'. Praktisch is dit vooral van belang voor de rechtspositie van het menselijk

121 Macpherson 1985, p. 76-78. Von Jhering 1865, III, § 60 en § 61, keerde zich bijvoorbeeld reeds tegen de opvatting dat alleen economisch waardevolle goederen voorwerp van recht zouden kunnen zijn; ook vrijheid, eer, familierelatie zouden als zodanig kunnen worden beschouwd. Zie over het grensgebied tussen beide opvattingen onder andere Gerbrandy 1954, p. 40 e.v.

122 Zie Van den Bergh 1988, p. 52.

lichaam en de integrerende delen daarvan. De vraag of iets als zaak moet worden aangemerkt kan ook rijzen ten aanzien van sperma of een menselijk embryo dat kunstmatig, buiten het lichaam is geconcipieerd (in vitro). In deze gevallen kan niet worden gesproken van een zaak in de zin van artikel 3:2. De eerbied voor de geestelijke waarde van de mens heeft ten gevolge dat zijn stoffelijke verschijning geen voorwerp van vermogensrecht kan zijn.¹²³

Dit citaat laat zien dat op grond van de 'zedelijke overwegingen', de zaakskwaliteit van lichaam, lijk en lichaamsmaterialen kan worden ontkend. De eerbied voor de geestelijke waarde van de mens verhindert dat zijn stoffelijke verschijning voorwerp van vermogensrecht kan zijn.

De problemen rond de commerciële waarde van lichaam en lichaamsmaterialen, bestaan al lange tijd. Men denke aan de problemen ten aanzien van lijken die voor anatomisch onderzoek gebruikt worden. Tijdens de renaissance begon men zich uitgebreid voor anatomie te interesseren en werd het gebruik van lijken in medische opleidingen steeds meer geaccepteerd.¹²⁴ De lijken werden zo waardevolle objecten, waardoor 'body snatching' in de hand werd gewerkt. Grafrovingen en omkoopelingen van ziekenhuispersoneel konden alleen voorkomen worden door middel van wetgeving omtrent het anatomisch gebruik van lijken en lichaamsdelen.¹²⁵

Deze oude spanning laait heden ten dage weer op doordat de commerciële exploitatie van het lichaam en de lichaamsdelen steeds relevanter is geworden. Door de ontwikkeling van de biotechnologie is er een situatie ontstaan waarin het lichaam en de lichaamsdelen nog duidelijker als vermogensobjecten kunnen worden beschouwd. Werd vroeger uit eerbied en hygiëne een lijk begraven, tegenwoordig kan het lijk of zijn delen op steeds meer manieren (commercieel) worden gebruikt. Door de grote vooruitgang in de techniek en de biotechnologie vertegenwoordigen lichaam, lijk en lichaamsmaterialen een steeds grotere waarde in onze samenleving.¹²⁶ Roscam Abbing spreekt dan ook wel van het ontstaan van een 'jacht op lichaamsmateriaal'.¹²⁷

Lichaamsmateriaal is op verschillende manieren van belang: voor het gebruik van de patiënt zelf van wie het lichaamsmateriaal afkomstig is, voor het overig gebruik in de patiëntenzorg, bijvoorbeeld door middel van transplantatie van organen en weefsel en verwerking in of tot producten (geneesmiddelen, reagentia, medische hulpmiddelen, etc.), voor wetenschappelijk

123 Asser/Mijnssen/De Haan 2001 (3-I), nr. 58.

124 Denk bijvoorbeeld aan het schilderij 'de anatomische les' van Rembrandt uit 1656. Anatomische beschrijvingen komen overigens reeds voor in enige Egyptische papyri, de Ilias en in medische geschriften van Hippocrates en Aristoteles. De uitbouw van de anatomie neemt een aanvang met de stichting van de Europese universiteiten en het ontluiken van de renaissance. Vgl. Van de Velde 1959.

125 Zie Nelkin & Andrews 1998, p. 32.

126 Zie over toenemend belang van lichaamsdelen: Taupitz 1991, p. 201 e.v. Zie ook Taupitz 1995, p. 745-752.

127 Roscam Abbing 2001, p. 10.

onderzoek en farmagenetica.¹²⁸ Lichaamsmateriaal dient veelal als grondstof voor bepaalde farmaceutische producten. Dit werkt de opvatting van lichaamsmateriaal als vermogensobject, zoals men de andere grondstoffen beschouwd, in de hand.¹²⁹

Deze moderne opvattingen over het lichaam en de lichaamsdelen als vermogensobjecten, staan op gespannen voet met de traditionele opvattingen over de waardering van het menselijk lichaam en de functionering van de gezondheidszorg.

Tegenstanders van het idee van eigendomsrechten op lichaamsmaterialen stellen dat de erkenning van zaakskwaliteit voor lichaamsmaterialen te veel afbreuk doet aan de menselijke waardigheid. Als bezwaren tegen verkoop van lichaamsmaterialen worden genoemd dat de mens Gods werk is en dat niemand daar een recht op heeft, dat altruïsme bewaard moet worden, dat menselijke solidariteit een sociale waarde is en dat het lichaam zelf ook niet verworven is als eigendom. Gold stelt dat commercialisering van lichaamsdelen zelfs patiënten kan verhinderen de juiste gezondheidsdiensten te verkrijgen doordat de distributie wordt verhinderd.¹³⁰ Voorstanders stellen daarentegen dat een dergelijke ontkenning van zaakskwaliteit geen recht doet aan de voordelen van de biotechnologie. Door de ontwikkeling van de biotechnologie kan het gezondheidsniveau van de mens steeds verder worden verbeterd. Daarmee is de cirkel rond, want met een betere gezondheid is ook de mens en daarmee de menselijke waardigheid gediend.

De juridische benadering van dit probleem is zeer divers en weinig dogmatisch. Vroeger werd de zaakskwaliteit in de regel volledig ontkend. Dit betekende dat geen enkele vermogensrechtelijke wetsbepaling die spreekt over 'goederen' of 'zaken', op menselijke objecten van toepassing is. Hugo de Groot noemde reeds deze uitzondering op de zaken: hij definieerde zaken als 'al hetgeen buiten de mens, de mens enigszins tot nut zijnde'.¹³¹ In de loop der tijd is een meer realistische visie op de geestelijke waardigheid van de mens ontstaan. Tegenwoordig wordt aanvaard dat bepaalde lichaamsdelen die buiten het lichaam bestaan, als zaak kunnen worden gekwalificeerd. De vraag voor welke objecten dat geldt en in welke mate, wordt in § 3.2.10 t/m § 3.2.13 behandeld.

128 Zie Roscam Abbing 2001, p. 10.

129 Dit geldt in beginsel ook in het buitenland, zie onder meer Anders 1986; Annas 1990 en Mueller 1997.

130 Gold 1996, p. 48 e.v.

131 Diephuis 1885, p. 418 geeft weer dat De Groot met de woorden 'buiten den mensch' doelt op de onderscheiding tussen wandelbare en onwandelbare zaken, welke laatste 'yemant soo toebehooren, dat deselve een ander niet en souden kunnen toebehooren, als yder zijn Leven, Lichaam, Vrijhey, Eer'.

3.1.5 Grenzen aan het zaaksbegrip: technische eisen en ethische eisen

Duidelijk is geworden dat er twee grenzen aan het begrip 'zaak' kunnen worden gesteld: een technische grens en een ethische grens. De technische grens onderscheidt objecten die op technische gronden niet als object van een eigendomsrecht kunnen fungeren van de objecten die dat wel kunnen. De ethische grens onderscheidt objecten waarvan het niet wenselijk wordt bevonden dat zij als object van een eigendomsrecht fungeren van de objecten waarvan dat wel wenselijk wordt bevonden. Alleen objecten die binnen de technische grens én binnen de ethische grens vallen, kunnen als zaken worden beschouwd.

Aan technische eisen worden wel genoemd 'stoffelijkheid', 'voor menselijke beheersing vatbaarheid', 'zelfstandigheid' en 'economische waarde'. Dikwijls wordt als kritiek geuit dat deze eisen de mogelijkheid tot zaaskwalificatie te veel beperken. Daarbij wordt als argument genoemd dat op grond van deze criteria objecten worden uitgesloten, die uit oogpunt van het economische verkeer bescherming behoeven, maar dit wegens de ontkenning van zaaskwaliteit niet kunnen verkrijgen. Men vraagt om 'defysialisering' of 'dematerialisering': om verruiming van het zaaksbegrip.

De regeringscommissie heeft reeds bij de parlementaire behandeling de vraag gesteld of het niet beter is de verkeersopvattingen doorslaggevend te achten voor de zaaskwalificatie.¹³² Dit voorstel heeft geen navolging gekregen. Voordeel van dit voorstel ligt in de mogelijkheid pragmatisch op te treden. Het nadeel van een dergelijke opvatting, ligt in het feit dat het begrip de 'verkeersopvattingen' een vaag begrip is. Onduidelijk is waar de grenzen liggen van het begrip. Op grond van de verkeersopvattingen kan bijvoorbeeld alles wat enigszins bescherming nodig heeft, als een object van een eigendomsrecht worden beschouwd.¹³³ Er zouden dan nauwelijks eisen hoeven te worden gesteld aan het zaaksbegrip zelf.

Het is naar mijn mening niet mogelijk om geen geëxpliciteerde eisen te stellen aan het zaaksbegrip. Dit heeft alles te maken met de *functionaliteit* van het zaaksbegrip. Een zaak is een object van een eigendomsrecht. Het eigendomsrecht verschaft een zekere heerschappij over dit object. Derden mogen op deze heerschappij geen inbreuk maken. Wil een object een rechtsobject zijn van een eigendomsrecht dan moet aan deze 'eigenschappen' voldaan kunnen zijn. Het moet mogelijk zijn om de eigenaar exclusieve heerschappij over het object te verlenen en het moet mogelijk zijn om derden aan te spreken als zij op deze heerschappij inbreuk maken. Dit laatste is alleen geëgitimeerd als deze derden ook expliciet kunnen weten op welk object zij geen inbreuk mogen

132 VV II, *Parl.Gesch.*, Boek 3, p. 65.

133 In dit kader past de definitie van zaken van het Oostenrijks Wetboek § 285: 'Alles was von der Person unterschieden ist, und zum Gebrauche der Menschen dient, wird im rechtlichen Sinne eine Sache genannt'.

maken. Hiervoor is nodig dat het object een dermate geïndividualiseerd, van andere objecten af te scheiden, stoffelijk object is, dat derden het als zelfstandig object van een eigendomsrecht van een ander kunnen herkennen en kunnen érkennen.¹³⁴ Het object moet, kortweg, voldoende *individualiteit*, voldoende specificiteit, bezitten.

Dit geldt evenzeer voor zekerheidsrechten en de acties van beslag en faillissement. Niet alleen de bezitter of de eigenaar, maar ook de overige deelnemers aan het rechtsverkeer moeten te allen tijde snel en precies kunnen vaststellen hoe ver de heerschappij van de bezitter of eigenaar reikt. De *individualiteit* staat voorop. Men kan onmogelijk verwachten dat een derde geen inbreuk mag maken op iets ondefinieerbaars, iets onindividualiseerbaars. Er kan niet aan ontkomen worden zekere eisen te stellen aan het rechtsbegrip zaak zoals dat naar voren komt in het goederenrechtelijke systeem.

De eis van 'individualiteit' komt terug in de genoemde technische eisen. Van oudsher werd de kenbaarheid voor derden mogelijk geacht ten aanzien van concrete stoffelijke objecten die voor menselijke beheersing vatbaar zijn. Men heeft altijd gedacht dat een stoffelijk, voor menselijke beheersing vatbaar object, voldoende kenbaar is, voldoende individualiteit bezit, om verplichtingen voor derden ten aanzien van dit object te legitimeren.

Met het centraal stellen van de 'individualiteit', wordt meer ruimte geschapen om nieuwe objecten die dezelfde functie vervullen als de traditionele zaken, als zaken te kwalificeren. Daarbij hoeft niet absoluut vast te worden gehouden aan de eisen van 'stoffelijkheid' en 'voor menselijke beheersing vatbaarheid'; deze eisen kunnen worden gehanteerd in het licht van de individualiteit. Het object moet voldoende individualiteit bezitten om vatbaar te kunnen zijn voor exclusieve heerschappij van de eigenaar en het moet mogelijk kunnen zijn om alle derden die inbreuk maken op deze heerschappij ten aanzien van dit object, daarop aan te spreken. In welke mate natuurkundige stoffelijkheid bewezen kan worden, doet niet zozeer ter zake. Het gaat niet zozeer om de objectieve kwalificatie van stoffelijkheid of de voor menselijke beheersing vatbaarheid, maar om de vraag of het desbetreffende object voldoende *individualiteit*, voldoende specificiteit, bezit om verplichtingen van derden ten aanzien van dat object te legitimeren. Het desbetreffende object moet kunnen voldoen aan de eigenschappen van een rechtsobject van een eigendomsrecht: het moet kunnen worden gerevindiceerd, gebruikt, en dergelijke. Het object moet daarvoor duidelijk kunnen worden geïndividualiseerd, duidelijk kunnen worden begrensd ten opzichte van de andere objecten.

Het is dus telkens de individualiteit, de mogelijkheid aan te geven ten aanzien van welk object een verplichting geïntroduceerd wordt voor derden, die centraal staat. Deze individualiteit is niet voor altijd te bepalen, telkens

134 In gelijke zin Suijling 1940, p. 35.

zal aan de hand van de omstandigheden van het geval moeten worden beoordeeld of een bepaald object daaraan kan voldoen. Dit hangt dikwijls samen met de specifieke constellatie waar het desbetreffende object zich in bevindt. Zeewater in het algemeen bezit onvoldoende individualiteit, zeewater in een fles voldoende individualiteit.

De ethische grens ziet op de vraag of het object naar de huidige normen en waarden als zaak kan worden gekwalificeerd. Buiten deze grens vallen objecten waarvan de samenleving het onwenselijk vindt dat zij als vermogensobjecten, als rechtsobjecten van eigendomsrechten worden gekwalificeerd. Men denke tegenwoordig met name aan lichaam, lijk en lichaamsmaterialen.

Vroeger konden deze objecten via de constructie van 'zaken buiten de handel', wel als zaken worden gekwalificeerd. Deze objecten waren dan in technische zin zaken, maar de ethische, rechtspolitieke bezwaren konden ondervangen worden door deze als 'zaken buiten de handel' te beschouwen. Deze zaken buiten de handel kenden wegens hun bijzondere karakter een aparte behandeling in het vermogensrecht (zie ook § 3.1.3).

Het onderscheid tussen zaken buiten en binnen de handel is terug te voeren tot het Romeinse recht.¹³⁵ De Romeinen kenden als zaken buiten de handel (*res extra commercium*) de *res communes*, *res divini iuris* en *res publicae*.¹³⁶ De *res communes* waren de zaken die weliswaar aan zekere behoeften van de mens voldoen, maar niet aan zijn macht kunnen worden onderworpen, zoals lucht in het algemeen. De *res divini iuris* waren de zaken die toebehoorden aan de godheid. Zij werden onderscheiden in *res sacrae*, *sanctae et religiosae*. De *res publicae* waren zaken waarvan het gebruik vrij staat aan allen die tot dat volk behoren.

De zaken buiten de handel waren aan het privaatrecht onttrokken. Vermogensrechten op deze zaken en bezit van deze zaken werd uitgesloten geacht.¹³⁷ De consequenties hiervan waren, dat de gewone eigendomsacties ten aanzien van deze zaken niet toegelaten werden, maar vervangen werden door bijzondere rechtsmiddelen, terwijl vervreemding of verkrijging door verjaring ervan slechts was toegestaan, wanneer de bescherming ten publieke nutte was opgeheven.¹³⁸

In het licht van onze huidige opvattingen bezien, zou gezegd kunnen worden dat er zowel 'zaken' als 'niet-zaken' onder het Romeinsrechtelijke begrip 'zaken buiten de handel' vielen. De lucht in het algemeen is niet voor menselijke beheersing vatbaar en is naar huidig recht derhalve geen zaak. De

135 Zie voor een overzicht van zaken buiten de handel onder anderen De Bieberstein 1849, Coninck Liefsting 1859, Jordens 1869, Van Reeken 1893 en Vegting 1946.

136 Kaser/Wubbe 1971, p. 93-94.

137 Kaser/Wubbe, p. 94; Vegting 1946, p. 19 e.v. en p. 55 e.v.

138 Asser/Mijnssen/De Haan 2001 (3-I), nr. 96; Vgl. Meijers 1918, p. 121; Hofmann 1944, p. 36.

res publicae komen in zekere zin overeen met het huidige begrip zaken met een publieke bestemming. Dit zijn stoffelijke objecten die voor menselijke beheersing vatbaar zijn, maar ten goede komen aan het algemeen belang (zie § 2.1.6.1). Zij zijn heden ten dage niet in 'eigendom' van het volk, maar veelal van de overheid als vertegenwoordiger van het algemeen belang van het volk.

Tot de invoering van het huidige BW kende het oud BW het onderscheid tussen zaken binnen het rechtsverkeer en zaken buiten het rechtsverkeer. De wet gaf in een aantal bepalingen regels omtrent zaken buiten de handel. Zo bepaalde artikel 593 oud BW bijvoorbeeld dat bezit van zaken buiten de handel niet mogelijk was, artikel 1210 lid 1 oud BW dat hypotheek op zaken buiten de handel niet mogelijk was en artikel 1481 oud BW dat koop verviel wanneer de zaak buiten de handel geraakte. Het begrip 'zaak buiten de handel' kende echter geen vaste definitie. Het werd als onuitvoerbaar beschouwd om een kenmerkend onderscheid tussen zaken binnen en buiten de handel aan te geven.¹³⁹ De onmogelijkheid tot definiëring kan een van de redenen zijn geweest waarom het begrip uit het BW van 1992 is verdwenen. In de Parlementaire Geschiedenis van het nieuw BW is hier echter niets over te vinden.

Het huidige recht kent geen categorie 'zaken buiten de handel'. De zogenaamde '*res communes*' zijn naar huidig recht geen zaken en vallen derhalve alleen al om deze reden buiten het vermogensrecht.¹⁴⁰ Het begrip '*res sacrae*' is eveneens komen te vervallen. De 'heilige zaken' zijn in de regel individueel eigendom van bijvoorbeeld kerkgenootschappen. Inmiddels behoren de meeste zaken die een publieke bestemming hebben, de overheid in individueel eigendom toe.¹⁴¹ Bovendien zijn er ook zaken met publieke bestemmingen die particulieren in eigendom toebehoren. Een enkele maal komt men echter toch nog een bepaling tegen die aan de categorie zaken buiten de handel doet denken. Zo bepaalt artikel 436 Rv bijvoorbeeld dat geen beslag kan worden gelegd op (eigendomsrechten op) voor de algemene dienst bestemde zaken. Het lichaam, lijk en lichaamsmaterialen zijn eigenlijk de enige zaken, die ook naar huidig recht als zaak buiten de handel zouden kunnen worden beschouwd. Doordat het huidige BW geen begrip 'zaken buiten de handel' kent, is er slechts de keuze om deze objecten als zaken of als buiten de zaken vallende objecten te beschouwen.

Toch wordt er nog dikwijls bij de kwalificatieproblemen rond dergelijke objecten verwezen naar het begrip 'zaken buiten de handel'. Hiermee wordt getracht de discrepantie tussen de economische markt en het vermogensrecht

139 Voorduin 1837, p. 355.

140 Anders Hennekens 2001, p. 8, die de zee en het luchtruim, hoewel geen zaken in civielrechtelijke zin, toch als openbare zaken voor publiekrechtelijke beheersing en ordening wil kwalificeren. Zie § 3.2.1 en § 3.2.2.

141 Er wordt wel gesteld dat wegens het specifieke karakter van deze zaken niet een civielrechtelijk eigendomsrecht, maar alleen een zogenaamd 'publiekrechtelijk eigendomsrecht' op deze zaken rust. Zie over deze discussie: § 2.1.6.1.

aan te duiden. Op de economische markt kan alles gekocht en verkocht worden: voorkennis, baby's, mensen, goodwill, voetballers, seks, organen en dergelijke. Verdedigd wordt wel dat het zaaksbegrip moet worden uitgebreid tot al deze objecten die economisch verhandelbaar zijn. De econoom Posner heeft bijvoorbeeld gesteld dat alles waar mensen waarde aan hechten, in eigendom moet kunnen toebehoren aan mensen en 'verkoopbaar' moet zijn.¹⁴² Voor vermogensrechten gelden echter andere uitgangspunten en beginselen dan voor de economische markt. Wil een object een object van een eigendomsrecht kunnen zijn, dan moet het voldoende begrensd en bepaald zijn. Het object moet voldoende individualiteit bezitten, wil ten aanzien van derden de verplichting kunnen gelden geen inbreuk op het gebruik van dit object te maken.

Verdedigd wordt dat het zaaksbegrip bepaald wordt door een technische en een ethische grens. De technische grens ziet op de vraag of het desbetreffende object voldoende individualiteit bezit om als zaak te kunnen fungeren. Kan het desbetreffende object aan een individu in eigendom toebehoren? Hulpmiddel bij het vaststellen van de individualiteit zijn de criteria: voor menselijke beheersing vatbaarheid, stoffelijkheid, zelfstandigheid en vermogensrechtelijke waarde. Belangrijk is de constatering of het object voldoende geïndividualiseerd kan worden, of het voldoende begrensd en derhalve afgescheiden kan worden van de overige objecten in de samenleving. De ethische grens ziet op de vraag of het object naar de huidige normen en waarden als zaak kan worden beschouwd. De wenselijkheid van zaaskwalificatie wordt getoetst.

3.1.6 Zaak als product

Bepaalde rechtsfiguren zien direct op de zaken in de zin van rechtsobjecten van eigendomsrechten. Men denke bijvoorbeeld aan de revindicatie (artikel 5:2 BW), het retentierecht (artikel 3:290 BW)¹⁴³ en bewaarneming (artikel 7:600 BW). Bepaalde rechtsfiguren zien indirect op het begrip 'zaak'. Dit is het geval bij de regels omtrent productaansprakelijkheid. De aansprakelijkheidsgrondslag van artikel 6:185 BW is alleen van toepassing indien er sprake is van een product in de zin van artikel 6:187 lid 1 BW:

¹⁴² Posner 1992, p. 32-38.

¹⁴³ In het arrest van de Hoge Raad van 15 april 1994, *NJ* 1995, 640 (Middendorff/Kouwenberg q.q.), is bepaald dat een dossier dat uit stukken bestaat en zelf nauwelijks of geen vermogenswaarde heeft, een zaak is dat de schuldeiser onder zich kan houden. In de uitspraak van de Rechtbank 's-Gravenhage 24 oktober 1997, *CR* 1998, 2, p. 73-74 werd een retentierecht op een database (software) toegekend. Het is echter naar huidig recht onduidelijk of software als zaak kan worden gekwalificeerd (zie § 3.2.6). Het retentierecht werd in casu gekoppeld aan de drager van de software.

Onder produkt wordt voor de toepassing van deze afdeling verstaan een roerende zaak, ook nadat deze bestanddeel is gaan vormen van een andere roerende of onroerende zaak, alsmede elektriciteit.¹⁴⁴

Het begrip 'product' wordt omschreven aan de hand van het begrip 'zaak', maar komt niet geheel overeen met het begrip 'zaak'. Ten eerste wordt het begrip beperkt tot de 'roerende zaken' en bovendien vallen ook sommige niet-zaken onder het begrip product: de onzelfstandige bestanddelen en elektriciteit worden als producten beschouwd. Vervolgens vallen ook bepaalde zaken niet onder het begrip product. Dit betreft de zogenaamde 'landbouwproducten'. Een dergelijke aansprakelijkheid zou namelijk eveneens zien op gebreken in producten die buiten de invloedssfeer van een boer liggen en zou zo wel erg ver kunnen gaan. In de eindversie is opgenomen dat elektriciteit als product wordt beschouwd.

De productenaansprakelijkheid is ingevoerd ter implementatie van de Europese Richtlijn inzake de aansprakelijkheid voor producten met gebreken.¹⁴⁵ De ontwerprichtlijn van 1976 bevat geen definitie van 'product'. Wel bevat de toelichting de vermelding dat de richtlijn alleen voor roerende zaken geldt, en niet voor onroerende zaken,¹⁴⁶ behoudens die roerende zaken die bij de constructie van gebouwen zijn gebruikt.¹⁴⁷

Opmerkelijk is dat er weinig coherentie bestaat ten aanzien van de implementering van het begrip product in de diverse lidstaten. De oorspronkelijke richtlijn spreekt over 'roerend goed'.¹⁴⁸ Gezien het feit dat het onderscheid roerend en onroerend alleen de zaken in de zin van artikel 3:2 BW kan betreffen, lijkt de conclusie gerechtvaardigd dat de richtlijn ziet op roerende fysieke zaken. Uit oogpunt van inpassing in het nationale privaatrecht, heeft de Nederlandse wetgever het begrip product omschreven als 'roerende zaak' in de zin van artikel 3:2 BW.¹⁴⁹ Het is echter maar de vraag of dit een juiste uitleg van de Richtlijn is, aangezien er een algemene verplichting geldt om wetgeving die op grond van de omzetting van een richtlijn wordt ingevoerd,

144 Op 4 december 2000 is de Wet van 29 november 2000 tot wijziging van de regeling van de productenaansprakelijkheid in het Burgerlijk Wetboek in verband met uitbreiding tot landbouwproducten in werking getreden, waarmee de uitzondering voor landbouwproducten en producten van de jacht is komen te vervallen. *Stb.* 2000, 494.

145 *PbEG* 7.10.85, nr. L 210/29.

146 Dit omdat in de meeste landen reeds een aansprakelijkheidsregime voor onroerende zaken gold.

147 Dommering-Van Rongen 1991, p. 79.

148 Artikel 2 van de Richtlijn luidt als volgt: 'Voor de toepassing van deze richtlijn wordt onder produkt verstaan elk *roerend goed*, ook indien het een bestanddeel vormt van een ander roerend of onroerend goed. Onder produkt wordt ook elektriciteit verstaan'.

149 In het Belgische recht heeft men het van de richtlijn afwijkende begrip 'lichamelijk roerend goed' gebruikt. Ook de Duitse tekst spreekt van 'Bewegliche Sachen', wat alleen op stoffelijke voorwerpen kan slaan. De Franse tekst spreekt daarentegen van 'meuble' wat weer zowel stoffelijke voorwerpen als vermogensrechten kan beslaan.

in het licht van het doel en de bewoordingen van die richtlijn moet worden uitgelegd.¹⁵⁰ Daarbij is mede van belang dat de productenaansprakelijkheid gecompliceerd wordt met de dienstenaansprakelijkheid en het begrip product primair ziet op het verschil tussen product en dienst in plaats van zaak en niet-zaak.¹⁵¹

De tekst van de richtlijn noch de achtergrond of considerans daarvan, geven uitsluitend omtrent de precieze grenzen van het begrip 'roerend goed'. Omtrent een aantal objecten is dan ook discussie ontstaan of deze vallen onder het begrip 'product' of niet. Binnen deze discussies speelt het stoffelijkheids criterium van zaken een belangrijke rol. Ten aanzien van software is bijvoorbeeld verdedigd dat dit ('onstoffelijke') informatie verschaft en dus eerder als dienst moet worden beschouwd, dan als product.¹⁵² Anderen zien de stoffelijke drager en de software als één geheel en merken derhalve software aan als product.¹⁵³ Bij de behandeling van het wetsvoorstel tot aanpassing van het BW aan de richtlijn, heeft de wetgever zich al tegen een dergelijke redenering gekeerd:

Produkten in de zin van de richtlijn zijn stoffelijke objecten. Om die reden is voor elektriciteit een bijzondere bepaling opgenomen. Software kan op eenvoudige wijze onder het bereik van de richtlijn worden gebracht door vereenzelviging met het stoffelijk object dat de drager vormt. (...) Een dergelijke oprekking van het produktbegrip is naar onze mening evenwel niet zonder bezwaren.¹⁵⁴

De kritiek op deze kwalificatievereenzelviging van drager en software ligt in de miskennis van het verschil in belang tussen drager en software. Het is de waarde van de software en de functie van de software die voor de mens centraal staan. De drager is daaraan ondergeschikt. Bovendien zou er zo verschil kunnen ontstaan tussen software op een drager en software zonder drager, de zogenaamde 'telesoftware'. Diverse schrijvers pleiten voor een functionele toepassing van het productbegrip. Stuurman & Vandenbergh, Verkade en Westerdijk pleiten voor een nuancering van het stoffelijkheids criterium. Zij stellen dat een product niet streng natuurwetenschappelijk stoffelijk hoeft te zijn, maar aan de macht van de mens onderworpen moet zijn, een belang vertegenwoordigen en individualiseerbaar moet zijn. Aangezien soft-

150 Zie Westerdijk 1995, p. 75; Zie Wissink 2001, p. 23 e.v.

151 Zo bepaalt artikel 60 EG-verdrag bijvoorbeeld dat als diensten worden beschouwd: dienstverrichtingen welke gewoonlijk tegen een vergoeding geschieden, voor zover de bepalingen betreffende het vrije verkeer van goederen, kapitaal en personen op deze dienstverrichtingen niet van toepassing zijn. De diensten bevatten met name werkzaamheden van a) industriële aard, b) commerciële aard, c) ambachtelijke aard en d) van de vrije beroepen.

152 Borking 1987, p. 930.

153 Dommering-Van Rongen 1991, p. 93-95. Zie ook Dommering-Van Rongen 1988 en Dommering-Van Rongen 1990.

154 TK 1988-1989, 19 636, nr. 13, p. 5.

ware altijd moet zijn vastgelegd wil het schade kunnen veroorzaken, kan toch tot de kwalificatie van 'produkt' worden geconcludeerd.¹⁵⁵ Westerdijk geeft weer dat de gebruiker minder geïnteresseerd is in de overdracht van informatie naar de centrale verwerkingseenheid, dan in de functies die met behulp van het programma kunnen worden uitgevoerd.¹⁵⁶ Zo vertoont software door de, voor zijn functioneren noodzakelijke, vastlegging op een drager, voldoende stoffelijke kenmerken om als product te worden aangemerkt.¹⁵⁷ Ook telesoftware wordt uiteindelijk door de gebruiker vastgelegd en is om die reden toch als product aan te merken. Software is dus evenzeer als de traditionele producten als technisch werktuig te beschouwen en kan door zijn gebruik zelfstandig schade veroorzaken.¹⁵⁸

Een ander kwalificatieprobleem betreffen de delen van een menselijk lichaam. Zoals algemeen wordt aanvaard zijn levende personen niet als zaak te beschouwen. De mens is een rechtssubject en geen rechtsobject.¹⁵⁹ Bij menselijke organen en bloed wordt echter naar de heersende leer over een product gesproken, zodra zij van het lichaam gescheiden zijn.¹⁶⁰ Bloedbanken worden als producent aangemerkt. Bij ziekenhuizen hangt het er vanaf of zij het product zelf hebben vervaardigd. De aansprakelijkheid van ziekenhuizen voor besmetting door bloedtransfusies valt alleen onder de richtlijn indien er sprake is van eigen productie.¹⁶¹ Ook hier is de grens tussen product en dienst vaag: bestraling wordt in de rechtspraak als een medische behandeling, dus als dienstverlening beschouwd; medische apparatuur en medische hulpmiddelen echter als product.¹⁶²

Ondanks het feit dat elektriciteit als product in artikel 6:187 BW wordt genoemd, levert dit object soms kwalificatieproblemen op omdat de grens met de dienstverlening niet duidelijk is. De eventuele aansprakelijkheid geldt bovendien alleen voor schade veroorzaakt door tekortkomingen in het productieproces.¹⁶³ Stroomuitval door kabelbreuk valt dus buiten de richtlijn. Vol-

155 Stuurman & Vandenberghe 1988, p. 1667-1672; Verkade 1990, p. 48-49; Westerdijk 1995, p. 90-92. Vgl. Kleve & De Mulder 1989, p. 1343-1344. Ook ten aanzien van telesoftware, waar door middel van telecommunicatie software ter beschikking wordt gesteld, wordt bij de ontvanger een kopie in de computer 'vastgelegd'.

156 Westerdijk 1995, p. 192.

157 Westerdijk 1995, p. 198.

158 Westerdijk 1995, p. 202. De Europese Commissie heeft in *PbEG* 8 mei 1989, C 114/42 te kennen gegeven dat de richtlijn op software toepasselijk is. Het Hof van Justitie heeft deze uitleg (nog) niet bevestigd. Westerdijk legt de grens bij de instructieve informatie gericht op de mens. Deze informatie kan niet op zelfstandige wijze schade veroorzaken en moet dus buiten het bereik van de produktenaansprakelijkheid blijven. De schade doet zich pas voor indien de mens op basis van die instructies tot handelen overgaat.

159 Zie over het civielrechtelijke rechtskarakter van de mens § 3.2.10.

160 Vgl. Dommering-Van Rongen 1991, p. 86 en de daar vermelde literatuur.

161 Dommering-Van Rongen 1991, p. 87.

162 Dommering-Van Rongen 1991, p. 88.

163 MvA, Kamerstukken 1989-1990, 19636, nr. 162b. Uitgesloten worden aldus gebreken die toe te schrijven zijn aan later optredende gebeurtenissen, zoals bliksemingslag.

gens de Memorie van Toelichting vormen afwijkingen in de netspanning een gebrek.¹⁶⁴ Onderbreking van de levering kan naar de mening van Dommering-Van Rongen eveneens als een gebrek worden aangemerkt.¹⁶⁵ Het product elektriciteit brengt met zich mee dat men een constante levering mag verwachten.

Duidelijk is dat de in de Nederlandse tekst gebruikte 'zaaksbegrip' bij de kwalificatie tot een 'product' voorop staat. De ratio van de productenaansprakelijkheidsrichtlijn kan echter meebrengen dat er ten aanzien van bepaalde objecten minder stringent met dit begrip wordt omgegaan. De ratio is consumentenbescherming en het rechtvaardig verdelen van risico's tussen producenten en consumenten. De functionaliteit van het desbetreffende product speelt binnen deze ratio een doorslaggevende rol. Vereist is daarenboven dat de producent het product in het verkeer heeft gebracht en dat het is vervaardigd voor de verkoop 'of voor enige andere vorm van verspreiding met een economisch doel'.

3.1.7 Tussenconclusie

Het eigendomsrecht ziet op de heerschappij over zaken. Artikel 5:1 lid 2 BW bepaalt dat het de eigenaar vrijstaat om met uitsluiting van een ieder vrij van de zaak gebruik te maken. Het begrip 'zaak' heeft in dit proefschrift de betekenis van rechtsobject van een eigendomsrecht, omschreven in artikel 3:2 BW als een voor menselijke beheersing vatbaar stoffelijk object. Met de aanvaarding van eigendomsrechten op rechtsobjecten, is de vraag ontstaan welke dingen tot het begrip 'rechtsobjecten' gerekend kunnen worden. Door de ontwikkeling van de samenleving zijn steeds meer objecten relevant geworden voor de mens. Deze ontwikkeling heeft direct gevolgen voor de grenzen van het begrip 'rechtsobject'. Steeds vaker komt de vraag aan de orde of bepaalde nieuwe 'objecten' niet dezelfde functie en strekking hebben als de vanouds erkende rechtsobjecten en derhalve ook niet onder het begrip 'rechtsobject', onder het begrip 'zaak' kunnen vallen.

Uit de ontwikkelingsgeschiedenis van de zaken in diverse codificaties vanaf het Romeinse recht tot heden, is af te leiden dat de zaken altijd al een belangrijke rol hebben gespeeld. De verhouding tussen rechtssubject en rechtsobject vormt de basis van het goederenrecht.

De technische grens van het zaaksbegrip wordt gevormd door de individualiteitseis. Van oudsher werd de individualiteit beschreven aan de hand van de criteria 'stoffelijkheid' en 'voor menselijke beheersing vatbaarheid'. Daar-

164 MvT II, Kamerstukken 1989-1990, 19636, p. 10. Zoals het geval van een te hoge spanning; vgl. Geschillencommissie Openbare Nutsbedrijven 21 februari 1989, Rechtshulp 1989, nr. 6, p. 18.

165 In dezelfde zin Verkade/Van Sint Truiden & Maassen 1990, p. 43-44.

naast worden wel de eisen van 'zelfstandigheid' en 'waarde' genoemd. Verdedigd is dat deze criteria in het licht van de noodzakelijke 'individualiteit' moeten worden uitleggen. Het gaat er niet om of van een bepaald object bewezen kan worden dat het natuurkundige stoffelijkheid bezit of niet, het gaat er om dat voor het recht vastgesteld kan worden dat het desbetreffende object voldoende individualiteit, specificiteit, bezit om als zaak te kunnen fungeren. Belangrijke aanwijzing voor individualiteit is dat derden van het gebruik van het desbetreffende objecten kunnen worden uitgesloten, dat het desbetreffende object voldoende begrensd kan worden, dat het object voldoende individualiteit bezit. Alleen een object dat voldoende individualiteit bezit kan een recht voor een eigenaar en een plicht voor een niet-eigenaar legitimeren.

Vervolgens kent het zaaksbegrip ook een ethische grens: objecten die aan de technische eisen voldoen, kunnen toch buiten het zaaksbegrip vallen omdat ten aanzien van die kwalificatie (en/of de gevolgen daarvan) ethische bezwaren gelden. De ethische grens speelt met name een rol ten aanzien van de zaakskwalificatie van lichaam, lijk en lichaamsmaterialen (zie § 3.2.10 e.v.).

De zaken zijn die objecten om de mens heen, die voldoende individualiteit bezitten en waarvan de zaakskwalificatie geen ethische bezwaren met zich meebrengt.

3.2 GRENSGEVALLEN

A *Technische grens*

3.2.1 Lucht

Lucht wordt vaak hét voorbeeld genoemd van een object dat buiten het zaaksbegrip valt. De Toelichting Meijers noemt bij artikel 3:2 BW direct dat de mens de lucht niet kan beheersen.¹⁶⁶ De menselijke beheersbaarheid is één van de eisen die artikel 3:2 BW aan de zaken stelt. De lucht komt van nature in zo'n onbegrensde constellatie voor, dat zij niet voor menselijke beheersing vatbaar is. Het is voor een potentiële eigenaar niet mogelijk om aan te geven van welk stukje lucht hij eigenaar is en op welk stukje lucht geen inbreuk mag worden gemaakt. De lucht is één geheel en de mens kan de lucht niet verplaatsen of afsluiten van het gebruik door derden.

Zoals in § 3.1.5 is verdedigd, dienen de eisen van 'stoffelijkheid' en 'voor menselijke beheersing vatbaarheid' te worden geïnterpreteerd in het licht van de voor rechtsobjecten noodzakelijke 'individualiteit'. Wil inbreuk op het object door derden gesanctioneerd kunnen worden, dan moet aan het eigendomsrecht

166 TM, *Parl.Gesch.*, Boek 3, p. 64.

een object ten grondslag liggen dat voldoende individualiteit bezit. Het object moet voor derden kenbaar zijn. Lucht in het algemeen bezit onvoldoende individualiteit: het is in de natuurlijke constellatie niet voldoende te begrenzen.

Dit geldt tevens voor een kolom lucht. Een luchtkolom is niet af te grenzen van de kolom ernaast, het bezit onvoldoende individualiteit. Het is voor derden niet precies kenbaar waaruit de kolom lucht precies bestaat en hoe ver de kolom precies reikt. Op een luchtkolom kan derhalve geen eigendomsrecht gevestigd worden.¹⁶⁷

Anders ligt dat met lucht in een fles of in een cilinder. Met het vangen van een stukje lucht, heeft die hoeveelheid lucht individualiteit, specificiteit, verkregen. De potentiële eigenaar kan aantonen ten aanzien van welk object zijn heerschappij gerespecteerd moet worden door derden. Is er in een dergelijk geval sprake van één zaak of van twee? Zoals in § 3.1.4.2 aan de orde is gekomen, wordt over het algemeen gesteld dat de inhoud en het hulpmiddel waardoor de inhoud voldoende individualiteit verkrijgt, twee afzonderlijke zaken zijn. Zowel de fles als de lucht kunnen afzonderlijke objecten van afzonderlijke eigendomsrechten zijn.

Het wetboek geeft enkele regels omtrent de lucht in het algemeen. Zo geeft artikel 5:21 lid 1 BW de eigenaar van de grond de bevoegdheid om de ruimte boven en onder de oppervlakte te *gebruiken*. Er wordt hier geen eigendomsrecht verleend maar slechts een 'gebruiksbevoegdheid'. De Toelichting Meijers overweegt:

Hoewel het recht op het stoffelijk voorwerp een recht van eigendom is, heeft de eigenaar daarvan niet meer dan een beperkt recht op de ruimte, waarin zich het voorwerp bevindt; dit beperkte recht strekt zich niet verder uit dan het gebruik voor een bepaald doel.¹⁶⁸

De eigenaar van de grond krijgt een gebruiksrecht om de ruimte boven de grondoppervlakte te gebruiken. Bijzonder is dat deze gebruiksbevoegdheid, evenals de eigendom, exclusief is: de eigenaar mag derden van gebruik van dit gebruiksrecht uitsluiten. De grens van deze exclusiviteit ligt ingevolge artikel 5:21 BW bij het *belang* van de eigenaar. Heeft de eigenaar geen belang om zich tegen inbreuk op het gebruiksrecht te verzetten, dan zal hij de inbreuk moeten dulden.¹⁶⁹

167 Vgl. Pitlo/Reehuis, Heisterkamp 2001, nr. 541.

168 TM, *Parl.Gesch.*, Boek 5, p. 119.

169 Hennekens 2001, p. 57, geeft aan dat van een recht van de eigenaar van de grond op het gebruik van radiogolven in het luchtruim boven de grond, geen sprake is. Hetzelfde geldt voor gebruik van de windkracht of de aan het luchtruim onttrokken lucht. Pitlo/Reehuis, Heisterkamp 2001, nr. 543, geeft eveneens weer dat dit exclusieve gebruiksrecht van de eigenaar kan worden doorbroken door bijzondere wetten. Genoemd worden de Telecommunicatiewet, De Mijnwet en de Belemmeringenwet Privaatrecht.

Nu is het gebruik van het woord 'ruimte' in artikel 5:21 BW enigszins verwarrend aangezien artikel 5:20 BW bepaalt dat de grond onder meer omvat de bovengrond en de daaronder bevindende aardlagen en het grondwater.¹⁷⁰ Valt de ruimte nu wel of niet onder het begrip 'grond' van artikel 5:20 BW? In het Rapport aan de Koningin wordt een antwoord gegeven. Het gaat, aldus het Rapport, om het onderscheid tussen de eigendom van de materie onder de oppervlakte en de bevoegdheid tot gebruik van de (immateriële) ruimte onder en boven de oppervlakte. Het eerste, de vaste, vloeibare of gasvormige materie onder de oppervlakte, is geregeld in artikel 5:20 BW. Het tweede, de immateriële ruimte onder en boven de oppervlakte, is in artikel 5:21 BW geregeld.¹⁷¹ Het Rapport stelt dat het voor toepassing van artikel 5:21 BW in beginsel onverschillig is welke materie (bijvoorbeeld 'lucht' dan wel 'aardlagen') zich in die ruimte bevindt.¹⁷²

Opmerkelijk is dat lucht hier als 'materie' wordt aangeduid. Daarmee wordt nogmaals duidelijk dat de kwalificatieproblemen van het object 'lucht' niet zozeer liggen bij de in artikel 3:2 BW genoemde eis van stoffelijkheid (lucht heeft massa), maar bij de eis dat het object voor menselijke beheersing vatbaar moet zijn. Beide eisen kunnen als uitvloeisel worden beschouwd van de voor een rechtsobject noodzakelijke 'individualiteit'. Lucht kan alleen een object van eigendom zijn als derden kunnen weten op welk object, op precies welk stuk lucht, zij geen inbreuk mogen maken. Dat is niet mogelijk ten aanzien van lucht in het algemeen en lucht in het algemeen kan dus nooit een zelfstandig object van een eigendomsrecht zijn.

Vervolgens wordt er wel getracht het luchtruim als 'openbare zaak', als 'zaak met een publiekrechtelijke bestemming' te kwalificeren. Dit in navolging van het Duitse recht, waar het luchtruim wordt aangemerkt als een *Öffentliche Sache*.¹⁷³ Hennekens is hier voorstander van. Hij stelt dat het publiekrecht zich inlaat met het luchtruim en dat daarmee deze 'zaak', hoewel niet vallend onder artikel 3:2 BW, vanwege haar algemeen belang en het gebruik ervan voorwerp van regulering is.¹⁷⁴ Zoals in § 2.1.6.1 is aangegeven, bestaat er geen publiekrechtelijke eigendom en heeft het publiekrechtelijke zaaksbegrip

170 Advies RvS, *Parl.Gesch.*, Boek 5, p. 126.

171 Rapport aan de Koningin, *Parl.Gesch.*, Boek 5, p. 126.

172 Rapport aan de Koningin, *Parl.Gesch.*, Boek 5, p. 126-127. Ten overvloede wordt er vervolgens nog op gewezen dat de opmerking van de Raad, als zij juist was, evenzeer zou gelden voor de ruimte boven de oppervlakte: ook deze ruimte is vrijwel steeds gevuld met materie, hetzij lucht, hetzij een gebouw, een beplanting of een zich los in de ruimte bevindend voorwerp als een vliegtuig.

173 Hennekens 2001, p. 56. Het Duitse recht kent zaken met een publieke bestemming, de zogenaamde 'Öffentliche Sachen'. Mayer is de geestelijke vader van deze Duitse theorie. De definitie van deze zaken kan afwijken van de civielrechtelijke definitie. Vgl. Papier 1984, p. 2 en Van der Veen 1997, p. 74-75. Het BGB geeft geen specifieke bepalingen omtrent de *Öffentliche Sachen*. Het leerstuk wordt met name door het bestuursrecht beheerst. Vgl. Van der Veen 1997, p. 36-53.

174 Hennekens 2001, p. 57.

een geringe betekenis. Er is geen privaatrechtelijke eigendom van het lucht-ruim, of een kolom van lucht mogelijk. Wel bepaalt artikel 5:37 lid 1 BW dat, mede gezien het algemeen belang dat lucht vertegenwoordigt, het onthouden van licht of lucht, hinder vormt.

Artikel 5:21 lid 3 BW bepaalt vervolgens dat de bevoegdheid tot vliegen niet wordt beheerst door de vraag naar de eigendom van de grond en het gebruiksrecht van de ruimte.¹⁷⁵ Deze bevoegdheid dient beoordeeld te worden door het recht omtrent de onrechtmatige daad en publiekrechtelijke regels, zoals het luchtrecht.¹⁷⁶

Lucht is geen individualiseerbaar object, geen 'zaak' in de zin van artikel 3:2 BW. In die zin is het niet mogelijk een absoluut recht op lucht te vestigen, er zijn geen (absolute) goederen op lucht mogelijk. Men kan een niet-bestaand 'recht op lucht' niet overdragen, niet verpanden, niet in het faillissementsvermogen meenemen en ook niet verkopen. Lucht in een fles of cilinder bezit wel individualiteit en kan derhalve wel object van eigendomsrecht zijn. Dit eigendomsrecht is een goed dat voor overdracht vatbaar is (artikel 3:83 BW) en is derhalve vatbaar voor de in § 2.3 genoemde goederenrechtelijke gevolgen die verbonden zijn aan het zijn van een 'goed'. Zo kan dit eigendomsrecht object van pandrecht kan zijn (artikel 3:228 jo artikel 3:236 lid 1 BW (vuistpand) of artikel 3:237 BW (stil pandrecht)) of van andere beperkte rechten als het recht van vruchtgebruik (artikel 3:201 BW). Vervolgens kan het ook object van beslag kan zijn (artikel 3:276 BW jo artikel 439 Rv of artikel 711 Rv), kan het goed in het faillissementsvermogen vallen (artikel 20 Fw), en dergelijke. Het hangt dus van de desbetreffende constellatie af of lucht als rechtsobject kan worden gekwalificeerd of niet. Individualiseerbaar gemaakte lucht is wel een zaak, lucht in de natuurlijke constellatie niet.

In de krant worden wel artikelen geschreven over '*Handel in lucht*'.¹⁷⁷ Bij nadere analyse blijkt het dan over de komst van Europese emissierechten te gaan. Deze emissierechten worden ingevoerd om de hoeveelheid CO₂ uitstoot in de wereld te verminderen.¹⁷⁸ Reductie van CO₂ uitstoot is een van de middelen die gebruikt kunnen worden om de klimaatveranderingen binnen de perken te houden.

De Stichting Onderzoek Wereldvoedselvoorziening te Amsterdam en het Centre for Science and Environment in New Delhi hebben een systeem van

175 In TM, *Parl.Gesch.*, Boek 5, p. 126, staat dat niet uitgesloten wordt 'dat onder bijzondere omstandigheden het vliegen, ook zonder onmiddellijk gevaar voor de op de grond bevindende personen en zaken, desniettemin uit anderen hoofde onrechtmatig is, dus niet wegens inbreuk op het eigendomsrecht, maar b.v. wegens strijd met de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt ten aanzien van eens anders persoon of goed'.

176 MvA, *Parl.Gesch.*, Boek 5, p. 127. Fischer-Keuls 1973, p. 1142, Pitlo/Reehuis, Heisterkamp 2001, nr. 542.

177 Zo bijvoorbeeld de kop van een artikel in NRC van 10 april 1998.

178 Zie Versteeg en Vos 1995.

handel in lucht tussen rijke en arme landen uitgevonden. Door middel van markthandel wordt getracht de uitstoot van CO₂ te verminderen. Het systeem is gebaseerd op de fictie dat de hoeveelheid lucht op de wereld verdeeld wordt over het totaal aantal wereldburgers. Iedere wereldburger wordt 'eigenaar' van een bepaalde hoeveelheid lucht.

Landen die meer luchteenheden vervuilen dan die in 'eigendom' zijn van de inwonende wereldburgers, moeten een bepaalde boete betalen. Landen die aanzienlijk minder luchteenheden vervuilen dan dat er qua wereldburgers aan luchteenheden is toegekend, kunnen een premie ontvangen. Er wordt dus eigenlijk gekeken naar de vervuiling van de hoeveelheid kooldioxide (CO₂) per land, omgerekend naar het aantal inwoners. Ieder emissierecht geeft de koper de bevoegdheid een bepaalde hoeveelheid CO₂ uit te stoten.¹⁷⁹ Degenen die vervolgens hun CO₂-uitstoot verminderen, mogen rechten gaan verkopen aan degenen die dat niet doen. Zo kan er een handel in emissierechten ontstaan.

De emissierechten die zo ontstaan zijn geen absolute rechten op een stukje schone lucht. Zij zijn verhandelbare rechten die de overheid gebruikt als beleidsinstrument (zie § 2.3.2). Qua rechtskarakter komen deze emissierechten in de buurt van vergunningen. Elk emissierecht is een soort vergunning om een hoeveelheid koolstof uit te stoten gedurende een bepaalde periode. Dit vergunningenstelsel geldt alleen ten opzichte van bepaalde rechtssubjecten: de ondertekende landen. Heeft een land getekend dan heeft dat land, en derhalve al zijn inwoners, de persoonlijke verplichting op zich genomen om tot een maximum gebruik van CO₂ te komen. Nederland heeft het klimaatverdrag van Kyoto in 1997 ondertekend en heeft zich daarmee verplicht om zijn CO₂ uitstoot te verminderen. Emissierechten zijn 'goederen', zij kunnen, afhankelijk hoe dat bij wet zal worden geregeld, worden overgedragen en verhandeld. Zijn geen extra emissierechten gekocht en wordt het plafond van uitstoot overschreden, dan kunnen de overige deelnemende landen sancties treffen wegens wanprestatie. De verwachting is dat 40 industrielanden in 2002 het protocol hebben geratificeerd waardoor rond 2012 de uitstoot van broeikasgassen 5,2 procent onder het niveau van 1990 zal liggen.¹⁸⁰

3.2.2 Water

In beginsel kan water, evenals lucht, aan de eisen van de mogelijkheid van menselijke beheersing en stoffelijkheid voldoen (water en lucht hebben massa):

¹⁷⁹ Vgl. NRC 15 januari 2002 'Uitstoot van CO₂ verminderen via emissiehandel' en NRC 17 januari 2002 'Handel in hete lucht'. Zie ook TK 27089, nr. 3; TK 26578, en TK 24036.

¹⁸⁰ NRC 12 november 2001: 'Compromis over reductie broeikasgas'. De Verenigde Staten hebben in 2001 te kennen hebben gegeven geen partij te willen zijn bij het zogenaamde Kyoto-verdrag. In november 2001 is wel een akkoord bereikt met Japan en Rusland.

water en lucht zijn in abstracto te individualiseren, ze hebben in beginsel voldoende specificiteit. Maar water en lucht komen van nature in zo'n onbegrensde constellatie voor, dat zij onvoldoende individualiteit bezitten. Een stuk lucht van de lucht om ons heen en een stukje water van het water in de zee, zijn zonder technische hulpmiddelen, en dus deel uitmakend van een groter geheel, niet voldoende te begrenzen.

Maakt men lucht en water met (technische) hulpmiddelen individualiseerbaar door het bijvoorbeeld in een fles of een boiler te 'vangen', dan is dat begrensde stukje water een zelfstandige zaak. Het stukje water bezit dan voldoende individualiteit. Water in een zwembad, water in een waterkoker of water in een boiler, zullen als zaak kunnen worden gekwalificeerd. Maar wanneer water uit een fles in zee wordt geschonken, dan gaat de mogelijkheid om die specifieke hoeveelheid water uit de fles te individualiseren, verloren. De kwalificatievraag van water moet dus afhankelijk van de constellatie van het desbetreffende water worden bekeken.¹⁸¹

Het Burgerlijk Wetboek geeft slechts indirect regels omtrent de kwalificatie van water.¹⁸² Artikel 5:20 BW bepaalt dat de eigendom van grond ook omvat het grondwater dat door een bron, put of pomp aan de oppervlakte is gekomen (sub c). De wet gaat ervan uit dat er, voordat dit water naar de oppervlakte is gehaald, sprake is van een *res nullius*.¹⁸³ De eigenaar van het erf wordt zodra het water via een bron, put of pomp aan de oppervlakte is gekomen, automatisch eigenaar van dit grondwater.¹⁸⁴ Artikel 5:20 sub d BW bepaalt vervolgens dat de eigendom van de grond ook het water omvat dat zich op de grond bevindt en niet in open gemeenschap met water op eens anders erf staat.¹⁸⁵ Bij de eigendom van de grond kan dus op grond van artikel 5:20 sub c en d BW, ook de eigendom van het water horen. Dit water en de grond moeten echter wel als twee afzonderlijke zaken worden beschouwd. Water is een zelfstandige roerende zaak en wordt niet pas roerend als het van de bodem wordt afgescheiden.¹⁸⁶

Artikel 5:20 BW bepaalt dus aan de ene kant wat als bestanddeel onder de eigendom van de grond valt en aan de andere kant bepaalt wat als zelfstandige zaak – nevens geschikt aan de eigendom van de grond – aan de eigenaar van de grond in eigendom toebehoort. Duidelijk is dat het in de genoemde

181 Het Hof te Arnhem overwoog op 10 juli 1911, W. 9236 dat een rivier geen voorwerp van recht kan zijn.

182 Zie voor het oud BW onder anderen: Asser/Scholten 1905, p. 3 en Plantenga 1949, p. 505-508 en p. 513-516.

183 TM, *Parl.Gesch.*, Boek 5, p. 120.

184 TM, *Parl.Gesch.*, Boek 5, p. 120.

185 In geval van overstrooming behoort het water in beginsel niet toe aan de eigenaar van de grond die overstroomd is, maar wel als het water tot stilstand is gekomen en niet meer in open verbinding staat met water op eens anders erf. Vgl. Asser/Davids/Mijnssen/Van Velten 1996 (3-II), nr. 99.

186 In gelijke zin Van Maanen 1992, p. 974 en Hennekens 1999, p. 372.

gevallen telkens gaat om een individualiseerbare hoeveelheid water, om een voldoende begrensde hoeveelheid water. De wet vermeldt expliciet dat het water niet in open gemeenschap met water op iemands anders erf mag staan. Alleen als circulatie met de andere erven niet mogelijk is, is het water voldoende begrensd en is er sprake van de eigendom van de grondeigenaar.¹⁸⁷ Water houdt zich immers bij een open verbinding niet aan grenzen van grondgebieden. Wel bepaalt artikel 5:40 BW voor welke doeleinden de grondeigenaar van een erf dergelijk water dat aan een openbaar of stromend water grenst, mag gebruiken.¹⁸⁸

Voor de overige constellaties van water, heeft de wetgever getracht de zeggenschap over het water te koppelen aan de zeggenschap over de *bodem* van het water.¹⁸⁹ Zo bepaalt artikel 5:25 BW dat de bodem van de territoriale zee en van de Waddenzee, eigendom van de Staat is.¹⁹⁰ Op grond van dit eigendomsrecht van de bodem, kan de Staat zorg dragen voor deze bodem en de daarboven en daaronder liggende ruimten (artikel 5:21 BW).¹⁹¹ Men denke aan het verbieden van het plaatsen van booreilanden en het uitgeven van concessies en ook aan een eventueel recht van de Staat op delfstoffen die zich in de bodem van de zee bevinden, en voor werken en bouwprojecten met betrekking tot de zeebodem.¹⁹² Het zeewater zelf valt dus niet onder het

187 MvA II, *Parl.Gesch.*, Boek 5, p. 122. Er is dus niet gekozen voor een mede-eigendomsconstructie. Het water is een roerende *res nullius*, totdat iemand het zich toe-eigent. Vgl. Pitlo/Reehuis, Heisterkamp 2001, nr. 537. In Hof 's-Gravenhage 14 november 1973, *NJ* 1974, 410 is zo bepaald dat eigendom van het perceel van de plaseigenaar niet de eigendom van de daarop voorkomende materie water inhoudt, nu dit in open verbinding staat met ander water van percelen die niet dezelfde eigenaar toebehoren.

188 Betreft het een openbaar water, dan is op grond van artikel 5:40 lid 2 BW, dit alleen van toepassing voor zover de bestemming van het water zich er niet tegen verzet.

189 Onder het oude recht werd in artikel 577 BW nog gesproken van het toebehoren van de bevaarbare en vlotbare stromen en rivieren met hunne oevers en dergelijke.

190 Dit artikel is reeds in 1981 als artikel 576a oud BW ingevoerd bij Wet van 11 maart 1981, *Stb.* 112. De grens van de territoriale zee ligt op ruim 22 km, aldus artikel 1 van de Wet grenzen Nederlandse territoriale zee van 9 januari 1985, *Stb.* 129. Vgl. TM, *Parl.Gesch.*, Boek 5, p. 134: Overigens valt aan te nemen dat beperkte zakelijke rechten hierop nog wel door de Staat aan anderen verleend kunnen worden. Vergelijk in dit verband met dit onderwerp ook de Memorie van Toelichting en artikel 13 lid 1 van de Wet bodemmateriële Noordzee van 14 juni 1974, *Stb.* 436.

191 Behoudens de uit het volkenrecht voortvloeiende uitzonderingen, zoals de vrije scheepvaart.

192 MvT, *Parl.Gesch.*, Boek 5, p. 135. In HR 19 mei 2000, *NJ* 2000, 639 overweegt het Hof dat de Noordzee niet de publieke bestemming van stortplaats heeft – in die zin dat een ieder het recht zou hebben daar vrijelijk baggerspecie te deponeren – en dat het gebruik van de zee als stortplaats daarom als een bijzonder gebruik heeft te gelden, waarvoor de staat als eigenaar van de bodem van de territoriale zee in beginsel een financiële vergoeding kan bedingen. Daarbij maakt de Staat volgens het Hof geen misbruik van haar bevoegdheden als eigenaar.

eigendomsrecht van de Staat. Het zeewater op zichzelf is geen geïndividualiseerde zaak.¹⁹³

Artikel 5:27 BW bepaalt dat de grond waarop zich openbare vaarwateren bevinden, vermoed wordt eigendom van de Staat te zijn.¹⁹⁴ Het begrip ‘openbare vaarwateren’ is minder ruim dan ‘openbare wateren’. ‘Openbaar water’ in de zin van Boek 5 is ieder water, dat voor enig gebruik open staat voor het publiek. Blijkens de toelichting gaat het dan in de eerste plaats om bevaarbare stromen.¹⁹⁵ Vervolgens worden ook de stromen die slechts door pleziervaartuigen worden bevaren en de niet-stromende wateren die openstaan voor beroeps- of pleziervaart genoemd. Tenslotte vallen ook de wateren waar schepen en jachten niet kunnen komen, maar die wel voor publiek toegankelijk zijn om te vissen of te zwemmen, onder het begrip ‘openbaar water’.¹⁹⁶ Artikel 5:27 BW ziet slechts op de openbare *vaarwateren*. Lid 2 van dit artikel bepaalt dat het vermoeden van eigendom niet werkt tegenover een openbaar lichaam dat dit water onderhoudt of onderhouden heeft, en waarvan het onderhoud inmiddels door de Staat is overgenomen. Dit is weinig consistent: in beginsel wordt de zeggenschap over het water afhankelijk gesteld van de eigendom van de *bodem*, maar deze hoofdregel geldt kennelijk niet als het *water* door een openbaar lichaam wordt *onderhouden*.¹⁹⁷ Kennelijk is het water wel een voldoende zelfstandig object om een onderhoudsplicht aan te koppelen, maar niet voldoende zelfstandig om als object van een eigendomsrecht te kunnen worden gekwalificeerd.

Waar van oudsher het water en de zee als geheel, als zaken buiten de handel werden beschouwd, als ‘res communes omnium’, geeft het wettelijk

193 Met ‘zee’ doelt men in de regel op de territoriale zeeën, vgl. de Wet grenzen Nederlandse territoriale zee van 9 januari 1985, *Stb.* 129. In nauw verband met de zee, staat het strand. Artikel 5:26 BW bepaalt dat de stranden van de zee tot aan de duinvoet, vermoed worden eigendom te zijn van de Staat. Vgl. Van Maanen 1992, p. 974. In HR 11 december 1899, *W.* 7374 overwoog de Hoge Raad reeds dat de Staat bevoegd is het gebruik te regelen van de stranden waarvan zij eigenaar is. Anders dan de zeebodem kunnen de stranden wel aan een ander dan de Staat toebehoren. Ingewikkeld is dat de grenzen van stranden niet steeds hetzelfde zijn. Er kunnen blijvende wijzigingen in de zeespiegel optreden en bij eb en vloed lijkt de grens tussen land en water dagelijks te verschuiven. Volgens het Rapport aan de Koningin, *Parl.Gesch.*, Boek 5, p. 137 wordt onder ‘strand’ die gedeelten verstaan, die normaliter door duinen of door een kunstmatige zeewering van het binnenland worden gescheiden. Het gaat dan om de strook zand, die bij normale vloed onder water staat en bij eb droog ligt, tot aan de duinvoet. Vanaf de duinvoet landinwaarts geldt het gewone eigendomsregime. Ook de duinvoet kent geen vaste grens, duinen verplaatsen zich eveneens. Artikel 5:35 geeft hier regels voor.

194 Specifieke wetgeving, zoals de Scheepvaarverkeerswet van 1988, *Stb.* 352, kan nadere regels geven omtrent het gebruik van het water boven deze grond. Zie hierover nader Van der Veen 1997, p. 253-256 en Hennekens 2001, p. 68-79.

195 In HR 12 juni 1951, *NJ* 1951, 616, ziet de Hoge Raad deze bevaarbare stromen als stromen die met enige duurzaamheid en frequentie voor het economisch vervoer van goederen en personen worden gebezigd.

196 TM, *Parl.Gesch.*, Boek 5, p. 166.

197 In gelijke zin Hennekens 2001, p. 23.

stelsel heden ten dage zeer diverse regelingen voor water in verschillende constellaties.¹⁹⁸ Voor niet begreemd water, de zee en stromend water, heeft de wetgever een zeker gebruiksrecht vastgesteld via de constructie van de eigendom van de bodem.¹⁹⁹ Voor begreemd water, een meertje of grondwater in een put, heeft de wetgever een zelfstandig eigendomsrecht vastgesteld, eveneens via de constructie van de eigendom van de bodem (van het erf; artikel 5:20 BW sub c en d). De rechten en plichten ten aanzien van water van nabijgelegen erven, worden nader geregeld in artikel 5:38 BW (de eigenaar van het lagere erf mag niets doen waardoor uitwatering van het hogere erf wordt belet) en artikel 5:39 BW (men mag geen hinder toebrengen aan de loop van het water).

In de om ons heen liggende landen geeft de kwalificatie van water als rechtsobject eveneens problemen. In Frankrijk kent het water, evenals in Nederland diverse regelingen afhankelijk van de desbetreffende constellatie.²⁰⁰ Frankrijk kent ten eerste wateren die behoren tot het *domaine public* en wateren die behoren tot het *domaine privé*.²⁰¹ Doorslaggevend bij deze onderscheiding, is dat water een noodzakelijke hulpbron is voor een mens om in leven te blijven. Van nature horen tot het *domaine public* de bevaarbare wateren met hun oevers en eilanden en platen die daarin opkomen.²⁰² Ook zoetwatermeren horen tot het *domaine public*. Er wordt onderscheid gemaakt tussen regenwater, bronwater, meren en vijvers en het niet aan de Staat toebehorende stromende water.²⁰³

In Duitsland is het vrije water, zoals water in de zee en het grondwater, evenmin een zaak. Vervolgens maakt het Duitse recht ook een onderscheid

198 Ook binnen de economie wordt het water in steeds mindere mate als 'vrij goed', als *res communes omnium*, beschouwd. Zie Dalhuisen 2002, § 1.2.

199 Aan het gebruik van de zee en overig water kunnen door zowel nationale als internationale regels beperkingen worden gesteld. Zie hierover onder andere Hennekens 2001, § 5.2.

200 De Code Civil geeft in artikelen 640-647 enkele regels, maar deze worden aangevuld in bijzondere wetgeving, zoals de wet 'sur l'eau' van 1992.

201 Het Franse recht kent in navolging van Proudhon zaken die aan de staat toebehoren en een publieke bestemming hebben, de zogenaamde *domaine public*. Jean Baptiste Victor was de geestelijk vader van deze theorie. Vgl. Dufau 1993, Proudhon 1835. De artikelen 538-542 CC geven hieromtrent enige regelingen. Artikel 539 CC bepaalt bijvoorbeeld dat alle onbeheerde en heerloze goederen, alsook de goederen van personen die zonder erfgenaam overlijden of van wie de erfenissen niet opgeëist zijn, behoren tot het openbaar domein. Dit geldt ook voor poorten, muren, grachten, wallen van (oude) oorlogsplaatsen en vestingen. Zie Simon en De Beus 1947, p. 185. De neerslag in de Code Civil is echter sterk verouderd, het leerstuk wordt momenteel vooral door de jurisprudentie en dogmatiek beheerst. Vgl. Van der Veen 1997, p. 17-36.

202 Hennekens 2001, p. 49; Dufau 1993.

203 Chabas 1994, p. 130-138: het regenwater is *res communes* totdat het wordt toegeëigend door de mens. Het regenwater kan object zijn van prive-beheer. Bronwater en water in meren en vijvers, behoren toe aan degene die de grond in eigendom heeft. Minerale bronnen zijn vanwege hun sociale nut aan specifieke regelgeving onderworpen. Ten aanzien van stromend water wordt bepaald dat de bodem van het water in eigendom is van degene die de rivier in eigendom heeft. Vgl. Terré en Simler 1998, nr. 207-226.

tussen vloeiend en stilstaand water. Als het water beheersbaar is, dan kan er een eigendomsrecht op bestaan. Hier ziet men de individualiseerbaarheid van het water een grote rol spelen. De eigendom van de bodem van een stromende rivier is evenals naar Nederlands recht mogelijk.²⁰⁴ De zeebodem kan niet een object van eigendom zijn, dit wordt als *Öffentliche Sachen* beschouwd.²⁰⁵

Aldus is duidelijk geworden dat het ten aanzien van het object water afhankelijk is van de specifieke constellatie of dit water ook voor het recht als zaak kan worden gekwalificeerd. Water in een fles is begrensd, een gedeelte van het zeewater niet. Bezit water in de desbetreffende constellatie voldoende individualiteit, dan is het water als zaak te kwalificeren. Het eigendomsrecht op deze zaak is een *goed* en is derhalve in beginsel vatbaar voor de in § 2.3 genoemde goederenrechtelijke gevolgen die verbonden zijn aan het zijn van een 'goed'. Dit goed is in beginsel voor overdracht vatbaar (artikel 3:83 BW) en derhalve vatbaar voor het vestigen van beperkte rechten (vgl. artikel 3:228 BW). Het goed kan object van beslag zijn (artikel 3:267 BW) en kan in het faillissementsvermogen vallen (artikel 20 Fw).

Belangrijk hierbij is dat ten aanzien van openbaar water het eigendomsrecht in zijn reikwijdte beperkt kan zijn wegens het openbare karakter van de zaak (zie § 2.3.7).²⁰⁶ Hennekens stelt in dit kader dat water op grond van zijn noodzakelijk bestaan voor het voortbestaan van planten, dieren en mensen, vooral publiekrechtelijke aandacht verdient. Zo is drinkwater en overige waterwinning aan overheidsmaatregelen onderworpen. De Grondwaterwet en de Wet op de Waterhuishouding geven daar nadere regels voor.²⁰⁷ Hennekens wil de zee, het zeewater, dan ook zien als een voor algemeen gebruik bestaande 'zaak'. Dat dit zeewater civielrechtelijk niet als zaak kan worden gekwalificeerd, doet daar volgens hem niets aan af.²⁰⁸ Zoals reeds in § 2.1.6.1 aan de orde is gekomen kent het huidige recht echter geen 'publieke eigendomsvariant' en doen eventuele (publiekrechtelijke of overige) beperkingen ten aanzien van de reikwijdte van een eigendomsrecht niets af aan het zaakskarakter van het desbetreffende rechtsobject. Wel kunnen het eigendomsrecht of andere beperkte rechten ten aanzien van een dergelijke openbare zaak, alleen uitgeoefend worden met inachtneming van dit openbare karakter. Het huidige recht kent dus alleen een privaatrechtelijk eigendomsrecht, waar eventuele publiekrechtelijke beperkingen op mogelijk zijn.

204 MunchKomm 1993, Vorbem § 90ff, nr. 29.

205 MunchKomm 1993, Vorbem § 90ff, nr. 31. Vgl. Papier 1984.

206 Internationale verdragen kunnen eveneens bepaalde beperkingen met zich meebrengen.

207 Zie Hennekens 1999, p. 374.

208 Hennekens 2001, p. 60-61.

3.2.3 Grond

De individualiteit van een roerende zaak is in zekere zin gemakkelijker aan te tonen dan die van een onroerende zaak. Een roerende zaak – het woord ‘roerend’ impliceert dit al – is in de regel ruimtelijk afgescheiden van andere objecten, een onroerende zaak niet. Een grondstuk is van nature niet af te scheiden van het ernaast liggende grondstuk. De aardbol is als het ware één geheel. De mens moet artificiële middelen gebruiken om het grondstuk te kunnen beperken, om het voldoende te kunnen begrenzen. Alleen door artificiële middelen kan een grondstuk voldoende individualiteit verkrijgen. Ter afbakening van grondstukken fungeert een administratief systeem: het kadaster. In het kadaster worden de grondstukken verdeeld in perceelstukken.²⁰⁹ Het kadaster bestaat uit een kadastrale registratie voor onroerende zaken plus een daaraan ten grondslag liggend kaartenbestand, een registratie voor schepen en een registratie voor luchtvaartuigen. Het kadaster is een van overheidswege bijgehouden overzicht van zowel de feitelijke toestand als de rechtstoestand van registergoederen. Het kadaster is nauw verbonden met de civielrechtelijke openbare registers. Er bestaat echter wel degelijk verschil. In de openbare registers worden feiten ingeschreven die voor de rechtstoestand van registergoederen van belang zijn. In het kadaster wordt opgenomen wie welke *rechten* heeft tot een bepaald registergoed.

De kadastrale registratie is gebaseerd op kadastrale kaarten en de daaraan ten grondslag liggende bescheiden.²¹⁰ Artikel 20 Kadasterwet bepaalt dat de akte die nodig is voor levering van een registergoed de aard van de onroerende zaak, de plaatselijke aanduiding en de kadastrale aanduiding dient te bevatten. Het kan voorkomen dat in de akte zowel een kadastrale aanduiding, als een feitelijke omschrijving van het perceel is opgenomen. Indien deze omschrijvingen van elkaar afwijken, dan moet men naar de bedoeling van de partijen kijken en zal de feitelijke omschrijving in de regel prevaleren.²¹¹

Op kunstmatige wijze is zo een juridische scheiding tussen grondstukken, de mogelijkheid tot individualiteit, mogelijk gemaakt. Hier ziet men dat de juridische en fysieke afscheiding niet altijd parallel hoeven te lopen. Veelal zal het kadaster voldoende duidelijkheid verschaffen over de omvang van een perceel. Vervolgens geeft ook het wetboek enige regels omtrent de individualisering van grondstukken. Zo stelt artikel 5:36 BW dat in geval van een muur, hek, heg, greppel of watergang die tot afscheiding van twee erven dient, het midden van die afscheiding behoudens bewijs van het tegendeel geldt als grens tussen de erven.

209 Vgl. hierover Ploeger 1998, nr. 3 e.v.

210 Vgl. Pitlo/Reehuis, Heisterkamp 2001, nrs. 42-51.

211 Vgl. HR 2 december 1988, NJ 1989, 160 en HR 8 december 2000, NJ 2001, 350.

De overheid speelt tegenwoordig een belangrijke rol bij de individualisatie van onroerend goed. Dit is niet altijd zo geweest. Aanvankelijk kon degene die het stuk grond voor het eerst bezette en met succes wist te verdedigen door er grote omheiningen omheen te zetten, zich rechthebbende van het object noemen. Dit is op een zeker moment doorbroken doordat de overheid voor het rechtsverkeer procedures ging organiseren voor het scheppen van rechten. De rechten werden materieel omschreven in het wetboek en de nakoming werd door middel van het aanwenden van rechtsmacht mogelijk gemaakt. Voor het systeem van onroerend goed werd de tussenkomst van een notaris voorgeschreven, die de officieel opgemeten percelen in kan schrijven in het openbare register. De overheid treedt zo op als organisator van de markt van vrij overdraagbare eigendomsrechten.

De overheid heeft bij de organisatie van de markt in eigendomsrechten ook nog een andere rol. De overheid is ook zelf eigenaar van de openbare grond. De overheid kan met deze eigendom verschillende kanten op. Zo is het voor haar mogelijk zelf eigenaar van deze grond te blijven en aan deze eigendom een publieke bestemming te geven. Door middel van ordenings- en milieuvorschriften kunnen bijvoorbeeld beperkingen op het gebruik van deze grond worden gecreëerd. De overheid kan vervolgens ook het eigendomsrecht op de grond in handen houden en er bepaalde rechten ten gunste van derden op vestigen. De grondpolitiek van erfpachtrechten is daarvan een voorbeeld.²¹² De overheid kan ten slotte ook besluiten de grond waarover zij beschikt in eigendom over te dragen.²¹³

Hoe ver reikt de eigendom van een geïndividualiseerd stuk grond? Het grondstuk ziet immers niet alleen op het stuk aan de oppervlakte, maar ook op de daaronder en daarboven liggende delen. Waar liggen de grenzen van het volume van het grondstuk? De Romeinen achtten het recht absoluut: 'usque ad caelum et usque ad inferos'.²¹⁴ In Frankrijk staat deze regel verwoord in artikel 522 CC: 'la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous'. Maar ook deze regel heeft zich gesocialiseerd en kent momenteel

212 Volgens Asser/Davids/Mijnssen/Van Velten 1996 (3-II), nr. 3 zijn de beperkte rechten van erfpacht en opstal speciaal tot ontwikkeling gekomen als gevolg van een dergelijke grondpolitiek. De inhoud van de gebruikelijke erfpachtsvoorwaarden is daarom meer afhankelijk van de algemene erfpachtsvoorwaarden die op semipubliekrechtelijke wijze worden vastgesteld, dan van een door partijen overeengekomen regeling.

213 De overheid vervult een soortgelijke rol bij andere objecten, zoals de verdeling van frequenties uit het elektromagnetisch spectrum, de UMTS-frequenties, en dergelijke. De overheid gaat zich in dit domein steeds meer de rol toe-eigenen van instantie die rechten verdeelt en de voorwaarden van gebruik definieert (zie over verhandelbare rechten als beleidsinstrument ook § 2.3.2).

214 Het eigendomsrecht op de grond reikt tot de poorten van de hemel en de poorten van de hel. Vrije vertaling van Ploeger 1998, p. 130.

haar grenzen.²¹⁵ In het Nederlandse recht bepaalt artikel 5:20 BW dat de eigendom van de grond de bovengrond en de daaronder gelegen aardlagen omvat. Artikel 5:21 BW is minstens zo belangrijk. Dit artikel bepaalt dat de eigenaar een *gebruiksrecht* heeft op de ruimte boven en onder het erf dat uit de eigendom voortvloeit. De eigenaar moet wel een *belang* hebben om zich tegen inbreuk op dit gebruiksrecht te kunnen verzetten. Zonder belang, geen exclusief gebruiksrecht.²¹⁶ De eigendom van de grond, omvat dus in de regel een verticaal stuk vanaf het middelpunt der aarde, tot aan de hemel. Dit eigendomsrecht kan, juridisch gezien, worden beperkt door te bewerkstelligen dat opstallen of beplantingen die met de grond verbonden zijn, een zelfstandig bestaan leiden.²¹⁷

Het mijnrecht kan deze situatie aanzienlijk veranderen. De exploitatie van de ondergrond kan aan de grondeigenaar worden onttrokken en worden geregeerd door regels van het mijnrecht.²¹⁸ Hoofdregeel is nu dat de grondeigenaar gerechtigd is tot de delfstoffen en mineralen die zich in de aardlagen bevinden. Bepaalde delfstoffen en mineralen, zoals aardolie, aardgas en zout, mogen slechts worden gewonnen door degene aan wie daartoe door de Staat een concessie is verleend. Deze concessionaris wordt volgens de Mijnwet van 21 april 1810 'eigenaar' van de betreffende delfstoffen, ook voor zover zij nog niet van de aarde zijn gescheiden.²¹⁹ Deze constructie stuit op problemen ten aanzien van het zaaksbegrip. Op het moment dat de delfstoffen onder de grond zitten, zijn zij nog niet geïndividualiseerd. De Hoge Raad heeft evenwel uit artikel 7 van de Mijnwet afgeleid, dat een mijnconcessionaris krachten zijn concessie reeds eigenaar van de nog te winnen delfstoffen is.²²⁰ De concessieverlening komt dus neer op een wijze van eigendomsverkrijging, die het beginsel van artikel 5:20 sub e BW doorbreekt.²²¹

Het nieuwe wetsvoorstel Mijnbouwwet bepaalt in artikel 3 dat de delfstoffen eigendom zijn van de Staat.²²² In lid 2 wordt bepaald dat deze eigendom van delfstoffen die met gebruikmaking van een winningvergunning worden gewonnen, door het winnen daarvan overgaat op de vergunninghouder. Lid 3 bepaalt dat de eigendom van stoffen die met gebruikmaking van een opslagvergunning worden teruggehaald, door het terughalen daarvan komt te berusten bij degene die eigenaar was van de stoffen direct voorafgaande aan het in de ondergrond brengen daarvan, dan wel bij degene die ten tijde van

215 Zie Chabas 1994, p. 120-130. Gebruik van electriciteitskabels en luchtcirculatie brengen grote problemen met zich mee.

216 Zie over het 'belang' nader Ploeger 1998, p. 135-140.

217 Zie Ploeger 1998, nr. 3 e.v.

218 Vgl. Ploeger 1998, p. 131-132.

219 Pitlo/Reehuis, Heisterkamp 2001, nr. 536.

220 HR 25 januari 1924, NJ 1924, p. 593.

221 Pitlo/Reehuis, Heisterkamp 2001, nr. 536.

222 Wetsvoorstel Mijnbouwwet van 23 september 1998, TK 1998-1999, 26219, nr. 1. Zie voor kritiek op deze wet: Van Dunné 2002, p. 560-570.

het terughalen de rechtsopvolger is van die eigenaar. Artikel 4 bepaalt dat de rechthebbende ten aanzien van de oppervlakte van de aardbodem verplicht is te gedogen dat de houder van een vergunning delfstoffen wint. Wel wordt bepaald dat de rechthebbende recht heeft op vergoeding van de door deze activiteiten veroorzaakte schade.

Voor de bodem van de zee geldt de Mijnwet continentaal plat.²²³ Deze wet heeft betrekking op een bijzonder gebruik van het onder de Noordzee gelegen deel van de zeebodem en de ondergrond daarvan. Deze wet gaat eveneens uit van een concessie systeem.²²⁴

Een grondstuk kan zo door de mogelijkheid van artificiële begrenzing een rechtsobject van eigendomsrecht kan zijn. Dit eigendomsrecht is een goed dat onder meer voor overdracht vatbaar is (artikel 3:83 BW), waar beperkte rechten op gevestigd kunnen worden (vgl. artikel 3:228 BW), object van beslag kan zijn (artikel 3:276 BW) en in het faillissementsvermogen kan vallen (artikel 20 Fw; zie uitgebreider § 2.3). Op grond van deze eigendom heeft men in gevolge artikel 5:21 BW een gebruiksrecht op het stuk boven en onder het grondstuk. Dit gebruiksrecht kan door bijzondere regels, zoals de Mijnwet, worden beperkt.

3.2.4 Natuur/milieu

Met name uit de hoek van de milieubescherming, wordt wel gepleit voor het verlenen van zaakskwaliteit aan het object 'natuur'. De natuur, ook wel het leefmilieu genoemd, wordt naar de heersende mening namelijk niet als zaak gekwalificeerd. De natuur als geheel is niet voor menselijke beheersing vatbaar; de natuur bezit onvoldoende individualiteit.²²⁵ Er bestaat dus geen absoluut recht op de 'natuur' of het 'leefmilieu'.

De aanname van een absoluut recht op de natuur of het leefmilieu zou als voordeel met zich meebrengen dat het privaatrecht gemakkelijker kan worden ingezet voor de bescherming van het leefmilieu. Wanneer een subjectief recht op het milieu kan worden aangenomen dan is met de schending van dit recht de onrechtmatigheid in beginsel gegeven.

Dit voordeel heeft diverse schrijvers er toe gebracht onderzoek te doen naar een subjectief recht op het object 'natuur' of 'leefmilieu'.²²⁶ Dit is een

223 Mijnwet Continentaal Plat van 23 september 1965, *Stb.* 428.

224 Zie Diesch 1939; Dankers 2000; Nijhof 2000.

225 Een stuk grond, zoals een natuurgebied, kan wel object van een eigendomsrecht zijn. De eigenaar is bij schade bevoegd om schadevergoeding te eisen. Dit is geen verplichting. Zie voor de mogelijkheden en onmogelijkheden omtrent een dergelijke schadevergoeding Brans 2001.

226 Zo bijvoorbeeld De Groot 1987, p. 155-161; Uylenburg en Damen 1989, p. 139 en 140; Van Maanen 1992; Teunissen & Tak 1994; Carette 1998.

lastige opgave omdat de milieubestanddelen van oudsher veelal vage posities bekleden binnen het recht. Wilde dieren en het water zijn altijd als *res nullius*, de lucht en de zee als *res communes* gekwalificeerd. Veel milieubestanddelen behoren aan niemand direct toe maar spelen wel een belangrijke rol in het ecologisch evenwicht: het zeewater, stromend water, de atmosfeer, de vissen in het water, de in het wild levende fauna, en dergelijke.

Carette heeft ervoor gepleit om binnen het Belgische recht een subjectief recht op deze milieubestanddelen in te voeren. Dit subjectieve recht wijkt volgens haar wegens het gebrek aan een individualiseerbaar rechtsobject wel af van het standaard vermogensrecht. Centraal staat niet een object waarover men kan heersen, maar de rechten en verplichtingen van elk rechtssubject ten opzichte van zichzelf en van de mede-rechtssubjecten met betrekking tot de *res communes*.²²⁷ De inhoud van dit recht wordt volgens Carette gevormd door de plicht tot gemeenschappelijk gebruik en veronderstelt bij de aanvang gelijke rechten en plichten voor elke gebruiker.²²⁸ De evenwichtige verdeling van de beschikbare ruimte vormt meteen de kerninhoud van het subjectieve recht op een volwaardig leefmilieu en kan gekenmerkt worden als een blanco norm.²²⁹

Van Maanen heeft eveneens gepleit voor een algemeen gebruiksrecht op de aan niemand toebehorende zaken: de vogels in de lucht en de vissen in de zee.²³⁰ Ook hij moet erkennen dat dit, wegens gebrek aan een rechtsobject met voldoende individualiteit, niet als absoluut vermogensrecht kan worden vormgegeven. Ter oplossing van dit probleem, kiest hij er voor de rechtsfiguur publiek domein nieuw leven in te blazen. Van oudsher wordt in het recht erkend dat er zaken zijn die niet aan bijzondere personen individueel toebehooren, maar die deel uitmaken van het '*bonum commune*', het *publiek domein*, zaken die van ons allemaal zijn en aan de Staat toebehoren. Deze bestemming kan ofwel door de natuur gegeven zijn (denk aan de zee en de rivieren), maar kan ook door gewoonte of door een expliciet overheidsbesluit ontstaan. Het publiek domein brengt volgens Van Maanen een recht van 'beheer' mee, maar ook een plicht tot 'onderhoud'. Kortom een publiekrechtelijke staatstaak geconstrueerd als een subjectief recht van de Staat maar geregeld in het Burgerlijk Wetboek.²³¹ Bij aanvaarding van een dergelijke publiek domeinstatus, zou het gemakkelijker worden het belang van een schoon milieu, een schone lucht, schoon water, een schone bodem en alles wat daarin thuis hoort, te bescher-

227 Carette 1998, p. 837.

228 In zekere zin lijkt deze visie op de respectleer, zie § 2.1.9.

229 Carette 1998, p. 842.

230 Van Maanen 1992, p. 977.

231 Van Maanen 1990, p. 15. Zie ook Van Maanen 1994, p. 278 e.v.: 'Zoals wij allen een aanspraak hebben op het gebruik van de openbare wegen en rivieren, en een recht op het gebruik van de lucht, zo hebben wij ook een belang bij een schone bodem. Dit belang is toevertrouwd aan de Staat en geeft de Staat de bevoegdheid en de plicht om daarvoor in belang van allen op te komen'.

men.²³² Bepaalde organisaties kunnen zich dan opwerpen als ‘zaakwaarnemer’ en zouden op die wijze de aanspraken van een ieder, maar ook het belang van het milieu op zichzelf veilig kunnen stellen.²³³ Verontreiniging van het rechtsobject van een privaat eigendomsrecht, bijvoorbeeld eigen grond, is zo tevens onrechtmatig jegens de overheid, omdat dit een schending oplevert van de Staat die de belangen van een ieder bij een schone bodem behartigt.²³⁴

Van Maanen ziet hier echter over het hoofd dat openbare wegen en waterwegen onder omstandigheden wel als zaken kunnen worden gekwalificeerd. Zoals reeds in § 3.1.5 aan de orde is gekomen hangt de kwalificatie tot zaak af van de vraag of een object in de specifieke constellatie voldoende individualiteit bezit of niet. Schone lucht in het algemeen, bezit onvoldoende individualiteit om als zaak te kunnen worden gekwalificeerd.

Ook Teunissen en Tak bekritisieren van Maanens poging tot aanneming van een subjectief overheidsrecht:

Het is een regressie – een terugkeer tot de vóórrechtsstatelijke, feodale eigendomsopvatting van het dominium eminens – wanneer men aan de Staat, waar hij niet opereert op basis van bevoegdheidsverlenende titel in het publiekrecht, ‘overheidsrechten’ toedicht ten aanzien van privaat domein van de burger. Als men zegt dat de Staat dergelijke rechten (‘bevoegdheden’) heeft omdat dit privaat domein toch óók publiek domein is (vanwege een algemeen belang bij een schone bodem), dan is dit slechts mogelijk individualiseerbaar indien men de Staat ziet als een soort oppereigenaar van alle gronden binnen het staatsterritoir, die zulke overheidsrechten t.a.v. die gronden heeft uit hoofde van zijn dominium eminens.²³⁵

Het zou volgens hen een teruggang van onze juridische ontwikkeling zijn indien de overheid bepaalde ‘overheidsrechten’ zou worden toegekend ten aanzien van alle grond op het territorium. De eigendom van de burger moet worden erkend als private eigendom, dat aan de burger toekomt met uitsluiting van de overheid, behoudens bij of krachtens wettelijke voorschriften gestelde beperkingen.

Hoe nobel het streven ook is om te komen tot een betere bescherming voor het milieu, via de aanneming van een absoluut recht op het milieu lijkt mij dit niet mogelijk omdat het milieu (op technische gronden) niet kan voldoen aan het vereiste van een rechtsobject. Waar in de rechtspraak gesproken wordt van een subjectief recht op het leefmilieu, wordt de grondslag van dat subjectieve recht niet uitdrukkelijk vermeld.²³⁶

232 Van Maanen 1990.

233 Van Maanen 1992, p. 977.

234 Aldus Van Maanen 1990, p. 21.

235 Teunissen & Tak 1994, p. 612.

236 Carette 1998, p. 826 e.v. en p. 848 e.v.

Het milieu kan, wegens het algemeen belang dat het dient, ook op andere manieren dan via een absoluut recht, worden beschermd.²³⁷ Belangrijke aanknopingspunten zijn daarbij de nieuwe wet Milieubeheer en het Witboek Milieuaansprakelijkheid van de Europese Commissie. Deze gaan uit van een zekere overheidsverantwoordelijkheid voor bescherming van het milieu.²³⁸ De wet Milieubeheer is de eerste integrale milieuwet, waarin meerdere milieuaspecten een regeling hebben gevonden. Het begrip milieu is met opzet niet gedefinieerd om toekomstige ontwikkelingen niet te blokkeren en omdat de betekenis van het begrip contextafhankelijk kan zijn. Artikel 1.1.a formuleert een algemene zorgplicht: 'Een ieder neemt voldoende zorg voor het milieu in acht'.²³⁹ Over de functies van dit artikel bestaat onduidelijkheid. De wetsgeschiedenis biedt geen uitkomst daar dit artikel in een laat stadium bij de behandeling van wetsvoorstel betreffende afvalstoffen is ingebracht. Aangegeven wordt slechts dat de bepaling als vangnet moet dienen, zodat ook kan worden opgetreden tegen milieuvervuiling als daar geen specifieke bepaling voor is. Artikel 1.1 staat op zichzelf niet aan handhaving door de overheid met een beroep op artikel 6:162 BW in de weg.²⁴⁰

Duidelijk is in ieder geval dat de natuur als geheel geen rechtsobject is en dat er derhalve ook geen sprake is van een goed dat voor overdracht, verpanding, beslag of faillissement vatbaar is.

3.2.5 Elektriciteit

Elektriciteit is een natuurkracht. Het is een vorm van energie. Vroeger werd elektriciteit barnsteenkracht genoemd, omdat elektriciteit voor het eerst bij gewreven barnsteen werd opgemerkt. Elektriciteit openbaart zich onder meer door afstoten en aantrekken, door het opspringen van vonken. Elektriciteit kan opgewekt worden door scheikundige werking, door warmte en door magnetische inductie. Elektriciteit vloeit voort uit de polariteit van twee soorten elementaire deeltjes: protonen, die een positieve lading bezitten, en elektronen die een negatieve lading bezitten. Elektrische stroom is de verplaatsing van elektrisch geladen deeltjes door een geleider onder invloed van een potentiaal-

237 In het 'Nieuwe Meer-arrest' heeft de Hoge Raad erkend dat het milieubelang als zodanig onder de bescherming van artikel 6:162 BW valt, en dat ook een milieuvereniging daarvoor kan opkomen: HR 27 juni 1986, NJ 1987, 743. Vgl. Kottenhagen-Edzes 1992, Verschuuren 1993 en Brans 2001.

238 Milieuwet, TK 21 087, nr. 13, p. 26. Vgl. hierover Verschuuren 1997, p. 106-108. Verschuuren vindt dat de eigen waarde van natuur en milieu als zelfstandig te beschermen waarde beschermd moet worden. Witboek Milieuaansprakelijkheid: COM(2000) 66 final, Brussels, 9 februari 2000. Vgl. hierover Brans 2001, Hst. 5.

239 Zie Tekst en Commentaar (Nijenhuis) bij artikel 1.1 Wet Milieubeheer.

240 Zie Tekst en Commentaar (Nijenhuis) bij artikel 1.1 Wet Milieubeheer.

verschil. Elektriciteit is te meten. Twee veel gebruikte meters zijn de ampèremeter en de voltmeter.²⁴¹

Energie is dus een eigenschap van elektriciteit. Centraal staat niet de elektriciteit zelf, maar de eigenschap dat door middel van elektriciteit vermogen (energie) wordt geleverd om een ander object aan te drijven. In het spraakgebruik worden de drager (de elektriciteit of het gas) en de inhoud met elkaar vereenzelvigd.²⁴² In de natuurwetenschappen wordt wel een onderscheid gemaakt tussen de drager van de energie en de energie zelf; energie wordt daarbij gelijk gesteld met arbeidsvermogen, dat wil zeggen het vermogen om arbeid te (laten) verrichten.²⁴³ Het juridisch taalgebruik volgt dit natuurwetenschappelijke onderscheid in de regel niet, maar volgt het gewone spraakgebruik waarin drager en energie met elkaar worden vereenzelvigd.²⁴⁴ Ook in deze studie zal dit spraakgebruik worden gevolgd. De te gebruiken woorden 'levering van elektriciteit', zien dus eigenlijk op 'levering van elektrische energie'.

Naar de heersende leer wordt elektriciteit niet als zaak beschouwd. In de Toelichting Meijers wordt elektriciteit genoemd als voorbeeld van een object dat buiten het zaaksbegrip valt.²⁴⁵ De goederenrechtelijke handboeken volgen deze constatering. Als reden wordt aangegeven dat elektriciteit niet over de noodzakelijke *stoffelijkheid* beschikt om een zaak te kunnen zijn.²⁴⁶ Volgens Snijders/Rank-Berenschot kan men daarom goederenrechtelijk geen verschil maken tussen een volle en een lege accu. Wel wordt deze opmerking vervolgens genuanceerd door de vraag of een zo restrictieve opvatting van de eis van stoffelijkheid in het privaatrecht niet zal botsen met de eisen van de praktijk.²⁴⁷

Er is altijd veel discussie geweest over de ontkenning van zaaskwaliteit voor elektriciteit. Dit heeft voor een groot deel te maken met het feit dat de Hoge Raad in 1851 zonder meer heeft overwogen dat gas als civielrechtelijke zaak kan worden gekwalificeerd²⁴⁸ en dat de Hoge Raad in 1921 heeft over-

241 Winkler Prins Encyclopedie 1998.

242 Loos 1998, p. 18.

243 Loos 1998, p. 18. In dezelfde zin Van Oven 1908, p. 25: 'Het vermogen om arbeid te verrichten, dat ontnemt men in al deze gevallen aan een ander; daarom is het hem te doen die den stoom afvoert, *niet* om de stof zelf.'

244 Vgl. bijvoorbeeld artikelen 6:187 lid 1 en 6:236 onder j BW.

245 TM, *Parl.Gesch.*, Boek 3, p. 64-65.

246 Asser/Mijnssen/De Haan 2001 (3-I), nr. 57, stelt dat er over de vraag of natuurkrachten als zaken kunnen worden beschouwd, geen overeenstemming bestaat; Pitlo/Reehuis, Heisterkamp 2001, nr. 5; Snijders/Rank-Berenschot 2001, nr. 27. In diverse wettelijke regels wordt elektriciteit dan ook als zelfstandig object genoemd: artikel 6:187 BW definieert een product als een zaak 'alsmede elektriciteit' en artikel 6:236 sub j BW noemt 'het afleveren van zaken, elektriciteit daaronder begrepen'.

247 Snijders/Rank-Berenschot 2001, nr. 27.

248 HR 22 april 1851, W. 1294. In HR 23 mei 1870, W. 3275 werd diefstal van gas mogelijk geacht.

wogen dat elektriciteit als strafrechtelijk 'goed' kan worden gekwalificeerd.²⁴⁹ Dit laatste gebeurde niet omdat elektriciteit als *stoffelijk* object werd beschouwd, maar omdat het voldeed aan de eisen die voor het goedsbegrip binnen de diefstalbepaling gesteld kunnen worden: elektriciteit is overdraagbaar, blijft beschikbaar voor de dief (reproduceerbaar²⁵⁰) en heeft economische waarde. Artikel 310 WvSr heeft *vermogensbescherming* als strekking en elektriciteit is zo'n vermogensobject dat als strafrechtelijk 'goed' kan worden gekwalificeerd (zie § 2.4.2).

In 1909 verdedigde Haanebrink dat elektriciteit voldoende waarneembaar en stoffelijk is om tot kwalificatie van een 'lichamelijke' (stoffelijke) zaak te kunnen komen.²⁵¹ Ook Katz stelt in haar dissertatie uit 1916 dat elektriciteit als zaak kan worden beschouwd.²⁵² Zij komt hiertoe op grond van een nuancing van het begrip 'stoffelijkheid':

De tegenstelling 'lichamelijke' en 'onlichamelijke' zaken is in onze wet opgekomen doordat men voortbouwde op de Romeinse begrippen: *res corporales* en *res incorporales*. Daar beduidde dit echter volstrekt niet stoffelijk, tegenover niet stoffelijk, maar reëel (d.i. 'met de zinnen waarneembaar') tegenover 'irreëel' (d.i. wat alleen in de voorstelling bestond). Vroeger vielen de begrippen 'stoffelijk' en 'reëel (met de zinnen waarneembaar) samen, zoodat men langzamerhand 'lichamelijk' gelijk ging stellen met 'stoffelijk'. Nu echter door de voortschrijdende techniek de mogelijkheid is geboren, dat voorwerpen wèl reëel, maar niet stoffelijk zijn, mag men *deze* voorwerpen niet daarom uitsluiten van het begrip 'goed' en 'zaak', omdat zij niet 'stoffelijk' zijn.²⁵³

Volgens Katz wordt met het begrip 'lichamelijke zaak' bedoeld op reële objecten, op zintuiglijk waarneembare objecten. Dat deze objecten vroeger altijd stoffelijk waren, wil niet zeggen dat heden ten dagen de niet-stoffelijke, zintuiglijk waarneembare objecten buiten het zaaksbegrip moeten vallen. Ook Van Oven nuanceert het begrip 'stoffelijkheid' en stelt de mogelijkheid van het hebben van een 'afgescheiden bestaan' centraal:

(...) voor de erkenning dus van iets als rechtsobject, is het noodzakelijk, dat dit object een duidelijk van andere afgescheiden bestaan heeft. De vaste voorwerpen nu doen dit meest van zelf door hun vorm; doch waar dit niet het geval is, moet dat bestaan door weging of meting worden afzonderlijk gemaakt. (...) Hoe moeilijker nu dat afzonderen is, des te minder gemakkelijk komt het recht tot erkenning van het lichaam als rechtsobject: de Romeinen zouden b.v. raar hebben opgekeken,

249 HR 23 mei 1921, *NJ* 1921, 564 en het daarvoor gewezen arrest Zeekrijgsraad Willemsoord 22 januari 1930, *NJ* 1930, 693.

250 Zie over het begrip reproduceerbaarheid nader § 2.4.2.

251 Haanebrink 1909, p. 163.

252 Katz 1916, p. 40; Vgl. ook Hofmann 1944, p. 15; Suijling 1940, § 31 en de daar vermelde rechtspraak.

253 Katz 1916, p. 47.

als men hun over den eigendom van gassen had gesproken.– Met het arbeidsvermogen is dat nóg moeilijker; slechts in een zoo ver gevorderde cultuurperiode als de onze, kan van een meten, van een tot afzonderlijk rechtsobject maken van energie sprake zijn.²⁵⁴

Van Oven constateert dat het bezit van elektriciteit mogelijk is: de mogelijke onderwerping van elektriciteit aan de menselijke wil, blijkt uit het normale gebruik.²⁵⁵ Het bezit van arbeidsvermogen is mogelijk en het is voor derden kenbaar waarop zij geen inbreuk mogen maken. Desalniettemin ziet Van Oven problemen met de formele eis van stoffelijkheid. De wet ziet alleen op *stoffelijke* goederen en elektriciteit is formeel niet als stoffelijk te kwalificeren.²⁵⁶

Dit laatste lijkt de reden te zijn waarom de civielrechtelijke zaaks kwalificatie van elektriciteit nog steeds wordt ontkend. Meer recentelijk heeft Loos geprobeerd hier verandering in te brengen. Ook hij stelt een functionele interpretatie van het begrip ‘stoffelijkheid’ voor: een voorwerp dat in het rechtsverkeer de functie en de eigenschappen van een zaak vertoont, dient als zodanig te worden aangemerkt. Natuurkundige opvattingen kunnen daarbij wel een rol spelen, maar geen beslissende.²⁵⁷

Voorgaande betogen komen overeen met de in § 3.1.5 verdedigde interpretatie van het zaaksbegrip: een object moet, wil het een zaak kunnen zijn, voldoende individualiteit bezitten om als object van een exclusief gebruiksrecht voor de eigenaar te kunnen fungeren. Het object moet voldoende geïndividualiseerd en begrensd zijn om aan derden gelegitimeerd een inbreukverbod op te leggen. Verdedigd is dat de stoffelijkheidseis uit dit oogpunt moet worden toegepast: het gaat niet zozeer om natuurkundig bewijs van stoffelijkheid, het gaat er om dat de elektriciteit voldoende geïndividualiseerd en begrensd is om voor derden als zelfstandig object voldoende kenbaar te zijn. Elektriciteit kan als zaak worden beschouwd wanneer het voldoende individualiteit bezit en er aldus voor derden gelegitimeerd een inbreukverbod kan gelden.²⁵⁸ Of elektriciteit voldoende te individualiseren is, hangt af van de desbetreffende constellatie. Een bliksemflits is niet te individualiseren; elektriciteit in een leiding of in een accu wel.

Dikwijls wordt de stoffelijkheidseis niet toegepast op een dergelijke *functionele* wijze, maar op een formele *natuurkundige* wijze en wordt gesteld dat

254 Van Oven 1908, p. 34.

255 Van Oven 1908, p. 36.

256 Van Oven 1908, p. 41.

257 Loos 1998, p. 57.

258 In gelijke zin reeds Suijling 1940, p. 35: ‘Met het vereischte van stoffelijkheid wordt in het dagelijks leven niet zoo nauw genomen. Een zaak behoeft niet uit stoffelijke elementen, uit moleculen te zijn opgebouwd, om voor lichamen te gelden. Ook krachten als electriciteit of warmte worden voor een lichamelijke zaak gehouden, mits zij maar zoo gelokaliseerd zijn, dat men daarin een van de overige buitenwereld afgescheiden geheel ziet. De door een kabel stroomende electriciteit kan daarom even goed gestolen worden als een paard of een soms gelds’.

elektriciteit geen zaak is wegens het gebrek aan natuurkundige stoffelijkheid. Ook dit blijkt echter niet juist te zijn. Reeds in 1897 ontdekte Joseph John Thomson (1856-1940) namelijk het eerste subatomaire deeltje, nu 'elektron' genoemd. Hij deed een experiment om de verhouding te berekenen tussen de lading van de deeltjes, die volgens hem de kathodestrallen vormden, en hun massa. Daarbij ontdekte hij dat elektronen naast een elektrische lading ook massa hebben. De massa is wel erg klein. Met deze wetenschap terugkijkend naar de hiervoor beschreven discussie, kan men stellen dat op grond van deze wetenschap elektriciteit ook formeel natuurkundig als stoffelijk moet worden beschouwd. Elektronen bezitten enige massa en elektriciteit is dus als geheel weegbaar en stoffelijk. Dat een accu leeg is, is in theorie – elektronen hebben massa – na te gaan door het te wegen. Ook door meting kan vastgesteld worden dat een accu leeg of vol is. Goederenrechtelijk gezien zou er dus wel degelijk onderscheid gemaakt kunnen worden tussen een volle en een lege accu.

In enkele landen om ons heen wordt de zaakskwaliteit van elektriciteit dan ook erkend. Uitdrukkelijk is de mogelijkheid van eigendom van elektriciteit erkend in het Zwitserse en Italiaanse wetboek.²⁵⁹ In het Oostenrijkse en Franse recht wordt elektriciteit eveneens als zaak aanvaard.²⁶⁰ In Duitsland wordt de elektriciteit niet als zaak beschouwd, wegens het vermeende gebrek aan stoffelijkheid.²⁶¹ Elektriciteit wordt in Duitsland echter wel overeenkomstig de zaken behandeld omdat zij naar verkeersopvattingen geschikt is voor de economische uitwisseling van goederen. Elektriciteit wordt dan niet als *Sache*, maar wel als *Gegenstand* erkend.²⁶²

Verdedigd wordt dat elektriciteit naar huidig recht als zaak kan worden gekwalificeerd. Dit kan zowel op grond van een formele, natuurkundige interpretatie van het stoffelijkheidsbegrip als op grond van de in § 3.1.5 verde-

259 Artikel 713 ZwGB: 'Gegenstand des Fahrniseigentums sind die ihrer Natur nach beweglichen körperlichen Sachen, sowie die Naturkräfte, die der rechtslichen Herrschaft unterworfen werden können, und nicht zu den Grundstücken gehören'. Haab/Egger 1977, rz. 44 ff stelt dat elektriciteit geen stoffelijke zaak is maar juridisch zo behandeld wordt. Vgl. ook artikel 814 Italiaans Wetboek.

260 § 285 Oostenrijks wetboek: 'Sache is alles was von der Person unterschieden ist, und zum Gebrauche der Menschen dient'. Vgl. Loos 1998, p. 47-48 en Bydlinski 1998, p. 292-293. Binnen het Franse recht worden weinig woorden besteed aan de problemen rond de kwalificatie van elektriciteit als 'chose'. 'Chose' is ingevolge artikel 544 CC het object van eigendom. In 1912 besliste de Cour de Cassation dat elektriciteit als strafrechtelijke 'chose' kon worden gekwalificeerd. Vgl. Loos 1998, p. 48-49.

261 MunchKomm 1993, § 90, nr. 10. Vgl. Bydlinski 1998, p. 292-293 en Loos 1998, p. 45-47 en de daar aangehaalde literatuur. Zie ook Fischer 1957 over de argumenten voor en tegen zaakskwaliteit.

262 MunchKomm 1993, § 90, nr. 20. Vgl. Loos 1998, p. 46-47 en de daar aangehaalde literatuur. Artikel 90 BGB geeft de definitie van Sachen: 'Sachen im Sinne des Gesetzes sind nur körperliche Gegenstände'. Voor Gegenstände heeft het BGB geen aparte begripsdefinitie opgenomen. Het MünchKomm 1993, p. 702 geeft aan dat het begrip 'Gegenstand' in diverse betekenissen in het recht gebruikt wordt. Vgl. Wieacker 1943, p. 57 en 65.

digde functionele interpretatie van het stoffelijkheidsbegrip. Elektriciteit heeft massa en is in die zin stoffelijk. De weg van de functionele interpretatie van het stoffelijkheidsbegrip verdient de voorkeur. Binnen deze opvatting is er voldoende ruimte om per geval te beoordelen of het object in het desbetreffende geval voldoende individualiteit bezit of niet. Het hangt van de desbetreffende constellatie van elektriciteit af of dit zo is of niet. Een bliksemflits is niet voor individualisering vatbaar, elektriciteit in een leiding of accu wel. Een eigendomsrecht op individualiseerbare elektriciteit is een *goed*, dat in beginsel vatbaar is voor de bij goedkwaliteit behorende gevolgen (§ 2.3). Men kan het eigendomsrecht op elektriciteit verpanden (artikel 3:228 BW). Dit zal doorgaans gebeuren door middel van vestiging van een stil pandrecht (artikel 3:237 BW) of bezwaren met bijvoorbeeld een recht van vruchtgebruik (artikel 3:201 BW). Ook kan de elektriciteitsleveringsovereenkomst als koop worden beschouwd (artikel 7:1 BW).²⁶³ Het goed valt in het faillissementsvermogen (artikel 20 Fw) en is ook potentieel object van een beslag (artikel 3:276 BW).²⁶⁴

3.2.6 Software

We leven tegenwoordig in een informatiemaatschappij waarin de computer niet meer is weg te denken. Een wezenlijk onderdeel van de computer wordt gevormd door de software, het geheel van instructies dat de computer aangeeft hoe bepaalde gegevens moeten worden verwerkt. De software werd vroeger in de regel samen geleverd met de computer. De computer en de software vormden als het ware één stoffelijke zaak. Wanneer men een computer met software kocht, dan kocht men één zaak. Bij een geldige overdracht werd men eigenaar van deze zaak. Het eigendomsrecht op de computer (inclusief software) was een goed waarop onder meer beslag kan worden gelegd, welke bezwaard kan worden met een beperkt recht en welke in het faillissementsvermogen viel.

Vanaf de jaren zeventig is deze situatie veranderd. IBM is in die tijd begonnen met het gescheiden verkopen van de computer (de hardware) en de programma's, de software.²⁶⁵ Software is daarmee een zelfstandig object geworden: het kreeg een eigen prijs en werd zelfstandig verhandeld. Daarmee is ook de vraag naar de vermogensrechtelijke kwalificatie van software gebo-

263 In dezelfde zin Hoeren 1989 en Loos 1998.

264 Als gevolg van de Richtlijn 96/92 van 19 december 1996 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit (*PbEG* 1997 L 27) is in 1998 de Elektriciteitswet van kracht geworden. Deze elektriciteitswet geeft regels omtrent de organisatie en ordening van de elektriciteitsmarkt en geeft geen regels omtrent het rechtskarakter van elektriciteit.

265 De eerste personal computer is de IBM 5150 PC van 12 augustus 1981. De software werd geleverd door het toen nog nietige Microsoft van Bill Gates. Zie *De Volkskrant* 16 augustus 2001: 'De toevallige geboorte van de eerste pc'.

ren. Is software een zelfstandig rechtsobject: is software een zaak in de zin van artikel 3:2 BW?

Alvorens deze vraag te kunnen beantwoorden moet eerst worden bekeken wat onder software wordt verstaan. Het blijkt echter niet eenvoudig te zijn het begrip te definiëren. De International Standardization Organisation (ISO) maakt bijvoorbeeld een onderscheid tussen software en programmatuur en geeft voor beide een aparte definitie. Onder software/computerprogramma wordt verstaan:

A sequence of instructions suitable for processing by a computer. (...).²⁶⁶

Onder programmatuur wordt verstaan:

Intellectual creation comprising the programs, procedures, rules and any associated documentation pertaining to the operation of a data processing system. NOTE: Software is independent of the carrier used for transport.²⁶⁷

De omschrijving van de World Intellectual Property Organization (WIPO) vat deze definities daarentegen samen en omschrijft software als volgt:

'Software' may be either:

- 'a computerprogram' (set of instructions capable of causing a machine having information processing capabilities to indicate, perform or achieve a particular function, task or result),
- 'a program description' (underlying information determining the instructions to be incorporated in the program),
- 'supporting material' (documentation, user instructions, etc.)
- or a set of several of these elements.²⁶⁸

Software wordt door de WIPO als overkoepelend begrip gebruikt, waar een computerprogramma mede onder valt. In de Richtlijn betreffende rechtsbescherming van computerprogramma's is er voor gekozen helemaal geen definitie te geven van het begrip computerprogramma.²⁶⁹ Ook de Nederlandse wetgever heeft er vanaf gezien een definitie van computerprogramma te geven. In de Memorie van Toelichting wordt hiervoor als reden opgegeven dat een definitie door technische ontwikkelingen snel kan worden achterhaald.²⁷⁰ Wel wordt gerefereerd naar de volgende WIPO-omschrijving: 'een

266 ISO 2382/1, 01.04.01.

267 ISO 2382/1, 01.04.04.

268 Zie Westerdijk 1997, p. 29.

269 Richtlijn 91/250/EEG van de Raad van 14 mei 1991 betreffende rechtsbescherming van computerprogramma's. *PbEG* 1991 L 122/42.

270 Zie hierover uitgebreider Van Schelven & Struik 1995, p. 21 e.v. Zie over de problemen ten aanzien van het definiëren van software onder meer VandenBerghe 1984, p. 57-60.

verzameling instructies die bestemd zijn om een informatieverwerkende machine een bepaalde functie te laten uitvoeren'.²⁷¹ Dit is een werkbare definitie. In de praktijk ziet het begrip 'software' in de regel op een *computerprogramma*, een geheel van instructies dat de computer aangeeft hoe ingevoerde gegevens moeten worden verwerkt. Deze instructies worden ook wel samengevat onder het begrip 'gegevens'.²⁷² Onder gegevens wordt volgens artikel 80 quinquies WvSr verstaan:

Iedere weergave van feiten, begrippen of instructies, al dan niet op een overeengekomen wijze, geschikt voor overdracht, interpretatie of verwerking door personen of geautomatiseerde werken.

Een belangrijke subverzameling van het begrip 'gegevens' is een computerprogramma. Een computerprogramma, ook wel software genoemd, staat in deze paragraaf centraal en zal in het vervolg worden aangeduid met 'software'. Met software wordt dus kortweg bedoeld op 'het geheel van instructies dat de computer aangeeft hoe bepaalde gegevens moeten worden verwerkt'.

Software kent in de regel twee verschijningsvormen: de sourcecode en de objectcode.²⁷³ De sourcecode versie is geschreven in een hogere programmeertaal, welke er nog enigszins begrijpelijk voor de mens uitziet. Deze code wordt door een compiler of interpreter omgezet in machinetaal, dat wil zeggen instructies waar de computer mee kan werken.²⁷⁴ De objectcode (executablecode) is voor de mens nauwelijks te lezen. De leverancier van software kan op grond van commerciële overwegingen (klantenbinding) of om veiligheidsredenen (tegengaan van kopiëren) alleen de objectcode ter beschikking stellen van zijn afnemer.²⁷⁵

De discussie over de civielrechtelijke zaaksqualiteit van software wordt vaak verward met de intellectueel eigendomsrechtelijke status van de uitvinding van software.²⁷⁶ Het maken van software, van programmatuur is een intellectuele creatie, een *corpus mysticum*. Heden ten dage is het algemeen

271 Van Schelven & Struik 1995, p. 21-22.

272 Vgl. Westerdijk 1995, p. 30.

273 Beide vormen kennen de bescherming van de Richtlijn betreffende rechtsbescherming van computerprogramma's. Zie Struik & Van Schelven 1995, p. 23 e.v.

274 Zie Franken 1988, p. 465 e.v.

275 Dit houdt een zeker risico voor de afnemer in. Als het bedrijf van de leverancier wordt geliquideerd, is de afnemer niet meer zo zeker van de verzorging van het onderhoud van de programmatuur. Bovendien kan de afnemer dan nooit wijzigingen of aanpassingen van de programmatuur uitoefenen.

276 Dit ondanks het feit dat Verkade reeds in 1972 op p. 1 van zijn boek 'Softwarebescherming' stelde dat men zich goed diende te realiseren dat 'de eigendom van een computerprogramma als stoffelijk voorwerp slechts 'de meest volstreekte rechten' op dit stoffelijk voorwerp met zich brengt; en dus geen rechten op wat erin besloten ligt, wat een ander ook in diens stoffelijke voorwerpen zou kunnen neerleggen. Indien men ook dat aan anderen wil beletten, dan moet men daartoe ook rechten hebben'.

aanvaard dat software door het auteursrecht (of octrooirecht) dient te worden beschermd.²⁷⁷ Computerprogramma's worden volgens artikel 1 lid 3 van de Richtlijn betreffende rechtsbescherming van computerprogramma's beschermd indien zij oorspronkelijk zijn in die zin dat zij 'een eigen schepping van de maker' zijn.²⁷⁸ Hiermee zijn computerprogramma's onder de werkingssfeer van artikel 10 Aw gebracht (sub 12). Het auteursrecht kan alleen de concrete uitdrukking van het computerprogramma beschermen. De ideeën en beginselen die aan het programma ten grondslag liggen worden, evenals bij de overige werken, niet beschermd.²⁷⁹

Bij de kwalificatie van computerprogrammatuur als zaak moet deze intellectueel eigendomsrechtelijke bescherming gescheiden worden van de eigendomsrechtelijke bescherming. In dit kader kan de vergelijking worden gemaakt met een boek. Voor beide is een bepaalde menselijke inventiviteit nodig. Deze menselijke inventiviteit valt voor beide producten te kwalificeren als een 'werk' in de zin van de Auteurswet. De koper van een boek en de koper van een computerprogramma kopen beiden een exemplaar van het 'idee'. Zij kopen niet de idee, *het corpus mysticum*, maar (het eigendomsrecht op) het voortbrengsel, het stoffelijk exemplaar daarvan, *het corpus mechanicum*. De koper van het boek of de software koopt niet het auteursrecht op het verhaal of het auteursrecht op de software, maar (het eigendomsrecht op) het *stoffelijk exemplaar* van het 'verhaal'. Dit eigendomsrecht geeft de bevoegdheid om het object naar vrije wil te gebruiken, het geeft exclusieve heerschappij over het object. Zoals reeds in § 2.3.7 aan de orde is gekomen, kunnen er ten aanzien van deze heerschappij bepaalde beperkingen gelden. Artikel 5:1 lid 2 bepaalt hieromtrent:

het staat de eigenaar met uitsluiting van een ieder vrij van de zaak gebruik te maken, mits dit gebruik niet strijdt met rechten van anderen en de op wettelijke

277 Zie § 4.2.1.5 en § 4.2.3.3. De eerste rechterlijke uitspraak in Nederland met betrekking tot auteursrechtelijke softwarebescherming is een tussenvonnissen van de Rechtbank Assen van 28 juli 1981, Vgl. Verkade 1986B en Van Schelven 1986. Ten aanzien van de mogelijkheid tot octrooiëring is veel langer verzet gepleegd. Dit op grond van artikel 52 lid 2 sub c EOV dat computerprogramma's niet als uitvinding beschouwde. Meer recentelijk heeft het EOB zich bereid verklaard octrooi voor computerprogramma's te verlenen. De Europese Commissie wil met de Richtlijn inzake octrooiëring van software uniforme toepassing en interpretatie van de regels voor octrooieerbaarheid van software garanderen. Zie hierover nader Wichers Hoeth/Gielen 2000, nr. 20. Vgl. ook Hanneman 1999, p. 156-157; Overdijk 1999, p. 201-203; Van Gorp 2000, p. 8-9; Verkade, Visser & Bruining 2000.

278 Richtlijn 91/250/EEG van de Raad van 14 mei 1991 betreffende rechtsbescherming van computerprogramma's. *PbEG* 1991 L 122/42. Wet van 7 juli 1994, *Stb.* 521. Zie voor de bescherming van computerprogramma's voor de richtlijn onder meer Wichers Hoeth/Gielen 2000, nr. 485 en de daar vermelde literatuur.

279 In het standaardarrest HR 28 juni 1946, *NJ* 1946, 712 (Van Gelder/Van Rijn) is overwogen dat 'alleen de vormgeving die uiting is van datgene, wat den maker tot zijn arbeid heeft bewogen, de bescherming van het auteursrecht geniet'. Zie nader § 4.2.1.

voorschriften en regels van ongeschreven recht gegronde beperkingen daarbij in acht worden genomen.

Het auteursrecht is zo'n recht waarmee uitoefening van het exclusieve gebruiksrecht in strijd kan komen. De eigenaar van een boek mag het exemplaar in beginsel lezen, vernietigen en aan de familiekring uitlenen, maar hij mag ingevolge artikel 1 Aw, niet meer exemplaren (boeken) vervaardigen waarin het werk is belichaamd (verveelvoudigen) en hij mag het boek ook niet ter beschikking stellen aan het publiek (openbaarmaken).²⁸⁰ Wil de eigenaar van het boek (B), het boek wel verveelvoudigen of ter beschikking stellen aan het publiek dat zal hij daarvoor de toestemming van de auteursrechthebbende moeten verkrijgen. De auteursrechthebbende kan ook besluiten het gehele auteursrecht aan B over te dragen of hem een licentie, een persoonlijk vermogensrecht, te verschaffen waarin de ander de bevoegdheid wordt verschafte de (als gevolg van het auteursrecht verboden) handelingen onder bepaalde voorwaarden te verrichten.²⁸¹

Voor software geldt hetzelfde, maar is het bovenstaande minder overzichtelijk, omdat het begrip 'software' dikwijls zowel voor het 'werk' (het *corpus mysticum*) als voor het 'exemplaar van het werk' (het *corpus mechanicum*) wordt gebruikt.²⁸² Dit heeft binnen de discussie omtrent het rechtskarakter van software voor verwarring gezorgd. Voor begrip van de juridische bescherming van software is het belangrijk een onderscheid te maken tussen de 'software als idee' en de 'software als exemplaar'. Beide kunnen worden gekocht: in het eerste geval wordt het auteursrecht op de idee gekocht en in het tweede geval wordt het eigendomsrecht op het stoffelijk exemplaar gekocht.²⁸³ Beide rechten, het eigendomsrecht en het auteursrecht, zijn vermogensrechten en zijn derhalve goederen die in beginsel voor overdracht vatbaar zijn (artikel 3:83 BW jo artikel 2 Aw). Koopt men het eigendomsrecht op het stoffelijk exemplaar dan verkrijgt men een exclusief gebruiksrecht op dat stoffelijke exemplaar. Dit gebruiksrecht mag echter niet in strijd komen met rechten van anderen, zoals het auteursrecht van de maker van de 'software als idee' (*corpus mysticum*). In die zin beperkt het auteursrecht, het eigendomsrecht van de koper. De koper van het eigendomsrecht van het exemplaar van de software, heeft niet het recht om dit exemplaar en daarmee de software te verveelvoudi-

280 De Auteurswet kent hierop ook weer excepties. Door de richtlijn inzake verhuur en uitleen worden sinds 29 december 1995 het verhuren en openbaar uitlenen van stoffelijke exemplaren van werken ook als openbaarmakingen aangemerkt. Zie Wichers Hoeth/Gielen 2000, nr. 530.

281 Zie Wichers Hoeth/Gielen 2000, nr. 466.

282 Zie over deze verwarring bijvoorbeeld HR 6 februari 1998, NJ 1999, 479.

283 Ook Hoeren 1989, stelt in zijn dissertatie dat er sprake is van een koopovereenkomst. Het opnemen van gebruiksbeperkingen verzet zich niet tegen een kwalificatie als koopovereenkomst; Franken 1988, noot 32, stelt daarentegen dat de aanschaf van standaardsoftware de koop is van een softwarelicentie: van het recht om een bepaald programma te gebruiken.

gen en openbaar te maken. Ter implementatie van de Europese Richtlijn betreffende bescherming van computerprogramma's in 1994 is de reikwijdte van het recht van de auteur van een computerprogramma aanzienlijk uitgebreid. Onder 'verveelvoudigen' wordt ingevolge artikel 45i ook begrepen het 'laden, het in beeld brengen, de uitvoering, de transmissie of de opslag voor zover voor deze handelingen het verveelvoudigen van dat werk noodzakelijk is'.²⁸⁴ Dit uitgangspunt dat iedere reproductie, ook de tijdelijke reproductie, in welke vorm dan ook, aan de rechthebbende is voorbehouden, gaat ver, vooral als men bedenkt dat voor bijna ieder gebruik van een computerprogramma tijdelijke elektronische reproducties worden gemaakt (bijvoorbeeld opslag in het werkgeheugen). De handelingen die onder het auteursrecht op computerprogramma's vallen zijn daarmee veel omvangrijker dan bij andere soorten werken het geval is. Artikel 45j Aw komt de rechtmatige verkrijger hierin enigszins tegemoet door te bepalen dat *niet* als verveelvoudiging wordt beschouwd: de verveelvoudiging door de rechtmatige verkrijger die noodzakelijk is voor het met dat werk beoogde gebruik. Met 'rechtmatige verkrijger' wordt de cliënt aangeduid die een directe of indirecte contractuele relatie heeft met de rechthebbende van het auteursrecht.²⁸⁵

In de regel verschaft de auteursrechthebbende de koper een licentierecht dat de koper in staat stelt het gekochte exemplaar ook daadwerkelijk te gebruiken. Dit licentierecht is een persoonlijk vermogensrecht dat in nauwe verbinding staat met het desbetreffende exemplaar. Zonder stoffelijk exemplaar is de betekenis van het licentierecht gering en zonder licentierecht heeft men weinig aan het stoffelijk exemplaar.

Software als zaak

De discussie omtrent de zaakskwalificatie van software ziet niet op de intellectueel eigendomsrechtelijke bescherming, maar vooral op eigendomsrechtelijke bescherming. Evenals een verhaal een stoffelijk exemplaar kent (het boek), kent ook de software een stoffelijk exemplaar (het software-exemplaar). Beide stoffelijke exemplaren zijn zaken die in eigendom kunnen worden verkregen. Bij de uitoefening van het eigendomsrecht mag in beide gevallen geen inbreuk

284 De oorspronkelijke formulering van artikel 4a van de richtlijn stelt de zeer ver strekkende bepaling voorop dat iedere permanente of tijdelijke reproductie van (een deel van) het programma, ongeacht op welke wijze en in welke vorm, aan de toestemming van de auteursrechthebbende is onderworpen. De richtlijn vervolgt dat dit mede inhoudt dat voor zover voor laden, in beeld brengen, enz. een dergelijke reproductie vereist is, voor die handelingen (laden enz.) de toestemming van de rechthebbende is vereist. De richtlijn en de wet zijn hier in een cirkelredenering blijven steken: indien men de handelingen van een gebruiker welke het tijdelijk laden, in beeld brengen, de uitvoering, de transmissie of de opslag betreffen, niet als een (noodzakelijke) verveelvoudiging beschouwt maar als gebruik, worden deze handelingen niet als verveelvoudiging aangemerkt; wanneer men het tegenovergestelde standpunt inneemt, zijn zij dat wel. Vgl. Tekst en Commentaar (Verkade) bij artikel 45i Aw en Wichers Hoeth/Gielen 2000, nr. 523.

285 Vgl. Tekst en Commentaar (Verkade) bij artikel 45j Aw.

gemaakt worden op het intellectuele eigendomsrecht van de maker van het *corpus mysticum*, waar de beide exemplaren de stoffelijke weerslag van zijn.

Er zit echter een belangrijk verschil tussen 'het boek' als zaak en 'het software-exemplaar' als zaak. De software is niet aan één drager gebonden, zoals een verhaal in een boek dat in beginsel wel is. De eenheid tussen drager en verhaal is bij een boek duidelijker aanwezig dan tussen drager en software. Zo is het mogelijk om een boek te kopiëren, maar het originele exemplaar kan moeilijk van zijn 'verhaal' worden ontdaan. Het oorspronkelijke exemplaar blijft in beginsel altijd in tact. Bij software ligt dit anders. Men kan de software van het originele exemplaar kopiëren en vervolgens wissen, met als gevolg dat van het originele exemplaar alleen nog maar de drager overblijft en er met de kopie een nieuw exemplaar is gecreëerd dat identiek is aan het oorspronkelijke exemplaar. Dit aspect geeft software een bijzonder kenmerk. Door deze ondergeschikte rol van de drager, is de vraag opgekomen of de software zelf – dat als een parasiet kan 'overleven' door van de ene drager naar de andere drager over te gaan – niet ook een rechtsobject kan zijn, los van de drager(s).²⁸⁶ Dit komt onder meer naar voren in het dagelijks taalgebruik waarin men spreekt van software 'overzetten', 'verplaatsen' en dergelijke. Een exemplaar kan bovendien door middel van diverse dragers bestaan: interne dragers zijn de harde schijf of ingebouwde geheugenchips; externe dragers zijn magneetbanden, floppy disks, optische schijven, cd-rom disks of dvd-disks.

In het geval van 'telesoftware' is zelfs helemaal geen drager aanwezig. Bij telesoftware wordt het software-exemplaar niet via een aparte drager maar direct van computer naar computer via de telefoonlijn 'overgeseind'. Op Internet kan men zo bijvoorbeeld softwareprogramma's kopen die, na overhandiging van het creditcardnummer, binnen afzienbare tijd bijgeschreven worden op de eigen computer. De ontvanger van deze telesoftware krijgt een kopie van het programma.

In § 3.2.5 is verdedigd dat elektriciteit als zaak kan worden gekwalificeerd. Daarbij is de desbetreffende constellatie doorslaggevend. De elektriciteit moet voor de rechthebbende en voor derden voldoende kenbaar zijn. Dit is alleen het geval indien er sprake is van externe hulpmiddelen, bijvoorbeeld wanneer elektriciteit gemeten kan worden door een meter of opgeslagen kan worden in een accu. Verdedigd is dat er dan sprake is van twee zaken: de elektriciteit en het hulpmiddel, de accu. De hoeveelheid elektriciteit die men verkrijgt is een zaak, waarop de regels omtrent koop van toepassing zijn.

Ten aanzien van software kan hetzelfde worden verdedigd (Vgl. § 3.1.6). Er wordt geen gewone stroom, maar een 'datastroom' gekocht, dat door middel van externe hulpmiddelen, dragers (diskettes, computers en dergelijke), vol-

286 Kleve & De Mulder 1989, p. 1343, zien slechts twee mogelijkheden: 'Gesteld wordt soms dat software niet stoffelijk is, maar dat slechts de drager stoffelijk is. De software zou bestaan uit een materiële drager waar onstoffelijke informatie aan is toegevoegd. Deze redenering is onbegrijpelijk. Het is ondenkbaar iets onstoffelijks aan iets toe te voegen'.

doende geïndividualiseerd kan worden. Men kan derhalve ook spreken van een koopovereenkomst van een zaak. Verkregen wordt het eigendomsrecht van het exemplaar van het *corpus mysticum*, dat vervolgens direct bestanddeel wordt van de computer. Er is voor een dergelijke transactie altijd een stoffelijke ontvanger, de computer, nodig.²⁸⁷ Door middel van deze stoffelijke ontvanger kan de software voldoende kenbaar worden gemaakt voor derden. Het is voor derden kenbaar of de desbetreffende computer het software programma wel of niet bevat. Het gekochte eigendomsrecht op de telesoftware valt vervolgens onder het eigendomsrecht op de computer als geheel; het programma wordt direct bestanddeel van de computer als hoofdzaak.²⁸⁸

Belangrijk is dat de software alleen door middel van hulpmiddelen voldoende individualiseerbaar kan worden gemaakt om als 'zaak' te worden gekwalificeerd. Het gaat dan niet om de software als 'idee', maar om het software-exemplaar. Voor het eigendomsrecht is het stoffelijk exemplaar van de software als *corpus mysticum* dat relevant is. Voor de bruikbaarheid van de software is de belichaming een noodzakelijke voorwaarde, pas dan kan er gesproken worden van een 'stoffelijk exemplaar' dat een weerslag vormt van het *corpus mysticum*. De software is los van de drager niet individualiseerbaar en kan dan ook niet als zelfstandige zaak worden beschouwd.²⁸⁹ Net als elektriciteit, kan de software alleen door middel van een drager voldoende individualiseerbaar zijn en kan alleen in die gevallen van een zaak worden gesproken die voldoende individualiteit bezit.

Een exemplaar van software (software op een diskette) is dus een zaak die men in eigendom kan hebben: men koopt het computerspel 'Harry Potter' of het computerprogramma 'Word'.²⁹⁰ Men koopt dan het eigendomsrecht op het exemplaar van de software. Gelijk zo koopt men in een boekwinkel het eigendomsrecht op het exemplaar van het verhaal of het eigendomsrecht op het bordspel 'Harry Potter'. Op de ideeën waar deze exemplaren een weerslag van zijn, rusten auteursrechten. Dit auteursrecht geeft de maker van een immaterieel werk een uitsluitend recht ten aanzien van de waarneembare

287 In gelijke zin Hoeren 1989.

288 Van Esch 1999A, heeft aangegeven dat bij het elektronisch uitwisselen van gestructureerde handelsgegevens tussen diverse computers, de zogenaamde Trade Data Exchange (TDX), rijzen veelvuldig vragen omtrent de identificatie, bewaring en het bewijs van gegevens, mede in het licht van de privacy.

289 In gelijke zin Verkade 1988, p. 39 e.v. Volgens Franken 1988, p. 463 ligt dat in het feit dat goederen het product zijn van fysieke arbeid, terwijl gegevens de vrucht zijn van geestelijke arbeid. Daarenboven zijn gegevens multiple: beschikking erover sluit niet uit dat ook anderen over dezelfde gegevens beschikken. Vgl. Degenkamp 1997, p. 80.

290 In gelijke zin Kleve & De Mulder 1989, p. 1343: 'In het zakenrecht hebben we te maken met specifieke verschijningsvormen van geestesproducten op of in materiële dragers. (...) En in het zakenrecht komt dat geestesproduct dan ook tot ons als een stoffelijk computerprogramma. Een kunststof schijf bijvoorbeeld, die aan bepaalde bewerkingen onderhevig is geweest.'; Zie ook Paquay 1990, p. 283; Groenhuijsen & Wiemans 1990; Van der Klaauw 1990 en Kleve & De Mulder 1990.

vorm van zijn werk. De auteursrechthebbende heeft op grond van dit recht de bevoegdheid om derden te beletten het werk openbaar te maken of te verveelvoudigen (1 Aw). De eigenaar van het stoffelijke exemplaar van het werk, is dus aan zekere beperkingen gebonden. Onafhankelijk van deze beperkingen is het eigendomsrecht op het stoffelijk exemplaar een vermogensbestanddeel van het vermogen van de eigenaar (zie § 2.3.7).

Verdedigd wordt dat het software-exemplaar (software vastgelegd op een diskette) een zaak is waar een eigendomsrecht op gevestigd kan worden. Door een geldige overdracht wordt men eigenaar van dit software-exemplaar en dit eigendomsrecht is een goed dat een vermogensbestanddeel is voor de rechthebbende. Voor een geldige goederenrechtelijke overdracht is vereist dat het eigendomsrecht op de zaak daadwerkelijk uit het vermogen van de één, naar het vermogen van de ander overgaat.

Bijzonder aan software is dat het gemakkelijk kan worden gekopieerd. Door het maken van een kopie wordt een nieuwe zaak gecreëerd (artikel 5:16 BW), die in het meest eenvoudige geval weer in eigendom toebehoort aan de eigenaar van het oorspronkelijke exemplaar. Er is sprake van inbreuk op het auteursrecht indien zonder toestemming van de auteursrechthebbende handelingen ten aanzien van het auteursrechtelijk beschermde werk worden verricht die als openbaarmaking en/of verveelvoudiging zijn te kwalificeren.²⁹¹ Dit kan leiden tot een verplichting tot schadevergoeding of winstafdracht of opeising van de op het auteursrecht inbreuk makende roerende zaken en vernietiging of onbruikbaarmaking daarvan.²⁹²

Artikel 45k Aw geeft de bevoegdheid aan de rechtmatige gebruiker van het werk, de software, om een reservekopie te maken indien zulks voor het met dat werk beoogde gebruik noodzakelijk is. Het uitoefenen van het exclusieve gebruiksrecht van deze reservekopie door de rechtmatige gebruiker levert geen inbreuk op het auteursrecht van de maker op. Anders is het wanneer er duizenden kopieën worden gemaakt voor verspreiding op de economische markt. Dit zal, zonder toestemming, wel in strijd zijn met het auteursrecht van de maker. De kopieën blijven zelfstandige zaken die object van eigendomsrecht zijn, maar die eventueel op grond van artikel 28 Aw door de auteursrechthebbende als zijn eigendom kunnen worden opgeëist.²⁹³ Gesproken

291 Wichers Hoeth/Gielen 2000, nr. 574.

292 Artikel 27-29a Aw. De bevoegdheid kan zowel aan de auteursrechthebbende als de licentienemer toekomen. De licentienemer heeft deze rechten alleen voor zover zij strekken tot bescherming van de rechten die de licentiegever hem heeft verleend.

293 In de literatuur is wel gediscussieerd over de vraag wanneer de eigendom van destreffende zaken overgaat op de auteursrechthebbende. Het meest juist lijkt mij de redenering dat de eigendom eerst overgaat na de rechterlijke uitspraak en na levering van de inbreukmakende exemplaren. Hieraan doet niet af dat de auteursrechthebbende al voor de uitspraak en levering die exemplaren als eigenaar kan revindiceren. Men kan dit – zo men wil – een ‘fictief eigendomsrecht’ noemen. Zie Spoor/Verkade 1993, p. 420 e.v. Dat het om een fictief

wordt van 'auteursrechtelijk beslag' of 'quasi-revindicatie'. Artikel 29 lid 1 Aw maakt wel uitzondering voor consumenten als daar omschreven.

Goederenrechtelijk bezien zijn deze kopieën naar mijn mening het beste te kwalificeren als nieuwe zaken die ontstaan zijn door zaaksvorming (artikel 5:16 BW).²⁹⁴ Volgens de regels van de zaaksvorming wordt de oorspronkelijke eigenaar van de zaken waarmee de nieuwe zaak gemaakt is eigenaar of, ingevolge lid 2, indien iemand voor zichzelf een zaak vormt of doet vormen uit of mede uit één of meer hem niet toebehorende roerende zaken, wordt hij eigenaar van de nieuwe zaak, tenzij de kosten van de vorming dit wegens hun geringe omvang niet rechtvaardigen.

Bij het 'installeren' van de software vanaf de diskette op de computer 'thuis' wordt er in beginsel geen inbreuk op het auteursrecht van de auteursrechthebber gemaakt. Artikel 45j Aw bepaalt dat niet als inbreuk wordt beschouwd de verveelvoudiging vervaardigd door de rechtmatige verkrijger van een exemplaar van eerder genoemd werk, die noodzakelijk is voor het met dat werk beoogde gebruik. De computer is een zaak die object van eigendom kan zijn. Het lijkt mij het meest voor de hand te liggen dat het programma 'bestanddeel' wordt van de computer. Het programma is eventueel wel weer van de computer te ecarteren, door het op een zelfstandige drager te zetten. Men creëert dan wederom een nieuwe zaak, die afhankelijk van de bevoegdheden van de kopieerder een inbreuk kan opleveren op het auteursrecht. Dit nieuwe exemplaar is in ieder geval weer een zelfstandige zaak, een stoffelijk exemplaar van het *corpus mysticum*.

Hetzelfde geldt in het geval persoon x van de computer van persoon y, een softwareprogramma op zijn diskette download (overzet). Het software-exemplaar is van bestanddeel van de computer van y, tot nieuwe zaak geworden. Volgens de Hoge Raad kan in zo'n geval niet worden gesproken van diefstal van het softwareprogramma van y aangezien er geen vermogensobject is ontnomen aan y.²⁹⁵ Evenzo kan er ook niet worden gesproken van overdracht van een eigendomsrecht op de software van y aan x omdat het eigendomsrecht nog steeds in het vermogen van y valt en hem blijft toebehoren. De dief heeft illegaal een nieuwe zaak gecreëerd, hij heeft zich ten onrechte verrijkt door de kopie van het software-exemplaar te occuperen. Op grond van artikel 6:212 BW is degene die ongerechtvaardigd is verrijkt ten koste van een ander, verplicht om, voor zover dit redelijk is, diens schade te vergoeden tot het bedrag van zijn verrijking. Moeilijk is het in dit geval om te bewijzen

en niet om een echt eigendomsrecht gaat, blijkt ook uit artikel 28 lid 4 Aw dat bepaalt dat 'bij samenloop met een ander beslag degene die het beslag heeft gelegd krachtens dit artikel voorgeaat' en artikel 28 lid 7 Aw dat de licentienemer ook de bevoegdheid tot beslag en opeising verleent.

294 In gelijke zin voor het Duitse recht: Bydlinski 1998, p. 315 en König 1993, p. 3121-3124.

295 In het software-arrest van 1998 is expliciet bepaald dat er voor diefstal sprake moet zijn van een bepaald object dat uit het vermogen van de een, naar het vermogen van de ander gaat. Zie uitgebreid § 2.4.2.

dat deze ongerechtvaardigde verrijking *ten koste* is gegaan van een ander. Het zal afhankelijk zijn van de omstandigheden van het geval of dit zal lukken of niet. Daarenboven kan de auteursrechthebbende schadevergoeding vorderen van x omdat x door het maken van een kopie, een inbreuk heeft gemaakt op zijn auteursrecht (27 Aw). De auteursrechthebbende kan ook de kopie opeisen als ware het object van zijn eigendomsrecht (28 Aw).

In het buitenland is de civielrechtelijke kwalificatie van software eveneens onderwerp van discussie. Na een periode waarin allerlei mogelijke posities ten aanzien van software zijn verdedigd,²⁹⁶ lijkt de heersende mening zich momenteel te stabiliseren rond de ontkenning van een zelfstandig objectkarakter van softwaregegevens zelf. De civielrechtelijke kwalificatie wordt ook in de landen om ons heen gekoppeld aan de materiële dragers. Deze materiële dragers zijn de exemplaren van de 'software als idee' en vormen een object van een eigendomsrecht. In sommige gevallen wordt dit echter naar mijn mening te strikt doorgevoerd. Naar Anglo-Amerikaans recht werd zo bijvoorbeeld in de zaak *St. Albans City and District Council v. International Computers Ltd*, bepaald dat de computerdiskette een 'good' is in de zin van de *Sale of Goods Act*, maar de computergegevens niet.²⁹⁷ Voor Amerika is besloten dat computersoftware zelf als 'good' kan worden gekwalificeerd.²⁹⁸ In de handboeken van het Duitse goederenrecht wordt gesteld dat wegens de noodzakelijke belichaming van software op een drager, de software tezamen met de drager, evenals een boek, als *Sache* moet worden beschouwd.²⁹⁹ Dit is geïnspireerd op de uitspraak van het Bundesgerichtshof van 4 november 1987 waarin overwogen werd dat:

Kaufgegenstand ist hier ein Datenträger mit dem darin verkörpertem Programm, insofern also eine körperliche Sache (...), die – entsprechend dem vertraglich vorausgesetzten Gebrauch – als Instrument zur Datenverarbeitung dienen soll (...).³⁰⁰

296 Zie voor Duitsland bijvoorbeeld König 1993, p. 3121-3124, die pleit tegen zaakskwaliteit en Müller-Hengstenberg 1994, p. 3128-3134, die pleit voor zaakskwaliteit.

297 *St. Albans City and District Council v. International Computers Ltd*, [1996] 4 all ER 481. Zie hierover onder andere Atiyah/Adams 2001, p. 67-72. De koop van roerende zaken wordt beheerst door de *Sale of Goods Act 1979*. 'Goods' worden daar als onderwerp van een koopovereenkomst opgevoerd. Zij worden in section 61 omschreven als 'all personal chattels other than things in action and money' en voor het Schotse recht: 'all corporeal moveables except money'. Zie Van Vliet 2000, hoofdstuk 4, McKendrick c.s. 2000. Atiyah/Adams 2001, p. 66 geeft weer dat niet-fysieke objecten zoals aandelen en intellectuele eigendomsrechten van de definitie worden uitgesloten. Er zijn de laatste jaren vooral kwalificatieproblemen ontstaan omtrent software, bloed en overige lichaamsdelen. McKendrick c.s. 2000, p. 30-33, geeft weer dat bloed als 'good' kan worden gekwalificeerd.

298 *Advent Systems Ltd. v. Unisys Corporation* 925 F. 2d 670 (1991).

299 Wolf 2000, § 90 aantekening 3; Iets genuanceerder is Bydlinski 1998, p. 287 e.v.

300 BGH 4 november 1987, *NJW* 1988, 406 (Basic-Übersetzungsprogramm).

De datadrager met een daarin belichaamd programma, wordt dus als een zaak behandeld. Von Staudinger is hier tegen: de drager is een zaak, de software is een object van intellectueel eigendomsrecht en meer mogelijkheden zijn er niet.³⁰¹

Voor het Nederlandse recht wordt het volgende bepleit. De software als idee is een zelfstandig rechtsobject van een intellectueel eigendomsrecht. Dit kan een auteursrecht of een octrooirecht zijn. De software als *corpus mysticum* verschijnt aan ons in stoffelijke exemplaren, exemplaren van de software als idee. Deze stoffelijke exemplaren zijn zaken waarvan het eigendomsrecht kan worden verkregen. De uitoefening van het eigendomsrecht mag niet in strijd komen met de rechten van anderen, zoals de auteursrechthebbende op de software. Dit betekent, kortweg, dat men het exemplaar mag gebruiken, maar niet mag verveelvoudigen en openbaar maken. Indien de eigenaar dat wel doet pleegt hij inbreuk op het auteursrecht en kan tegen hem een vordering tot schadevergoeding of zelfs een revindicatievordering worden ingesteld.

Verdedigd is dat het eigendomsrecht op een stoffelijk exemplaar van software een *goed* is, dat voor overdracht vatbaar is (artikel 3:83 lid 1 BW). Voor een geldige goederenrechtelijke overdracht is wel vereist dat het vermogensbestanddeel bij de één uit het vermogen verdwijnt en bij de ander in het vermogen er bij komt. Men kan het eigendomsrecht op deze zaak verpanden volgens de regels van verpanding van een roerende zaak (artikelen 3:236 lid 1 BW, 3:237 BW),³⁰² beslaan (artikelen 3:276 BW jo 439 Rv, 711 Rv en 730 Rv) en dit vermogensbestanddeel valt ook in het faillissementsvermogen (artikel 20 Fw). Voor al deze gevallen is van belang dat software een onzekere waarde- vastheid heeft. De concurrentie op de softwaremarkt is zo groot dat het zeer goed mogelijk is dat de verkoopwaarde sterk verminderd omdat een ander een nog sneller en beter pakket voor dezelfde toepassing op de markt brengt. De waarde van software kan ook nadelig beïnvloed worden door het in omloop komen van ongeautoriseerde kopieën. Voor wijzigingen moet men daarenboven over de sourcecode beschikken. Om uit dit probleem te komen en zowel een garantie mogelijk te maken voor de crediteur van de rechthebbende op de software als een waarborg te creëren voor de licentiewaarnemer teneinde de continuïteit van het gebruik veilig te stellen is een bewaargeving-constructie bedacht. Men spreekt van het zgn. sourcecode-escrow, dat wil zeggen de broncode van het programma wordt in bewaring gegeven aan een onafhankelijke derde.³⁰³

301 Von Staudinger 2000, § 90, nr. 2.

302 Vgl. Molenaar 1999, nr. 7.3: 'De verpanding van software als zodanig is niet mogelijk. Wel kan het gewenste resultaat bereikt worden door verpanding van het auteursrecht tezamen met het pandrecht op de 'zaken', zoals banden, tapes en schijven, waarop het programma voorkomt alsmede de (geschreven) programma's, die de zogenaamde broncode vormen. Zie ook Thole 1991, p. 245 en 255; Van Loon 1994, p. 3-4.

303 Zie verder Franken 1988, p. 465-466 en Thole 1989, p. 20-26.

3.2.7 Informatie

Nauw verwant aan de kwalificatieproblematiek rond software is de problematiek rond informatie. Hoewel informatie op zichzelf niet is waar te nemen en de uitwerking op het individu niet objectief waarneembaar is, wordt er in het dagelijks spraakgebruik over informatie als zelfstandig rechtsobject gesproken. Gesproken wordt bijvoorbeeld over informatie als economisch 'goed', het 'bezit' van waardevolle informatie, het niet willen weggeven van 'zijn' informatie, het 'vastleggen' van informatie en het 'overdragen' van informatie. Dit roept de vraag op of 'informatie' binnen het goederenrecht inderdaad als zelfstandig rechtsobject kan worden beschouwd.³⁰⁴

Alvorens te onderzoeken wat de behandeling van informatie in het recht is, is het van belang in te zien dat ook het recht zelf informatie is.³⁰⁵ De rechtsregels geven informatie aan rechtssubjecten. Naast informatie in de zin van rechtsregels bestaan er nog veel meer soorten informatie. In deze studie gaat het echter om de kwalificatie van informatie als fenomeen *binnen* het recht. Dat wil zeggen dat het als object van een vermogensrecht, als rechtsobject, wordt beschouwd.

Bij de behandeling van het rechtskarakter van informatie dient de bescherming door middel van een eigendomsrecht onderscheiden te worden van bescherming door middel van intellectuele eigendomsrechten. Voor de eigendomsrechtelijke bescherming moet bekeken worden of informatie een *zaak* is. Hierbij stuit men uiteindelijk op de vraag of informatie voldoende individualiteit bezit om als zaak te kunnen fungeren (zie § 3.1.5). Wanneer informatie in het hoofd van een persoon zit, is het voor de buitenwereld niet kenbaar en derhalve niet te individualiseren. Het is voor derden niet kenbaar op welke informatie er geen inbreuk gemaakt mag worden. Informatie is in essentie het veranderen van het bewustzijn, iets dat voor derden niet of nauwelijks waarneembaar is. Het hangt allemaal van de persoon af tot wie de informatie gericht is, of deze in staat is de gegevens tot informatie te verwerken.³⁰⁶ Het begrip informatie wordt dus subjectief ingekleurd. Bovendien is informatie multiple. Een ander kan informatie ontvangen, zonder dat er bij de informatieverstrekker informatie wordt weggenomen. Er kan daarom ook niet ten aanzien van informatie gesproken worden van diefstal of goederenrechtelijke overdracht van (het eigendomsrecht op) informatie. Informatie is dus wegens de onmogelijkheid tot individualisering van informatie, wegens gebrek aan individualiteit, niet als zaak te kwalificeren.³⁰⁷

304 Zie voor een poging om het begrip 'informatie' te omschrijven: Barlow 1996, p. 176 e.v.; Hugenholtz 1989, hoofdstuk 1.

305 Zie Druey 1995.

306 Vgl. De Mulder 1984.

307 In gelijke zin Hugenholtz 1989, p. 144; Vgl. Westerdijk 1995, p. 24.

In buitenlandse rechtstelsels is wel gepleit voor het aannemen van eigendomsrechten op informatie. Zo pleiten Catala en Lucas voor het Franse recht voor een algemeen eigendomsrecht op informatie, gelijk aan het aloude eigendomsrecht op zaken.³⁰⁸ Catala ziet de noodzaak van bescherming in het feit dat informatie een grote economische waarde vertegenwoordigt. Maar zoals reeds eerder aan de orde is gekomen, is het niet mogelijk om ieder object met economische waarde, als object van een eigendomsrecht te kwalificeren (zie § 3.1.5). Lucas houdt derhalve een wat voorzichtiger betoog dan Catala, maar pleit ook voor een eigendomsrecht op informatie.³⁰⁹ Voor het Anglo-Amerikaanse recht is de mogelijkheid van een dergelijk eigendomsrecht op informatie, 'a property right in information', onder meer onderzocht door Mackaay en Palmer & Kohler³¹⁰ en voor het Duitse recht door onder anderen Podlech, Bull, Lenk en Druey.³¹¹ Daarbij moet worden opgemerkt dat het Anglo-Amerikaanse begrip 'property' zeer ruim is en niet alleen ziet op absolute vermogensrechten, maar op alle vermogensrechten in het algemeen.³¹² Mackaay ziet grote bezwaren voor het aannemen van een 'property right' op informatie. Door het verbod op vrije circulatie van informatie, zou de technische vooruitgang ernstig belemmerd kunnen worden.³¹³ Druey noemt vooral het probleem van identificatie van informatie als probleempunt om informatie

308 Catala 1983; Catala 1984; Lucas 1987. Zie hierover Hugenholtz 1989, p. 141-142 en Druey 1995, hoofdstuk 5. Artikel 544 CC bepaalt dat eigendom (*propriété*) ziet op zaken (*choses*). De 'choses' worden in de regel omschreven als objecten die men kan zien en aanraken, die materieel zijn en dienen ter gebruik en genot van de mens. Zie Hubrecht & Vermelle 1993, p. 75; Hansenne 1996, p. 11 en Voirin/Goubeaux 1995, p. 231. Zie voor algemene kritiek op de grenzen van het begrip 'choses' onder meer Hansenne 1996, p. 15 en Patault 1991, p. 3-12.

309 Zie hierover nader Hugenholtz 1989, p. 141 e.v.

310 Mackaay 1982. In Canadese zaak: R. v. Stewart (1983), stelde de Supreme Court dat het Hof verkeerd had geoordeeld dat informatie gestolen kon worden. Palmer & Kohler 1993, p. 187-206. Vgl. Mackaay 1996, p. 13-25.

311 Zie Druey 1995. Vgl. ook Wolf 2000, § 90, aant. 4.

312 Het Anglo-Amerikaanse recht kent geen algemeen eigendomsbegrip. De term 'property right' is universeel en heeft weinig onderscheidend vermogen. Veelal wordt het begrip 'title' gebruikt ter aanduiding van de relatie waarin iemand ten aanzien van een zaak staat. Zie Zwolve 2000, p. 105-106. Er wordt ten aanzien van een recht op roerende zaken ook wel gesproken over 'ownership'. Zie Honoré 1961, p. 107 e.v. Er bestaat geen algemene definitie van de 'eigendom'. De klassieke opvatting is die van Blackstone: 'Property is the sole and despotic dominion which one man claims and excercises over the external things of the world, in total exclusion of the right of any other individual in the universe'. Vgl. ook Hohfeld 1978 en Grey 1980, p. 69-85, die ten aanzien van 'property' refereren aan het idee van eigendom als 'bundle of rights'. Het is dan niet zozeer het object, de 'external thing' dat centraal staat, maar de mogelijkheid van het uitoefenen van de aan eigendom gerelateerde bevoegdheden. Zie Voirin/Goubeaux 1995, p. 231, Roos 1996, Harris 1996, Penner 1997 en Merill 1998, p. 730.

313 Zie uitgebreider Hugenholtz 1989, p. 141 e.v.

als *Sache* te kwalificeren.³¹⁴ Opvallend is dat de voorgestelde bescherming veelal meer neerkomt op een intellectueel eigendomsrechtelijke bescherming, dan op een aan de traditionele zaken gelijkende eigendomsrechtelijke bescherming. Vaak wordt aan het voorstel voor bescherming van informatie ook een bepaalde tijdsduur verbonden.

Het intellectuele eigendomsrecht kan informatie in zekere zin wel beschermen. Dit is echter, gezien het *numerus clausus*-beginsel alleen mogelijk aan de hand van de bestaande intellectuele eigendomsrechten. Octrooien, merken, handelsnamen, modellen, computerprogramma's, databanken, werken en dergelijke, worden dan ook wel informatiegoederen genoemd. Het gaat bij deze *corpora mystica* om informatieproducten waarvan de productie een investering vergt en die wordt ondernomen in de verwachting dat daarmee bedrijfswinst kan worden gemaakt.³¹⁵ Deze rechten zijn ingevoerd omdat het maatschappelijk onwenselijk wordt bevonden dat uitvinders, auteurs, merkhouders, investeerders in databanken en dergelijke zonder garantie van enige vorm van bescherming, zouden afzien van de productie van informatie. Bestaande informatie schept nieuwe informatie en stimuleert aldus de ontwikkeling van de maatschappij. Van de wetenschap dat een juridisch monopolie kan worden verkregen ten aanzien van een bepaald informatieproduct, gaat een stimulans uit om nieuwe informatie aan het licht te brengen.³¹⁶ Maar niet alle informatie wordt beschermd, slechts die informatie die als informatieproduct, als *corpus mysticum* van de bestaande intellectuele eigendomsrechten zijn gecodificeerd. In dit kader moet vooral het meer recentelijk ingevoerd databankrecht worden genoemd (zie § 4.2.9). Het databankrecht beschermt, kortweg, gegevensverzamelingen die getuigen van een substantiële investering. Onbeschermd blijven bijvoorbeeld ruwe gegevens en kale ideeën.³¹⁷

314 Druey 1995; Vgl. ook Wolf 2000, § 90, aant. 4. De Duitse 'Sachen' hebben dezelfde enge betekenis als in het Nederlandse recht: het zijn de stoffelijke vermogensobjecten. Artikel 90 BGB luidt als volgt: 'Sachen im Sinne des Gesetzes sind nur körperliche Gegenstände'. Zie Von Staudinger 2000, III, nr. 16 en Jauernig 1997, p. 30. Het MünchKomm/Holch, p. 702, geeft aan dat het begrip 'Gegenstand' in diverser betekenissen in het recht wordt gebruikt. Vgl. Wieacker 1943, p. 57 en 65. Het begrip zaak wordt in O. Gierke I, § 311 (Hill 1940, p. 8) omschreven als 'ieder onderdeel van de buitenliggende goederenwereld die in de verhouding van mensen tot elkaar, aan een bindende wilsheerschappij van een ander onderworpen kan zijn. Het Duitse zaaksbegrip kent in beginsel dezelfde eisen als in Nederland: lichamelijke, voor menselijke beheersing vatbaarheid en zelfstandigheid. Vgl. Fischer 1957, p. 26-32. Als niet-zaken worden genoemd: energie, warmte, licht, atoomenergie, natuurkrachten, de lucht, water, de zee, het lichaam, sneeuw, en dergelijke. Palandt 1999, überblick § 90, Rn. 7-8; Ennecerus-Nipperdey 1959, § 121; RGRK-Kregel 1982, Rn. 12. Onder anderen Löhr 1940 en Bydlinski 1998, p. 287 e.v. uiten kritiek op de grenzen van het zaaksbegrip.

315 Mackaay 1985, p. 12-16.

316 Zie hierover Teijl & Holzhauser 1991, p. 30 e.v.

317 Hugenholtz 1989, p. 141.

Knowhow

Het is wel mogelijk om een zekere juridische exclusiviteit rond informatie te creëren, welke exclusiviteit vervolgens beschermd kan worden. Dit is geen monopolie dat verkregen is door een intellectueel eigendomsrecht, maar een feitelijk monopolie dat gecreëerd wordt door de afspraak dat de kennis geheim blijft. Deze geheime kennis wordt ook wel 'knowhow' genoemd.

Het is moeilijk het begrip 'knowhow' precies te definiëren. Het begrip heeft een breed bereik. Oorspronkelijk is het begrip uit de Verenigde Staten gekomen, maar ook daar kent men geen algemene definitie van 'knowhow'. Hoewel het eigenlijk niet mogelijk is een vergelijking te maken tussen Amerikaans en Nederlands recht – onder meer vanwege het gebrek aan gelijke begrippen en een vergelijkbaar dogmatisch onderscheid tussen goederen- en verbintenisrecht – is het toch inzichtelijk om de meest gangbare definitie van knowhow naar Amerikaans recht aan te geven. Dit is de definitie zoals gebruikt in de zaak *Mycalex Corp. Of America v. Pemco Corp*, 64 F. Supp 420:

Factual knowledge not capable of precise, separate description but which when used in an accumulated form, after being acquired as the result of trial and error, gives to the one acquiring it an ability to produce something which he otherwise would not have known how to produce with the same accuracy or precision found necessary for commercial success...³¹⁸

Duidelijk is dat er een zeker verband wordt gelegd tussen de kennis en de technische, commerciële aanwending daarvan. In Nederland wordt knowhow ook wel aangeduid met de term 'bedrijfsgeheimen'.³¹⁹ Ook dit begrip kent een breed bereik. Bedrijfsgeheimen kunnen betrekking hebben op de samenstelling van producten, de wijze van productie, de inrichting van het bedrijf, de lijst met afnemers en leveranciers, de behandeling van klanten, en dergelijke.³²⁰ Knowhow ziet op geheime kennis ten aanzien van ondernemingen en personen. Deze geheime kennis kan praktisch worden toegepast.

Knowhow is geen rechtsobject van een absoluut recht. De knowhow is onvoldoende individualiseerbaar om een zelfstandige zaak te zijn en knowhow valt ook niet onder een van de bestaande *corpora mystica*. Bijzonder aan geheime kennis, knowhow, is dat het 'object' is verdwenen op het moment dat het openbaar wordt gemaakt.

De bescherming van knowhow tegenover derden vindt primair plaats op basis van overeenkomsten en de daaruit voortvloeiende vorderingsrechten.

318 Staples & Bertagnolli 1984, p. 259.

319 Wentink 1995, p. 126-127. Wessels 1995, p. 99 omschrijft knowhow als een geheel van technische informatie die in beginsel geheim is en die wezenlijk is voor een product, productieproces of productontwikkeling; Vgl. Idenburg 1980, p. 3 e.v.; Verkade 1986A, p. 175 e.v.

320 Wichers Hoeth/Gielen 2000, p. 463. Vgl. Gielen 1999; Verkade 1986A, p. 175.

Een algeheel verbodsrecht tegen derden heeft de kennishouder niet.³²¹ Hij kan inbreuk door derden alleen door middel van contractbreuk of de onrechtmatige daad bestrijden. Dat is dan ook meteen een voordeel in vergelijking tot bijvoorbeeld een octrooirecht: met de aanvraag van het octrooi, wordt de uitvinding bekend. De geheime kennis die door middel van een knowhow-contract kan worden beschermd, blijft zo lang beschermd als partijen dat willen. Knowhow kan dan ook niet als rechtsobject van absoluut recht worden overgedragen, maar alleen 'overgaan' doordat partijen elkaar geheimhouding opleggen omtrent een bepaald geheim en de 'overdragende partij' zich verbindt om de geheime kennis niet meer zelf te gebruiken.

In de zaak Wavin/Pipe Liners stond een dergelijke geheimhoudingsovereenkomst centraal.³²² Deze overeenkomst verbood de toepassing van niet openbaar toegankelijke, door Pipe Liners verschaft knowhow zonder dat daarvoor een redelijke vergoeding werd betaald. Het Hof overwoog, kortweg, dat de redelijkheid en billijkheid meebrengt dat ook een redelijke vergoeding betaald moet worden voor verkregen knowhow die Wavin niet *rechtstreeks* in haar systeem toepast. Doet zij dat niet, dan pleegt zij wanprestatie.³²³

In het wetboek van strafrecht zijn bepalingen opgenomen ter bescherming van bedrijfsgeheimen. De artikelen 272 en 273 WvSr zien op schending van geheimen. De materiële norm die hier beschermd wordt ziet op het respecteren van vertrouwelijkheid van geheime gegevens. Artikel 272 WvSr ziet op geheimen die zijn toevertrouwd aan een persoon die een vertrouwensberoep uitoefent. Artikel 273 WvSr ziet op de bescherming van bedrijfsgeheimen. Onder deze bedrijfsgeheimen kunnen ook computergegevens vallen. Strafbaar wordt gesteld het door (ex-)werknemers bekendmaken van bijzonderheden waarvan hem de geheimhouding is opgelegd. Deze bijzonderheden kunnen een onderneming van handel, nijverheid of dienstverlening betreffen. Dit vereist dat met de werknemer een geheimhoudingsplicht is overeengekomen.

Ook het Burgerlijk Wetboek geeft in een enkel geval regels omtrent geheime kennis. Artikel 7:678 lid 2 onder i BW kan de werknemer, die bijzonderheden bekend maakt met betrekking tot het bedrijf van zijn werkgever, die hij geheim had behoren te houden, op staande voet worden ontslagen. Hiermee wordt verwezen naar artikel 272 WvSr. Hoofdregel blijft dat indien geen geheimhou-

321 Wessels 1995, p. 99.

322 Hof 's-Gravenhage 16 januari 1992, *BIE* 1993/9.

323 In de zaak Remington US v. BSI, United States Bankruptcy Court, 24 september 1982, *BIE* 1983, p. 108-114, stond in het bijzonder de vraag naar het rechtskarakter van knowhow centraal. In deze zaak die in Amerika naar Nederlands recht (oud BW) werd beoordeeld, werd expliciet overwogen dat knowhow geen object van een absoluut recht is. De curatoren mochten de aan Remington-Holland gelicentieerde knowhow als deel van de boedel verkopen. Of naar huidig recht ook zo zou worden beslist, is nog maar de vraag te meer overwogen werd dat het in de licentie opgenomen beding van beëindiging van de licentie (onder meer) in geval van faillissement niet behoeft te worden nagevolgd. Dit zou teveel afbreuk doen aan de strekking van het faillissement.

dingsplicht is opgelegd of geen concurrentiebeding is overeengekomen, het gebruik maken van kennis en ervaring uit de vorige werkring in beginsel niet onrechtmatig is. Bijkomende omstandigheden kunnen een ander oordeel rechtvaardigen.³²⁴ Op artikel 6:162 BW kan in dit kader, kortweg, een beroep worden gedaan tegenover degene die in strijd met zijn plicht de geheimhouding heeft geschonden, of die de schending heeft uitgelokt en bevorderd.³²⁵

De meeste juridische geschillen omtrent geheime kennis gaan over de onrechtmatige toe-eigening van deze geheime gegevens door (ex-)werknemers of zakenpartners en niet zozeer omtrent de vermogensrechtelijke aard van deze kennis. Het gaat om het geheim zijn van de informatie en niet om de informatie zelf. Het woord geheim drukt dus een toestand aan, bestaande uit het niet bekend zijn met een bepaalde intellectuele inhoud. Maar deze inhoud moet toch bepaald zijn, want datgene wat geheim is moet ook omschreven kunnen worden.³²⁶ Het Duitse recht kent daarvoor twee begrippen: het geheim (*Das Geheim*) en de geheimhoudingsfeer (*Die Geheimnisphäre*).³²⁷ De geheimhoudingsfeer wordt door de wil van een persoon gedefinieerd. Het geheim in juridische zin wordt zo omschreven dat het om een niet algemeen bekende zaak gaat, die de gerechtigde geheim houden wil en die in de geheimhouding een beschermenswaardig belang heeft. Er ontstaat een conflict tussen het geheim zijn en de exclusiviteit: je moet toch aanduiden wat er dan precies geheim is. Geheime kennis is geen zaak, de wil tot geheimhouding is doorslaggevend en deze wil tot geheimhouding is het beschermingsobject.³²⁸ De geheimhouding en niet de kennis staat centraal. Nakoming kan

324 Vgl. HR 28 januari 1977, *NJ* 1977, 301 (Boom/Meij); Hof Arnhem 14 juli 1982, *BIE* 1983, 179 (Vredestein); Hof Arnhem 7 juli 1987, *BIE* 1987, 278 (houtverkolingsoven); Hof Arnhem 19 februari 1991, *BIE* 1992, 134 (varkenvoederdoseerwagen); Pres. Rechtbank Middelburg 15 mei 1986, *BIE* 1988, 61 (Minigel/Jelly Server); Pres. Rechtbank Arnhem 9 november 1990, *KG* 1990, 380 (Vliebo/Hebo); Pres. Rechtbank Dordrecht 10 juli 1991, *KG* 1991, 261 (De Vos/Mijnlieff).

325 Wichers Hoeth/Gielen 2000, p. 464.

326 Geheime kennis kan vergeleken worden met een zwart gat. Waar een zwart gat een partiele negatie is van een wel bestaande grootheid en daarbinnen zijn bepaalde plaats heeft, zo moeten wij de geheime inhoud aan de hand van zijn wel bekende omgeving beschrijven.

327 In het Duits: 'Das Geheimnis' und 'Die Geheimnisphäre'.

328 Het gebruik van bedrijfsgeheimen van een ander ligt op de grens van het gebied van de ongeoorloofde mededinging. Ongeoorloofde mededinging ziet op alle ontoelaatbare handelingen in het handelsverkeer die een onderneming in staat stellen om de winst of concurrentiepositie te bevorderen. Het gebruik maken van andermans bedrijfsgeheimen hoeft niet per definitie ongeoorloofde mededinging te zijn. Vgl. HR 12 november 1965, *NJ* 1966, 59 (Cascade). Voor ongeoorloofde mededinging is ontoelaatbaar gebruik nodig. Hiervoor zijn bijkomende omstandigheden nodig, bijvoorbeeld spioneren, personeel omkopen of gebruikmaken van wat leden van het personeel in strijd met hun plicht verraden. Ook het misbruik maken van vertrouwelijke gegevens, die tijdens onderhandelingen over een niet doorgegangene overeenkomst zijn verkregen, zal in de regel onrechtmatig zijn: vgl. Pres. Rechtbank Breda 11 april 1986, *KG* 1986, 214.

slechts door contractuele constructies en door toepassing van zorgvuldigheidswaarden worden gewaarborgd.³²⁹

De Nederlandse situatie is vergelijkbaar met die van Duitsland en Frankrijk. Ook daar wordt knowhow niet als rechtsobject van absoluut recht beschouwd, maar wordt over knowhowovereenkomsten, over relatieve rechten gesproken.³³⁰ Deze overeenkomsten proberen de informatie die niet vastgelegd kan worden door intellectuele eigendomsrechten toch te beschermen door dergelijke knowhowovereenkomsten.³³¹ De precieze kwalificatie van deze overeenkomst levert wel problemen op. Het is moeilijk de knowhowovereenkomst in het overeenkomstenrecht in te passen.³³² In verband met mogelijke invloed van knowhowovereenkomsten voor het kartelrecht is knowhow ook object van Europese regelgeving.³³³ Zo bestaan er regels omtrent EG-groepsvrijstellingen voor knowhow en octrooiligenties.³³⁴

In de Verenigde Staten, waar het knowhow begrip is geboren, wordt heden ten dage over het algemeen aanvaard dat knowhow 'property' is.³³⁵ De rechter stelde daarbij wel voorop dat dit 'property right' eindig is.³³⁶ Zodra de vertrouwelijkheid wegvalt, is er sprake van publieke kennis. De property status van knowhow, was aanvankelijk nog zeer betwist. In *E.I. Dupont de Nemours Powder Co. v. Masland*, 244, US 100, 102 (1917) gaat rechter Holmes hier fel tegen in:

...the word 'property' as applied to trademarks and trade secrets is an analyzed expression of certain secondary consequences of the primary fact that the law makes some rudimentary requirements of good faith. Whether the plaintiffs have any

329 Uit Van Engelen 1991, p. 434. Vgl. Houwing 1939, p. 44; Idenburg 1980, p. 117, spreekt niet over een subjectief vermogensrecht op geheime knowhow, maar miskent naar Van Engelen oordeel het element van de gebruikswaarde van knowhow. De rechten van een rechthebbende op knowhow lijken toch meer te omvatten dan alleen maar vorderingsrechten op derden. Er is tevens sprake van bevoegdheden los van vorderingen op derden. Vgl. Grant Hammond 1981, p. 47-72.

330 Zie Weniger 1994.

331 Gaul & Bartenbach 2001, p. 507.

332 Zie hierover Stumpf 1984, p. 9-115 en Gaul & Bartenbach 2001, p. 529-538.

333 Gaul & Bartenbach 2001, p. 511.

334 Artikel 1 lid 7 sub 1 van de Verordening 556/89 van de Commissie van 30 november 1988 inzake de toepassing van artikel 85 lid 3 van het Verdrag op groepen knowhow- en licentieovereenkomsten (PB 1989, L 61, p. 1), omschrijft knowhow als een geheel van technische informatie die geheim, wezenlijk en op gepaste wijze omschreven is. Vgl. Wessels 1995, p. 100. Zie voor het begrip 'knowhow' in het Europese kartelrecht: Friedrich 1995. Het TRIPs-verdrag verplicht in artikel 39 tot bescherming van geheime informatie tegen openbaarmaking, verwerving of gebruik door derden op een wijze die in strijd is met de eerlijke handelsgebruiken.

335 *Staples & Bertagnolli* 1984, p. 265. De Amerikaanse Supreme Court oordeelde aldus in 1984 en 1987: *Ruckelhaus v. Monsanto*, 467 U.S. 986 (1984) en *Carpenter v. United States*, 484 U.S. 19 (1987).

336 Zoals in noot 650 is beschreven ziet het Anglo-Amerikaanse begrip 'property' op meer dan alleen de Nederlandse absolute rechten.

valuable secret or not, the defendant knows the facts, whatever they are, through a special confidence that he accepted. The property may be denied, but the confidence cannot be. Therefore, the starting point for the present matter is not property or due process of law, but that the defendant stood in confidential relations with the plaintiffs...

Concluderend kan gesteld worden dat informatie op zichzelf geen rechtsobject van een absoluut recht kan zijn. Slechts een bepaalde modaliteit van informatie, geheime informatie, kan door middel van afspraken enigszins beschermd worden. Tegenover de verbintenissen die voortvloeien uit een dergelijke overeenkomst staan relatieve vorderingsrechten. Dit zijn goederen die voor overdracht vatbaar zijn (artikel 3:83 BW). Hoewel dit afhankelijk is van de omstandigheden van het geval, kunnen deze goederen in beginsel ook in pand worden gegeven (artikel 3:228 BW), object van verhaal zijn (artikel 3:276 BW) en in het faillissementsvermogen vallen (artikel 20 Fw). In geval van faillissement is dan van belang dat artikel 37 Fw bepaalt dat voor wederkerige overeenkomsten die door schuldenaar en schuldeiser nog niet of slechts gedeeltelijk zijn nagekomen, de curator het recht verliest om nakoming van de overeenkomst te vorderen. Dit is anders indien de curator zich tot nakoming van de overeenkomst bereid verklaart. Tenslotte kent de wet voor bedrijfsgeheimen ook nog strafrechtelijke bescherming, zoals vastgelegd in de artikelen 272 en 273 WvSr en, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, bescherming op grond van onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW).

3.2.8 Goodwill

Een bedrijf is vaak veel meer waard dan het pand en de inventaris alleen. Bij de verkoop van het bedrijf in zijn geheel, komt deze meerwaarde aan het licht. Deze meerwaarde wordt ook wel de 'goodwill' genoemd. Het begrip goodwill is moeilijk te definiëren. De meest gebruikte omschrijving in rechtspraak en literatuur definieert goodwill als het verschijnsel dat de totale waarde van de onderneming hoger is dan de som van de waarde van de diverse vermogensrechten waaruit zij bestaat. De meerwaarde kan het gevolg zijn van de bijzondere cliëntèle en relaties, waarover de betrokken onderneming beschikt, maar ook van andere omstandigheden, bijvoorbeeld van de bijzondere eigenschappen van zaken die in het bedrijf gebruikt worden (een gunstig gelegen café) of van personen die in de onderneming werkzaam zijn (het bedrijf beschikt bijvoorbeeld over een aantal zeer goede verkoopkrachten), ten slotte zelfs van het enkel bestaan van de organisatie, die voor het uitoefenen van het bedrijf noodzakelijk is.³³⁷ Met andere woorden: de goodwill is een gevolg van een aantal feitelijke omstandigheden die de winstcapaciteit van het bedrijf

337 Asser/Mijnssen/De Haan 2001 (3-1), nr. 7.

beïnvloeden. De invoering van het begrip bleek nodig omdat het ondoenlijk is een aparte waarde aan te geven voor alle afzonderlijke feitelijkheden die nu onder het begrip goodwill kunnen vallen.³³⁸ Met goodwill wordt de feitelijke mogelijkheid om winst te behalen aangeduid, datgene waardoor een bedrijf een waarde krijgt die uitstijgt boven de som der afzonderlijke delen.³³⁹

De waarde van de goodwill kan bij verkoop van het bedrijf te gelde worden gemaakt. Maar kan het recht op goodwill nu ook als zelfstandig vermogensbestanddeel, reeds vóór de verkoop, object zijn van bijvoorbeeld beslag of pand? Of valt dit, niet onaanzienlijke, bedrag – soms zelfs groter dan de waarde van het bedrijfspand en de inventaris – buiten het vermogensrecht? Is goodwill voldoende individualiseerbaar om rechtsobject van een eigendomsrecht te kunnen zijn?

Voorop staat dat de goodwill een begrip is dat ziet op feitelijke bijzonderheden, die niet reeds zelfstandig als vermogensrecht kunnen worden gekwalificeerd. Voor zover de goodwill namelijk bestaat uit een sterk merk waar een merkrecht op rust, is er vermogensrechtelijk gezien geen probleem. De goodwill zit als het ware in het intellectuele eigendomsrecht belichaamd en kan worden meegenomen bij de bepaling van de prijs voor overdracht van dit intellectuele eigendomsrecht. Een bedrijf met een sterke merknaam en derhalve veel ‘goodwill’ kan meer geld voor zijn merkrecht vragen dan een bedrijf met een onbekende merknaam. Beide merkrechten zijn vermogensbestanddelen en hebben als *goed* hun zelfstandige rol in het vermogensrecht (zie § 4.2.4).

‘Goodwill’ in dit onderzoek ziet echter op de ‘moeilijk benoembare feitelijke bijzonderheden’ die niet zelf als zelfstandig vermogensrecht kunnen worden erkend. Deze moeilijk benoembare feitelijkheden, hebben een bepaalde meerwaarde die aan het licht komt wanneer alle vermogensbestanddelen van het bedrijf als één geheel aan een rechtssubject worden overgedragen en niet als allemaal afzonderlijke vermogensbestanddelen aan afzonderlijke rechtssubjecten. In een eenvoudig model zou dit er als volgt uit kunnen zien:

waarde pand:	500 euro
waarde inventaris:	500 euro
waarde merknaam:	500 euro
	_____+
totaal:	1.500 euro

338 Voor een overzicht van de diverse definities en de vraag naar de waardebepaling van goodwill: Cornelisse 1992, p. 1-9 en p. 193 e.v. Vgl. ook Sveiby 1998 en Huijgen 1996, p. 54 e.v.

339 Aldus HR 9 maart 1951, *NJ* 1952, 46 (Damesmodebedrijf arrest). Met afzonderlijke delen wordt bedoeld op de bedrijfsmiddelen. Bedrijfsmiddelen zijn in de regel ook zelfstandige vermogensbestanddelen.

In het geval dat het pand aan A, de inventaris aan B en de merknaam aan C wordt verkocht, is de opbrengst van het bedrijf 1500 euro. Wordt daarentegen het gehele lopende bedrijf aan A overgedragen, dan zal A daar een zekere meerwaarde voor over hebben. De naamsbekendheid blijft, de cliëntèle zal blijven, het personeel zal blijven en dergelijke. Het is voordeliger een 'running concern', een goed lopend bedrijf, over te nemen, dan zelf vanaf het nulpunt te moeten beginnen. Deze feitelijke omstandigheden kunnen in belangrijke mate de winstcapaciteit van het bedrijf gunstig beïnvloeden. Het bedrijf blijft als draaiend concern in stand en dit zal een zekere meerwaarde opleveren voor A. Het model ziet er dan als volgt uit:

waarde pand:	500 euro
waarde inventaris:	500 euro
waarde merknaam:	500 euro
meerwaarde geheel:	500 euro
	————— ⁺
totaal:	2.000 euro

De meerwaarde die verkregen wordt omdat de vermogensbestanddelen van het bedrijf als geheel worden verkocht, wordt de 'goodwill' genoemd.

Bovenstaand voorbeeld is de meest voorkomende vorm van goodwill, daarnaast kunnen ook natuurlijke personen in een maatschap een zekere goodwill verwerven. Er wordt wel onderscheid gemaakt tussen goodwill van een onderneming en goodwill verbonden aan de uitoefening van een beroep, zoals een arts of een advocaat. Langemeijer noemt dit in zijn conclusie voor het Damesmodebedrijffarrest de 'belichaamde' en 'onbelichaamde' goodwill.³⁴⁰ Belichaamde goodwill is die goodwill die in direct verband staat met een bepaald object, zoals de ligging van een pand, een merknaam of handelsnaam. De onbelichaamde goodwill is dat niet en blijft in de regel verbonden aan de persoon zelf, zolang het beroep wordt uitgeoefend.³⁴¹ Deze goodwill bestaat eveneens uit bepaalde feitelijkeheden: de persoon in kwestie heeft een goede naam, een trouwe cliëntèle en dergelijke. Dit heeft ten gevolge dat de persoon in kwestie bij opvolging of uittreding uit de maatschap in de regel een zekere extra goodwill kan claimen. Meer recentelijk heeft de Hoge Raad dit onderscheid nogmaals overgenomen en bepaalt dat de onbelichaamde goodwill geen goed in de zin van artikel 3:1 BW is.³⁴² Deze goodwill is, aldus de Hoge Raad, niet zelfstandig te realiseren. De waarde van eventuele goodwill (in casu opgebouwd door de man in zijn advocatenpraktijk) kan bij leven van de man niet worden overgedragen aan een opvolger en bij overlijden levert het geen

340 HR 9 maart 1951, *NJ* 1952, 46.

341 Vgl. Asser/Mijnssen/De Haan 2001 (3-I), nr. 6.

342 HR 31 mei 2002, *RvdW* 2002, 89.

op geld waardeerbare aanspraak op.³⁴³ Als men aldus mee gaat met een dergelijk onderscheid moet er nog één vraag worden beantwoord: wat is de status van belichaamde goodwill?

In 1951 heeft de Hoge Raad in het Damesmodebedrijf-arrest geoordeeld dat de (belichaamde) goodwill naast de overige vermogensbestanddelen ook tot de baten van een onderneming behoren.³⁴⁴

Wanneer tot iemands vermogen zaken (in de zin van *goederen*; JCvdS) behoren, die worden aangewend in een door hem gevoerd bedrijf, de mogelijkheid bestaat dat (...) deze zaken (in de zin van *goederen*; JCvdS) in haar geheel een waarde hebben, welke uitgaat boven die van de afzonderlijke zaken (in de zin van *goederen*; JCvdS); dat in een gemeenschap van goederen die gehuwde echtgenoten toebehoren, deze zaken (in de zin van *goederen*; JCvdS) met inbegrip van vorenbedoelde in het bedrijf gelegen mogelijkheid om winst te behalen, tot de baten der gemeenschap moeten worden gerekend (...).³⁴⁵

Aan het eind van een huwelijk moeten de goederen uit de gemeenschap onder de echtelieden worden verdeeld. Artikel 1:94 lid 1 BW bepaalt dat de gemeenschap de tegenwoordige en toekomstige *goederen* omvat. Alleen vermogensrechten kunnen derhalve in de huwelijksgemeenschap vallen. De Hoge Raad overwoog in onderhavig arrest dat de goederen met inbegrip van de mogelijkheid om winst te behalen (de goodwill) als baten moeten worden beschouwd. Hiermee is nog niet gezegd dat de goodwill een zelfstandig rechtsobject van een vermogensrecht is, maar alleen dat bij de waardebepaling van de goederen die in de gemeenschap vallen, rekening mag worden gehouden met de meerwaarde die zit in de goodwill. Doorslaggevend hiervoor was in het bijzonder dat de vrouw tijdens het huwelijk ook persoonlijk had bijgedragen aan het ontstaan de goodwill. Deze meerwaarde is binnen het belastingrecht een relevante waarde.³⁴⁶ Maar het zij duidelijk: de Hoge Raad heeft niet met zoveel woorden gezegd dat de goodwill object van een absoluut vermogensrecht, een goed, is.

Van Oven heeft dit wel bepleit. In 1953 verdedigt hij dat goodwill zou moeten worden gezien als een bijzonder soort vermogensrecht, te vergelijken

343 Afhankelijk van de omstandigheden van het geval kan er sprake zijn van een duidelijke aanspraak in bijvoorbeeld een specialisten-maatschap. In HR 12 oktober 2001, *RvdW* 2001, 153 was bijvoorbeeld de vraag aan de orde hoe en wanneer de waarde van het aandeel in een specialisten-maatschap kon worden vastgesteld. De vrouw werd vervolgens een onbepaalde waarde van het aandeel toebedeeld, dat te zijner tijd dient te worden uitgekeerd uit de netto vergoeding die de man alsdan zal ontvangen.

344 Zie voor een overzicht van de geschiedenis van de goodwill tot 1965: Mulder 1965, p. 221-228.

345 HR 9 maart 1951, *NJ* 1952, 46. In gelijke zin Rechtbank Rotterdam 8 januari 1962, *NJ* 1962, 480 met betrekking tot de praktijk van een oogarts.

346 Zie § 2.4.3.

met een recht op een octrooi, merk of handelsnaam.³⁴⁷ Veel aanhang heeft hij echter niet gevonden. De goodwill is niet zozeer een resultaat van geestelijke intellectuele arbeid, het is een door de praktijk ingevoerde feitelijkheid. Er bestaat dan ook geen intellectueel eigendomsrecht die de 'goodwill' als rechtsobject heeft. Niet iedere waarde die in het economisch verkeer naar voren komt, kan bescherming krijgen van een absoluut vermogensrecht. Absoluut-rechtelijke bescherming van goodwill zou ook te zeer in strijd komen met de vrijheid van mededinging: binnen het kader van geoorloofde mededinging mag men schade berokkenen aan de 'gewildheid' van een concurrent.³⁴⁸

Cohen Jehoram heeft eveneens verdedigd dat er sprake zou kunnen zijn van een vermogensrecht, en wel van een zogenaamd 'goodwillrecht'.³⁴⁹ Hij acht:

de goodwill in de rechtspraak en in het ontwerp BW in voldoende mate vatbaar verklaard om als vermogensobject te worden overgedragen, door schuldeisers uitgewonnen te worden, in de huwelijksgemeenschap te vallen en bij aantasting door derden recht tot schadevergoeding op te leveren, enz. om te kunnen zeggen dat het voldoet aan het 'normale' type van een subjectief vermogensrecht.³⁵⁰

Het is echter nog maar de vraag of goodwill wel voldoende 'vatbaar', voldoende individualiteit bezit om een *rechtsobject* te zijn. Bovendien zal de aantasting van goodwill door derden in de praktijk veel te gemakkelijk aangenomen kunnen worden wegens het gebrek aan een vastomlijnde definitie van de goodwill. Het kan bijna niet anders of concurrentie tast de goodwill (het gewild zijn) aan van een ander. Met de erkenning van exclusieve bescherming van de goodwill, maakt men de concurrentie onmogelijk.³⁵¹ Het enkele feit dat met de waarde van goodwill rekening kan worden gehouden binnen het vermogensrecht, kan niet met zich meebrengen dat de goodwill ook als zelfstandig rechtsobject van een absoluut recht moet worden beschouwd.³⁵² In Asser/Mijnssen/De Haan wordt dit als volgt weergegeven:

Niet gezegd kan worden dat een ondernemer een subjectief recht heeft op het voortbestaan van de feitelijke omstandigheden waaruit zijn goodwill voortspuit. Klanten kunnen na verloop van tijd wegblijven, verkopers in dienst van de onderne-

³⁴⁷ Van Oven 1953.

³⁴⁸ Vgl. Van Engelen 1994, p. 215 e.v.

³⁴⁹ Cohen Jehoram 1963, p. 215.

³⁵⁰ Cohen Jehoram 1963, p. 215.

³⁵¹ Vgl. Van de Pavverd 1999, p. 183; Van Engelen 1994, p. 216: 'Mededinging is immers in essentie niet meer dan het dingen naar de gunst van de afnemer, ofwel 'het gewild zijn' bij die afnemer. Goodwill is dan ook juist datgene waarnaar men mededingt. Consequentie van het beginsel van vrijheid van mededinging dient dan ook te zijn dat goodwill *sec* geen exclusieve bescherming kan genieten'. Vgl. Bregstein 1953 en Gerbrandy 1954.

³⁵² In gelijke zin: Ophof 1972; Van Engelen 1994, p. 214-217; Houwing 1953, p. 621-622; Van Mourik 1969, p. 236; Kamphuisen e.a. 1943, p. 7.

ming kunnen een andere werkkring kiezen, een café kan door het verleggen van een verkeersweg zijn gunstige ligging verliezen zonder dat de ondernemer zulks kan beletten.³⁵³

Het is de mogelijke individualiseerbaarheid, de individualiteit, die hier een cruciale rol speelt (zie § 3.1.5). Het is onmogelijk precies aan te geven wat er onder goodwill wordt verstaan. Men kan de goodwill niet fixeren, want een uur na de verkoop kunnen de bestanddelen al weer gewijzigd zijn. Goodwill bestaat juist uit de onbenoembare feitelijke bijzonderheden die een bedrijf als geheel kan bezitten. Derhalve is het ook niet te legitimeren dat derden geen inbreuk mogen maken op iets wat voor hen niet kenbaar is. Goodwill kan wegens gebrek aan individualiteit geen rechtsobject van absoluut recht zijn.³⁵⁴

Deze opvatting is dus meer recentelijk door de Hoge Raad ten aanzien van zogenaamde 'onbelichaamde goodwill' bevestigd.³⁵⁵ Opmerkelijk is echter dat de Hoge Raad in ditzelfde arrest bepaalt dat de zogenaamde 'belichaamde goodwill' wel als zelfstandige waarde kan worden gerealiseerd. Onder belichaamde goodwill verstaat de Hoge Raad de goodwill die onverbrekkelijk is verbonden met de vermogensbestanddelen van de onderneming en die tot uitdrukking komt in de meerwaarde van die vermogensbestanddelen in hun geheel bij voortzetting van de onderneming boven de som van de waarden van de afzonderlijke vermogensbestanddelen. Deze goodwill kan derhalve wel als zelfstandige waarde worden gerealiseerd en kan wel in de verdeling van de huwelijksgoederengemeenschap worden betrokken. Dit is geheel in lijn met het eerder gewezen Damesmodebedrijfarrest, maar roept de vraag op of deze belichaamde goodwill als rechtsobject van een absoluut recht of als relatief (vorderings)recht moet worden beschouwd. Naar mijn mening is eerder dit laatste het geval.

Het is immers mogelijk aan de feitelijke omstandigheden een zekere waarde toe te kennen, die bij verkoop van de onderneming kan worden gerealiseerd. Uit de overeenkomst tussen koper en verkoper dat voor de onderneming bedrag x voor de vermogensrechten plus een extra bedrag y voor de goodwill zal worden betaald, vloeit een persoonlijk vorderingsrecht voort. Dit vorderingsrecht kan bijvoorbeeld inhouden dat de verkoper voor een bepaald bedrag zich zal onthouden van het benaderen van en handelen met 'oude' klanten zoals die door hem zijn overgedragen, gedurende een bepaalde periode.³⁵⁶ De verkoper kan van de koper vorderen dat het bedrag voor de 'overdracht'

353 Asser/Mijnssen/De Haan 2001 (3-I), nr. 4.

354 In gelijke zin Pitlo/Reehuis, Heisterkamp 2001, nr. 9: 'Een opgebouwde uitgangpositie is echter geen goed'.

355 HR 31 mei 2002, *RvdW* 2002, 89.

356 Vgl. HR 13 oktober 1989, *NJ* 1989, 897.

van de goodwill ook daadwerkelijk zal worden betaald.³⁵⁷ Men spreekt dan wel over overdracht van de goodwill, maar duidelijk moet zijn dat dit geen goederenrechtelijke overdracht in de zin van artikel 3:84 BW is. Het is eerder een overgang, het is een louter verbintenisrechtelijke rechtsfiguur: de koper en verkoper verbinden zich tot bepaalde gedragingen. Vooral de verbintenis van de verkoper om zich te onthouden van bepaalde gedragingen speelt daarin een centrale rol. De overdracht van goodwill ziet men zo weerspiegeld in de *verbintenissen* die door overdracht ontstaan. Door uitlegging van de onderliggende rechtsverhouding zal dan duidelijk moeten zijn, wat uiteindelijk op grond van de overeenkomst 'overgaat'. Is er geen sprake van verkoop maar van een waardebepaling in verband met de verdeling van een huwelijks-gemeenschap dan is er in beginsel geen sprake van een apart vorderingsrecht maar moet de waarde van de goodwill worden meegenomen bij de waarde-bepaling van de andere vermogensrechten, zoals het geval was in het Dames-modebedrijfarrest.³⁵⁸

Is er wel sprake van een vorderingsrecht dan is er sprake van een *goed*, een relatief vermogensrecht, waarvoor de eigenschappen van goederen van toepassing zijn.³⁵⁹ Dit vorderingsrecht tot betaling van goodwill is in beginsel voor overdracht vatbaar (artikel 3:83 BW), is derhalve vatbaar voor het vestigen van beperkte rechten (artikel 3:228 BW), is object van beslag (artikelen 3:276 jo 474bb Rv), object van faillissement (artikel 20 Fw) en dergelijke. In deze zin kan goodwill dus een vermogensrecht zijn wanneer de economische meerwaarde door het afsluiten van een overeenkomst daarover tussen partijen, wordt omgezet in een vordering. Goodwill kan dan omschreven worden als de economische waarde die vrij komt doordat de vermogensbestanddelen als geheel worden verkocht. Deze economische meerwaarde is vermogensrechtelijk pas iets als het geconcretiseerd wordt, als er ten aanzien van deze meerwaarde tussen partijen een vorderingsrecht ontstaat.³⁶⁰

357 In werkelijkheid geschiedt een dergelijke 'overdracht' doordat de vervreemder de verkrijger in de gelegenheid stelt de bestaande feitelijke omstandigheden in zijn voordeel uit te buiten. Dit is geen goederenrechtelijke overdracht van een absoluut recht, waar ook een rechtsobject in de regel feitelijk geleverd wordt. Zie over de toelaatbaarheid van een dergelijk concurrentiebeding onder meer HR 1 juli 1997, *NJ* 1997, 685. Hieruit vloeit voort dat reeds de overname-overeenkomst waarbij iemand een onderneming overdraagt aan een ander, zich er tegen verzet dat de overdrager zijn rechtsopvolger concurrentie aandoet.

358 In Raaijmakers & Verstappen 2002, p. 24, omschrijft Raaijmakers goodwill als volgt: 'Goodwill, if any, is slechts de aanduiding voor een waarde- en prijscomponent bij de bepaling van de waarde van het recht op de onderneming, zoals dat tot uitdrukking komt in het vermogen van de ondernemer'.

359 Vgl. Pitlo/Raaijmakers 2000, p. 41.

360 In het fiscale recht kan met de economische waarde als zelfstandig geheel rekening worden gehouden. Deze is bijvoorbeeld ook als overdrachtswinst belastbaar. Zie § 2.4.3. In HR 20 mei 1953, *BNB* 1953, 190 werd de goodwill omschreven als de gekapitaliseerde waarde van de boven het normale rendement uitgaande winst, de overwinst. In Hof Leeuwarden 2 november 1979, *BNB* 1981, 34 werd aangegeven dat iedere bestaande onderneming, afgezien van een bestaande overwinstsituatie, enige goodwill bezit. Vgl. ook Russo 1994,

De landen om ons heen kennen grofweg dezelfde problemen ten aanzien van goodwill. Over het algemeen wordt in Angelsaksische landen de goodwill ook bij de huwelijksverdeling meegenomen.³⁶¹ In Duitsland wordt relatief weinig aandacht besteed aan de kwalificatieproblemen rond goodwill. Er wordt daar veeleer bekeken of de onderneming als geheel niet een rechtsobject kan zijn, waarbinnen ook de goodwill kan vallen (zie § 3.2.9).³⁶² Dit is dezelfde oplossing als het Franse recht heeft gevonden door het binnen bepaalde grenzen erkennen van een zelfstandige vermogensrechtelijke functie voor het 'fonds de commerce' (zie § 3.2.9).

Nauw verwant aan de goodwill is de assurantieportefeuille, waarvan over het algemeen wordt aangenomen dat het een overdraagbaar recht is. Dit komt duidelijk naar voren in het arrest van de Hoge Raad van 15 november 1968.³⁶³ Daarin wordt duidelijk dat bij de totstandkoming van de Wet Assurantiebemiddeling op de voorgrond heeft gestaan dat de rechtspositie van de tussenpersonen die als bemiddelaar optreden tussen verzekeraars en verzekeringnemers, verbeterd moet worden. De 'portefeuille' werd daarbij als object van overdraagbaar vermogensobject beschouwd. Dit is verklaarbaar aangezien de portefeuille een voldoende individualiseerbaar object is om als rechtsobject te kunnen fungeren. Onder portefeuille wordt het geheel van relaties van tussenpersonen met verzekeringnemers verstaan, de zogenoemde cliënten. De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 2 juni 1976 nogmaals bevestigd dat het bij de portefeuille om een 'zaak' (naar huidig recht 'goed' gaat).³⁶⁴

Verdedigd wordt dat goodwill geen zelfstandig rechtsobject van een absoluut recht is. Onder omstandigheden kan de goodwill juridisch beschermd worden aan de hand van het vorderingsrecht tussen koper en verkoper ten aanzien van de overdracht, maar een absoluut vermogensrecht op goodwill is niet mogelijk.³⁶⁵ Dat goodwill als zelfstandige grootheid zo sterk naar voren is gekomen, is voor een groot deel te danken aan het feit dat partijen bij de overdracht van een onderneming duidelijk wilden maken welke rekensom zij precies maakten. De goodwill is dan nodig om de meerwaarde van de onderneming als geheel boven zijn delen duidelijk te maken. De goodwill is de meerwaarde die ontstaat doordat de goederen van de onderneming als één geheel worden verkocht. Goodwill kan dan zelf niet onder de goederen worden gerangschikt. Het is vervolgens interessant om te kijken of de onderneming als geheel een rechtsobject kan zijn, waarbinnen de goodwill een juridisch relevante plaats kan krijgen (§ 3.2.9).

p. 366-371 en Schuttevaër & Zwemmer 1998.

361 Zie Rosen 1993, p. 1.

362 Vgl. Schackow 1930.

363 HR 15 november 1968, *NJ* 1969, 25.

364 HR 2 juni 1976, *NJ* 1977, 384

365 In gelijke zin Gerbrandy 1946, p. 227-228.

3.2.9 Onderneming

Bij de vraag of de 'onderneming', de 'handelszaak', als zelfstandig rechtsobject van absoluut recht kan gelden, speelt de vraag naar het rechtskarakter van algemeenheden van goederen een centrale rol. De onderneming is geen zelfstandige zaak op zichzelf, maar wordt geconstitueerd door verschillende positieve en negatieve vermogensbestanddelen, door goederen en schulden. De kern van het probleem is of één geheel, bestaande uit diverse losse vermogensbestanddelen, onder omstandigheden een zelfstandig rechtsobject kan vormen.

Het begrip 'algemeenheid van goederen' duidt twee afzonderlijke categorieën aan: de *universitas facti* en de *universitas iuris*. Beide begrippen zien op een aantal bestanddelen die in het dagelijks spraakgebruik als een eenheid worden beschouwd. Bij de *universitas facti* gaat het dan om een hoeveelheid roerende zaken, zoals een kudde schapen, een kunstcollectie, een bijenzwerm, een bibliotheek en een inboedel.³⁶⁶ Het feit dat deze complexen als één geheel worden aangeduid, heeft geen goederenrechtelijke gevolgen. Wil men (het eigendomsrecht op) een bibliotheek of (het eigendomsrecht op) een kudde schapen overdragen, dan moet men iedere afzonderlijke zaak die deel uitmaakt van het geheel, ook afzonderlijk leveren.³⁶⁷ Een bibliotheek is geen zelfstandig rechtsobject; zij is niet anders dan een optelsom van de boeken stuk voor stuk en deze boeken zullen dan ook elk apart geleverd moeten worden.³⁶⁸ Voor goederenrechtelijke overdracht, is bepaaldheid in het concrete geval noodzakelijk (zie § 2.3.6). Pas bij bepaaldheid is de verkrijger in staat zich met betrekking tot die zaak tegenover derden als verkrijger te legitimeren. Verbintenisrechtelijk hoeft het object slechts in het abstracte geval een *zaak* te zijn die in het concrete geval voldoende bepaald kan worden, dat wil zeggen op het moment van daadwerkelijke goederenrechtelijke levering. Een bibliotheek of kudde schapen kan dus wel voorwerp van een koopovereenkomst zijn, concretisering – bepaaldheid – van het desbetreffende object is pas noodzakelijk bij de goederenrechtelijke levering van het desbetreffende object.³⁶⁹

366 Voor inboedel is in de wet een afzonderlijke bepaling opgenomen. Artikel 3:5 BW omschrijft de inboedel als 'het geheel van tot huisraad en tot stoffering en meubilering van een woning dienende roerende zaken, met uitzondering van boekerijen en verzamelingen van voorwerpen van kunst, wetenschap of geschiedkundige aard'.

367 Asser/Mijnssen/De Haan 2001 (3-1), nr. 69. De levering van de zaak kan ook symbolisch geschieden. Een dergelijke 'traditio symbolica' kan in zo'n geval bijvoorbeeld geschieden door de sleutel van de bibliotheek te geven of de sleutel van de schuur waarin de schapen staan.

368 Pitlo/Gerver 1995, p. 104.

369 Snijders/Rank-Berenschot 2001, nr. 527 geeft terecht weer dat men door middel van juridische constructies kan bewerkstelligen dat het pandrecht op de algemeenheid (pandrecht op (het recht op) elk afzonderlijk onderdeel) in stand kan blijven bij verandering van de samenstelling. Men dient dan regels overeen te komen omtrent de verpanding van toekomstige goederen enerzijds en de bevoegdheid van de pandgever tot vervreemding anderzijds.

Benadrukt zij, dat pas gesproken wordt van een *universitas facti* (eigenlijk algemeenheid van zaken), in het geval er sprake is van een hoeveelheid *zelfstandige* zaken die een eenheid hebben omdat zij een gemeenschappelijke bestemming hebben.³⁷⁰ Een object is pas een zelfstandige zaak wanneer dit object in het vermogensrechtelijke verkeer voldoende individualiteit bezit (zie § 3.1.5). In geval van een kilo zand wordt niet van een algemeenheid van goederen gesproken, omdat de afzonderlijke zandkorrels in beginsel niet voldoende zelfstandig vermogensrechtelijk belang hebben (zie § 3.1.4.5). De enkele zandkorrel wordt doorgaans, wegens gebrek aan vermogensrechtelijk belang, niet als zelfstandige zaak beschouwd. Een enkel schaap heeft wel zelfstandig vermogensrechtelijk belang en wordt derhalve ook als zelfstandige zaak beschouwd. Het gaat bij de *universitas facti* om de vraag of een hoeveelheid *zelfstandige* zaken als één geheel kan worden beschouwd.

Van *universitas iuris* spreekt men indien er sprake is van een complex van rechten en verplichtingen dat als afzonderlijk *vermogen* kan worden gedacht. Men denke aan een nalatenschap, een huwelijksgoederengemeenschap, een stichting of een onderneming.³⁷¹ De zelfstandigheid van het vermogen komt tot uitdrukking door het feit dat de diverse bestanddelen van het vermogen kunnen wisselen, maar dat de afzonderlijke positie die het vermogen inneemt, in stand blijft. De goederen en schulden waaruit een huwelijksgemeenschap bestaat, kunnen zo wisselen, maar het begrip 'huwelijksgoederengemeenschap' blijft bestaan.³⁷² Intern blijkt de algemeenheid van goederen uit het feit dat er sprake is van een afgezonderd vermogen ten opzichte van het (overige) vermogen van de rechthebbende, extern kan deze algemeenheid dan als zelfstandige vermogensseenheid worden beschouwd met eigen rechten en verplichtingen. Deze algemeenheid van goederen wordt bij ontbinding of vereffening veelal als zelfstandige vermogensseenheid afgewikkeld.³⁷³

De *universitas iuris* heeft in het huidige goederenrecht een beperkte plaats gekregen. Slechts in enkele bepalingen wordt de algemeenheid van goederen als begrip gebruikt. Zo bepaalt artikel 3:222 BW dat een nalatenschap, onderneming of soortgelijke algemeenheid in vruchtgebruik kan worden ge-

Zie Molenaar 1999, nr. 7.3.

370 Pitlo/Reehuis, Heisterkamp 2001, nr. 16.

371 Zie over de vraag of de onderneming daarom wel kan worden beschouwd als algemeenheid van goederen onder meer Van der Grinten 1976, p. 533 e.v.

372 Asser/Mijnssen/De Haan 2001 (3-I), nr. 70. Vgl. ook § 2.1.2 over het begrip vermogen zelf.

373 Zie hierover uitgebreid Pitlo/Raaijmakers 2000, p. 42 e.v.

ven.³⁷⁴ Artikel 4:881 BW geeft een erfgenaam de mogelijkheid de nalatenschap als geheel op te vorderen.³⁷⁵

Meijers had een meer zelfstandige vermogensrechtelijke status voor de algemeenheid van goederen in gedachten. In zijn ontwerp was in artikel 3.1.1.11 een afzonderlijke bepaling opgenomen voor de algemeenheid van goederen als afzonderlijk rechtsobject. Het eerste lid van het ontwerp artikel luidde als volgt:

Goederen, of goederen en schulden, kunnen tezamen als algemeenheid van goederen het voorwerp van een rechtsverhouding zijn, indien zij volgens verkeersopvattingen, gezien de aard van de rechtsverhouding, bijeen behoren.

Meijers besloot uiteindelijk tot deze ruime formulering omdat hij uitdrukkelijk de ruimte wilde laten voor de rechtsontwikkeling zodat het begrip in de rechtspraak pas zijn nadere begrenzing zou verkrijgen. Het tweede lid voegt aan lid 1 toe:

Een algemeenheid blijft ook bij een verandering van bestanddelen dezelfde, indien de aard van de algemeenheid en die van de rechtsverhouding die medebrengen.

Meijers wilde een regeling voor overdracht en verpanding van de 'handelszaak' invoeren. De Tweede kamer had in 1953 de wenselijkheid uitgesproken van overdracht en verpanding van de handelszaak door middel van het opnemen van de mogelijkheid een registerpandrecht op de handelszaak te vestigen.³⁷⁶ Op een onderneming zou pand en vruchtgebruik kunnen worden gevestigd, voor overdracht zou een akte vereist zijn (artikel 3.4.2.9 Ontwerp BW). Levering van de afzonderlijke bestanddelen bleef niettemin noodzakelijk. De reacties daarop waren verdeeld. Probleem was onder meer dat er binnen artikel 3.1.1.11

374 Aan de vestiging van een vruchtgebruik op de onderneming kleven wel bepaalde nadelen. Omdat de onderneming geen natuurlijke of burgerlijke vruchten oplevert in de zin van artikel 3:210 BW en artikel 3:216 BW, heeft men het geoorloofd geacht de winst (of het verlies) van de onderneming te beschouwen als vrucht van de onderneming. In Asser/Davids/Mijnssen/Van Velten 1996 (3-II), nr. 324 wordt aangegeven dat in plaats van vruchtgebruik op de onderneming, veel vaker vruchtgebruik op de aandelen van de in een BV ondergebrachte onderneming wordt gevestigd. Lubbers 1966 en Adriani 1942 pleiten tegen een vestiging van het vruchtgebruik op de onderneming omdat de beschouwing van de winst (of verlies) als vrucht te veel juridische onzekerheden en feitelijke complicaties veroorzaakt. In het arrest HR 15 januari 1941, NJ 1941, 908 is bepaald dat de vruchtgebruiker geen aanspraak heeft op de bruto-opbrengst, maar slechts op de zuivere winst daarvan, met inachtneming van afschrijvingen overeenkomstig goed koopmansgebruik.

375 De wetgever heeft hiervoor gekozen, aangezien het opeisen van de vermogensbestanddelen afzonderlijk praktisch niet goed mogelijk werd bevonden. Vgl. Pitlo/Reehuis, Heisterkamp 2001, nr. 16. Normaliter moet een goed stuk voor stuk door middel van revindicatie (artikel 5:2 BW) of een bezitsactie (artikel 3:125 BW) worden opgeëist. Vgl. HR 4 december 1998, NJ 1999, 549 (Potharst/Serrée).

376 Zie hierover over meer De Ruiter 1963, p. 133.

Ontwerp BW te veel verschillende dingen werden samengevoegd. De nalatenschap, huwelijksgemeenschap en het vennootschapsvermogen zijn immers naast een algemeenheid van goederen, ook een gemeenschap van personen, terwijl dit voor de onderneming en de inzamelactie (de voor een bepaald tijdelijk doel bijeengebrachte giften) weer niet het geval is. De regeling bood echter geen oplossing voor de overdracht van een nalatenschap of een onderneming als geheel. Wegens het gebrek aan goederenrechtelijke meerwaarde, is van invoering van het artikel afgezien.³⁷⁷ Dit gebeurde onder de onjuiste veronderstelling dat het onderwerp voldoende wordt behandeld in titel 3.7 dat slechts regels geeft omtrent de goederengemeenschap tussen twee of meer personen. De onderneming, welke niet onder titel 3.7 valt, is daarmee volledig buiten het goederenrecht gevallen en kan naar huidig recht niet als zelfstandig rechtsobject worden beschouwd. Voor de overdracht van een algemeenheid van goederen (de *universitas facti* én *universitas iuris*) moet elk afzonderlijk vermogensbestanddeel apart worden overgedragen. De algemeenheid van goederen kan vervolgens wel zelfstandig voorwerp zijn van verbintenisrechtelijke rechtsfiguren, zoals de koopovereenkomst (zie § 2.3.6). Artikel 7:48 BW geeft in dit kader regels voor de verkoop van een nalatenschap als eenheid.

De onderneming als algemeenheid van goederen

Het privaatrecht kent geen eigen definitie van het begrip onderneming. Volgens Asser/Mijnssen/Davids/Van Velten moet onder onderneming worden verstaan:

De gezamenlijke goederen en feitelijke betrekkingen, die dienstbaar zijn aan de uitoefening van een bepaald bedrijf. Hiertoe kunnen gerekend worden de onroerende en andere kapitaalgoederen, recht op de handelsnaam, merken, octrooien, voorraden, kasmiddelen, vorderingen en schulden, alsmede de zogenaamde goodwill.³⁷⁸

Pitlo/Raaijmakers verstaat onder onderneming:

... de algemeenheid van goederen³⁷⁹ en schulden,³⁸⁰ die een (rechts)persoon als ondernemer (heeft) bestemt/bestemd tot en dienstbaar maakt tot een commer-

377 Vgl. Snijders/Rank-Berenschot 2001, nr. 59 en Nota van Wijziging resp. Nota II, *Parl. Gesch.*, *Invoering Boek 3*, p. 1026 en 1302.

378 Asser/Davids/Mijnssen/Van Velten 1996 (3-II), nr. 324.

379 Men denke aan gebouwen, bedrijfsruimte, machines, IT-faciliteiten, waren, software, opdrachten, auteurs-, merken-, octrooi- en handelsnaamrechten, knowhow, maar ook de beklanting, de 'goede naam' en goodwill, voorsprong in de markt, marktkansen (opportunities).

380 De middelen tot financiering van de onderneming (eigen vermogen, leningen, leveranciers en afnemerskrediet, commanditair kapitaal), maar ook het geheel van contractuele (duur-) verplichtingen met werknemers, afnemers, toeleveranciers, adviseurs en zo meer.

cieel of non profit doel in een duurzame organisatie, die onder zijn beheer en, al dan niet onder eigen naam, werkzaam is.³⁸¹

Van oudsher is er veel kritiek gevoerd op de ontkenning van de onderneming als zelfstandig rechtsobject. Daarbij werd (en wordt) veelal als aanleiding genomen het feit dat het begrip onderneming zich steeds meer heeft losgemaakt (en losmaakt) van de subjectieve ondernemer. Löhr stelt in zijn dissertatie bijvoorbeeld dat reeds rond de Middeleeuwen de onderneming zich zodanig heeft losgemaakt van de ondernemer dat van een zelfstandig rechtsobject moet worden gesproken.³⁸² Levy verdedigde zelfs al in 1881 de stelling dat de firma, mits ingeschreven, 'eigendom' is.³⁸³ Gelijkluidende onderzoeksresultaten hadden Russel, Gerbrandy, Molenaar, Boekman en Wessels.³⁸⁴ Raaijmakers heeft benadrukt dat dit is de loop der jaren nog veel navranter is geworden. De onderneming is steeds moeilijker te materialiseren: de ambachtelijke onderneming, de handelszaak, de fysiek waarneembare werkplaats, fabriek of industriële inrichting, verdwijnt steeds meer op de achtergrond. Microsoft is een virtuele wereld, niet langer te vergelijken met een scheepswerf of machinefabriek. Marktaandeel, innovatiekracht, 'human capital', technische of commerciële voorsprong zijn door de ontwikkeling van onze IT-maatschappij, in de regel (veel) belangrijker geworden dan de 'fysieke' activa.³⁸⁵ De onderneming verliest niet haar identiteit door wisseling van haar gerechtigden.³⁸⁶

Er wordt daarentegen ook kritiek gevoerd omtrent de mogelijkheid van het erkennen van de onderneming als algemeenheid van goederen. Dit omdat de onderneming als begrip ongrijpbaar is, juridisch onvoldoende statisch is. Het is slechts de feitelijke bestemming die de eenheid tot eenheid maakt. Er is wel een eenheid, maar die bestaat in een organisatie; die organisatie is iets wat telkens gemaakt en verder ontwikkeld moet worden. Gerbrandy acht de onderneming bijvoorbeeld te ongrijpbaar om voorwerp van subjectief recht te zijn.³⁸⁷ Ook Van der Grinten stelt zijn vraagtekens bij de mogelijkheid de onderneming als algemeenheid van goederen te beschouwen.³⁸⁸ Huizink ziet naast de voordelen, meer nadelen ten aanzien van de kwalificatie van de onderneming als rechtsobject. Dit met name omdat het onduidelijkheid welke rol de schulden, de passiva, spelen bij een dergelijke kwalificatie.³⁸⁹ Het blijft bijvoorbeeld onduidelijk of crediteuren alleen de onderneming als geheel kunnen uitwinnen of dat uitwinning ook mogelijk is ten aanzien van

381 Pitlo/Raaijmakers 2000, § 1.82. In gelijke zin Raaijmakers & Verstappen 2002, p. 22 e.v.

382 Löhr 1940, p. 25.

383 Levy 1881, p. 55.

384 Russel 1918; Gerbrandy 1954; Molenaar 1973; Boekman 1987; Wessels 1988.

385 Pitlo/Raaijmakers 2000, § 1.83.

386 Pitlo/Raaijmakers 2000, p. 44.

387 Gerbrandy 1946, p. 226-227.

388 Van der Grinten 1976, p. 533.

389 Huizink 2001, p. 12.

de afzonderlijke delen van de onderneming. Huizink ziet derhalve meer heil in een ruimere toepassing van de overgang van vermogen onder algemene titel. Door de introductie van de juridische fusie en splitsing is de mogelijkheid tot overgang van vermogen onder algemene titel, voor rechtspersonen reeds aanzienlijk uitgebreid. Maar dan nog zal in artikel 3:80 BW ingevoerd moeten worden dat ook een onderneming onder algemene titel kan worden verkregen.³⁹⁰

Naar mijn mening zou de onderneming, als *universitas iuris*, als gemeenschap van goederen kunnen worden aangemerkt. De onderneming blijft in de betrekking tot de ondernemer die haar tot onderneming bestemt, dezelfde bij wisseling van de samenstelling. Evenals ook het vermogen van een natuurlijk persoon zijn identiteit behoudt bij wisseling van de bestanddelen (zie § 2.1.2). Verkoop van gebakken brood, toename van de kas, aanvulling van de voorraad, aankoop van nieuw meel, onderhoud en vervanging van de machines, de onderneming van de bakker verandert er niet door.³⁹¹ De onderneming zal gezien de huidige praktijk binnen het recht als algemeenheid van goederen kunnen worden gekwalificeerd. Dit wil echter niet zeggen dat daarmee de onderneming een rechtsobject is, daarvoor moet in het huidige recht eerst een wetwijziging plaatsvinden inhoudende dat de algemeenheid van goederen als rechtsobject wordt erkend.

Aan erkenning van de onderneming als algemeenheid van goederen, als rechtsobject, is een aantal voordelen verbonden. Zoals reeds bij § 3.2.8 omtrent het rechtskarakter van goodwill is beschreven, is de onderneming als geheel meer dan de afzonderlijke vermogensbestanddelen. Het voordeel van aanvaarding van de onderneming als zelfstandig rechtsobject, zit in het feit dat ook de goodwill gemakkelijk kan worden meegenomen. Raaijmakers betoogt bovendien dat erkenning van een zelfstandige vermogensrechtelijke status voor de onderneming, grote meerwaarde kan opleveren voor de juridische gang van zaken rond de vele reorganisaties in het bedrijfsleven.³⁹² De eenmanszaak en personenvennootschappen zijn, wegens gebrek aan erkenning van de zaakskwaliteit naar huidig recht, voor reorganisatie veelal aangewezen op de bedrijfsfusie of een activa/passiva transactie, waaraan veelal civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke nadelen zijn verbonden.³⁹³

390 Zie Huizink 2001, p. 12 e.v.

391 Pitlo/Raaijmakers 2000, § 1.84.

392 Pitlo/Raaijmakers 2000, p. 54 e.v.

393 Voor de omzetting van de eenmanszaak of een vennootschap onder firma in een BV, dient, ondanks het feit dat dit een veelvuldig voorkomend verschijnsel is, een uiterst bewerkelijk complex van civielrechtelijke handelingen te worden verricht, zoals ontbinding van de vennootschap, oprichting van de BV, storting op aandelen in natura en de daarbij behorende handelingen, levering van de ten titel van inbreng in natura te storten activa met alle civielrechtelijke formaliteiten vanden en een regeling voor overname van schulden en overeenkomsten, inclusief bestaande aansprakelijkheden en/of vergunningen. Zie verder Meussen en Van der Sangen 2000, p. 131 e.v.; Pitlo/Raaijmakers 2000, p. 55-62 en p. 440-444;

Bovendien wordt er in overige deelgebieden van het recht, zoals het belastingrecht, wel degelijk gewerkt met een zelfstandig begrip 'onderneming'.³⁹⁴ Als gevolg hiervan is ook binnen het privaatrecht de roep steeds sterker geworden voor de erkenning van de onderneming als één geheel. Dit zou de eenheid tussen de diverse deelgebieden sterk bevorderen. De nieuwe Wet Inkomstenbelasting (IB) 2001 die op 1 januari 2001 in werking is getreden, omschrijft het begrip ondernemer zelfs met begrippen die uit het civiele recht zijn ontleend. Artikel 3.4 Wet IB 2001 luidt als volgt:

In deze afdeling en de daarop berustende bepalingen wordt verstaan onder ondernemer, de belastingplichtige voor wiens rekening een onderneming wordt gedreven en die rechtstreeks wordt verbonden voor verbintenissen betreffende die onderneming.

De rechtstreekse verbondenheid voor de verbintenissen betreffende de onderneming, is voor het eerst in dit artikel opgenomen. Daarmee wordt bedoeld dat het niet alleen gaat om het ter beschikking stellen van kapitaal, maar ook om de aansprakelijkheid tegenover crediteuren voor schulden betreffende de onderneming.³⁹⁵ Dit zou beter in overeenstemming zijn met de economische en maatschappelijke werkelijkheid.³⁹⁶ Dit bevestigt dat er raakvlakken bestaan tussen het fiscale en civiele recht, maar wil ook weer niet zeggen dat het fiscaalrechtelijk begrip 'onderneming' zomaar zou kunnen worden overgenomen in het privaatrecht. Zoals reeds in § 2.4 is aangegeven stemmen begrippen in de diverse deelgebieden, wegens het verschil in doelstelling van de betrokken rechtsgebieden, niet altijd overeen.³⁹⁷

In de jurisprudentie zijn enige (oudere) arresten te vinden waarin de onderneming erkend werd als zelfstandig rechtsobject.³⁹⁸ De Hoge Raad heeft expliciet geoordeeld dat onder vermogen in de zin van artikel 20 Fw, ook de door de gefailleerde gedreven onderneming met al hetgeen daartoe behoort valt.³⁹⁹ In 1958 overwoog de Hoge Raad dat een onderneming kan worden ingebracht in een personenvennootschap.⁴⁰⁰ In 1995 heeft de Hoge Raad niet

Beltzer 2000 en Vermeulen 1999, p. 209.

394 Zie voor overzicht ondernemingsbegrip in inkomstenbelasting: Offermanns 1997, p. 7-47, in de vennootschapsbelasting: Offermanns 1997, p. 139-168 en voor de omzetbelasting: Offermanns 1997, p. 213-241. Vgl. Gribnau & Happé 2000, p. 18.

395 Meussen en Van der Sangen 2000, p. 133.

396 Meussen en Van der Sangen 2000, p. 131.

397 Vgl. Meussen en Van der Sangen 2000, p. 131 e.v.; Zie voor een voorbeeld van vergaande convergentie artikel 52 AWR inzake de fiscale administratieverplichting. Dit artikel sluit nauw aan bij de civielrechtelijke administratieverplichting van artikelen 2:10 en 3:15a BW.

398 Zie HR 23 april 1913, *NJ* 1913, 1313.

399 Vgl. HR 27 augustus 1937, *NJ* 1938, 9; HR 8 juni 1973, *NJ* 1975, 76; Rechtbank 's-Gravenhage 31 december 1931, *NJ* 1932, 254; HR 29 juni 1916, *NJ* 1916, 866; HR 15 juni 1928, *NJ* 1928, 1447.

400 HR 9 april 1958, *NJ* 1958, 331.

zozeer overwogen dat de onderneming als zelfstandig rechtsobject moet worden beschouwd, maar wel dat de curator bij beheer en vereffening van de failliete boedel rekening moet houden met maatschappelijke belangen, waaronder ook de continuïteit van een onderneming en werkgelegenheid vallen.⁴⁰¹

De wet heeft her en der de neiging de onderneming als zelfstandig rechtsobject te beschouwen. Zoals hiervoor reeds is aangegeven, bepaalt artikel 3:222 BW dat een onderneming in vruchtgebruik kan worden gegeven.⁴⁰² Artikel 6:236 sub e BW spreekt in verband met bedingen die onredelijk bezwarend kunnen zijn over de overgang van verplichtingen in verband met de 'overdracht van een onderneming'. Artikel 6:251 BW geeft een regeling voor kwalitatieve rechten die verbonden zijn aan een *goed*, waaronder volgens de Parlementaire Geschiedenis ook (het recht op) de onderneming moet worden gerekend.⁴⁰³ Artikel 11 van de Benelux-Merkenwet bevat evenals artikel 2 van de Handelsnaamwet de woorden 'overdracht van de onderneming'.⁴⁰⁴ Artikel 5 van de Handelsregisterwet spreekt van een 'aan een rechtspersoon toebehorende onderneming'. Artikel 1 lid 1 sub c en artikel 25 van de Wet op de ondernemingsraden veronderstellen ook dat de onderneming reeds als één complex kan worden beschouwd. De artikelen 7:662-680 geven regels omtrent de verplichtingen jegens werknemers in geval van 'overgang van de onderneming'.⁴⁰⁵ Het begrip onderneming wordt in artikel 7:662 BW niet omschreven, maar de wet gaat er vanuit dat dit een object van verbintenisrechtelijke overgang kan zijn. Over het algemeen wordt er vanuit gegaan dat deze regeling geldt voor 'alle organisaties gericht op voortbrengen of levering van

401 HR 24 februari 1995, *NJ* 1996, 472.

402 Aan de vestiging van een vruchtgebruik op de onderneming kleven wel bepaalde nadelen. Omdat de onderneming geen natuurlijke of burgerlijke vruchten oplevert in de zin van artikel 3:210 BW en artikel 3:216 BW, heeft men het geoorloofd geacht de winst (of het verlies) van de onderneming te beschouwen als vrucht van de onderneming. In Asser/Davids/Mijnsen/Van Velten 1996 (3-II), nr. 324, wordt aangegeven dat in plaats van vruchtgebruik op de onderneming, veel vaker vruchtgebruik op de aandelen van de in een BV ondergebrachte onderneming wordt gevestigd. Lubbers 1966 en Adriani 1942 pleiten tegen een vestiging van het vruchtgebruik op de onderneming omdat de beschouwing van de winst (of verlies) als vrucht te veel juridische onzekerheden en feitelijke complicaties veroorzaakt. In het arrest HR 15 januari 1941, *NJ* 1941, 908, is bepaald dat de vruchtgebruiker geen aanspraak heeft op de bruto-opbrengst, maar slechts op de zuivere winst daarvan, met inachtneming van afschrijvingen overeenkomstig goed koopmansgebruik. Vgl. Molenaar 1973 en Kleijn 1990, p. 64 e.v.

403 MvA II, *Parl. Gesch.*, Boek 6, p. 932-933.

404 De Handelsnaamwet definieert het begrip 'onderneming' niet, maar de rechtspraak heeft hieraan in de loop der jaren een werkbare invulling gegeven. Twee criteria die van doorslaggevende betekenis worden geacht, zijn 1) dat er een min of meer blijvend georganiseerd verband moet bestaan, dat naar buiten optreedt (Rechtbank 's-Hertogenbosch 20 maart 1985, *BIE* 1986, 58 (Pluche) en 2) dat dit verband op commerciële wijze deelneemt aan het economisch verkeer, waarbij materieel voordeel moet worden beoogd (HR 24 december 1976, *NJ* 1978, 43 (tandem); HR 2 april 1982, *NJ* 1983, 429 (accountants)).

405 Zie de Folter 1983.

goederen of verlening van diensten, ongeacht of het winststreven daarbij een rol speelt'.⁴⁰⁶ Artikel 6:157 lid 3 BW bepaalt, kortweg, dat voorrechten op bepaalde goederen door overgang teniet gaan, tenzij de schuldoverneming plaatsvindt ter uitvoering van de overdracht van een onderneming waartoe ook het goed waarop het voorrecht rust, behoort. Vliet spreekt van een onderneming in dit kader als er sprake is van 'een bepaalbare eenheid van één of meer activiteiten die bron van één of meer arbeidsverhoudingen kunnen zijn'.⁴⁰⁷ Vervolgens noemt ook artikel 14 van de SER-fusiegedragsregels de onderneming als zelfstandig begrip.⁴⁰⁸

Mede door het feit dat de onderneming in rechtspraak, regelgeving maar vooral dikwijls in de praktijk, wel degelijk als één rechtsobject wordt beschouwd, pleit Raaijmakers er voor om de onderneming als 'specifiek vermogensrecht in de zin van 3:6 BW' te beschouwen.⁴⁰⁹ Meer recentelijk heeft Raaijmakers dit nader toegespitst en verdedigd dat daarmee bedoeld wordt op een recht op de onderneming, waarbij de onderneming als algemeenheid van goederen wordt aangemerkt.⁴¹⁰ Dit sluit volgens beter aan bij de groeiende rechtsopvatting dat ondernemingen als geheel vatbaar moeten zijn voor overgang en overdracht. Groot voordeel zou zijn dat het recht op de onderneming ook voor uitwinning vatbaar is. Executie van de losse bestanddelen veroorzaakt schade aan de waarde van de onderneming door het verlies van goodwill en werkt zo ten nadele van de geëxecuteerde. Kortom: de heersende leer van overdracht van de onderneming door middel van levering van de losse vermogensbestanddelen, miskent volgens Raaijmakers het rechtskarakter van de *gehele* onderneming. Zoals hiervoor reeds is aangegeven vormen in IT-ondernemingen de vaste activa in de regel slechts een gering gedeelte van de totale activa en de waarde van de onderneming.⁴¹¹ Worldonline was in zijn topdagen veel geld waard, terwijl er relatief weinig aan vaste activa aanwezig was. Vermeulen ziet dezelfde voordelen: een wettelijke regeling is betrekkelijk eenvoudig in te voeren, men kan aansluiting zoeken bij de in het huidige recht reeds ingevoerde bepalingen omtrent de onderneming. Bovendien ziet de titel op grond waarvan een onderneming wordt verkregen, meestal op de onderneming als één vermogenscomplex. De erkenning van de onderneming als rechtsobject

406 Zie hierover uitgebreid Pitlo/Raaijmakers 2000, p. 1.80 en Vliet 1994.

407 Vliet 1994, p. 24.

408 De SER-fusiegedragsregels verschaft regels die onder meer ten doel hebben de belangen van houders van ter beurze genoteerde (certificaten van) aandelen in een NV te beschermen indien een openbaar bod op die (certificaten van) aandelen wordt uitgebracht. Hoofdstuk 1 van de SER Fusiecode wordt in twee fasen naar de Wte 1995 overgeheveld. Zie hierover onder andere: Grundmann-van de Krol 2002, p. 287 e.v. Vgl. ook Raaijmakers & Uniken Venema 1994.

409 Pitlo/Raaijmakers 2000, p. 57.

410 Raaijmakers & Verstappen 2002, p. 26-27. Zie voor de gevolgen hiervan nader p. 27 e.v.

411 Pitlo/Raaijmakers 2000, p. 1.84.

biedt een vereenvoudigde reorganisatiefaciliteit voor natuurlijke personen, personenvennootschappen en alle privaatrechtelijke en publiekrechtelijke rechtspersonen.⁴¹² Alle natuurlijke personen, personenvennootschappen en rechtspersonen kunnen in het kader van reorganisaties dan gebruik maken van een zeer vereenvoudigde wijze van overdracht.⁴¹³ Vermeulen geeft nog weer dat dit goed zou aansluiten bij het beleid van de Europese Unie dat in de 'Aanbeveling inzake de overdracht van kleine en middelgrote ondernemingen' de lidstaten aanspoort om de overgang van ondernemingen in het midden- en kleinbedrijf zo eenvoudig mogelijk te maken.⁴¹⁴

Huizink en Raaijmakers hebben in verband met de invoering van de Wet juridische splitsing rond 1997 de wetgever gevraagd om een begrip 'onderneming' in te voeren in Boek 3 en de overdracht daarvan door middel van één handeling mogelijk te maken.⁴¹⁵ De minister van Justitie heeft dit verzoek niet ingewilligd en stelde eerst ervaring op te willen doen met de Wet juridische splitsing die is opgenomen in de artikelen 334 t/m 334ii van Boek 2 BW.⁴¹⁶ In zijn oratie uit 2001, geeft Huizink te kennen inmiddels meer heil te zien in de ruimere toepassing van de overgang van de onderneming onder algemene titel dan in invoering van een begrip 'onderneming'. Verstappen ziet evenmin de wenselijkheid van de overdracht van een algemeenheid van goederen is en pleit daarom eveneens voor de overdracht van vermogensbestanddelen onder algemene titel.⁴¹⁷

Zonder wetswijziging is de erkenning van de onderneming als zelfstandig rechtsobject zeer lastig. Raaijmakers stelt de volgende constructie voor:

Het gaat hier in vermogensrechtelijke zin m.i. dus niet om een verzameling 'losse bestanddelen', maar om het *recht* op de onderneming, dat men kan zien als enkelvoudig lidmaatschapsrecht of een 'aandeel', hoezeer die begrippen daartoe niet worden gebezigd. Conceptueel vertoont het recht op de onderneming in het vermogen van de ondernemer daarmee echter niet een wezenlijk verschil. De ondernemer verkoopt immers wat zich in zijn privé-vermogen bevindt: het *recht* op de onderneming *als geheel* en de prijs baseert hij op de waarde (incl. goodwill) daarvan in de privé-balans. Hij verkoopt dat recht, tenzij anders bedongen, naar de toestand van het moment van overdracht, als dan niet met prijscorrectieformules en nadere

412 Vermeulen 1999, p. 216.

413 Vermeulen 1999, p. 212

414 Vgl. Vermeulen 1999, p. 212 en de door hem aangehaalde literatuur.

415 Huizink 1996, p. 897-898 en Raaijmakers 1997, p. 519-524.

416 EK 1997-1998, nr. 52c.

417 Raaijmakers & Verstappen 2002, p. 160. Als belangrijkste bezwaren tegen de aanname van de algemeenheid van goederen voor de onderneming noemt Verstappen dat niet duidelijk is of de algemeenheid wordt beschreven danwel geregistreerd en dat bij een eventuele overdracht niet kan worden voldaan aan de bepaaldheidseis.

garanties. De koper wordt ondernemer voor wiens rekening en risico de onderneming wordt gedreven.⁴¹⁸

Raaijmakers pleit dus voor de overdracht van de onderneming als geheel, naar analogie van de overdracht van een 'aandeel' of een 'lidmaatschapsrecht'.⁴¹⁹ Meussen en Van der Sangen zien de oplossing in een toevoeging van een lid 2 aan artikel 3:6 BW. Daarin zou moeten staan dat de onderneming geldt als vermogensrecht, zijnde een samenstel van activa en passiva dat op voor derden kenbare wijze aan het rechtsverkeer deelneemt en dat als zodanig bij akte kan worden geleverd.⁴²⁰ Zij pleitten voor de uitbreiding van rechtsobjecten van eigendomsrechten, in die zin dat de onderneming ook een rechtsobject is.⁴²¹ Volgens Meussen en Van der Sangen dient de overdracht, huurverkoop en het vruchtgebruik van de onderneming als zelfstandige goederenrechtelijke eenheid door het civiele recht te worden gefaciliteerd.⁴²²

De pogingen om de onderneming als rechtsobject te erkennen, lijken mij zonder wetswijziging van het huidige vermogensrecht niet mogelijk. Onder huidig recht wordt de onderneming als gemeenschap van goederen niet als rechtsobject erkend. De onderneming is niet identiek aan een lidmaatschapsrecht of een aandeel. Erkenning van de onderneming als rechtsobject is binnen het goederenrecht wel degelijk mogelijk – de genoemde argumenten voor erkenning van het recht op de onderneming als vermogensrecht overtuigen daar naar mijn mening ook toe – maar dit is naar positief recht niet het geval. De erkenning van een recht op de onderneming is binnen ons huidige rechtstelsel, slechts mogelijk door middel van wetswijziging. In geval van een dergelijke wetswijziging zal ook expliciet bepaald moeten worden wat de wijze van levering van een onderneming als algemeenheid van goederen kan zijn en wat de plaats is van de afzonderlijke activa én passiva.

Pitlo/Raaijmakers stelt dat de afname van een recht op een onderneming binnen het Nederlandse recht een groot voordeel kan opleveren in verband met de mogelijke reorganisaties van een onderneming. In die zin zou Nederland een voorbeeld moeten nemen aan het Duitse, Amerikaanse, Belgische

418 Pitlo/Raaijmakers 2000, p. 1.84.

419 Zie voor de verdere juridische mogelijkheden van een recht van onderneming, Pitlo/Raaijmakers 2000, p. 58 e.v. en de daar aangehaalde literatuur. Wat tot de onderneming behoort, is bepaalbaar bij tussenbalans, opgemaakt aan de hand van de artikel 3:15a BW-administratie van de vermogenstoestand betreffende het bedrijf. Vgl. ook Raaijmakers & Verstappen 2002, p. 32 e.v., waarin gepleit wordt voor een uitdrukkelijke wettelijke regeling omtrent de overdracht en verhaalsvolgorde.

420 Meussen en Van der Sangen 2000, p. 144.

421 Zo noemen zij bijvoorbeeld het geval dat onder de wet IB 1964 bij huurverkoop van de onderneming van de fictie uitgegaan dat deze onderneming civielrechtelijk is 'overgedragen' en dat derhalve daarover moet worden afgerend. Meussen en Van der Sangen 2000, p. 144.

422 Meussen en Van der Sangen 2000, p. 150.

en Engelse recht dat reeds regelingen kent omtrent een eenvoudiger en efficiëntere wijze van reorganiseren.⁴²³ Gedoeld wordt dan op het Umwandlungsgesetz 1995 (Duitsland),⁴²⁴ de Revised model Business Corporation Act (VS), (Limited) Partnership Act (VS), de Uniform Business Entity Code (VS), de Belgische verruiming van reorganisatiemodellen in de Vennootschappenwet van 1997 en de Engelse initiatieven tot vernieuwing van de Partnership Act.

In Frankrijk kent men een partiële erkenning van een onderneming als rechtsobject. Dit is bij wet van 17 maart 1909 'relative à la vente et au nantissement des fonds de commerce' ingevoerd. Een onderneming, handelszaak, wordt als volgt omschreven: 'l'enseigne et le nom commercial, le droit au bail, la clientèle et l'achalandage'. Onder de akte van inpandgeving kunnen de volgende onderdelen vallen: 'le mobilier commercial, le matériel ou l'outillage servant à l'exploitation du fonds, les brevets d'invention, et généralement les droits de propriété industrielle, littéraire ou artistique'. Met achalandage wordt de goodwill bedoeld. Het pandrecht geeft bijvoorbeeld de mogelijkheid om de onderneming als geheel te executeren.⁴²⁵ Hierin is dan ook de goodwill begrepen. Men gaat er vanuit dat de koper bereid zal zijn een hogere prijs voor de handelszaak als geheel te betalen, dan voor de losse bestanddelen. Het bestaan van goodwill is een essentieel kenmerk voor het begrip 'onderneming': 'pas de fonds de commerce en l'absence d'une clientèle'.⁴²⁶ Opvallend is dat de onderneming naar Frans recht slechts bestaat uit positieve bestanddelen. De schulden vallen niet onder het begrip 'onderneming'. Dit maakt de *fonds de commerce* eerder een *universitas facti* in plaats van een *universitas iuri*.⁴²⁷ Het *fonds de commerce* is niet als geheel overdraagbaar, elk divers object moet individueel worden geleverd.⁴²⁸ Het voordeel ligt dus met name in de gemakkelijke wijze van inpandgeving en verkoop.

Ook het Belgische recht kent een beperkte behandeling van de huur en verpanding van de handelszaak. Deze regelgeving is bij wet van 25 oktober 1919 ingevoerd. Ingevolge artikel 2 van deze wet omvat het pand; 'het geheel der waarden die de handelszaak uitmaken, met name de klandizie, het uithangbord, de handelsinrichting, de merken, het recht op de huurceel, het meubilair van het magazijn en het gereedschap, dat alles behoudens strijdig

423 Pitlo/Raaijmakers 2000, p. 55.

424 § 3 Umwandlungsgesetz bepaalt dat als overdragende partij bij een juridische fusie onder meer personenvennootschappen, kapitaalvennootschappen, coöperaties en formele verenigingen kunnen worden aangemerkt. In § 124 Umwandlungsgesetz is voor juridische splitsing hetzelfde bepaald. Daarnaast kunnen ingevolge deze paragraaf natuurlijke personen en publiekrechtelijke rechtspersonen hun onderneming (onder algemene titel) overdragen tegen toekenning van aandelen of lidmaatschapsrechten. Zie Vermeulen 1999, p. 210.

425 Zie Molenaar 1999, nr. 10.

426 Atias 2000, p. 441-447, signaleert problemen ten aanzien van het 'fonds de commerce', waar stoffelijke en onstoffelijke bestanddelen als één geheel worden gehanteerd.

427 Batiffol 1979, p. 15. Vgl. De Ruyter 1963, p. 135.

428 Chabas 1994, p. 193; Atias 2000, nr. 496-504.

(dat wil zeggen afwijkend; JCvdS) beding'. De voorraden mogen tot voor de helft van hun waarde in het pand zijn begrepen.⁴²⁹ Ook hier wordt met handelsinrichting bedoeld op de 'goodwill'. Schulden maken ook binnen het Belgische recht geen deel uit van het begrip handelszaak.⁴³⁰ De onderneming kan alleen in pand worden gegeven aan banken en kredietinrichtingen die door de regering worden toegelaten.⁴³¹ In België is daarenboven in de Belgische Vennootschappenwet de zogenaamde inbreng van een 'bedrijfstuk' opgenomen. Hieronder wordt de rechtshandeling verstaan waarbij een vennootschap zonder ontbinding, een bedrijfstuk alsmede de daaraan verbonden activa en passiva (onder algemene titel) overdraagt aan een andere vennootschap tegen een vergoeding die bestaat in aandelen van de verkrijgende vennootschap.⁴³²

Het Duitse recht omtrent de onderneming komt in grote lijnen overeen met dat van het Nederlandse recht. Vroeger was dit anders, toen werd het recht op *ondernemen* als intellectueel eigendomsrecht beschouwd.⁴³³ Dit wordt tegenwoordig afgewezen.⁴³⁴ Ofschoon tal van wettelijke bepalingen uitgaan van de onderneming of het ondernemingsvermogen als eenheid, geldt voor de overdracht en bezwaring hetzelfde uitgangspunt: ieder onderdeel dient afzonderlijk te worden geleverd. Een voorbeeld van een bepaling dat uitgaat van de onderneming als eenheid in § 142 HandelsGesetzBuch dat bepaalt dat bij ruzie tussen twee Gesellschafter – als de schuld bij een ander ligt – de ene kan vorderen 'das Geschäft ohne Liquidation mit Aktiven und Passiven zu übernehmen'.

Het Franse en Belgische recht kennen zo alleen bijzondere regels voor verkrijging en bezwaring van handelszaken, regels die afwijken van de verkrijgings- en bezwaringsvoorschriften der afzonderlijke bestanddelen.

Aanvaarding van het begrip onderneming als rechtsobject houdt dus ook de aanvaarding van het begrip 'algemeenheid van goederen' in. Een zeer beladen begrip met een lange geschiedenis. Het is denkbaar dat het goederenrecht dergelijke complexen als zelfstandig rechtsobject zou erkennen, maar het positieve recht doet dit niet. Russel schreef over de onderneming in 1919: 'getwist is er nu lang genoeg, laat ons nu op daden wachten'. De enkele opneming van het begrip onderneming als rechtsobject is echter niet voldoende, ook de wijze van levering van de onderneming en de plaats van de activa én passiva, dient te worden geregeld.

429 Zie Molenaar 1999, nr. 10.

430 Fredericq 1981, nr. 384.

431 Molenaar 1999, nr. 10. Vgl. Buijn, Nieuwdorp & Simonis 1996, p. 125.

432 Vermeulen 1999, p. 214.

433 Von Staudinger 2000, vormb. zu § 90ff, nr. 24b. Vgl. Pinto 1907, p. 46-48.

434 Vgl. Brecher 1953.

B Ethische grens

3.2.10 Menselijk lichaam

Het menselijk lichaam is een stoffelijk object, dat voor menselijke beheersing vatbaar is en duidelijk begrensd is. Het menselijk lichaam bezit voldoende individualiteit om rechtsobject van een eigendomsrecht te zijn. Het wordt echter naar huidig recht niet als zaak beschouwd.⁴³⁵ Het zaaks karakter van het menselijk lichaam stuit niet af op de technische eisen, maar op de ethische eisen die aan het zaaks karakter gesteld kunnen worden. Het wordt naar de huidige ethische en rechtspolitieke opvattingen onwenselijk geacht om het menselijk lichaam als zaak binnen het vermogensrecht te beschouwen. Het algemeen gevoelen is dat aanname van het zaaks karakter voor de mens te zeer zou indruisen tegen de menselijke waardigheid. De mens is volledig rechtssubject en geen rechtsobject.⁴³⁶ Het lichaam is voor het recht verbonden met de menselijke persoon. Lichaam en persoon worden niet als afzonderlijke entiteiten, maar als één geheel beschouwd.

In theorie is het wel degelijk mogelijk om de mens als rechtsobject te beschouwen. Onder het Romeinse recht bijvoorbeeld waren slaven rechtsobjecten in plaats van rechtssubjecten. In het Romeinse recht gold de regel: *Dominus membrorum suorum nemo videtur*.⁴³⁷ Met de afschaffing van de slavernij is ieder mens rechtssubject geworden, drager van rechten en plichten. Artikel 1:1 BW geeft dit als volgt weer:

Allen die zich in Nederland bevinden, zijn vrij en bevoegd tot het genot van de burgerlijke rechten.⁴³⁸

Het feit dat het lichaam zelf geen zaak is, wil nog niet zeggen dat de mens niet met betrekking tot zijn lichaam kan beschikken. Een persoon heeft – binnen de grenzen van ons recht – volledige beheers- en beschikkingsmacht over zichzelf als persoon. De mens kan zo beslissen over de wijze van lijkbezorging, over donatie van lichaamsdelen, over het aangaan van een geneeskundige behandelingsovereenkomst, enz. Deze handelingen kunnen vervolgens wel

435 Asser/Mijnssen/De Haan 2001 (3-I), nr. 58: 'De eerbied voor de geestelijke waarde van de mens heeft ten gevolge dat zijn stoffelijke verschijning geen voorwerp van vermogensrecht kan zijn'; Pitlo/Reehuis, Heisterkamp 2001, nr. 6: 'Mensen zijn geen zaken, zij zijn rechtssubject'; Snijders/Rank-Berenschot 2001, nr. 27: 'Dat mensen geen zaken (of rechten) zijn en dus niet vatbaar zijn voor overdracht, moge van zelf spreken, maar vraagt toch aandacht, omdat ook het vanzelfsprekende grenzen kent'; Leenen 2000, p. 46: 'De mens heeft dan ook niet zijn lichaam, maar is zijn lichaam'.

436 Anders Van Asch van Wijck in zijn conclusie bij het arrest van de Hoge Raad van 25 juni 1946, NJ 1946, 503.

437 Dig. 9.2 ad leg. Aquil. 13. Dierkens 1962, p. 27. Vgl. Kaser/Wubbe 1971, p. 82.

438 Artikel 2:1 BW bepaalt dat de ongeboren vrucht, hoewel nog niet mens, onder voorwaarde dat hij levend geboren wordt, rechtsdrager kan zijn zo vaak zijn belang dit vordert.

beperkt zijn op grond van de voor het lichaam geldende piëteit en het feit dat het lichaam de menselijke persoon mede constitueert of geconstitueerd heeft.⁴³⁹ Deze handelingen zijn in de regel geen afdwingbare verplichtingen, dit zou in strijd komen met de vrijheid van de persoon en derhalve in strijd met de openbare orde en goede zeden.⁴⁴⁰ Artikel 21 van het Europees Verdrag voor de bescherming van de Rechten van de Mens en de Biogeneeskunde bepaalt expliciet dat het menselijk lichaam geen voorwerp van winst kan zijn.

In een aantal individuele grondrechten komt het zelfbeschikkingsrecht van de mens tot uitdrukking.⁴⁴¹ Men denke dan aan de vrijheid van godsdienst of levensovertuiging (6 GW), het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer (10 GW) en het recht op onaantastbaarheid van het lichaam (11 GW) en artikel 8 EVRM (recht op een privé-leven). Op grond van deze erkenning van autonomie en zelfbeschikking is bijvoorbeeld een medische handeling die de fysieke integriteit aantast, zonder toestemming van de patiënt niet geoorloofd.

Dit geeft het volgende beeld: Het menselijk lichaam voldoet aan de technische eisen van het zaaksbegrip: het menselijk lichaam heeft voldoende individualiteit. Toch wordt het menselijk lichaam naar huidig recht niet als zaak gekwalificeerd. Ethische bezwaren, waarbij met name de menselijke waardigheid een centrale rol speelt, verzetten zich ertegen dat het menselijk lichaam als zaak wordt beschouwd. Dit betekent dat er ook *geen* sprake is van een *goed* dat voor overdracht, bezwaring, beslag, faillissement en dergelijke vatbaar is.

439 Leenen 2000, p. 47, geeft weer dat schenking van het lichaam aan een dierentuin als voedsel voor de dieren strijd zal opleveren met de piëteit die voor het menselijk lichaam in acht moet worden genomen.

440 Leenen 2000, p. 48, stelt dat artikel 7:452 BW dat bepaalt dat de patiënt de hulpverlener naar beste weten de inlichtingen en de medewerking *moet* geven die deze redelijkerwijs voor het uitvoeren van de overeenkomst behoeft, eigenlijk niet thuishoort in de WGBO. Krantenberichten die spreken van 'handel in mensen' of 'handel in voetballers' zien dan ook voornamelijk op de strafrechtelijke aspecten ervan, aangezien de levering van een mens civielrechtelijk niet afdwingbaar is. Over de afdwingbaarheid van sommige verplichtingen wordt getwist. Zo acht Nieuwenhuis 2001, p. 1797, het draagmoederschapcontract onder omstandigheden afdwingbaar: 'De conclusie dat het afstaan van het kind een prestatie is die in strijd is met de goede zeden, valt moeilijk vol te houden in een tijd waarin fertiliteit-klinieken zich met goedkeuring van de minister van volksgezondheid bezighouden met het bij draagmoeders inplanten van embryo's afkomstig van wensouders. Deze door de samenleving aanvaarde vorm van medische dienstverlening heeft toch als onmiskenbare strekking dat het kind na de geboorte zal worden afgestaan aan de wensouders'. Heida & Van der Steur 2001, p. 212, vinden echter wel dat een draagmoeder die weigert het kind af te staan, daartoe in rechte niet gedwongen kan worden. Dit zou te zeer in strijd zijn met het recht op bescherming van haar persoonlijke levenssfeer.

441 Leenen 2000, p. 33 omschrijft het zelfbeschikkingsrecht als 'het principe van de vrije, autonome mens die een inherente waardigheid heeft welke onvoorwaardelijk respect verdient. Wordt dit principe losgelaten, dan wordt de mens gemakkelijk als een object beschouwd en voorwerp van manipulatie.'

3.2.11 Lijk

Binnen het recht wordt er van uit gegaan dat bij de dood de menselijke lichamelijke ophoudt te bestaan, omdat het leven er uit verdwijnt.⁴⁴² Het lichaam wordt dan een lijk. Voor het ingetreden zijn van de dood geldt het hersendoodcriterium.⁴⁴³ Een lijk is een menselijk lichaam in een later stadium. Het levende menselijk lichaam wordt wegens ethische bezwaren niet als zaak gekwalificeerd. Verhinderen ethische bezwaren nu ook de aanname van zaakskwaliteit voor een lijk of gaat door intreding van de dood het menselijk lichaam van de status van rechtssubject over tot de status van rechtsobject, van zaak?

Over het antwoord op deze vraag bestaat veel onenigheid.⁴⁴⁴ Sommigen verdedigen dat 'een persoon uit wien het leven geweken is, daardoor tot object van civielrechtelijken eigendom wordt'.⁴⁴⁵ Anderen stellen dat het afgestorven lichaam niet vatbaar is voor eigendom, dat het géén zaak mag worden genoemd.⁴⁴⁶ Onder het oude recht werd ook wel voor de tussenoplossing gekozen: het lijk is een zaak buiten de handel, een *res extra patrimonium*.⁴⁴⁷ Deze laatste opvatting is wegens het verdwijnen van de categorie 'zaken buiten de handel' in het nieuw BW niet meer mogelijk. Voor het nieuw BW is iets een zaak en derhalve potentieel object van een eigendomsrecht en dus een *goed* en vatbaar voor de goederenrechtelijke gevolgen (§ 2.3), of het is helemaal geen zaak, en derhalve nooit object van een eigendomsrecht.

De volledige ontkenning van het zaaks karakter brengt voor de praktijk problemen met zich mee. Zo is het merkwaardig te stellen dat een universiteit een lijk dat gedoneerd is voor wetenschappelijk onderzoek niet in eigendom zou hebben. Het is eveneens raar te stellen dat de overdracht van de ene universiteit naar de andere universiteit van een onderzoekelijk geen eigendoms-overdracht zou zijn. Dit is te meer het geval bij zeer oude stoffelijke resten zoals mummies of skeletten.⁴⁴⁸ De overdracht van het Rijksmuseum voor Oudheden van een ijsmummie aan het Historisch museum te Amsterdam,

442 Leenen 2000, p. 55.

443 Het kan zijn dat, bijvoorbeeld voor transplantatiedoeleinden, de bloedsomloop kunstmatig gaande wordt gehouden nadat de dood is ingetreden. Ook al klopt het hart dan nog, het lichaam is een lijk geworden. Zie Leenen 2000, Hoofdstuk 11, § 6.

444 Zie Gevers 1990, p. 9-10. Vgl. ook Van Till-d'Aulnis 1970.

445 De Beneditty 1931, p. 292; Zie ook Van Praag 1932; Van Asch van Wijk bij HR 25 juni 1946, *NJ* 1946, 503; Toringa 1970 en Leenen 1978.

446 Van Oven 1926, p. 18 e.v.; Van Oven 1926, p. 17-22; Petit 1950, p. 428; Beekhuis 1955, p. 854; Rombach 1963, p. 297; Maeijer 1969, p. 1326; Perrick 1979, p. 142.

447 Zie § 3.1.3.2 en § 3.1.5. Vgl. Van Oven 1926; Beekhuis 1955, p. 854.

448 In *NRC* 9 maart 2002 stond te lezen dat het bestuur van Saumur de rechter hebben gevraagd twee ingevroren lijken van hun rustplaats te laten verdwijnen. Deze twee lijken lagen tot dan toe in de kelder van hun huis te wachten totdat de wetenschap hen weer tot leven kan wekken. Invriezen is in strijd met de wet die voorschrijft dat een overledene moet worden begraven of gecremeerd.

zal goederenrechtelijk gezien toch wel als overdracht van het eigendomsrecht op de zaak (mummie) beschouwd kunnen worden. Er worden grote bedragen voor dergelijke mummies betaald.

Lastiger wordt het de zaakskwaliteit aan te nemen wanneer men de situatie dichterbij de persoon zelf gaat bekijken. Ten eerste komt de vraag aan de orde wie dan als eigenaar van het lijk moet worden beschouwd. Zijn de erfgenamen vanaf het moment van overlijden ineens 'eigenaar' van het lijk? Dit zou onwenselijke situaties met zich mee kunnen brengen. Het zou zo kunnen zijn dat de erfgenamen op grond van hun eigendomsrecht wellicht andere beschikkingen ten aanzien van het lijk kunnen uitvoeren dan de persoon zelf gewild zou hebben. Ook kan de aanneming van zaakskwaliteit direct na overlijden, een handel in lijken stimuleren. Een dergelijke situatie waarin direct op het moment van overlijden van een persoon, het lijk eigendom wordt van de erfgenamen als zodanig, zal niemand wenselijk achten.

De Wet op de Lijkbezorging regelt voor het huidige recht de gang van zaken rond de lijkbezorging.⁴⁴⁹ Bij de behandeling van deze wet heeft minister van justitie Korthals Altes aangegeven dat de nabestaande geen 'eigendomsrecht' op de stoffelijke resten kunnen doen gelden.⁴⁵⁰ De wet bevat geen regels over de vraag wie voor de lijkbezorging moet zorgdragen. Artikel 18 bepaalt slechts dat in de lijkbezorging wordt voorzien door degene die verlot aanvraagt voor lijkbezorging bij de ambtenaar van de burgerlijke stand, dan wel degene die redelijkerwijze geacht kan worden in diens plaats te zijn getreden. De lijkbezorging geschiedt overeenkomstig de wens of de vermoedelijke wens van de overledene, tenzij dat redelijkerwijze niet gevegd kan worden. De zorg voor de lijkbezorging is afhankelijk van feitelijke betrekkingen en niet alleen van familierechtelijke of erfrechtelijke betrekkingen.⁴⁵¹ De wet geeft dus aan bepaalde nabestaanden of erfgenamen en niet aan de erfgenamen als zodanig, de bevoegdheid om over het lijk enige door de wet aangegeven beslissingen te nemen, voor zover de overledene dat zelf niet heeft gedaan.⁴⁵²

Hoe moeten nu deze verschillen tussen de universiteit en het museum die een lijk in 'eigendom' hebben en de erfgenamen die het lijk *niet* in 'eigendom' hebben, worden verklaard? Er wordt wel voorgesteld een onderscheid te maken tussen lijk en stoffelijke resten. Het lijk valt dan buiten het vermogens-

449 Wet op de Lijkbezorging 7 maart 1991, *Stb.* 130.

450 Handelingen I, 1987-1988, p. 1248. In hoeverre de nabestaanden rechten hebben ten aanzien van de stoffelijke resten in een graf, is in de wet geregeld. Voor zover zij geen beschikkingsrechten hebben, komen deze toe aan de beheerder.

451 Zie Asser/Mijnssen/De Haan 2001 (3-I), nr. 59; CRvB 2 december 1960, *AB* 1961, p. 567.

452 Artikel 18 Wet op de Lijkbezorging, *Stb.* 1991, 130. Momenteel zijn de erfgenamen ook vanwege wet en goede zeden slechts beperkt bevoegd ten aanzien van het lijk. De beslissingen van nabestaande betreffen lijkbezorging, sectie en eventueel extirpatie van organen ter transplantatie, een en ander voor zover de overledene daarover niet zelf heeft beschikt. Zie Leenen 2000, p. 55.

recht, de stoffelijke resten daarbinnen.⁴⁵³ De grens wordt gezocht in de sterkte van de emotionele band tussen het lijk en de samenleving. Als een lijk nog gevoelsmatige betekenis heeft voor de samenleving als geheel of voor groepen uit die samenleving, is geen eigendom mogelijk. Er bestaan dan ethische bezwaren tegen de aanname van zaakskwaliteit. Is deze gevoelsmatige betekenis verdwenen en is het lijk niet meer als de overleden persoon te herkennen dan is het lijk als zaak te kwalificeren. Deze redenering wordt bijvoorbeeld gevolgd in Asser/Mijnssen/De Haan:

Het lijk geldt, ook zolang het nog geïdentificeerd kan worden, niet als zaak in de zin van de wet. (...) Het bovenstaande belet echter niet dat het stoffelijk overschot krachtens beschikking van de daartoe bevoegden alsnog binnen de sfeer van het vermogensrecht kan worden gebracht. Heeft de overledene bepaald dat zijn lichaam ten dienste van de wetenschap zal worden gesteld en is zijn lijk aan de snijkamer afgestaan, dan is het bijzonder karakter ervan in zoverre verloren gegaan.⁴⁵⁴

Een groot bezwaar van deze wijze van redeneren is dat het niet duidelijk is op welk moment de overgang van lijk naar stoffelijke resten zich zou voltrekken.⁴⁵⁵ Juridisch bezien is een dergelijke wisseling van rechtskarakter naar normatieve waardering van het object, zeer moeilijk in het goederenrechtelijke systeem in te passen. Het object is de ene keer geen zaak omdat ethische bezwaren voorkomen dat het als zaak kan worden gekwalificeerd, maar datzelfde object kan onder andere omstandigheden wel als zaak worden beschouwd. Dit brengt rechtsonzekerheid met zich mee. Men zit aldus gevangen tussen twee uitersten: volledige erkenning van zaakskwaliteit doet geen recht aan de eerbied van de persoon van de overledene zelf. Volledige ontkenning van zaakskwaliteit doet geen recht aan de praktijk waarin lijken, mummies, skeletten een zekere vermogenswaarde bezitten en als normale zaak in het recht functioneren.

De jurisprudentie biedt evenmin uitkomst. De vraag naar het rechtskarakter van het lijk is slechts sporadisch en voornamelijk in strafrechtelijke zin, aan de orde geweest in de rechtspraak. In 1946 overweegt de Hoge Raad dat de erven of nabestaanden van een lijk een zodanige zeggenschap hebben dat van toebehoren in de zin van artikel 310 WvSr kon worden gesproken.⁴⁵⁶

453 Zie Beekhuis 1955, Dierkens 1962 en Van Herten 1984. In dezelfde richting gaat Wery 1976.

454 Asser/Mijnssen/De Haan 2001 (3-1), nr. 59.

455 In gelijke zin Leenen 2000, p. 55.

456 HR 25 juni 1946, NJ 1946, 503. De conclusie van Van Asch van Wijck was dat het lijk een deel van de nalatenschap vormt en voorwerp is van eigendom. De Hoge Raad liet deze stellingen in het midden. Wel bepaalde de Hoge Raad dat het toebehoren van erven of nabestaanden beperkt kan worden door wat de wet gebiedt en door wat voortvloeit uit godsdienstige en zedelijke opvattingen, alsmede door wat door de overledene zelf met inachtneming van een ander is bepaald.

Dit maakte het mogelijk de wederrechtelijke toe-eigening van gouden kronen en kiezen uit een lijk als diefstal aan te merken. In het arrest van de Hoge Raad van 20 november 1990 overweegt de Hoge Raad dat een lijk een voor in beslagname vatbaar voorwerp is, zoals bedoeld in artikel 94 WvSv.⁴⁵⁷ Op 30 januari 1996 bepaalt de Hoge Raad dat onder 'lijk' in de zin van 151 WvSr, niet slechts een volledig stoffelijk overschot moet worden verstaan, maar dat daaronder ook een 'romp' valt.⁴⁵⁸ In de uitspraak van het Hof 's-Gravenhage van 19 september 2000 is de vraag aan de orde of het lichaam van een persoon een 'goed' in de zin van artikel 141 WvSr is.⁴⁵⁹ In dit artikel wordt straf gelegd op degenen die openlijk met verenigde krachten geweld plegen tegen personen of goederen. Een lijk is vanzelfsprekend geen persoon meer, maar volgens het Hof kan een lijk als 'goed' worden beschouwd. Onder goederen in de zin van 141 WvSr vallen alle voor openlijk in groepsverband gepleegd geweld vatbare *stoffelijke* objecten. Dit is ook een op straat liggend persoon die, door toedoen van eerdere geweldpleging, net is overleden. In al deze arresten gaat het echter om de strafrechtelijke kwalificatievragen, de civielrechtelijke kwalificatieproblemen zijn daarbij niet of nauwelijks aan de orde gekomen.

Hoewel in het strafrecht het lijk over het algemeen als 'goed' wordt beschouwd, ligt dit dus civielrechtelijk gezien veel moeilijker. Het is zeker niet de bedoeling dat er een handel in net overleden lijken ontstaat en erfgenamen lopen te 'vechten' om de toekenning van het stoffelijk overschot. In het merendeel van de gevallen levert zaakskwalificatie van een lijk echter geen problemen op. Het lijkt mij derhalve gerechtvaardigd het lijk als zaak te kwalificeren. Dit is echter alleen mogelijk indien de wet voldoende garanties inbouwt tegen een handel in lijken en tegen een puur vermogensrechtelijke benadering van een net overleden persoon. De wet op de Lijkbezorging kan bijvoorbeeld striktere regels opnemen ten aanzien van de lijkbezorging, zodat voorkomen wordt dat de wens van de overledene niet nageleefd zal worden. Artikel 3:40 BW bepaalt in dit kader dat een rechtshandeling die door inhoud of strekking in strijd met de goede zeden of de openbare orde is, nietig is. Wanneer men op deze wijze de ethische bezwaren tegemoet komt door nadere wetgeving op te nemen in de daarvoor relevante wetten, is er niets op tegen de zaakskwaliteit van een lijk aan te nemen. De consistente kwalificatie van een lijk als zaak, komt de rechtszekerheid en rechtseenheid zeer ten goede.

Verdedigd wordt dat een lijk een rechtsobject van een eigendomsrecht is. Dit eigendomsrecht is een *goed*, dat kan worden bezwaard (artikel 3:228 BW), dat verhaalsobject kan zijn (artikel 3:276 BW), dat in het faillissementsvermogen valt (artikel 20 Fw) en dergelijke. Deze gevolgen kunnen in bepaalde wettelijke

457 HR 20 november 1990, *NJ* 1991, 302.

458 HR 30 januari 1996, *NJ* 1996, 263.

459 Hof 's-Gravenhage 19 september 2000, *NJ* 2000, 661: het lichaam van een overleden persoon is een goed in de zin van 141 WvSr.

bepalingen aanzienlijk worden beperkt. Zoals reeds in § 2.3.7 is aangegeven, hoeft dit geen gevolgen te hebben voor het karakter van het rechtsobject.

3.2.12 Embryo

Het menselijk lichaam is geen zaak. Verdedigd is dat een lijk wel als zaak moet worden beschouwd. Wat is het rechtskarakter van het menselijk lichaam in wording, van een embryo, een nog niet geboren menselijke vrucht?

Verdedigd wordt dat een embryo *niet* als zaak moet worden gekwalificeerd. Het is (nog) geen rechtssubject, maar ook geen zaak. Aanname van het zaaks-karakter levert wegens de potentiële uitgroei tot mens, te veel ethische bezwaren op. Aanname van het zaaks-karakter voor een mens in wording, doet naar het algemeen gevoelen te weinig recht aan de menselijke waardigheid die reeds bij het embryo kan worden aangenomen. Zo zou bij aanname van het zaaks-karakter de abortusdiscussie op totaal andere wijze gevoerd moeten worden.

Deze ontkenning van het zaaks-karakter geldt ook voor het geval dat het embryo niet zozeer als potentieel mens, maar als onderzoeksmateriaal wordt beschouwd. In de Memorie van Toelichting van de Wet inzake handelingen met geslachtscellen en embryo's (Embryowet) wordt toegelicht dat het respect voor menselijk leven bij het morele oordeel over de toelaatbaarheid van wetenschappelijk onderzoek met embryo's, als uitgangspunt moet worden genomen.⁴⁶⁰ Dit wil echter niet zeggen dat er geen wetenschappelijk onderzoek verricht kan worden. Dit gebeurt wel met de zogenaamde restembryo's. Bij een In-vitrofertilisatie (IVF)-bevruchting worden vaak meer embryo's gekweekt dan in de vrouw worden teruggeplaatst. Deze zogenaamde restembryo's kunnen zeer nuttig zijn voor diagnostiek en wetenschappelijk onderzoek.⁴⁶¹ Onder strikte voorwaarden staat de Embryowet onderzoek met deze embryo's toe. Dit heeft echter niet tot gevolg dat de embryo's als zaak moeten worden beschouwd.

Door de verbeterende IVF-techniek resteren er minder embryo's en aldus is de vraag opgekomen of embryo's speciaal voor onderzoek mogen worden gekweekt. In de Embryowet wordt op dit moment het onderzoek op speciaal daarvoor gekweekte embryo's verboden, maar gesteld wordt dat dit op langere termijn onder strikte voorwaarden mogelijk kan worden.⁴⁶² Voor wetenschap-

460 De Wet houdende regels inzake handelingen met geslachtscellen en embryo's (Embryowet), *Stb.* 2002, 338 is op 1 september 2002 in werking getreden.

461 Zie Leenen 2000, p. 144 en de aldaar aangehaalde literatuur.

462 MvT, TK 2000-2001, 27 423, p. 29. Leenen 2000, p. 145, stelt dat voor het maken van een onderscheid tussen onderzoek met restembryo's respectievelijk met speciaal daarvoor gekweekte embryo's bestaat geen goede grond. Indien onderzoek op embryo's geoorloofd is, is niet goed in te zien waarom dat wel met de ene en niet met de andere categorie embryo's zou mogen geschieden. De origine van het embryo is voor zijn status irrelevant. Status wordt niet beïnvloed door intenties of omstandigheden. Een per ongeluk verwekt kind heeft geen andere status dan een bewust gewild kind. Door zijn ontstaanswijze is

pelijk onderzoek op embryo's is de geïnformeerde toestemming van de verstrekkers van de gameten nodig.⁴⁶³

Het huidige rechtstelsel kent wel een zekere bescherming voor het embryo en regels ten aanzien van de zeggenschap daarover.⁴⁶⁴ Voor de vaststelling daarvan wordt het embryo binnen het recht in drie stadia vanaf conceptie tot geboorte onderscheiden. Naar mate het embryo dichterbij de geboorte komt, krijgt het meer bescherming.⁴⁶⁵ Het eerste stadium betreft het embryo in de allervroegste fase van ontwikkeling, voor innesteling in de baarmoeder. Vroeger kon deze fase juridisch over het hoofd worden gezien en was slechts de bescherming van een ingenestelde embryo relevant. Door de technische en medische ontwikkelingen is het echter mogelijk geworden om een nog niet ingenestelde embryo buiten de baarmoeder in leven te houden. Daardoor is deze fase voor het recht van belang geworden. Deze eerste fase loopt vanaf de fusie van de gameten door conceptie of IVF tot innesteling (nidatie) daarvan, ongeveer twee weken later. Voor deze fase wordt wel de term *status potentialis* gebruikt.⁴⁶⁶ Sommigen pleiten voor een sterke bescherming op grond van de overweging dat het hier om de beginfase van een mens gaat, dat het om een levend wezen gaat.⁴⁶⁷ Daar staat tegenover dat een embryo zonder nidatie bij de huidige stand van zaken de potentie om tot mens uit te groeien, niet kan verwezenlijken.⁴⁶⁸ Wel betreft het een embryo die uit menselijke gameten voortkomt en tot mens kan uitgroeien. Naar huidig recht kent het embryo in deze fase een zeer beperkte bescherming, aangezien het embryo nog zeer onbepaald en primitief is.⁴⁶⁹ Er wordt geen verschil gemaakt inzake de status tussen een embryo in de baarmoeder (in utero/in vivo) of buiten de baarmoeder (in vitro).

In de volgende fase, de zogenoemde *status nascendi*, kent het embryo meer bescherming. Als markeringspunt wordt de innesteling genomen dat ongeveer twee weken na conceptie plaatsvindt. Dit geldt zowel voor het embryo in vivo als het embryo in vitro.⁴⁷⁰ Het embryo wordt door innesteling geen rechtssub-

een embryo niet meer of minder beschermwaardig.

463 Leenen 2000, p. 147.

464 Zie Verbogt 2000, p. 1127-128 en Te Braake 2002.

465 Deze leer van toenemende beschermwaardigheid wordt niet door iedereen onderschreven. Van der Burg & Leenen 1994, p. 386-401, zijn hier bijvoorbeeld fel tegenstander van. Zie ook Te Braake 1995, p. 80-84.

466 Leenen 2000, p. 131.

467 Macklin 1983; Mori 1993; Reinders 1993; Kellnar 1996, p. 91-94; Miranda 1998, p. 39-47; Kaminski 1998.

468 Leenen 2000, p. 132.

469 Leenen 2000, p. 132-133. De beperkte beschermwaardigheid kan ook uit de Wet afbreking zwangerschap worden afgeleid. Ingevolge artikel 1 lid 2 van deze wet is toepassen van middelen om innesteling te voorkomen niet onderworpen aan de (beperkende) voorwaarden die gelden voor het afbreken van zwangerschap van een foetus.

470 Over het algemeen is men het er over eens dat doorkweken van het embryo in vitro na twee weken ongeoorloofd is. Zie Leenen 2000, p. 133 en de door hem aangehaalde literatuur.

ject, maar het recht kent aan nidatie wel gevolgen toe. Zo bepaalt artikel 1:2 BW dat een dergelijke vrucht als reeds geboren wordt aangemerkt zo dikwijls zijn belang dit vordert; komt hij dood ter wereld dan wordt hij geacht nooit te hebben bestaan. Dit wil niet zeggen dat het embryo een rechtssubject wordt. Het geeft wel aan dat het ingenestelde embryo vermogensrechtelijke aanspraken kan hebben die na de geboorte kunnen worden geëffectueerd. Zo kan een ingenestelde embryo, als dit in zijn belang is, reeds erfgenaam zijn van vermogensbestanddelen.

De derde fase betreft de *geboorte*. Door de geboorte wordt een mens drager van rechten en plichten, *rechtssubject*. Ook misvormde wezens zijn mensen, het levend geboren zijn uit een mens is geboren zijn als mens.⁴⁷¹ Het juridische moment van geboorte is onduidelijk. Onduidelijk is of de aanvang van het geboorteproces of het verlaten van het moederlichaam als uitgangspunt moet worden genomen.⁴⁷² In de regel kan worden aangenomen dat de geboorte plaatsvindt op het moment van het verlaten van het moederlichaam.⁴⁷³

Ondanks het feit dat het embryo geen vermogensobject, geen zaak is, is het wel mogelijk vast te stellen wie juridische zeggenschap over het embryo heeft.⁴⁷⁴ Dit betreft geen goederenrechtelijke heerschappij over een zaak, maar een niet-vermogensrechtelijke zeggenschap, beslissingsbevoegdheid, ten aanzien van een object. Zo geldt als uitgangspunt dat de beslissingsbevoegdheid over het embryo in utero berust bij de zwangere vrouw. Deze beslissingsbevoegdheid betreft de aanwezigheid van de vrucht in haar lichaam en de zorg voor de vrucht dan wel de beëindiging van die aanwezigheid binnen de grenzen van de Wet afbreking zwangerschap.⁴⁷⁵ Andere beslissingen over de vrucht komen de vrouw niet toe. Pas nadat het kind is geboren krijgt de vader er een rechtsbetrekking mee. In vitro hebben zowel de man als de vrouw gezamenlijk beslissingsbevoegdheid.⁴⁷⁶ Zonder toestemming van de man mag

471 Leenen 2000, p. 136. Anders Hugo de Groot 1860, deel 3, § 4: 'Deze houdmen voor geen menschen, maar veel eer is men in deze landen ghewoon de selve terstond te smoooren'.

472 Zie Leenen 2000, p. 137-138 over de diverse mogelijkheden en tegenstrijdige bepalingen hieromtrent.

473 Leenen 2000, p. 137-138.

474 Leenen 2000, p. 134, noemt het embryo een zaak 'sui generis'. Dit lijkt mij niet juist aangezien het huidige rechtstelsel alleen plaats heeft voor zaken als object van eigendom en niet-zaken. Er bestaat geen tussencategorie 'zaken sui generis'.

475 Leenen 2000, p. 135. Wegens verandering van opvatting over abortus provocatus en vanwege de erkenning van het zelfbeschikkingsrecht van de vrouw wordt abortus provocatus aanvaard. Tot het moment dat de vrucht zelfstandig levensvatbaar is, is er in beginsel ruimte voor de zwangere vrouw om haar gastvrouwschap te beëindigen. Het is overigens niet zo dat de vrucht door het verlopen van de abortustermijn subjectieve rechten verkrijgt. Zie ook Leenen 2000, p. 152-155.

476 Aldus is bepaald in artikel 8 lid 1 Embryowet, TK 2000-2001, 27423. In de Memorie van Antwoord, p. 20, valt te lezen dat dit niet noodzakelijkerwijs beide genetische ouders hoeven te zijn. Er kan bijvoorbeeld gebruik zijn gemaakt van donorgameten. De wetgever wil die personen de zeggenschap over de embryo's geven die emotioneel verbonden zijn met de tot stand gebrachte embryo's en niet zomaar die personen die genetisch verbonden zijn

de vrouw het gezamenlijke embryo niet bij zich laten implanteren.⁴⁷⁷ Bij implantatie van het embryo neemt de vrouw de zorg over en verdwijnt de beslissingsmacht over de man.⁴⁷⁸ Het feit dat de beslissingsmacht over het embryo zo persoonlijk gebonden is, betekent ook dat dit embryo in vitro niet mag worden bewaard voor een ander doel dan waarvoor het is totstandgekomen.⁴⁷⁹

Een mogelijkheid die nog pas in de toekomst mogelijk zal worden betreft de zogenaamde *ectogenese*, het geheel opkweken van embryo's buiten de baarmoeder. De juridische status van een buitenbaarmoederlijk groeiend (pre)embryo is onduidelijk. Het kan zich niet innestelen, waardoor artikel 1:2 BW niet van toepassing is. Er is ook geen sprake van een geboorte, in de zin dat de vrucht het lichaam van de moeder verlaat. De huidige fasen die onderscheiden worden, zouden dan door middel van wetgeving moeten worden vastgesteld. Ook zouden voorzieningen over de beslissingsmacht van de foetus moeten worden genomen.⁴⁸⁰ In vivo beslist de zwangere vrouw over de foetus; bij ectogenese ligt het voor de hand dat de verstrekkers van de gameten samen het gezag, pas na 'geboorte' ouderlijk gezag, zouden hebben. Momenteel wordt het buiten de baarmoeder doorkweken van een embryo na twee weken niet meer geoorloofd bevonden.

Een embryo is dus noch rechtsobject noch rechtssubject. Het embryo neemt een bijzondere positie in. Aanname van zaakskwaliteit levert ethische bezwaren op. Aanname van rechtssubjectiviteit is voor de geboorte nog niet mogelijk, afgezien van artikel 1:2 BW dat een embryo als reeds geboren wordt aangemerkt zo dikwijls zijn belang dit vordert. Een embryo kent geen vermogensrechtelijke behandeling. Juridisch gezien geldt er wel een zekere zeggenschap ten aanzien van het embryo.

3.2.13 Lichaamsmateriaal

Onder 'lichaamsmateriaal' worden die objecten begrepen die van origine een onderdeel waren van het menselijk lichaam, maar waarvan de verbinding tussen menselijk lichaam is verbroken zodat zij zelfstandig buiten het lichaam

met tot stand gebrachte embryo's. In de zaak *Davis v. Davis* uit 1990 besloot het Hof van Tennessee dat beide ouders zeggenschap hebben over bevruchte eitjes. Dit omdat het onbevruichte eitje niet gelijk is te schakelen aan een foetus, het geen levende entiteit is, wat er allemaal geldt ten aanzien van een onbevruucht eitje is afhankelijk van de omstandigheden van het geval en beide partijen hebben gelijk belang in onbevruichte eitjes.

477 De toestemming van de man kan implantatie na zijn overlijden betreffen. Bij overlijden van één van de partijen zonder wilsbeschikking, moet men de beschikbare embryo's laten vergaan. Zie Leenen 2000, p. 134.

478 Leenen 2000, p. 134.

479 Zie voor een modelbewaarnemingsovereenkomst Broekhuijsen-Molenaar & De Witte 1998, p. 57-61.

480 Zie Leenen 2000, p.125 e.v.

kunnen bestaan. Men denke aan organen, sperma, zaadcellen, bloed, stamcellen, en dergelijke. Deze objecten kunnen, door de medische en technologische ontwikkelingen waardoor het mogelijk is geworden lichaamsmateriaal te conserveren en te hergebruiken, voldoen aan de technische grens van het zaaksbegrip. De lichaamsmaterialen zijn stoffelijke objecten die voor menselijke beheersing vatbaar zijn. Zij bezitten voldoende individualiteit om als rechtsobject van een eigendomsrecht te kunnen worden gekwalificeerd (zie § 3.1.5).

Het lichaamsmateriaal staat in een minder direct verband met de mens als rechtssubject, dan het menselijk lichaam zelf of het embryo. Lichaamsmateriaal dat buiten het menselijk lichaam bestaat, constitueert het rechtssubject niet, maar is wel bijzonder aangezien het uit een rechtssubject voortvloeit. Lichaamsmaterialen zijn gemakkelijker als zelfstandige zaken los van het rechtssubject te beschouwen, dan dat het geval is bij het menselijk lichaam zelf. Zo ook Gerbrandy:

Recht kan men slechts hebben op iets dat los van ons staat en waarover wij in zekeren zin kunnen beschikken. Daarom is het niet goed te spreken over recht op leven, op eigen lijf of op goede naam. Wil men ergens recht op hebben, dan moet dit voorwerp zich van de persoon zelve hebben afgesplitst en zoo zelfstandig zijn geworden. Bij eer, lijf en leven is dat niet het geval. Het kan wel gebeuren dat iets, dat eerst een deel van de menselijke persoonlijkheid is, later een voorwerp van apart recht wordt; het moet daarvoor echter een zelfstandig belang geworden zijn met een zekere maatschappelijke waarde en waarmee de rechthebbende in het maatschappelijk leven een zekere functie kan vervullen.⁴⁸¹

Lichaamsmaterialen zijn, indien afgescheiden van het lichaam, als zaken te kwalificeren. Door de voortgaande ontwikkeling van biotechnologische uitvindingen in de afgelopen jaren, zijn lichaamsmaterialen steeds meer waardevol en verhandelbaar materiaal geworden. Bloed kan bijvoorbeeld dienen als basis voor onsterfelijke cellijnen en de ontwikkeling van farmaceutische producten. Placenta kan worden gebruikt voor de verrijking van shampoo en cosmetische producten. Er is ook een markt voor diensten om lichaamsmateriaal te verzamelen en te bewaren. Mensen kunnen betalen om bloed of stamcellen te laten bewaren voor operatie of embryo's in de loop van IVF. Dit kan bij ziekenhuizen gebeuren, maar ook bij particuliere organisaties. Stamcellen kunnen dienen als bouwstof voor vele menselijke organen en weefsels. Dit alles maakt het wenselijk om lichaamsmaterialen als zaken te beschouwen zodat overeenkomsten van bewaarneming, een eventuele overdracht en soortgelijke rechtshandelingen onder de huidige vermogensrechtelijke regelgeving vallen. Het ligt daarbij voor de hand om als eigenaar van deze zaken degene aan te merken waaruit het materiaal afkomstig is.⁴⁸² In de Wet Veiligheid en Kwaliteit

481 Gerbrandy 1946, p. 74.

482 In gelijke zin Leenen 2000, p. 50. Broekhuijsen-Molenaar 1985, p. 134 spreekt van occupatie als wijze van eigendomsverrijking.

lichaamsmateriaal worden regels gegeven inzake de veiligheid en kwaliteit van lichaamsmateriaal dat kan worden gebruikt bij een geneeskundige behandeling. In deze wet worden ook eisen gesteld aan het wegnemen, bewaren, bewerken, verwerven, overdragen en invoeren van lichaamsmateriaal.⁴⁸³

Zoals hiervoor duidelijk is geworden, zijn lichaamsmaterialen wel bijzondere zaken. Men wil naast de zaakskwalificatie ook voldoende ruimte laten voor de waardering van het menselijk lichaam en het gebruik van de lichaamsmaterialen voor de gezondheidszorg. Het wordt in dit kader wel gesteld dat toekenning van eigendomsrechten op lichaamsmateriaal, de waardering voor het menselijk lichaam niet voldoende in acht neemt.⁴⁸⁴ Lichaamsmateriaal zou dan te eenzijdig als bron van inkomsten, als vermogensbestanddeel, beschouwd worden en niet voldoende gelden als deel van het menselijk lichaam waarvoor de traditionele piëteit en waardering in acht moet worden genomen. Door eigendomsrechten op lichaamsmateriaal toe te kennen, zouden deze objecten alleen nog economisch gewaardeerd worden, in het bijzonder aan de hand van de daarvoor geldende marktprijs.⁴⁸⁵ Daarenboven kan door een dergelijke puur vermogensrechtelijke benadering, de gezondheidszorg in het gedrang komen. Het is niet de bedoeling dat er een tekort aan grondstoffen voor medicijnonderzoek ontstaat doordat iedereen een eigendomsrecht op deze grondstoffen heeft. Financiële prikkels kunnen een potentieel gezondheidsrisico vormen. Het trekt een speciale groep donoren aan en vereist een hoge betrouwbaarheid van veiligheids- en kwaliteitseisen. Verwacht wordt dat donatie op basis van altruïsme bij de vermogenswaardering van lichaamsmaterialen, een schaarse aangelegenheid wordt. Men stelt kortom dat het goederenrecht te veel gebaseerd is op een economische waardering, dat het te veel gaat om vermogensbestanddelen waarvan men rechthebbende is.

Daarmee is men in een impasse geraakt. Aan de hand van de praktijk ligt de aanname van zaakskwaliteit voor de hand.⁴⁸⁶ Hoewel lichaamsmateriaal niet als winstobject kan worden beschouwd, speelt het wel een rol in het vermogensrecht, met name ten aanzien van rechtsfiguren als bewaarneming, schenking, overdracht en dergelijke. Een puur vermogensrechtelijke benadering is echter een te eenzijdige opvatting van het desbetreffende object dat ook zeer persoonsgebonden is en op basis van altruïsme ten goede zou moeten kunnen komen aan patiënten die het desbetreffende materiaal nodig hebben. Er worden vooral twee bezwaren aangevoerd tegen kwalificatie van lichaamsmateriaal als zaak: Ten eerste zou zaakskwalificatie geen recht doen aan de inherente

483 Wet Veiligheid en Kwaliteit Lichaamsmateriaal, TK 2000-2001, 27 844.

484 Vgl. Gold 1996, p. 15.

485 In de kranten worden bedragen genoemd van rond de 3.000 dollar voor een nier: 'Een nier voor de dood van Rushdie', *NRC* 29 december 2000; 'Een nier voor een Volkswagen', *NRC* 9 april 2001.

486 Zo komt het bijvoorbeeld vreemd over om beschadiging van sperma dat buiten het lichaam bewaard wordt, niet als zaaksbeschadiging aan te merken. Zie over deze problematiek naar Duits recht: Voss 1997.

waarde van de lichaamsdelen zelf⁴⁸⁷ en ten tweede zou zaakskwalificatie geen recht doen aan de instrumentele waarde voor de menselijke gezondheid.⁴⁸⁸

Om aan deze bezwaren tegen een zuiver vermogensrechtelijke benadering tegemoet te komen, is in de loop der jaren de praktijk gegroeid om op deze lichaamsmaterialen 'persoonlijkheidsrechten' aan te nemen en om wettelijke regels op te nemen omtrent de uitsluiting van de mogelijkheid om winst te maken. Het persoonlijkheidsrecht vloeit onder meer voort uit artikel 10 en 11 GW en 8 EVRM, die de mens recht geven op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer en integriteit van het menselijk lichaam.⁴⁸⁹ Aanvankelijk werden persoonlijkheidsrechten aangenomen voor sperma en eicellen, objecten die relevante informatie over de menselijke persoon bevatten.⁴⁹⁰ Tegenwoordig bevat iedere soort lichaamsmateriaal relevante informatie die gemakkelijk kan worden achterhaald. Het onderscheid tussen genetisch lichaamsmateriaal en gewoon lichaamsmateriaal is door de wetenschappelijke ontwikkelingen van de laatste jaren komen te vervallen. Zo kan ook niet meer worden gesproken van een glijdende schaal van intimiteit,⁴⁹¹ waarvan het minst intieme deel als zaak wordt gekwalificeerd, en het meest intieme deel niet. Alle soorten lichaamsmateriaal, ook haren, urine, bloed en nagels zijn persoonsgebonden en worden naar huidig recht beschouwd als object van een persoonlijkheidsrecht van de oorspronkelijke eigenaar, ook wel donor genoemd.⁴⁹² Dit persoonlijkheidsrecht kan dan naast een eventueel eigendomsrecht op de zaak rusten. Dit persoonlijkheidsrecht lijkt op het voor de kunstenaar binnen de

487 Perrick 1979, p. 142 stelt zo dat het sacrale karakter van een orgaan zich tegen de toepasselijkheid van het eigendomsrecht verzet.

488 Vgl. Gold 1996.

489 Leenen 2000, p. 52, over de vraag of afgescheiden lichaamsmateriaal onder de werking van artikel 11 Grondwet valt, bestaat geen duidelijkheid. Tijdens de behandeling van de grondwetsherziening in het parlement zijn daarover geen uitspraken gedaan. In algemene zin heeft de regering toen gezegd dat nieuwe ontwikkelingen het werkingsgebied van de grondrechten kunnen verbreden. Daar zou lichaamsmateriaal onder kunnen vallen. Gevers 1990, p. 15 heeft er op gewezen dat vooral artikel 10 Gw van belang is vanwege de in het lichaamsmateriaal opgeslagen informatie.

490 Van Oven 1926, p. 19; Petit 1950, p. 431-433; Wery 1976, p. 307; Loeb & Van Straaten 1984, p. 1027-1028; Gevers 1990; Broekhuijsen-Molenaar 1991, p. 21. Ook heeft men wel getracht onderscheid te maken tussen regenererende en niet-regenererende stoffen, aldus Hamilton van Hest 1983 en Wery 1976. Vgl. Nelkin & Andrews 1998. Regenererende objecten als bloed, sperma en haren zouden een zaak zijn en niet-regenererende objecten als botten niet.

491 Voor het eerst gebruikt door Maeijer 1969, p. 157.

492 Leenen 2000, p. 52. Wel is het zo dat afhankelijk van het soort lichaamsmateriaal het persoonlijkheidsrecht meer beperkingen op het aan een derde verschaft eigendomsrecht kan opleggen dan bij het andere materiaal. Er gelden bijvoorbeeld meer beperkingen ten aanzien van sperma dan ten aanzien van haren.

Auteurswet geldende persoonlijkheidsrecht op een kunstwerk.⁴⁹³ Een persoon kan een kunstwerk in eigendom hebben, maar deze persoon mag dit kunstwerk niet naar vrije wil vernietigen of fundamenteel veranderen.⁴⁹⁴ Dit zou in strijd komen met het aan de kunstenaar toegekende persoonlijkheidsrecht. De aanname van persoonlijkheidsrechten voor lichaamsmateriaal lijkt een goede oplossing en wordt ook in de diverse wetgeving aanvaard. Dit heeft vooral zijn weerslag in de regels omtrent de toestemming ten aanzien van het gebruik en privacyregels omtrent lichaamsmaterialen.⁴⁹⁵

Naast het op de zaak rustende persoonlijkheidsrecht, zijn ook regels opgenomen omtrent de mogelijkheid om met lichaamsmateriaal winst te behalen. Het behalen van winst uit lichaamsmaterialen, wordt over het algemeen als ongepast beschouwd.⁴⁹⁶ Een verkoopovereenkomst van bijvoorbeeld organen wordt geacht in strijd te zijn met de goede zeden en openbare orde. Het feit dat de titel van een dergelijke overeenkomst nietig is, betekent niet dat de zaakskwaliteit volledig ontkend moet worden. Andere vermogensrechtelijke rechtsfiguren die zien op eigendomsrechten op zaken, zoals de schenkingsovereenkomst of de bewaarnemingovereenkomst, kunnen wel overeenkomstig de goede zeden en de openbare orde zijn. In de Convention on Human Rights and Biomedicine van de Raad van Europe bepaalt artikel 21:

The human body and its parts shall not, as such, give rise to financial gain.

In Frankrijk is dit in 1994 in de Code Civil ingevoerd. Artikel 16-7 bepaalt dat elke overeenkomst gericht op de voortplanting of zwangerschap voor een ander, nietig is en artikel 16-5 bepaalt dat overeenkomsten waarbij een gelds-

493 Pinckaers 1996 bepleit een algemeen 'recht op persona': een aan ieder mens toekomend exclusief recht om zijn uiterlijk, portret, (bij) naam, stem, handtekening en ander typische persoonskenmerken, voor commerciële doeleinden te gebruiken. Zie *Onrechtmatige Daad I* (Jansen), aant. 42 voor inbreuk op persoonlijkheidsrechten.

494 Spoor/Verkade 1993, p. 297 e.v.

495 Leenen 2000, p. 52. In uitzonderlijke gevallen mag veronderstelde toestemming voor gebruik van de informatie ten behoeve van de nabestaanden worden aangenomen, namelijk indien deze nabestaanden bij de gegevens uit dat materiaal een groot persoonlijk belang hebben. Tenzij er indicaties in andere richting zijn, mag ervan worden uitgegaan dat de overledene toestemming daarvoor zou hebben gegeven. In het arrest van de Hoge Raad van 15 april 1994, *NJ* 1994, 608, wordt expliciet bepaald dat aan diverse grondrechten, zoals het recht op respect voor het privé-leven, het recht op vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst en het recht op vrijheid van meningsuiting, een 'algemeen persoonlijkheidsrecht' ten grondslag ligt. In de desbetreffende casus werd bepaald dat het recht om te weten van welke ouders men afstamt daar ook onder valt. Naar analogie zou men kunnen verdedigen dat het recht tot zeggenschap over lichaamsmateriaal, daar ook onder valt. Dit algemene persoonlijkheidsrecht wordt echter noch in de wet noch in Verdragen genoemd. Het Duitse recht kent daarentegen wel een algemeen persoonlijkheidsrecht.

496 Ook Munzer 1997, p. 25-38, pleit tegen de commerciële verkoop van lichaamsmateriaal. Economische waardering van lichaamsmateriaal zal onvermijdelijk de Kantiaanse menselijke waardigheid aantasten.

waarde wordt toebedeeld voor bestanddelen of producten van het menselijk lichaam nietig worden verklaard.⁴⁹⁷ In Nederland heeft men ervoor gekozen het verbod op behalen van winst in specifieke wetten uit te sluiten. De wet inzake de bloedvoorziening heeft in artikel 2 eerste lid als uitgangspunt dat bloed om niet wordt gegeven.⁴⁹⁸ De Wet orgaandonatie bepaalt in de artikelen 2 en 7 dat voor donatie geen vergoeding mag worden gegeven. Wel mogen kosten, waaronder eventueel gederfde inkomsten, worden vergoed. Voor sperma wordt bijvoorbeeld wel een vergoeding gegeven.

Aldus werd getracht een midden te vinden tussen een zuiver vermogensrechtelijke benadering en een niet-vermogensrechtelijke benadering van lichaamsmateriaal. Dit brengt een zekere goederenrechtelijke dualiteit met zich mee: iemand kan eigenaar van een zaak zijn, maar niet de volledige zeggenschap daarover hebben. Toch lijkt mij dit een betere oplossing dan het volledig ontkennen van zaakskwaliteit, mede gezien het feit dat deze objecten aan de technische eisen van zaken voldoen en in het rechtsverkeer een vermogensrechtelijke rol spelen, doordat zij worden overgedragen, worden geruild, worden gedoneerd, in bewaring worden gegeven en dergelijke.⁴⁹⁹ Bovendien heeft dit het voordeel dat de zeggenschap over het lichaamsmateriaal duidelijk geregeld is, iets waarover zowel voor- als tegenstanders van de aanneming van zaakskwaliteit het over eens zullen zijn.

Lichaamsmateriaal kan dus als object van een eigendomsrecht worden beschouwd. De vraag wie het eigendomsrecht toebehoort kan naar analogie van 'zelfstandig geworden bestanddelen' worden beantwoord. Als een dakpan van een huis wordt gehaald, behoort deze in eigendom toe aan degene die eigenaar is van de hoofdzaak: de eigenaar van het huis wordt ook eigenaar van de dakpan. Als een orgaan uit het menselijk lichaam wordt gehaald, behoort dit orgaan in eigendom toe aan degene die 'eigenaar' is van het menselijk lichaam. Een menselijk lichaam is echter geen zaak en er wordt derhalve niet van een 'eigenaar' maar van degene die zeggenschap heeft over het menselijk lichaam, gesproken. Op grond van de alom erkende zeggenschap over 's mens eigen lichaam, heeft men ook zeggenschap over het daarvan afstammende lichaamsmateriaal. Dit lichaamsmateriaal kan wel als zaak worden gekwalificeerd en naar analogie met de dakpan, komt het eigendomsrecht toe aan degene waaruit het materiaal afkomstig is.

Het is als gevolg hiervan mogelijk dat een patiënt de eigendom claimt van de bij een operatie verwijderde lichaamsdelen (galstenen, geamputeerde

497 Zie De Wolf 1999, p. 98.

498 Over de Europese richtlijn bloeddonatie (PB nr. C154, p. 141) is op 16 november 2001 een compromis gesloten ten aanzien van de betaling van bloeddonoren. Uitgangspunt is donatie om niet, omdat dit veiliger bloed zou opleveren, maar landen mogen hun donoren voor hun bijdrage honoreren. Zie NRC 16 november 2000 'Betalen donor mag, hoeft niet'.

499 Anders Gold 1996.

lichaamsdelen), tenzij daartegen uit esthetische of hygiënische (bijv. bederf) overwegingen bezwaren bestaan.⁵⁰⁰ Resterend lichaamsmateriaal heeft waarde en betekenis gekregen. Voor levering van dit lichaamsmateriaal aan een derde, moet van de patiënt toestemming worden verkregen. Zo moet voor levering van placenta's of ander lichaamsmateriaal aan de farmaceutische of cosmetische industrie toestemming aan de vrouw worden gevraagd, althans moet zij, nadat zij is ingelicht, in de gelegenheid zijn gesteld bezwaar te maken.⁵⁰¹ Voor gebruik van resterend lichaamsmateriaal voor onderwijs aan medische studenten, wordt binnen de heersende leer uitgegaan van het feit dat patiënten daar geen bezwaar tegen hebben omdat zij ervan op de hoogte zijn dat voor de opleiding van toekomstige artsen lichaamsmateriaal nodig is.⁵⁰² Vanzelfsprekend moeten daarbij de privacyregels in acht worden genomen.

Deze gang van zaken heeft met name uit Duitsland veel kritiek gekregen. Ehrlich stelt dat niemand stil staat bij de eventuele waarde van het afval dat de patiënt achterlaat.⁵⁰³ De patiënt beseft niet dat dit object dat afval is voor haar, een goudmijn kan zijn voor anderen. De arts onttrekt met het weg nemen van het desbetreffende materiaal, volgens Ehrlich ook de mogelijkheid van winst voor de patiënt. De tot nu toe gevoerde discussies betreffen meestal niet de vraag van een winstafname bij patiënten maar de vraag of de arts het lichaamsmateriaal van zijn patiënten wel verder mag gebruiken. Het grootste probleem is het feit dat dit alles niet in de openbaarheid geschiedt. Door gebrek aan informatie staat de patiënt er meestal niet bij stil wat er met zijn lichaamsmateriaal gebeurt, of, zo hij er wel aan denkt, gaat hij uit van een nihile materiële waarde van zijn lichaamsdelen.⁵⁰⁴ Het is de vraag of mensen ook niet geïnformeerd dienen te worden over de potentiële waarde die hun lichaamsmaterialen kunnen bezitten.

Roscam Abbing signaleert een opkomende praktijk waarbij lichaamsmateriaal wordt aangekocht, bewerkt tot celmateriaal en al dan niet tezamen met de daaruit verkregen informatie te koop wordt aangeboden aan wetenschappers.⁵⁰⁵ Ook zou de farmaceutische industrie niet schromen ziekenhuizen langs te gaan om lichaamsmateriaal te kopen of om een extra afname van bloed te vragen voor toekomstige nog niet omliggende onderzoeksprojecten.⁵⁰⁶

500 Leenen 2000, p. 53.

501 Aldus het antwoord van de staatssecretaris van Welzijn, volksgezondheid en cultuur op kamervragen d.d. 24 oktober 1983.

502 Leenen 2000, p. 53-54.

503 Ehrlich 2000, p. 15 e.v.

504 Ehrlich 2000. De Duitse Transplantationgesetz verschaft algemene regels omtrent gebruik van lichaamsmateriaal. Vgl. Deutsch 1998.

505 Roscam Abbing 2001, p. 9-10, noemt IJsland en Estland waar projecten in de openbaarheid zijn gekomen van het tegen betaling in handen geven aan de farmaceutische industrie van landelijke DNA-bestanden in combinatie met relevante verzamelingen van medische en genealogische persoonsgegevens.

506 Roscam Abbing 2001, p. 10, stelt dat de tweede methode in Nederland gestuit is op bezwaren van een medisch ethisch commissie verbonden aan een ziekenhuis.

Ehrlich pleit voor een zekere winstdeling tussen grondstofleverancier en productontwikkelaar.⁵⁰⁷ Olsthoorn-Heim is hier fel tegen. Het feit dat lichaamsmateriaal de basis vormt voor winstgevendende producten, hoeft niet noodzakelijkerwijze in te houden dat degene die het lichaamsmateriaal verschaft ook een commerciële waardering voor deze donatie zou moeten krijgen.⁵⁰⁸ De Moore-zaak gaat precies over deze problematiek.⁵⁰⁹ In deze Amerikaanse zaak ging het om de vraag of Moore een eigendomsrecht op zijn weefsel toekwam en zo op grond van dit eigendomsrecht, een recht had op een deel van de winst van de verkoop van producten die fabrikant Golde met Moore's weefsel als grondstof, had gemaakt. De meerderheidsopinie waardeerde het weefsel als economisch object dat object van een 'property right' kan zijn. Het Anglo-Amerikaanse stelsel stelt geen expliciete eisen aan een object van een property right. Het wordt wel gezegd dat ieder object een object van een 'property right' kan zijn als het waardevol is. Het kan dan in economische zin waardevol zijn of op andere gronden zoals autonomie of zelfontwikkeling.⁵¹⁰ Centraal stond vervolgens de vraag of deze property rights aan Moore of aan de fabrikant toebehoorden.⁵¹¹ De Supreme Court kende het eigendomsrecht toe aan de fabrikant. Door het ontbreken van precedenten en de schadelijke gevolgen voor het medisch onderzoek die het erkennen van eigendomsrechten voor patiënten op producten die zijn ontwikkeld uit hun lichaamsmateriaal zou hebben, kon er geen eigendomsrecht voor Moore worden aangenomen. Een eigendomsrecht voor Moore zou het toekomstig onderzoek en ontwikkeling te veel belemmeren, het zou een vrije handel in menselijk biologisch materiaal belemmeren en uiteindelijk leiden tot een reductie in de productie van farmaceutische producten. De economie kan, aldus de Supreme Court, het meest gestimuleerd worden door property rights toe te kennen aan onderzoekers en farmaceutische bedrijven.⁵¹² Wel werd Moore een zekere bescher-

507 Ehrlich 2000.

508 Olsthoorn-Heim 1996, p. 1193-1197.

509 Moore v. Regents of the University of California 249, Cal. Rptr, 494 (1990).

510 In gelijke zin Matthews 1995. De common law erkent property rights in bijzondere gevallen voor lichaamsmaterialen: Zie Dobson v. North Tyneside Health Authority [1996] 4 all E.R. 474, C.A., uit Harris 1997, p. 1.

511 Hier ziet men dat de vraag of een bepaald object een rechtsobject is, in nauw verband kan staan met de vraag wie er dan eigenaar van kan zijn. Er zijn verschillende eigendomstheorieën mogelijk. De occupatietheorie (Hugo de Groot) komt voort uit het natuurrecht. Zaken die aan niemand toebehoren worden in rechtmatige eigendom gebracht door de eerste inbezitnemer, die het object aan zijn wil onderwerpt. De arbeidstheorie (John Locke) construeert een eigendomsrecht voor degene die het object door zijn arbeid tot stand brengt. Binnen de persoonlijkheidstheorie (Hegel en Fichte) verkrijgt diegene de eigendom die de eigendom het meest noodzakelijk nodig heeft voor zijn persoonlijke ontwikkeling. In de contractstheorie (Pufendorf, Rousseau, Rawls) wordt de eigendom toegekend op basis van de regels uit de positieve rechtsorde. Zie hierover ook Becker 1977 en Macpherson 1978.

512 Gold 1996, p. 27. Hier ziet men dat de toekenning van eigendomsrechten in nauw verband staat met utiliteitsoverwegingen.

ming toegekend in de zin dat de Supreme Court een recht formuleerde voor Moore om geïnformeerd te worden over het commerciële belang en gebruik van zijn weefsel.

Zoals Nys terecht stelt, is de zaak Moore een hoogst uitzonderlijke zaak: de kans dat door nader gebruik van één individu biotechnologische uitvindingen kunnen worden gedaan met een grote marktwaarde is klein. In de regel moet voor een dergelijk resultaat het lichaamsmateriaal gebruikt worden van vele duizenden vaak anonieme patiënten.⁵¹³ Daar staat tegenover dat zonder het lichaamsmateriaal de uitvinding niet zou zijn gerealiseerd. Gevers vindt bijvoorbeeld dat de waarde van het eindproduct goeddeels de resultante is van het werk van de onderzoeker en dat het feit dat het gebruikte lichaamsmateriaal op zichzelf voor de patiënt geen waarde had, niet afdoet aan de mogelijkheid voor een financiële aanspraak door de patiënt.⁵¹⁴ Daar staat tegenover dat een patiënt die erg ziek is zelden zijn toestemming voor een noodzakelijke medische procedure zal weigeren om de enkele reden dat een aanwezige dokter de commerciële interesse in het materiaal van de patiënt openbaar maakt. De patiënt is ook niet in de positie om de aanbevelingen van de arts te toetsen of te bepalen of de arts de procedure vooral aangaat wegens het commerciële belang. Een eigendomsrecht op eigen weefsel zou in deze zin de invloed van de arts door het aanwezige commerciële belang kunnen verminderen.⁵¹⁵ Het lijkt ook mij verdedigbaar patiënten voor het afstaan van hun lichaamsmateriaal waarmee commerciële producten worden gerealiseerd, een financiële vergoeding toe te kennen.

De zeggenschap over materiaal dat vroeger en ook nu nog vaak als 'afval' werd afgedaan, levert juridische problemen op. Dit wordt ook wel het 'nader gebruik' van lichaamsmateriaal genoemd. Aanvankelijk heeft men getracht de opvatting aan te hangen dat toestemming voor de medische behandeling ook inhoudt dat men afstand doet van iedere zeggenschap over het afgenomen lichaamsmateriaal en dat men zo toestemming geeft voor het nader gebruik van dit lichaamsmateriaal. Wel dient binnen deze opvatting de betrokkene op de hoogte te worden gebracht van de mogelijkheid van nader gebruik.⁵¹⁶ In veel gevallen is dit niet voldoende en valt het nader gebruik van lichaamsmateriaal niet zonder meer onder de initiële toestemming voor de medische behandeling. Eenmaal van het lichaam afgescheiden, verkrijgt lichaamsmateriaal een bijzondere status die in het recht tot uiting dient te komen. De persoon van wie het lichaamsmateriaal afkomstig is, behoudt zeggenschap over het lichaamsmateriaal. Deze opvatting ligt ten grondslag aan de Nederlandse regeling en artikel 22 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens

513 Nys 1998, p. 176 en de door hem aangehaalde literatuur.

514 Gevers 1990, p. 16.

515 Gold 1996, p. 27 e.v.

516 Zo bijvoorbeeld het hoogste gerechtshof van Californië in de zaak Moore, het advies van de Nuffield Council en in Franse wetgeving. Zie hierover Nys 1998, p. 170.

en Biogeneeskunde. Artikel 7:467 BW (WOGB) bepaalt dat lichaamsmateriaal gebruikt mag worden voor wetenschappelijk onderzoek als a) gegevens niet tot persoon herleidbaar zijn, b) de patiënt geen bezwaar maakt en c) er sprake is van zorgvuldig onderzoek. Artikel 7:467 BW laat nader gebruik van het lichaam afgescheiden anonieme stoffen en delen voor medisch statistisch of ander medisch wetenschappelijk onderzoek toe 'voorzover de patiënt van wie het lichaamsmateriaal afkomstig is geen bezwaar heeft gemaakt tegen zodanig onderzoek en het onderzoek met de vereiste zorgvuldigheid wordt verricht. Nader gebruik van lichaamsmateriaal door bijvoorbeeld de farmaceutische industrie zou op grond van deze bepaling niet mogelijk zijn.⁵¹⁷ Of dit betekent dat nader gebruik van anoniem lichaamsmateriaal voor andere doeleinden dan medisch wetenschappelijk onderzoek is uitgesloten of geheel vrij is, is betwist.⁵¹⁸

Dikwijls wordt lichaamsmateriaal opgeslagen of bewaard. Dit is bijvoorbeeld het geval ten aanzien van celmateriaal. Celmateriaal dat in een celbank wordt opgeslagen, wordt geïndividualiseerd bewaard. Aan de hand van gegevens kan worden bepaald van wie het materiaal afkomstig is. De verstrekker is en blijft eigenaar van dit materiaal.⁵¹⁹ Leenen stelt dat de overeenkomst met de celbank als een niet benoemde overeenkomst moet worden beschouwd.⁵²⁰ De celbank is ten aanzien van het materiaal gehouden aan de beperkingen die daarop rusten wegens het persoonlijkheidsrecht van de patiënt. Het materiaal kan alleen maar gebruikt worden voor het doel waarvoor de oorspronkelijke eigenaar toestemming heeft verleend.

Doneren van bloed of sperma, dat in respectievelijk een bloed- of spermabank worden opgeslagen, is iets anders dan deponeren van celmateriaal in een celbank. De donor van bloed of sperma doet afstand ten behoeve van bloedtransfusie respectievelijk kunstmatige inseminatie. De bestemming is hier niet het gebruik bij de donor maar bij een ander. Het sperma wordt door donatie eigendom van de spermabank en het bloed wordt eigendom van de bloedbank, tenzij een andere overeenkomst is gesloten of moet worden aangenomen.⁵²¹ Zo kan het zaad bijvoorbeeld gedeponeerd worden ten behoeve

517 Aldus Sluyters & Biesart 1995, p. 164.

518 Zie onder meer Olsthoorn-Heim 1995, p. 27 e.v.

519 Zie Leenen 2000, p. 54.

520 Leenen 2000, p. 54.

521 Dat kan bijvoorbeeld depot ten behoeve van later eigen gebruik zijn. Over een dergelijk depot handelde het vonnis van het Tribunal de Grande Instance de Creteil 1 augustus 1984, *TvG* 1985, 10. In deze zaak had de man die aan kanker leed wegens kans voor onvruchtbaarheid het sperma laten invriezen. Na zijn overlijden eiste de weduwe het sperma ter inseminatie van de zaadbank op, maar die weigerde het af te staan. Het tribunaal besliste dat op grond van een stilzwijgende overeenkomst tussen de man en de zaadbank, de zaadbank de wil van de man dat zijn vrouw na zijn dood bevrucht zou worden met zijn zaad, had geaccepteerd. De zaadbank moest het sperma aan de weduwe afstaan. Het tribunaal ging niet op de eigendomsvraag in. Zie hierover ook Broekhuijsen-Molenaar 1991, p. 69 e.v.

van de echtgenote. Er is dan geen sprake van eigendomsoverdracht maar van bewaargeving.⁵²² In een dergelijk geval valt na overlijden van de donor de beschikking over het sperma aan de echtgenote toe. Die kan het (laten) gebruiken voor inseminatie bij haarzelf, mits duidelijk is dat dat de bedoeling van de overledene was.⁵²³ Wordt het zaad niet volgens die beschikking door de betrokkene gebruikt, dan mag er geen andere bestemming aan worden gegeven – dus ook geen onderzoek mee worden gedaan – en is vernietiging door de spermabank verplicht. Gebruik volgens een andere bestemming zou in strijd zijn met het daarvoor geldende persoonlijkheidsrecht van de oorspronkelijke eigenaar.

De sperma- of bloedbank doet bij kunstmatige inseminatie of bloedtransfusie weer afstand van het eigendomsrecht op de zaak. Binnen al deze gevallen gelden vanwege het op het materiaal rustende persoonlijkheidsrecht regels met betrekking tot privacy en toestemming.⁵²⁴

Voorgesteld wordt de lichaamsmaterialen als zaken, als rechtsobjecten van eigendomsrechten, te beschouwen. Dit betekent dat de rechtsfiguren als eigendom, schenking, bewaarneming en dergelijke, toepasselijk zijn. Er bestaan wel ethische bezwaren tegen de toepasselijkheid van alle goederenrechtelijke gevolgen van een eigendomsrecht op lichaamsmateriaal, maar volledige ontkenning van zaakskwaliteit brengt grotere problemen met zich mee. Dan zouden de in de praktijk uitgevoerde handelingen van bewaarneming en schenking bijvoorbeeld niet onder de wettelijke regels kunnen vallen. Dit zou niet ten goede komen aan de bescherming van het lichaamsmateriaal. Gekozen is voor aanname van het zaakskarakter waarbij bijzondere wettelijke regelingen van nationaal en internationaal niveau beperkingen kunnen aangeven ten aanzien van de vermogensrechtelijke toepassingen. Zo is het verboden verkoop-

In Nederland deed de President van de Rechtbank 's-Gravenhage 9 maart 1989, *TvG* 1989, 34, in kort geding uitspraak in een geschil over het bewaren van sperma na de dood van een patiënt die chemotherapie had ondergaan. Het Academisch Ziekenhuis te Leiden wilde het vernietigen. Geëist werd dat het sperma twee jaren zou worden bewaard. De President ging niet op eigendom en beschikkingsrecht in, maar wees de eis toe. Omdat geen bodemprocedure werd ingesteld, is het sperma na 2 jaar vernietigd.

522 Dit kan zich bijvoorbeeld voordoen als de man een vruchtbaarheidsbedreigende behandeling moet ondergaan en zijn voortplantingsmogelijkheden wil veiligstellen.

523 Een en ander kan ook gelden voor een bepaalde andere vrouw, maar dan is een uitdrukkelijke wilsbeschikking vereist. Een uitdrukkelijke wilsbeschikking voor inseminatie na overlijden is overigens in alle gevallen aan te bevelen. De Ruiters 1963, p. 73 is van mening dat voor een en ander een wettelijke regeling noodzakelijk is.

524 De Gezondheidsraad stelt in het advies *Erfelijkheid, wetenschap en maatschappij* 1989, p. 127 voor dat degene van wie het materiaal afkomstig is een eenmalige machtiging verstrekt voor het gebruik ervan voor diagnostische en/of wetenschappelijke doeleinden. Daarop kan de betrokkene uiteraard terugkomen. Op genetische gegevens is de Wet bescherming persoonsgegevens van toepassing. Zie Leenen 2000, hoofdstuk 9, § 7. Die wet stelt grenzen aan het verwerken van (o.a. genetische) persoonsgegevens. Tot verwerken behoort ook het verzamelen en vastleggen van gegevens.

overeenkomsten te sluiten ten aanzien van organen en bloed. Dergelijke (publiekrechtelijke) beperkingen tasten de zaakskwalificatie niet aan (zie § 2.3.7). Ook rust op lichaamsmateriaal wegens het bijzondere karakter van deze zaken een persoonlijkheidsrecht. Dit persoonlijkheidsrecht kan de eigendomsbevoegdheden ten aanzien van de zaak aanzienlijk beperken. Het eigendomsrecht op lichaamsmateriaal is een goed, dat om niet kan worden overgedragen (artikel 3:83 lid 1 BW), dat object van een bewaarnemingovereenkomst kan zijn (artikel 7:600 BW), dat object van een schenkingsovereenkomst kan zijn (artikel 7a:1703 BW). Gezien het verbod van winstbejag zal het eigendomsrecht niet in aanmerking komen voor bezwaring door middel van pandrechten, als beslagobject, als faillissementsobject en dergelijke. Het is aannemelijk dat dit niet meer geldt na bewerking van het oorspronkelijke lichaamsmateriaal. De farmaceutische industrie heeft een eigendomsrecht op producten gemaakt uit lichaamsmateriaal dat in de regel wel vatbaar kan zijn voor bezwaring door middel van pandrechten (artikel 3:227 BW), dat verhaalsobject kan zijn (artikel 3:267 BW) en dat in het faillissementsvermogen kan vallen (artikel 20 Fw).⁵²⁵

3.2.14 Implantaten

Implantaten zijn zaken die als hulpmiddel kunnen dienen bij de gezondheidszorg voor mensen. Voordat deze implantaten in of aan het lichaam worden aangebracht zijn dit in beginsel zaken, rechtsobjecten. Het zijn stoffelijke objecten die voor menselijke beheersing vatbaar zijn en derhalve voldoende individualiteit bezitten om zaken te zijn (§ 3.1.5). Implantaten vallen binnen de technische grens. Er bestaan ook geen ethische bezwaren tegen de zaakskwaliteit. Men denke dan bijvoorbeeld aan een pacemaker, kunstmatige hartkleppen, kunstmatige gewrichten, een prothese en dergelijke. Wat gebeurt er met het rechtskarakter van deze implantaten, zaken, wanneer zij in of aan het lichaam worden aangebracht?

Duidelijk is dat getransplanteerde organen en bloed tot het lichaam van de betrokkene gaan horen en delen in de juridische status die het lichaam zelf heeft.⁵²⁶ Deze objecten worden door inbrenging in het menselijk lichaam, deel van het menselijk lichaam en verliezen derhalve het rechtskarakter van rechtsobject. Zij worden deel van het menselijk lichaam, van een rechtssubject.

Problematischer ligt het ten aanzien van overige implantaten die niet in het menselijk lichaam zelf opgaan, maar een zekere individualiteit blijven behouden aan of binnen het menselijk lichaam. Voor dergelijke implantaten wordt wel een onderscheid gemaakt tussen voorwerpen die aan het lichaam worden bevestigd en voorwerpen die in het kader van de medische behande-

⁵²⁵ Zie Roscam Abbing 2001.

⁵²⁶ Leenen 2000, p. 48.

ling tijdelijk met het lichaam worden verbonden.⁵²⁷ Verpleegmaterialen die tijdelijk met het lichaam worden verbonden, bijvoorbeeld een katheter, zouden dan hun zelfstandigheid als zaak behouden en eigendom blijven van degene die er eigenaar van was. Hetzelfde wordt er ten aanzien van hulpstukken als een kunstbeen bepleit. Zij zouden geen intrinsiek deel van het lichaam zijn en zouden daarmee hun zelfstandige zaaks karakter behouden.⁵²⁸ Men moet daarbij goed beseffen dat de theorie over bestanddeelvorming wel het enige aanknopingspunt is dat het goederenrecht op dit punt biedt, maar dat het ook niet geheel opgaat aangezien er geen sprake is van een hoofdzaak. De 'hoofdzaak', het menselijk lichaam, is een rechtssubject en geen zaak.

Het lijkt mij echter verdedigbaar in alle gevallen van objecten te spreken die zodanig nauw verbonden zijn met de menselijke persoon, dat zij meegaan in de juridische status van de persoon en het zelfstandige karakter van een zaak verliezen. Het implantaat/hulpstuk wordt vanaf het moment van verbinding met het menselijk lichaam een integrerend onderdeel van het menselijk lichaam. Een eigendomsrecht op deze zaak komt door verbinding met het menselijk lichaam te vervallen. Dit geldt tevens voor ingeslikte kwartjes, bolletjes of andere zaken, ook deze vormen zolang ze met het menselijk lichaam zijn verbonden een integrerend onderdeel met het menselijk lichaam. De verbinding met het menselijk lichaam hoeft ook niet continu te zijn, men kan zich voorstellen dat een kunstgebit of kunstbeen dat 'in- dan wel buiten gebruik' kan zijn, ook buiten gebruik een integrerend onderdeel uitmaakt van het menselijk lichaam.

Uitzondering op deze regel zijn hulpstukken die geen 'integrerend onderdeel' met het menselijk lichaam vormen. Een beademingsapparaat bijvoorbeeld is van vitaal belang voor de patiënt en is nauw verbonden met de patiënt. Toch kan niet van een 'integrerend deel van het menselijk lichaam' worden gesproken. Een beademingsapparaat is dan wel nauw betrokken bij het lichaam van de mens, maar is niet als bestanddeel van het menselijk lichaam aan te merken.⁵²⁹ Men spreekt ook van aansluiting van de patiënt aan het apparaat, en niet van het opgaan van het apparaat in de mens.⁵³⁰ Van 'opgaan in de mens' wordt wel gesproken bij een kunstheup, die inherent deel gaat uitmaken van het lichaam van de mens.⁵³¹ Zo'n kunstheup of kunsthartklep wordt in het lichaam geïntegreerd en vormt er een integrerend onderdeel van.

527 Vgl. Sluyters 1982; Hamilton-Van Hest 1983; en 1985; Keet 1985; Leenen 2000, p. 48.

528 Leenen 2000, p. 49.

529 Leenen 2000, p. 49.

530 Door de aansluiting ontstaat een overeenkomst met de patiënt voor de behandeling met het apparaat die door het ziekenhuis, behoudens gewichtige redenen, niet kan worden opgezegd (artikel 7:460 BW). Die overeenkomst komt ten einde als de patiënt het apparaat niet meer nodig heeft of overlijdt en kan worden beëindigd als de desbetreffende medische behandeling van de patiënt medisch zinloos is geworden. Uit: Leenen 2000, p. 49.

531 Aldus ook Sluyters 1982, p. 317. Anders Hamilton-van Hest die een kunstheup niet gelijk wil stellen aan een getransplanteerd orgaan of ander weefsel.

In de opvatting dat in het lichaam aangebrachte kunstmiddelen deel van het lichaam zijn en dus hun zaakskarakter hebben verloren, is geen bruikleenconstructie mogelijk. Dit wordt bijvoorbeeld voorgesteld door Hamilton-van Hest die de pacemaker als aparte zaak wil beschouwen binnen het menselijk lichaam.⁵³² De persoonlijkheidsrechten zouden dan de rechtsverhouding bepalen. De in het lichaam van de mens functionerende kunstorganen en ingebrachte materialen delen in de bescherming van de lichamelijke integriteit van artikel 11 GW. Het lijkt mij echter niet mogelijk om de pacemaker binnen het lichaam als afzonderlijke zaak te blijven beschouwen. De pacemaker wordt te zeer onderdeel van het menselijk lichaam om het zelfstandige rechtskarakter te kunnen legitimeren. Een bruikleenovereenkomst lijkt mij dan ook niet mogelijk.⁵³³ Een dergelijke erkenning van vermogensrechten van derden op zaken in het menselijk lichaam zou de menselijke vrijheid te zeer aantasten. Aangezien de mens zeggenschap heeft over zijn eigen lichaam (zie § 3.2.10) is het vanzelfsprekend wel mogelijk dat deze kan bepalen dat de pacemaker na zijn dood kan worden uitgenomen en in eigendom kan worden overgedragen aan het ziekenhuis.⁵³⁴ Men heeft het dan over toekomstige zaken, zaken die nu nog geen zelfstandige zaak zijn, maar dat in potentie wel kunnen zijn na extirpatie uit het menselijk lichaam. Een dergelijke overeenkomst kan worden vergeleken met de tegels in de gang van een oud huis die op het moment dat zij deel uitmaken van het huis geen zelfstandige zaken zijn, maar toekomstige zaken. Deze tegels kunnen bij voorbaat worden geleverd, maar levering heeft pas effect op het moment dat de tegels uit het huis zijn losgemaakt, op het moment dat het om feitelijk zelfstandige zaken handelt (zie § 2.3.8).⁵³⁵

Implantaten zijn dus vóór gebruik bij de mens alle zelfstandige zaken. Hulpmiddelen die geen integrerend onderdeel uitmaken van het menselijk lichaam, zoals een beademingsapparaat, behouden deze status. Implantaten die een integrerend onderdeel uitmaken van het menselijk lichaam en derhalve mede het rechtssubject constitueren verliezen het zelfstandige zaakskarakter en worden één met de mens. Zij gaan naar analogie van de goederenrechtelijke natrekkingsregels op in de hoofd'zaak', het menselijk lichaam. Eigendomsrechten op deze implantaten vervallen door de verbinding met het menselijk lichaam. Na afscheiding van het menselijk lichaam, is er weer sprake van zelfstandige zaken. Wie daarover eigendomsrechten kan verkrijgen, wordt

532 Hamilton-van Hest 1983, p. 189.

533 In gelijke zin Leenen 2000, p. 49-50.

534 Tegenwoordig wordt bij de crematie een pacemaker altijd uit het lijk verwijderd omdat er anders een grote kans tot ontploffing van de pacemaker (en dus ook van het lijk) bestaat.

535 Zie Asser/Mijnssen/De Haan 2001 (3-1), nr. 225. In gelijke zin Snijders/Rank-Berenschot 2001, nr. 245: Wie dakpannen van zijn huis afhaalt, was al eigenaar van die pannen maar dan in hun hoedanigheid van bestanddeel. Thans wordt hij eigenaar van de pannen in hun hoedanigheid van zelfstandige zaken.

betwist. In de Memorie van Toelichting bij de Wet op de Lijkbezorging stelt Korthals Altes dat de nabestaanden geen eigendomsrechten op de stoffelijke resten kunnen doen gelden, maar dat dit anders is voor kunst- of hulpmiddelen. Die mogen niet met het lijk worden meebegraven of meeverband en zullen, aldus Korthals Altes, veelal worden teruggegeven aan de nabestaanden⁵³⁶ Een eigendomsrecht voor degene uit wiens lichaam het implantaat is verwijderd, lijkt mij het meest voor de hand te liggen. Dit is in beginsel gelijk aan het 'normale geval' wanneer een dakpan van een huis wordt gehaald. De dakpan valt als rechtsobject van een eigendomsrecht toe aan de eigenaar van de hoofdzaak: de eigenaar van het huis. Bij overlijden van deze persoon, gaat het eigendomsrecht van implantaten over op de erfgenamen. Een ziekenhuis kan eventueel met de patiënt overeenkomen de geïmplanteerde pacemaker (na overlijden) te retourneren.⁵³⁷

Is er aldus sprake van een eigendomsrecht op een implantaat, zoals het implantaat voor verbinding met het menselijk lichaam, dan is dit eigendomsrecht een *goed*, dat met een pandrecht bezwaard kan worden (artikel 3:227 BW), verhaalsobject kan zijn (artikel 3:276 BW) en in het faillissementsvermogen kan vallen (artikel 20 Fw) (zie uitgebreider § 2.3).

3.2.15 Dieren

Een dier is een stoffelijk object dat voor menselijke beheersing vatbaar is. Een dier bezit voldoende individualiteit en wordt naar huidig recht als zaak gekwalificeerd.⁵³⁸ Hiertegen worden vanuit ethisch oogpunt wel bedenkingen geuit. Zo stelt de stichting Dier en Wetenschap dat een dier niet langer mag worden gelijkgesteld aan een tafel of een stoel. Zij pleiten voor een beperkte status van het dier als rechtssubject.⁵³⁹

Invoering van een nieuw begrip 'beperkt rechtssubject' werkt naar mijn mening echter weinig verhelderend. Het zou een belangrijke afwijking beteke-

536 Handelingen I, zitting 1987-1988, p. 1248.

537 Problematisch is het geval van een ondeugdelijk implantaat waarvoor het rechtssubject bij schade de fabrikant aansprakelijk wil stellen. De aansprakelijkheidsregeling van artikel 6:173 BW geldt slechts voor gebrekkige *roerende zaken*. Een pacemaker in het menselijk lichaam kan gebrekkig zijn maar is niet als zelfstandige zaak te kwalificeren. Oplossing biedt wellicht een regeling op te nemen in artikel 6:173 BW als in de Productaansprakelijkheidsregeling. Onder product wordt daar een roerende zaak verstaan, ook nadat deze een bestanddeel is gaan vormen van een andere roerende of onroerende zaak. Men zou zich kunnen voorstellen dat implantaten objecten blijven waarvoor de aansprakelijkheidsregels gelden ook al zijn zij een integrerend deel van het menselijk lichaam geworden en de zaakskwaliteit (tijdelijk) verloren is. Los van dit alles zal de patient de arts doorgaans via de afgesloten geneeskundige behandelingsovereenkomst kunnen aanspreken op grond van wanprestatie.

538 Pitlo/Reehuis, Heisterkamp 2001, nr. 6.

539 In gelijke zin Boon 1997, p. 65 e.v.

nen van de huidige systematiek van het vermogensrecht. Bovendien zou het meest belangrijke kenmerk van het zijn van rechtssubjecten, namelijk het zijn van drager van rechten en plichten, afwezig zijn. Een dier kan nooit rechthebbende zijn van vermogensbestanddelen, van goederen. Een dier is te allen tijde een afhankelijk subject. Zij zijn niet in staat om hun eigen belangen te formuleren en daarvoor op te komen. In Duitsland is dan ook voor een tussenoplossing gekozen. Artikel 90a van het BGB bepaalt dat:

Tiere sind keine Sachen. Sie werden durch besondere Gesetze geschützt. Auf sie sind die für Sachen geltenden Vorschriften entsprechend anzuwenden, soweit nicht etwas anderes bestimmt ist.

In artikel 903 BGB wordt vervolgens bepaald:

Der Eigentümer eines Tieres hat bei der Ausübung seiner Befugnisse die besonderen Vorschriften zum Schutz der Tiere zu beachten.

Dieren kunnen dus naar Duits recht niet als zaak worden beschouwd, maar kunnen, voor zover niet anders is bepaald, naar analogie van zaken behandeld worden.

In de meeste gevallen wordt echter niet zozeer bepleit dat dieren als rechtssubjecten moeten worden gekwalificeerd, maar dat er meer dierenrechten voor dieren moeten komen. Men vindt dat het welzijn van dieren de mens in het algemeen te weinig ter harte lijkt te gaan. Men denke dan bijvoorbeeld aan de omgang met dieren in de bio-industrie. De algemene stelling is dat het dier juridisch beter beschermd moet worden.⁵⁴⁰ In dit kader is in 1992 de Gezondheids- en Welzijnswet voor dieren tot stand gekomen.⁵⁴¹ Een belangrijk uitgangspunt voor de wet is erkenning van de intrinsieke waarde van het dier, waaronder verstaan kan worden de erkenning van de waarde die het dier heeft onafhankelijk van de waarde of het nut dat het dier voor de mens heeft.

Dit doet echter niet af aan het feit dat dieren naar huidig recht als zaken worden gekwalificeerd. Het eigendomsrecht op een dier is een goed, dat kan worden verpand (artikel 3:227 BW), verhaalsobject kan zijn (artikel 3:276 BW) en in het faillissementsvermogen valt (artikel 20 Fw).

Men kan ook afstand doen van het eigendomsrecht op de zaak door onder meer derelictie. Artikel 5:18 BW bepaalt dat de eigendom van een roerende zaak wordt verloren, wanneer de eigenaar het bezit prijsgeeft met het oogmerk om zich van de eigendom te ontdoen. Laat men zijn hond achter in een bos

⁵⁴⁰ Vgl. Scruton 2000, Justitiële Verkenningen 2001 en Bostyn c.s. 2001, p. 63-74.

⁵⁴¹ Wet van 24 september 1992 houdende vaststelling van de Gezondheids- en welzijnswet voor dieren, *Stb.* 1992, p. 585.

en gaat men op vakantie, dan is men de eigendom van de hond kwijt.⁵⁴² Artikel 5:19 BW geeft specifieke regels voor het verlies van dieren. Lid 1 bepaalt dat de eigendom van tamme dieren verloren gaat wanneer deze dieren, nadat zij uit de macht van de eigenaar zijn gekomen, zijn verwilderd. Lid 2 bepaalt dat de eigenaar van andere dieren de eigendom verliest wanneer zij de vrijheid verkrijgen en de eigenaar niet terstond beproeft ze weder te vangen of zijn pogingen daartoe staakt.⁵⁴³ De kwalificatie 'tam' dient ingevolge de Parlementaire Geschiedenis, door gebruikelijke opvattingen te worden bepaald. Genoemd worden zangvogels, duiven, tamme kraaien, konijnen, katten en muizen.⁵⁴⁴ Een getemde olifant, leeuw of slang vallen daar niet onder.⁵⁴⁵ Een hondsdolle hond kan toch als 'tam' gekwalificeerd worden, aangezien het wilde gedrag aan een ziekte is te wijten.⁵⁴⁶ Een dier is verwilderd, indien het weer in zijn natuurlijke leefmilieu is opgenomen en niet meer naar de eigenaar terugkeert.⁵⁴⁷

542 Pitlo/Reehuis, Heisterkamp 2001, nr. 532. Deze daad kan onder omstandigheden strafrechtelijk worden vervolgd.

543 De exploitant van een dierentuin die door een gebrek aan zorg een wolf laat ontsnappen en/of zich onvoldoende inspannt om het ontsnapte dier weer te vangen zal ook als niet-bezitter zeker voor de door die wolf aangerichte schade kunnen worden aangesproken. Zie Pitlo/Reehuis, Heisterkamp 2001, nr. 532.

544 Vgl. EV I, *Parl.Gesch. Boek 5*, p. 118. Vgl. ook Pitlo/Reehuis, Heisterkamp 2001, nr. 532.

545 TM en Rapport aan de Koningin, *Parl.Gesch., Boek 5*, p. 116 en 117.

546 Pitlo/Reehuis, Heisterkamp 2001, nr. 532.

547 EV I, *Parl.Gesch., Boek 5*, p. 118.

4 | Corpora Mystica

4.1 ALGEMENE THEORIE

4.1.1 Inleiding

Zoals in schema 3 is weergegeven vormt het 'toehoren van vermogensrechten' het basisschema van het goederenrecht. Vermogensrechten kunnen worden onderscheiden in *volledige* rechten en de van deze rechten 'afgeleide' *beperkte* rechten. Zoals in schema 4 is weergegeven kunnen volledige rechten worden onderscheiden in drie categorieën: de absolute eigendomsrechten, absolute intellectuele eigendomsrechten¹ en relatieve rechten zoals vorderingsrechten. Kenmerkend aan absolute volledige vermogensrechten is dat de basis gevormd wordt door een rechtsobject en dat deze rechten naast bevoegdheden voor de rechthebbende ook verplichtingen voor derden scheppen.

In het vorige hoofdstuk stonden de grenzen van het begrip 'zaak' als rechtsobject van eigendomsrechten centraal. Duidelijk is geworden dat er ten aanzien van rechtsobjecten twee grenzen kunnen worden onderscheiden: een technische grens en een ethische grens (§ 3.1.5). Binnen de technische grens vallen de objecten die voldoende individualiteit bezitten. De in de empirie bestaande objecten moeten voldoende individualiseerbaar zijn om als object van een eigendomsrecht te kunnen functioneren. Het is uit oogpunt van rechtszekerheid noodzakelijk dat derden exact kunnen vaststellen ten aanzien van welk object zij verplichtingen hebben. Binnen de ethische grens vallen objecten waarvan het naar de algemene mening wenselijk wordt bevonden dat zij als zaak worden gekwalificeerd. Zo wordt wel bepleit dat het onwenselijk is een menselijk embryo als zaak te kwalificeren omdat dat in strijd zou zijn met de menselijke waardigheid. (zie § 3.2.12).

Intellectuele eigendomsrechten zijn evenals eigendomsrechten absolute volledige rechten. Zij hebben alle een rechtsobject. Er bestaan meerdere intellectuele eigendomsrechten. Gemeenschappelijk is dat er sprake is van een intellectueel

1 Waar vroeger onderscheid werd gemaakt tussen 'intellectuele eigendom' (auteursrecht en naburige rechten) en 'industriële eigendom' (octrooirecht, merkenrecht, handelsnaamrecht, kwekersrecht en modellenrecht), wordt de term 'intellectuele eigendom' sinds de oprichting van de Wereldorganisatie voor Intellectuele Eigendom (WIPO) gebruikt als overkoepelend begrip voor alle hiervoor genoemde rechten.

rechtsobject waaraan bescherming wordt verleend. Een werk, uitvinding, merk, model, databank en nieuw plantenras zijn alle concrete objecten die als zodanig kunnen worden afgebakend. Deze rechtsobjecten gelden als ijkpunt waar vervolgens de beschermingsomvang aan wordt gerelateerd. Een belangrijk verschil met eigendomsrechten is dat de beschermingsomvang van intellectuele eigendomsrechten per rechtsobject aanzienlijk kan verschillen en ook van moment tot moment kan fluctueren. Zo kan de beschermingsomvang van een merk toenemen naarmate het gebruik van het merk meer ingeburgerd raakt in de samenleving.

Ondanks de vele verschillen die er bestaan tussen rechtsobjecten van eigendomsrechten en die van intellectuele eigendomsrechten, kunnen er ook parallellen tussen beiden worden aangegeven. Zo kunnen ook voor rechtsobjecten van intellectuele eigendomsrechten technische eisen onderscheiden worden van ethische eisen. Bij de technische eisen staat de feitelijke vaststelling van de individualiteit centraal: hetgeen als rechtsobject moet worden gekwalificeerd, zal geïndividualiseerd moeten kunnen worden als een object van recht met vermogenswaarde.² Bij de ethische eisen staat de wenselijkheid van de kwalificatie van het object als rechtsobject van een intellectueel eigendomsrecht centraal. Daarbij is van belang dat de intellectuele eigendomsrechten vooral zien op het gebied van de concurrentiestrijd en daar het geoorloofde van het ongeoorloofde afbakenen. Als hoofdregel geldt dat de mens vrijheid van mededinging, vrijheid van techniek en vrijheid van informatie heeft. Ter stimulans van de vooruitgang op het gebied van kunst, wetenschap en techniek, heeft men het gerechtvaardigd geacht monopolieposities voor bepaalde informatieproducten toe te staan. Op grond van het intellectuele eigendomsrecht verkrijgt het rechtssubject bevoegdheden om op te treden tegen exploitatie door derden van dit rechtsobject. Deze bevoegdheden brengen met zich mee dat het rechtssubject een betere concurrentiepositie verkrijgt ten opzichte van andere rechtssubjecten. Het intellectuele eigendomsrecht kent derhalve een zeker spanningsveld tussen de rechthebbenden op en de gebruikers van de informatieproducten.³

Ter nadere invulling van dit spanningsveld is er voor gekozen de meeste intellectuele eigendomsrechten aan een bepaalde tijdsduur te onderwerpen.⁴

2 Gerbrandy 1946, p. 75-77 en p. 209: 'een absoluut recht waarvan het object zo vaag en ongrijpbaar zou worden, is in zijn consequenties niet te overzien. Het is schadelijk om op zulk een recht aan te sturen'.

3 Zie hierover onder meer Verkade 1991, p. 859 e.v.

4 Voor naburige rechten is dat 50 jaar (12 WNR). Voor het databankrecht 15 jaar (6 lid 1 Dw; 10 lid 1 Richtlijn). Voor het auteursrecht 70 jaar (37 Aw). Voor het modelrecht maximaal 15 jaar (12 BTMW). Voor het octrooirecht 6 of 20 jaar (33 en 36 ROW 1995). Voor het topografieënrecht 10 jaar (13 TOPW). Voor het kwekersrecht ten minste 20 jaar (51 ZPW). Een merkrecht en een handelsnaamrecht zijn niet in tijd gelimiteerd. Dit komt omdat het merkrecht en handelsnaamrecht de functie heeft van identificatie en het communicatie tussen marktdeelnemers mogelijk maakt en deze functie niet na enig tijdsverloop verandert.

Na het verstrijken van de beschermingsduur, gaat men ervan uit dat de investering in geld, tijd en moeite is terugverdiend en dat derden het desbetreffende rechtsobject (zonder licentie) mogen exploiteren.⁵ Vervolgens is er voor gekozen niet ieder gebruik van het rechtsobject als een inbreuk op het verleende intellectuele eigendomsrecht aan te zien. Het gebruik waartegen de rechthebbende van een intellectueel eigendomsrecht zich kan verzetten, is in beginsel beperkt tot vormen van commercieel gebruik, tot exploitatie van het desbetreffende rechtsobject.⁶ Voor het auteursrecht is dat bijvoorbeeld het 'openbaar maken' of 'verveelvoudigen' van een auteursrechtelijk werk⁷ en voor het merkrecht het gebruik van een met het merk overeenstemmend teken.⁸ Op deze bepaalde exclusieve bevoegdheden worden vervolgens ook uitzonderingen gemaakt. Zo kan de octrooihouder zich niet verzetten tegen gebruik van zijn geöctrooieerde uitvinding wanneer dat uitsluitend dient tot onderzoek van het geöctrooieerde en kan de auteursrechtthebbende zich niet verzetten tegen gebruik van het werk in het kader van berichtgeving, wetenschap of onderwijs.⁹

Een rechtsobject van een intellectueel eigendomsrecht is een fundamenteel ander rechtsobject dan een zaak. Een zaak bestaat ook zonder de mens, een rechtsobject van een intellectueel eigendomsrecht is een prestatie van de mens: een voortbrengsel van de menselijke geest. Deze menselijke prestaties worden doorgaans in twee categorieën verdeeld: intellectuele prestaties (werk, octrooi) en economische prestaties. De economische prestaties worden vervolgens onderscheiden in onderscheidingsprestaties (merk, handelsnaam, uiterlijk gebruiksvoorwerp) en vervaardigingprestaties (nieuw plantenras, topografie, vertolking). Gemeenschappelijk aan deze objecten van intellectuele eigendomsrechten is dat het immateriële objecten zijn.¹⁰ Dit in tegenstelling tot de materiële zaken. Zonder de mens zouden er geen objecten van intellectuele eigendomsrechten bestaan. De rechtsobjecten van intellectuele eigendomsrechten worden daarom ook wel als *corpora mystica* aangeduid. Dit ziet op het 'onzichtbare' karakter van de prestatie. De prestatie wordt doorgaans pas zichtbaar doordat het in een *corpus mechanicum* wordt belichaamd of op andere wijze voor zintuiglijke waarneming vatbaar wordt gemaakt. Zo wordt het concrete idee tot het schrijven van een verhaal (*corpus mysticum*) belichaamd in een boek (*corpus mechanicum*). Zo wordt het concrete idee van een lezing (*corpus mysticum*) zichtbaar gemaakt door het uitspreken daarvan. Een *corpus mysticum* kan in meerdere *corpora mechanica* worden belichaamd (boek, cd-rom, film, e.d.).

5 Wichers Hoeth/Gielen 2000, p. 4.

6 Dit is de hoofdregel, het auteursrecht is bijvoorbeeld ook van toepassing op situaties waarin de auteur in het geheel niet overweegt om zijn werk te exploiteren.

7 Artikel 1, 12 en 13 Aw.

8 Artikel 13a BMW.

9 Artikel 53 lid 3 en 54 ROW 1995; Artikel 15 t/m 18 Aw.

10 Vgl. Troller 1983.

In dit onderzoek wordt een beknopt overzicht gegeven van de bestaande eisen van objecten van intellectuele eigendomsrechten. Dit hoofdstuk is vooral bedoeld om de lijn door te trekken die uit de algemene theorie uit hoofdstuk 2 en de bevindingen omtrent de grenzen van zaken uit hoofdstuk 3, naar voren is gekomen. Er wordt derhalve geen uitvoerige analyse van het auteursrechtelijk beslag of de reikwijdte van de desbetreffende intellectuele eigendomsrechten gegeven. Het accent ligt op het voorwerp van deze rechten: het rechtsobject. Alvorens deze specifieke rechtsobjecten worden behandeld (§ 4.2), wordt eerst aandacht besteed aan het debat rond de groei van intellectuele eigendomsrechten (§ 4.1.2), de buiten de bescherming van absolute rechten vallende objecten (§ 4.1.3), de discussie om intellectuele eigendomsrechten tezamen onder te brengen in Boek 9 van het BW (§ 4.1.4) en de goederenrechtelijke aspecten van intellectuele eigendomsrechten (§ 4.1.5).

4.1.2 Groei intellectuele eigendomsrechten

Evenals bij de zaken staat de reikwijdte van rechtsobjecten van intellectuele eigendomsrechten in belangrijke mate onder druk van de technologische en commerciële ontwikkelingen van de maatschappij.¹¹ Door de uitvinding van computers zijn diverse nieuwe objecten geboren: databanken, domeinnamen, software en dergelijke. Steeds moet ten aanzien van die nieuwe objecten de vraag worden beantwoord of een dergelijk object als rechtsobject van een intellectueel eigendomsrecht kan worden gekwalificeerd.

Uitbreiding van intellectueel eigendomsrechtelijke bescherming kan op drie manieren plaatsvinden: ten eerste door een verruiming van de grenzen van de verschillende rechtsobjecten van bestaande intellectuele eigendomsrechten. Ten tweede door de creatie van nieuwe intellectuele eigendomsrechten met nieuwe rechtsobjecten. Zo is de invoering van het topografieënrecht gemotiveerd door aan te geven dat geen bestaande of in voorbereiding zijnde wet – waarbij gedacht werd aan het inmiddels wederom afgevoerde wetsvoorstel gebruiksmodellen – adequate bescherming bood.¹² Belangrijk is daarbij dat de creatie van nieuwe intellectuele eigendomsrechten de laatste jaren voor een belangrijk deel wordt beïnvloed door steeds verdergaande Europeanisering en mondialisering van het intellectuele eigendomsrecht. Ten derde ziet men ook de beschermingsomvang en de inhoud van de bescherming uitgebreider worden.¹³

11 Dit geldt niet alleen voor Nederland. Zie voor het Franse recht: Chateau 1991, p. 167-180 en Mousseron 1991, p. 157-165.

12 Frensel 1988.

13 Verkade 1990, p. 11 e.v. Bij de beschermingsomvang gaat het om de vraag hoe gauw (of minder gauw) wordt aangenomen dat een later object te veel lijkt op een ouder object, en daarom inbreuk maakt op de oudere rechten. Zie Hoyng 1989. Bij de beschermingsinhoud gaat het om de vraag welke soorten gebruikshandelingen aan de rechthebbende zijn

In de loop der tijden is deze groei van intellectuele eigendomsrechten steeds meer onderwerp van debat geworden. Gerbrandy was in 1946 een van de eersten die bij de groei fundamentele vraagtekens heeft gezet.¹⁴ Daarna volgden er meer tegengeluiden.¹⁵ Centrale vraag is of er aan de expansiedrift van het intellectuele eigendomsrecht een grens moet worden gesteld of niet.

Aan deze discussie over de wenselijkheid van de groei van de intellectuele eigendomsrechten, ligt het probleem van de vaststelling van de grenzen van rechtsobjecten ten grondslag. Hoe moet men komen tot een doelmatige en rechtvaardige objectbepaling in het intellectuele eigendomsrecht? Gezien de bevoegdheden die de rechthebbende op grond van het intellectuele eigendomsrecht verkrijgt en de daaraan gekoppelde verplichtingen voor derden, is het van groot belang de grenzen exact te kunnen vaststellen.

4.1.3 Buiten bescherming vallende objecten

Handhaving van het *numerus clausus*-beginsel betekent dat er bepaalde objecten zijn die niet als rechtsobject van een intellectueel eigendomsrecht zijn te kwalificeren en derhalve geen bescherming van een absoluut recht kennen. Deze 'ruimte' van niet als rechtsobjecten te kwalificeren objecten wordt ook wel het publiek domein genoemd. In het publiek domein vallen naast de objecten die niet vallen onder de bestaande intellectuele eigendomsrechten, ook de rechtsobjecten die ooit als rechtsobject van een intellectueel eigendomsrecht bescherming kenden, maar daar wegens het verstrijken van de beschermingstijdsduur niet meer onder vallen. In het publiek domein valt zagezegd alles wat geen bescherming (meer) kent van een absoluut vermogensrecht. In dit publieke domein geldt de hoofdregel dat mededinging vrij staat.

Afhankelijk van de bijzondere omstandigheden van het geval kunnen objecten die in het publiek domein vallen, toch bescherming verkrijgen. Dit kan op grond van artikel 6:162 BW c.q. het recht van ongeoorloofde mededinging.¹⁶ Het recht van ongeoorloofde mededinging verbiedt het bevorderen van de afzet door bedrieglijke handelingen, of in het algemeen door handelingen die in strijd zijn met de onbetamelijkheid. De nadruk ligt vooral bij het

voorbehouden.

14 Gerbrandy 1946.

15 Zie ten aanzien van deze uitbreiding onder meer: Koopmans 1983, p. 342; Dietz 1983, p. 305-311; Wichers Hoeth 1984, p. 356; Verkade 1990, p. 11 e.v.; Spoor 1990, p. 2; Teijl en Holzhauer 1991; Gerbrandy 1992, p. 45-50; Cohen Jehoram 1992; Koopmans 1994, p. 107; Quaedvlieg 1996; Huydecoper 1997, p. 33-35.

16 Artikel 10bis van het Unieverdrag van Parijs levert een internationale grondslag voor bescherming tegen ongeoorloofde mededinging. Vgl. artikel 2 lid 1 TRIPs-verdrag. Tot een algemene wettelijke regeling van ongeoorloofde mededinging is het in Nederland nooit gekomen.

afkeurenswaardige van de handelwijze die de belangen aantast, dan op de bedoelde belangen zelf.

Voorop staat de vrijheid van handel en bedrijf. Het profiteren van andermans product, bedrijfsdebiet, inspanning, kennis of inzicht, zonder dat dit in strijd is met een absoluut intellectueel eigendomsrecht, is op zichzelf niet onrechtmatig, ook niet als dit nadeel aan die ander toebrengt.¹⁷ Alleen bij bijkomende omstandigheden kan van onrechtmatigheid sprake zijn. De Hoge Raad heeft onder meer als zulke bijkomende omstandigheden aangemerkt dat degene die navolgt, zulks doet zonder nut voor zichzelf en slechts om de concurrent schade te berokkenen.¹⁸ Het met onoorbare middelen profiteren bijvoorbeeld door het aan potentiële afnemers tonen van een vertrouwelijke brief van de concurrent, valt tevens onder dergelijke bijkomende omstandigheden. Vervolgens kan er ook sprake van onrechtmatigheid zijn als degene die profiteert verwarringgevaar doet ontstaan en de nabootsende concurrent tekort schiet in zijn verplichting om bij dat nabootsen alles te doen wat redelijkerwijs mogelijk en nodig is om te voorkomen dat door gelijkheid van beide producten verwarring ontstaat.¹⁹

In het *Holland Nautic/Decca* arrest heeft de Hoge Raad aangegeven dat terughoudendheid moet worden betracht voor het aannemen van onrechtmatigheid bij het profiteren van andermans prestatie.²⁰ Dit omdat anders te gemakkelijk een bescherming zou kunnen worden verkregen, die zeer sterk lijkt op de bescherming van de bestaande absolute intellectuele eigendomsrechten. In onderhavig arrest formuleert de Hoge Raad de bijzondere voorwaarde dat voor bescherming tenminste is vereist dat wordt geprofiteerd van een prestatie die op één lijn te stellen is met de prestatie die toekenning van een intellectueel eigendomsrecht rechtvaardigt.²¹ Daarmee wordt een min of meer direct verband gelegd tussen rechtsobjecten en objecten die niet als rechtsobjecten kunnen worden gekwalificeerd, maar op andere wijze bescherming verkrijgen.²² In het arrest van de Hoge Raad van 23 oktober 1987 werd geen bescherming aangenomen aangezien de prestatie de organisatie van voetbalcompetitie betreft en deze prestatie niet van dien aard is dat zij op één lijn valt te stellen met die welke toekenning van een dergelijk recht rechtvaardigen.²³ Wel werd een éénlijnsprestatie aangenomen in *Elvis Presley I*-arrest, waar de prestatie van Elvis Presley als uitvoerend kunstenaar van dien aard werd geacht dat zij op één lijn gesteld kon worden met die welke toekenning van een auteurs-

17 Wichers Hoeth/Gielen 2000, p. 439.

18 HR 2 maart 1990, *NJ* 1991, 148 (Tjoklat).

19 HR 30 oktober 1998, *NJ* 1999, 84. Zie ook HR 31 mei 1991, *NJ* 1992, 391 (Borsumij/Stenman).

20 HR 31 mei 1991, *NJ* 1992, 391. Wichers Hoeth/Gielen 2000, p. 442.

21 Wichers Hoeth/Gielen 2000, p. 442.

22 In het drukasbakarrest van de Hoge Raad van 21 december 1956, *NJ* 1960, 414 is reeds overwogen dat er pas van slaafse nabootsing sprake kan zijn indien het product zich uiterlijk van de andere in de handel zijnde modellen onderscheidt.

23 HR 23 oktober 1987, *NJ* 1988, 310 (KNVB/NOS).

recht rechtvaardigde.²⁴ Het gesloten abonnee televisiesysteem van Filmnet is ook als éénlijnsprestatie beschermd geacht.²⁵ Zo ziet men dat onder stringente voorwaarden, de niet als rechtsobjecten van intellectuele eigendomsrechten te kwalificeren objecten, bescherming kunnen genieten op grond van artikel 6:162 BW. Dit is, hoezeer de praktijk dit ook graag zou willen aannemen, echter geen absoluutrechtelijke bescherming. De objecten die als éénlijnsprestaties worden aangemerkt kunnen niet als rechtsobject van enig intellectueel eigendomsrecht worden gekwalificeerd. Zij verkrijgen hun bescherming slechts op grond van artikel 6:162 BW.

Daarbij moet worden aangetekend dat de diverse intellectuele eigendomsrechten soms expliciet de mogelijkheid van bescherming los van die desbetreffende wet, regelen dan wel uitsluiten. Zo bepaalt artikel 34 van Wet op de Naburige rechten dat 'de voorgaande artikelen van deze wet een beroep op artikel 6:162 BW onverlet laten'.

4.1.4 Boek 9

In de jaren vijftig wilde Meijers de intellectuele eigendomsrechten codificeren in Boek 9 van het BW: rechten op voortbrengselen van de menselijke geest. Dit zou meer eenheid en duidelijkheid brengen omtrent de vermogensrechtelijke status van het intellectuele eigendomsrecht.²⁶ Het plan werd echter niet geconcretiseerd. Het bleek, mede door de vele verdragen en de grote hoeveelheid niet-privaatrechtelijke regels in de desbetreffende intellectuele eigendoms wetten, zeer moeilijk om alle regelgeving overzichtelijk in één boek in het BW onder te brengen. Veel intellectuele eigendoms wetten zijn onderdelen van Benelux-verdragen, zoals de Eenvormige Beneluxwet op de Merken (BMW) en de Eenvormige Beneluxwet voor Tekeningen of Modellen (BTMW). Regelgeving in dergelijke internationaalrechtelijke wetgeving kan gemakkelijk afwijken van het nationale vermogensrechtelijke systeem.²⁷

Rond 1994 is het idee van een Boek 9 voor intellectuele eigendomsrechten weer gaan leven en heeft men onder meer regeringscommissaris Brinkhof

24 HR 24 februari 1989, *NJ* 1989, 701 (Elvis Presley I). Daarbij kon gebruik gemaakt worden van de verdragen van Rome en Geneve en de op handen zijnde Wet Naburige rechten.

25 Hof Amsterdam 2 mei 1991, *BIE* 1992, 166 (Ten Electronics/Esselte); Zie voor andere voorbeelden waarbij het overnemen en gebruik maken van andermans prestaties werd verboden: HR 1 december 1989, *BIE* 1991, 244 (Kwikform Steigeronderdelen); Rechtbank Amsterdam 14 april 1982, *AMI* 1982, 105 (Voetbalflitsen); Rechtbank Amsterdam 26 maart 1981, *KG* 1981, 40 (Max 'n Specs); Vgl. ook Rechtbank 's-Gravenhage 20 maart 1998, *BIE* 1998, 390 (Vermande/Bojkovski). Vgl. Ook Van Engelen 1994.

26 Zie Verkade 1996, p. 339.

27 Zo voerde de EG richtlijn betreffende het verhuurrecht, het uitleenrecht en bepaalde naburige rechten een 'niet voor afstand vatbaar recht op een billijke vergoeding' in.

aangesteld om de haalbaarheid van dit project te onderzoeken.²⁸ Brinkhof zag drie redenen voor nieuwe aandacht voor de codificatie van intellectuele eigendomsrechten: behoefte aan betere afstemming van het nieuwe vermogensrecht en de intellectuele eigendom, herleving van de codificatiegedachte en het aanbrengen van meer structuur omdat door de ongecoördineerde groei van regelgeving elke samenhang verloren dreigt te gaan.²⁹ Ondanks deze (goede) redenen, is het ook Brinkhof niet gelukt een Boek 9 te bewerkstelligen.

De algemene vermogensrechtelijke bepalingen van Boek 3, 5 en 6 BW geven voor de desbetreffende intellectuele eigendomsrechten voor zover in de desbetreffende intellectuele eigendomswet geen afwijkende specifieke bepalingen voorkomen.

Op bijna elk rechtsgebied binnen het intellectuele eigendomsrecht bestaan één of meer verdragen die dat recht of een deelonderwerp daarvan betreffen. Het voert te ver om uitgebreid op deze verdragen in te gaan, zij zullen in dit onderzoek alleen aan de orde komen indien dit van belang is voor de vaststelling van de grenzen van het rechtsobject.

Er zijn echter twee algemene verdragen die op het gehele IE-gebied betrekking hebben en derhalve kort zullen worden behandeld: het Unieverdrag van Parijs (UvP)³⁰ en het TRIPS-verdrag: het Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights, ofwel de Overeenkomst inzake de handelsaspecten van de intellectuele eigendom. Volgens artikel 1 lid 1 UvP vormen de deelnemende landen met elkaar een unie, die samen met andere op het gebied van de intellectuele eigendom bestaande unies wordt beheerd door de World Intellectual Property Organisation (WIPO). Het verdrag verzekert de deelnemende staten gelijke behandeling van staatsburgers en vreemdelingen (assimilatiebeginsel) en vergemakkelijkt het behoud van rechten op het gebied van de industriële eigendom.³¹

Het TRIPS-verdrag is een van de vele bijlagen bij het op 15 april 1994 in Marrakech ondertekende Verdrag tot oprichting van de Wereld Handelsorganisatie (WTO-verdrag).³² Het verdrag bestrijkt vrijwel alle categorieën van intellectuele eigendomsrechten en aanverwante rechten en geeft regels omtrent de voorwaarden voor en de reikwijdte en duur van de bescherming, het gebruik, de beperkingen en uitzonderingen en dwanglicenties.

Het intellectuele eigendomsrecht betreft het mededingingsrecht en heeft derhalve ook te maken met regels uit het EG-verdrag. Artikel 81 lid 1 EG-verdrag verklaart, kortweg, alle overeenkomsten nietig die ertoe strekken of

28 Zie omtrent een pleidooi voor een Boek 9: Cohen Jehoram 1983, p. 1212; Van Nispen 1992, p. 109.

29 Brinkhof 1994, p. 771-779. Vgl. ook Brinkhof 1997.

30 *Trb.* 1969, 144 en *Trb.* 1970, 187.

31 Wichers Hoeth/Gielen 2000, nr. 5.

32 *Trb.* 1995, 130.

tot gevolg hebben dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt belemmerd. Lid 3 stelt dat lid 1 buiten toepassing kan blijven indien het overeenkomsten betreffen die bijdragen tot verbetering van de productie of van de verdeling van producten of tot verbetering van de technische of economische vooruitgang. De Commissie heeft vastgesteld dat dit het geval is voor octrooilicentieovereenkomsten. Artikel 82 EG-verdrag kan op intellectuele eigendomsrechten betrekking hebben wanneer de uitoefening ervan misbruik van een machtspositie oplevert en de handel tussen de lidstaten ongunstig wordt beïnvloed. Het Hof van Justitie heeft echter uitgemaakt dat het enkele uitoefenen van een commercieel of intellectueel eigendomsrecht nog niet met zich brengt dat de houder ervan een machtspositie in de zin van het artikel zal bekleden.³³ Artikel 30 van het EG verdrag bepaalt dat artikel 28 EG verdrag, dat het vrije verkeer van goederen en diensten regelt, niet van toepassing is ten aanzien van beperkingen die gerechtvaardigd zijn uit hoofde van 'industriële of commerciële eigendom'. Het bestaan van deze rechten wordt niet aangetast door het EG-verdrag, maar de uitoefening wordt ongeoorloofd geacht indien zij niet gerechtvaardigd wordt door de bescherming van de rechten die het specifieke voorwerp van de industriële eigendom uitmaken.³⁴ De Europese Commissie probeert steeds meer greep te krijgen op de intellectuele eigendomsrechten door middel van richtlijnen en verordeningen.

4.1.5 Goederenrechtelijke gevolgen van intellectuele eigendomsrechten

Intellectuele eigendomsrechten zijn absolute vermogensrechten (*goederen*) die een rechtssubject in zijn vermogen kan toebehoren. Het desbetreffende intellectuele eigendomsrecht verleent bepaalde bevoegdheden ten aanzien van het rechtsobject. Deze bevoegdheden staan omschreven in de desbetreffende intellectuele eigendomswet.

Op grond van artikel 3:83 lid 3 BW zijn intellectuele eigendomsrechten alleen voor overdracht vatbaar indien de wet dit expliciet bepaalt (zie § 2.3.2).³⁵ Veelal noemt de desbetreffende wet ook de specifieke leveringsvereis-

33 HvJ EG 8 juni 1971, *BIE* 1971, 240 (DGG/Metro).

34 HvJ EG 18 februari 1971, *BIE* 1971, 186 (Sirena/Eda) en HvJ EG 8 juni 1971, *BIE* 1971, 240 (DGG/Metro).

35 Artikel 2 Aw, artikel 9 WNR, artikel 48 ZPW, artikel 14 TOPW, artikel 2 lid 4 Dw, artikel 64 ROW 1995, artikel 11 BMW, artikel 13 BTMW, artikel 2 Hnw, zij het dat overdracht slechts in verbinding met de onderneming die onder die naam wordt gedreven, mogelijk is. Dit maakt het handelsnaamrecht een afhankelijk recht, zie Asser/Mijnssen/De Haan 2001 (3-I), nr. 194. Voor het merkrecht en modelrecht geldt dat nietig is de overdracht onder levenden die niet schriftelijk is vastgelegd en de overdracht of andere overgang die niet op het gehele Beneluxgebied betrekking heeft. In § 2.3.2 wordt de discussie omtrent afschaffing van artikel 3:83 lid 3 behandeld.

ten die nodig zijn voor overdracht.³⁶ Is dit niet het geval, dan geldt artikel 3:95 BW dat bepaalt dat goederen geleverd kunnen worden door een daartoe bestemde akte.³⁷ De artikelen 65 lid 3 ROW 1995, artikel 48 lid 4 ZPW, artikel 14 lid 3 TOPW, artikel 13 lid 3 BTMW en artikel 11 C BMW bepalen dat de overdracht pas tegenover derden werkt indien de akte in het register is ingeschreven.³⁸ Dit heeft te maken met het feit dat het octrooirecht, kwekersrecht, topografieënrecht, modelrecht en merkrecht registerrechten zijn en derhalve slechts op aanvraag wordt verkregen.³⁹ Ten aanzien van Europese octrooien geldt dat deze bundels van nationale octrooien zijn en ingevolge artikel 2 lid 2 EOv de overdracht geschiedt volgens het desbetreffende nationale recht.⁴⁰

Artikel 3:228 BW bepaalt dat op alle goederen die voor overdracht vatbaar zijn, een recht van pand hetzij van hypotheek kan worden gevestigd. Artikel 3:98 BW bepaalt dat het vestigen van beperkte rechten kan geschieden op overeenkomstige wijze als voor overdracht van het goed is bepaald. Artikel 3:236 lid 2 BW bepaalt hetzelfde: op andere goederen (dan eigendomsrechten op roerende zaken, rechten aan toonder of order of recht van vruchtgebruik hiervan) wordt het pandrecht gevestigd op overeenkomstige wijze als voor de levering van het te verpanden goed is bepaald.⁴¹ Artikel 67 ROW 1995, artikel 49a ZPW en 11C BMW geven een eigen regeling omtrent het vestigen van pandrecht. Dit kan geschieden door middel van een akte en werkt tegenover derden pas wanneer de akte in het octrooiregister, rassenregister dan wel merkenregister is ingeschreven.⁴²

36 Artikel 2 lid 2 Aw, artikel 2 lid 4 Dw, artikel 48 lid 2 ZPW, artikel 2 lid 4 Dw, artikel 14 TOPW, artikel 9 WNR: een daartoe bestemde akte. Artikel 65 ROW 1995, artikel 11 BMW, artikel 13 BTMW: een tweezijdige akte waarin overdracht en aanvaarding van de overdracht uitdrukkelijk zijn verwoord.

37 Dit geldt bijvoorbeeld voor het (afhankelijke) handelsnaamrecht. Zie Asser/Mijnssen/De Haan 2001 (3-I), nr. 194.

38 Zie voor een dergelijk geval Rechtbank 's-Gravenhage 10 maart 1993, *BIE* 1995, 294 (Halbertsma/De Groot).

39 Het octrooirecht kan in drie fasen voorkomen: de aanspraak op verlening van het octrooi, het octrooirecht en de aanvraag van het octrooi. Een aanspraak op verlening kan los staan van de aanvraag. Artikel 65 ROW 1995 geeft slechts regels omtrent de levering van het octrooi en het recht voortvloeiende uit de octrooiaanvraag. Voor levering van de aanspraak op het octrooi (die nog niet in een aanvraag is vastgelegd) geldt de algemene regel van artikel 3:95 BW: een daartoe bestemde akte. In dit hoofdstuk worden alleen de regels gegeven omtrent het verkregen octrooirecht.

40 Blijkens 71 EOv kan een Europese octrooiaanvraag overgaan of voorwerp van rechten zijn voor een of meer aangewezen verdragsluitende staten. Een dergelijke aanvraag kan dus afgesplitst per staat, worden overgedragen aan verschillende verkrijgers (74 EOv).

41 Het vestigen van een pandrecht op een auteursrecht, op een merkrecht, op een modelrecht geschiedt eveneens via een akte (artikelen 3:228 jo 3:98 jo 3:236 lid 2 BW).

42 Zie Rechtbank 's-Gravenhage 1 september 1999, *BIE* 2000, 216 (Crediteuren/HBT & ATO). De ROW 1995 heeft het niet over de aanspraak op het octrooi. Volgens de Memorie van Toelichting heeft men dit niet willen uitsluiten: MvT, TK 19 144, nr. 3.

Artikel 1:94 BW bepaalt dat de huwelijksgemeenschap alle tegenwoordige en toekomstige goederen der echtgenoten omvat. Artikel 1:94 lid 3 BW maakt daarop een uitzondering voor goederen die op enigerlei wijze verknocht zijn. Aangenomen wordt dat de intellectuele eigendomsrechten, zoals exploitatierechten van de auteur, niet een verknocht goed in de zin van artikel 1:94 lid 3 BW is. Intellectuele eigendomsrechten vallen dus in de huwelijksgemeenschap.⁴³

Artikel 3:276 BW bepaalt dat een schuldeiser zich op alle goederen kan verhalen van zijn schuldenaar. Een intellectueel eigendomsrecht is een goed en fungeert zo als verhaalsobject. In enkele gevallen wordt in de desbetreffende intellectuele eigendomswet daar een uitzondering op gemaakt. Artikel 2 lid 3 Aw maakt bijvoorbeeld een uitzondering ten aanzien van het door een auteur nog niet overgedragen auteursrecht en het auteursrecht op niet openbaar gemaakte werken, dat nog aan de auteur of de erfrechtelijke rechtverkrijgenden toekomt. Deze uitzonderingen zijn vanuit een persoonlijkheidsrechtelijke achtergrond ingevoerd. Het idee is dat de auteur door een beslag niet gedwongen moet kunnen worden tot openbaarmaking van het werk.⁴⁴ Is een intellectueel eigendomsrecht voor beslag vatbaar, dan geldt in beginsel dat de regels voor beslag op roerende zaken, niet-registergoederen daarvoor van toepassing zijn. (474bb jo 439 Rv).⁴⁵ Artikel 68 ROW 1995 en artikel 50 ZPW maken hier voor het octrooi- en kwekersrecht een uitzondering op. Deze artikelen bepalen dat aansluiting dient te worden gezocht bij de regels die van toepassing zijn op beslag op onroerende zaken (502 jo 725 Rv).⁴⁶ Artikel 50a ZPW geeft nog specifieke regels omtrent de executie van kwekersrecht.

43 Tekst en Commentaar, artikel 2 Aw (Verkade), aant. 1. Het bestuur komt toe aan de auteursrechtgenoot (artikel 1:97 BW); bij boedelscheiding zal, onverminderd verrekening, naar redelijkheid en billijkheid het recht aan de auteur toegescheiden worden.

44 In § 2.3.4 is kritiek geleverd op deze bepaling. Een dergelijke bepaling doet naar mijn mening te zeer afbreuk aan het uitgangspunt van beslag dat alle goederen voor verhaal vatbaar zijn (artikel 3:276 BW). Het vormt een hybride in het wettelijk systeem en zou beter geschrapt kunnen worden.⁴⁴

45 Artikel 15a BMW geeft nog een regeling voor doorhaling van het op het merkrecht liggende beslag. Het Protocol 1992 dat op 1 januari 1996 in werking is getreden maakt de inschrijving van de pandakte respectievelijk het proces-verbaal van het conservatoir of executoriaal (verhaals)beslag met de daaraan verbonden derden expliciet mogelijk (11C BMW). Van Vondelen 1995, p. 204 e.v. geeft aan dat het merkrecht niet in alle gevallen een voor de hand liggend zekerheidsobject kan zijn, aangezien de economische waarde nogal kan fluctueren.

46 Het register waarin volgens artikel 505 Rv het beslag moet worden ingeschreven is het octrooiregister (68 lid 1 ROW 1995) respectievelijk het kwekersregister (50 ZPW). De beslagregeling is door de octrooiwetgever bewust niet van toepassing verklaard op het recht dat voortspuit uit octrooi-aanvragen of de aanspraak op octrooiverlening: MvT, TK 19144, p. 10. Op grond van artikel 24 Verordening inzake het communautaire kwekersrecht jo artikel 24 EG Executieverdrag, kan artikel 50 ZPW eveneens van toepassing zijn op het Gemeenschapskwekersrecht. Zie Tekst en Commentaar (Arkenbout), artikel 50 ZPW, aantekening 2.

Artikel 20 Fw bepaalt dat het faillissement het gehele vermogen van de schuldenaar ten tijde van de faillietverklaring omvat. Goederen zijn de actieve vermogensbestanddelen van de schuldenaar. Intellectuele eigendomsrechten vallen dus ook in het faillissementsvermogen. Artikel 21 Fw maakt voor enkele goederen een uitzondering. Genoemd worden onder meer de auteursrechten die niet vatbaar zijn voor beslag. Dit betreft ingevolge artikel 2 lid 3 Aw een door een auteur nog niet overgedragen auteursrecht of het auteursrecht op niet openbaar gemaakte werken dat nog aan de auteur of de erfrechtelijke rechtverkrijgenden toekomt. Vruchten van de exploitatie van het auteursrecht, zoals verkregen vergoedingen voor afgestane licentierechten, zijn als persoonlijke vorderingsrechten, en dus *goederen*, wel onbeperkt vatbaar voor (faillissements)beslag.

Onder het oude recht werd aangenomen dat levering van een toekomstig auteursrecht niet mogelijk was.⁴⁷ Tegenwoordig wordt algemeen aanvaard dat levering van toekomstige intellectuele eigendomsrechten mogelijk is op grond van artikel 3:97 BW dat bepaalt dat toekomstige *goederen* bij voorbaat kunnen worden geleverd.⁴⁸ Vereist is wel dat het goed naar inhoud en karakter met voldoende bepaaldheid wordt omschreven (zie § 2.3.8). Voor een toekomstig auteursrecht is het bijvoorbeeld voldoende om het werk te omschrijven als een te schrijven boek, over een bepaald onderwerp in een bepaald genre met een enigszins bepaalde omvang.⁴⁹

Los van overdracht of bezwaring door beperkte rechten, is het ook mogelijk intellectuele eigendomsrechten te exploiteren door middel van een licentierecht.⁵⁰ De rechthebbende van het intellectuele eigendomsrecht (de licentiegever) verbindt zich dan om onder bepaalde voorwaarden jegens degene met wie hij de overeenkomst sluit (licentienemer) zijn auteursrechtelijk verbodsrecht *niet* uit te oefenen. De licentienemer verkrijgt zo een persoonlijk vorderingsrecht (een *goed*) op de licentiegever dat de aanvankelijk verboden handelingen van openbaarmaking en verveelvoudiging door de licentiegever zullen worden toegestaan.⁵¹

47 HR 13 februari 1936, *NJ* 1936, 443 (Das Blaue Licht II).

48 Spoor/Verkade 1993, p. 360.

49 *TM, Parl.Gesch., Boek 3*, p. 402: 'Een levering daarentegen van het auteursrecht op een boek, dat de auteur over een onderwerp schrijven zal, bezit voldoende bepaaldheid'.

50 Zie over licentierechten in het algemeen Wentink 1995 en IEC/Lenselink/AU II-artikel 2-32 e.v.

51 Toelichting Meijers, *Parl.Gesch., Boek 3*, p. 93, kwalificeert het (octrooi-)licentierecht als beperkt recht. Zo ook Pitlo/Brahn 1987, p. 58; Van Engelen 1992, p. 431. Tegenwoordig is men algemeen van mening dat een licentierecht geen beperkt recht is, maar een persoonlijk vorderingsrecht met al dan niet exclusieve aspecten. Zie Spoor/Verkade 1993, p. 362. Meer twijfel bestaat omtrent ingeschreven octrooi- en merklicenties (vgl. 33 lid 2 ROW 1995 en 11c BMW) waaraan althans in de literatuur een zekere derdenwerking verbonden wordt, met name omdat deze licenties in de daartoe bestemde openbare registers zijn ingeschreven. Vgl. Hoyng 1988, p. 73-96.

Er is in het geval van licentieverlening geen sprake van overdracht van een vermogensbestanddeel van de oorspronkelijk rechthebbende naar het vermogen van de licentienemer. Het intellectuele eigendomsrecht blijft in het vermogen van de rechthebbende, maar deze verleent door middel van een niet geregelde vormvrije overeenkomst toestemming aan de licentienemer tot het verrichten van bepaalde handelingen. Op deze overeenkomst zijn de algemene regels van het verbintenissenrecht van toepassing. Licenties worden vaak tegen tegenprestaties (royalty's) verleend. Wel kent de Auteurswet regels omtrent de positie van de licentienemer in het kader van handhaving van het auteursrecht (27a en 28 lid 7 Aw).

Er wordt in de regel een onderscheid gemaakt tussen twee verschillende vormen van licentie: een exclusieve en een niet-exclusieve licentiering. In geval van exclusieve licentiering verbindt de licentiegever zich ten opzichte van de licentienemer aan derden niet eveneens dezelfde bevoegdheden te verlenen en daarnaast eventueel ook om niet zelf de aan de licentienemer toegestane handelingen te verrichten.⁵² In geval van een niet-exclusieve licentie blijft de licentiegever bevoegd ook aan derden voor dezelfde handelingen een licentie te verstrekken en ook zelf deze handelingen te verrichten. Een niet-exclusieve licentie kan nuttig zijn bij de exploitatie van software bij een groot aantal gebruikers.

Economisch gezien kan met de verlening van een exclusieve licentie een resultaat worden bereikt dat sterk overeenkomt met een gehele of gedeeltelijke overdracht van het auteursrecht. Vanuit juridisch perspectief bestaan er echter belangrijke verschillen. Degene die een auteursrecht krijgt overgedragen, verkrijgt een vermogensbestanddeel en wordt daarover zelfstandig beschikkingsbevoegd. Op grond van deze beschikkingsbevoegdheid kan de rechthebbende zelfstandig bepalen het auteursrecht over te dragen of te bezwaren. Degene die een licentierecht krijgt, kan alleen als dat overeengekomen is en de aard van het licentierecht zich daartegen niet verzet, dit licentierecht aan een ander overdragen.

Er wordt wel geopperd dat het licentierecht als volledig absoluut recht moet worden beschouwd of in ieder geval als vermogensrecht met derdenwerking. Naar mijn mening is de aanname van een volledig absoluut vermogensrecht onmogelijk. Hoezeer er ook een zekere derdenwerking aan het licentierecht kan worden verbonden, feit blijft dat het licentierecht een persoonlijk recht is. Het licentierecht bestaat alleen bij de gratie van een intellectueel eigendomsrecht. Zonder intellectueel eigendomsrecht als basis, zijn er geen bevoegdheden die aan een derde kunnen worden gelicentieerd.

In een enkel geval bepaalt de wet dat er aan de licentieverlening bepaalde eisen zijn verbonden. Artikel 9 WNR bepaalt bijvoorbeeld dat het verlenen van toestemming door de rechthebbende van een naburig recht aan derden om

52 Drucker/Bodenhausen/Wichers Hoeth 1984, nr. 42.

bepaalde handelingen te verrichten die vallen onder het exclusieve recht (licentieverlening), uitsluitend mogelijk is bij akte.

Bijzonder is dat sommige intellectuele eigendomsrechten, kunnen worden gesplitst in een aantal zelfstandige absolute volledige vermogensrechten. Artikel 2 Aw spreekt bijvoorbeeld expliciet over 'gehele of gedeeltelijke' overdracht. Spoor/Verkade stelt dat het auteursrecht in dit kader als een taart kan worden beschouwd waaruit velerlei punten kunnen worden gesneden, welke afzonderlijk kunnen worden overgedragen.⁵³ Het auteursrecht kan worden gesplitst naar openbaarmakings- en verveelvoudigingswijzen, naar branches, gebruiksomgevingen of distributiekkanalen, naar territorium resp. taalgebied, naar tijd, naar onderdelen van het betrokken werk, naar aantallen exemplaren of openbaarmakingen, en dergelijke.

Splitsingen naar openbaarmakings- of verveelvoudigingswijzen komen in de praktijk veel voor. Zo worden veelal als zelfstandig recht overgedragen: de boekuitgavenrechten in de oorspronkelijke taal, boekuitgavenrechten in andere talen, de rechten op publicaties als feuilleton, openbaarmakingrechten op televisie, openbaarmakingrechten op film en dergelijke. Bij muziekwerken wordt wel gesplitst in uitgavenrechten (bladmuziek), uitvoeringsrechten (auditieve openbaarmaking) en mechanische rechten (vastlegging op cd's, cassettes en dergelijke). Ook splitsing naar branche is niet ongebruikelijk. Een expliciete beperking van een overdracht naar tijdsduur stuit op artikel 3:85 BW dat bepaalt dat een verbintenis strekkende tot overdracht van een goed voor een bepaalde tijd, wordt aangemerkt als een verbintenis tot vestiging van een vruchtgebruik op het goed voor de gestelde tijd. Qua onderdelen van een werk wordt wel onderscheid gemaakt tussen hoofdstukken uit een boek of hoofdthema's van een compositie met betrekking waartoe bewerkings- respectievelijk vertaalrechten zouden kunnen worden afgesplitst.

Bijzonder is bovendien dat er ten opzichte van bepaalde *corpora mystica* ook persoonlijkheidsrechten bestaan. Dit geldt bijvoorbeeld voor het auteursrecht en de naburige rechten. De auteur en de uitvoerend kunstenaar krijgen een recht om zich te verzetten tegen het wijzigen of verminken van zijn prestatie en tegen het niet vermelden van zijn naam. De bevoegdheden die de rechthebbende van een persoonlijkheidsrecht verkrijgt, zien op de instandhouding van het object. Deze persoonlijkheidsrechten zijn niet overdraagbaar (25 Aw; 5 WNR). Zelfs indien de auteur zijn exploitatierechten heeft overgedragen blijft hij zijn persoonlijkheidsrechten behouden. Wegens de niet overdraagbaarheid van het persoonlijkheidsrecht, kunnen deze rechten niet vatbaar zijn voor verhaal, bezwaring of vererving. Op grond van artikel 25 lid 2 jo lid 4 Aw en artikel 5 lid 2 WNR kunnen de persoonlijkheidsrechten wel toekomen aan degene die door de auteur expliciet bij testament of codicil is aangewezen.

53 Spoor/Verkade 1993, p. 353.

Een belangrijke beperking in de wetgeving van intellectuele eigendomsrechten betreft de zogenaamde uitputtingsregel. Nadat de rechthebbende van een intellectueel eigendomsrecht, bijvoorbeeld het auteursrecht, topografieënrecht of databankrecht, een exemplaar van het *corpus mysticum* in het verkeer heeft gebracht, kan hij zich niet meer op basis van dat intellectuele eigendomsrecht verzetten tegen verdere verhandeling van dit exemplaar. Voor het auteursrecht is deze regel een compromis tussen het exploitatierecht van de auteursrechthebbende en het eigendomsrecht van de eigenaar van een exemplaar van het werk. Zou de verkoop van exemplaren waarin het werk is vastgelegd onverkort onder het exploitatierecht vallen, dan zou dit een vergaande inbreuk op het eigendomsrecht van de eigenaar betekenen. Het recht de communicatie door de verkoop of andere verspreiding van exemplaren te verbieden, beperkt zich tot exemplaren die niet met toestemming van de auteur voor de eerste maal in het verkeer zijn gebracht.⁵⁴ De achterliggende gedachte is dat bij verlening van de toestemming voor de eerste verkoop/verspreiding van een exemplaar, de rechthebbende rekening kan houden met het feit dat het exemplaar mogelijk verder verkocht zal worden.

Op 27 september 2001 is de richtlijn met betrekking tot het zogenaamde 'volgrecht' aanvaard.⁵⁵ Dit volgrecht, 'droit de suite', geeft de kunstenaar een recht om te delen in de waardevermeerdering van zijn werk bij verkoop van het exemplaar waarin zijn werk is belichaamd.⁵⁶ De richtlijn hoeft pas per 1 januari 2006 te worden geïmplementeerd en hoeft pas per 1 januari 2010 te gelden voor overleden auteurs. Dit volgrecht is reeds lang in andere landen ingevoerd omdat als gevolg van de uitputtingsleer, de auteursrechthebbende verdere verhandeling van door hem zelf in het verkeer gebrachte exemplaren van zijn werk niet kan verbieden en derhalve ook geen aanspraak geeft op (een deel van) de opbrengst van de verdere verkoop van die exemplaren. Met name waar het gaat om unieke exemplaren van werken van beeldende kunst, die door later verkregen erkenning van het werk van de kunstenaar aanzienlijke waardevermeerdering ondergaan, kan dit onbillijk zijn. De eventuele invoering van dit volgrecht heeft binnen Nederland veel kritiek gekregen. De kosten van een dergelijk systeem zijn namelijk gigantisch en naar alle waarschijnlijk hoger dan de baten die het oplevert. Daarenboven worden veel schilderijen die in waarde zijn gestegen juist niet meer verkocht. De kunstenaar kan slechts van de waardevermeerdering profiteren wanneer het schilderij daadwerkelijk wordt verkocht. Invoering van het volgrecht binnen de EU heeft wel als voordeel dat eventueel 'forum shopping' niet meer mogelijk is. Nu worden kunstwerken

54 Visser 1997, p. 30. Het verhuur- en leenrecht vormt weer een beperking op de uitputtingsregel.

55 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. Pb. L 272 van 13 oktober 2001, p. 32.

56 Gewijzigd voorstel van de commissie dd 12 maart 1998, *PbEG* 1998 C 125/10. Zie over volgrecht van den Broek 1991, p. 195; Moody 1997, p. 179; Koenings 1999, p. 85.

weleens expres in een ander land geveild omdat daar het 'droit de suite' niet geldt.

4.1.6 Tussenconclusie

Intellectuele eigendomsrechten zijn absolute volledige vermogensrechten (goederen) en hebben een specifiek rechtsobject als onderwerp. Bij rechtsobjecten van intellectuele eigendomsrechten kunnen, net als bij rechtsobjecten van eigendomsrechten, twee grenzen worden aangegeven: een technische en een ethische grens.

Het intellectuele eigendomsrecht kent naast overeenkomsten ook vele verschillen met de eigendomsrechten. Dit maakt het intellectuele eigendomsrecht tot een apart rechtsgebied. Het is niet mogelijk om in dit onderzoek volledig recht te doen aan deze aparte aard. Er is derhalve voor gekozen het accent te leggen op het voorwerp van het intellectuele eigendomsrecht: het rechtsobject.

Aangegeven is dat de intellectuele eigendomsrechten in de loop der jaren een aanzienlijke groei hebben doorgemaakt. Dit gebeurde door verruimde uitleg van de diverse rechtsobjecten, door de creatie van nieuwe intellectuele eigendomsrechten en door een verruimde beschermingsomvang of beschermingsinhoud. Ondanks de enorme groei aan intellectueel eigendomsrechtelijke bescherming, zijn er nog steeds objecten die niet als rechtsobject van een intellectueel eigendomsrecht kunnen worden gekwalificeerd. Deze objecten vallen in het zogenaamde 'publiek domein'. Zij kunnen onder stringente voorwaarden bescherming krijgen via artikel 6:162 BW c.q. het recht van ongeoorloofde mededinging.

Intellectuele eigendomsrechten zijn evenals eigendomsrechten en relatieve rechten, vermogensrechten (goederen). Dit betekent dat de algemene bepalingen in het BW ten aanzien van goederen ook van toepassing zijn op de intellectuele eigendomsrechten. Meijers heeft aanvankelijk de intellectuele eigendomsrechten in boek 9 willen codificeren. Door de vele verdragen en de vele niet-privaatrechtelijke regels in de desbetreffende intellectuele eigendomsrechten is dit echter nooit gelukt. De algemene vermogensrechtelijke bepalingen van boek 3, 5 en 6 BW gelden voor de desbetreffende intellectuele eigendomsrechten voor zover in de desbetreffende intellectuele eigendomswet geen afwijkende specifieke bepalingen voorkomen.

4.2 CORPORA MYSTICA EN HUN GRENSGEVALLEN

4.2.1 Object van een auteursrecht: werk

4.2.1.1 Inleiding

Object van auteursrecht zijn alle ‘werken van letterkunde, wetenschap of kunst’.⁵⁷ Dit werk wordt ook wel het ‘*corpus mysticum*’ genoemd, waar het exemplaar waarin het werk wordt neergelegd het ‘*corpus mechanicum*’ wordt genoemd. De vraag wanneer er sprake is van een werk (wat de grenzen van het werkbegrip zijn), is een kernvraag van het auteursrecht, maar is, ondanks diverse pogingen,⁵⁸ (nog) niet beantwoord. Dit komt in de eerste plaats omdat noch de Berner Conventie noch de Auteurswet een gesloten definitie van het begrip ‘werk’ kent. Artikel 10 Aw noemt slechts een aantal voortbrengselen die als werk kunnen worden gekwalificeerd.⁵⁹ In de tweede plaats komt dit door de rechtsgrond van het auteursrecht.⁶⁰ Het auteursrecht wordt onder meer geacht de productie van cultuurgooederen te bevorderen, de informatie-economie te stimuleren en de auteur in staat te stellen om zelfstandig van zijn werk te leven.⁶¹ Bij kwalificatie van objecten als ‘werken’ blijkt het uiteindelijk neer te komen op de vraag of bescherming van een object als rechtsobject van auteursrecht te legitimeren valt op grond van de utiliteitsgedachte. Levert bescherming van het object meer op dan de kosten van deze bescherming?

Het gebrek aan een gesloten definitie heeft als voordeel dat het auteursrecht gemakkelijk op nieuwe ontwikkelingen kan inspringen. Het nadeel is echter dat het rechtsobject geen duidelijke grenzen kent. Dit is gezien het absolute karakter van het auteursrecht een belangrijk probleem. Zoals in § 2.2.4 is

57 Artikel 2 lid 1 Berner Conventie bepaalt dat ‘de term ‘werken van letterkunde en kunst’ alle voortbrengselen omvat op het gebied van letterkunde, wetenschap en kunst, welke ook de wijze of de vorm van uitdrukking zij, zoals...’. Artikel 1 Aw 1912 bepaalt dat het auteursrecht het uitsluitend recht is van den maker van een werk van letterkunde, wetenschap of kunst, of van diens rechtverkrijgenden, om dit openbaar te maken en te verveelvoudigen, behoudens de beperkingen, bij de wet gesteld.

58 Zie voor Nederland onder meer: De Beaufort 1909; Grosheide 1986; Quaadvlieg 1987; Hugenholtz 1989; Haeck 1998. Zie voor Duitsland onder meer Kohler 1880; Ulmer 1980 en Troller 1983.

59 Artikel 10 lid 2 Aw laat de bescherming ook uitstreken tot iedere bewerking van het werk, zoals een vertaling, muziekschikking, verfilming en andere bewerkingen. Voor bescherming is wel vereist dat de oorspronkelijke geestelijke schepping nog als zodanig herkenbaar is in de bewerking.

60 Zie over de grondslag en het rechtskarakter van het auteursrecht onder anderen De Beaufort 1909, p. 70 e.v., Spoor/Verkade 1993, p. 8 en Grosheide 1986, p. 128.

61 Het is evenwel niet te bewijzen of deze doelstellingen ook daadwerkelijk met het auteursrecht gehaald worden, zie Teijl & Holzhauser 1991, p. 56, p. 90; Alexander 1993, p. 5-7; Spoor/Verkade 1993, p. 7; Verkade 1997; Zie voor het octrooirecht Machlup 1958 en De Laat 1997 over alternatieven voor het huidige octrooisysteem.

weergegeven, is het uit oogpunt van rechtszekerheid van belang een duidelijk rechtsobject te kunnen aanwijzen.

4.2.1.2 Kwalificatie-eisen

In een poging het werkbegrip nader te definiëren kan men stellen dat er drie (technische) eisen gelden: het werk moet een geestelijke schepping van de mens zijn, het moet op een of andere manier zijn geuit en het moet oorspronkelijk zijn.

Inherent aan het zijn van een rechtsobject van een *intellectueel* eigendomsrecht, is dat het object een geestelijke schepping van de maker moet zijn.⁶² Het is bij een werk de creatieve zintuiglijke vormgeving die beschermd wordt. Een door weer en wind bijzonder gevormd stuk zandsteen dat ergens in de natuur wordt aangetroffen en dat voor een sculptuur zou moeten doorgaan, is geen werk.⁶³

Het vereiste dat het werk op enigerlei wijze moet zijn geuit, betekent niet dat het werk moet zijn vastgelegd,⁶⁴ maar dat het werk voor zintuiglijke waarneming vatbaar is geworden. Speeches en muzikale improvisaties zijn dus evenzeer als werk te kwalificeren, als een verhaal dat is vastgelegd in een boek. Hetgeen slechts in het hoofd van de auteur bestaat, is daarentegen nooit een werk. De bescherming is daarmee niet beperkt tot een bepaalde verschijningsvorm van de geestelijke prestatie, maar heeft betrekking op alle gedaanten waarin deze geestelijke prestatie uitgewerkt wordt. Wanneer het enige exemplaar van het kunstwerk tenietgaat en een ander weet dit uit zijn geheugen te kopiëren, dan wordt daarmee het 'werk' verveelvoudigd c.q. openbaar gemaakt. Achterliggende gedachte van deze eis is het feit dat het werk vatbaar moet zijn voor communicatie.⁶⁵ Hier ziet men de kenbaarheid voor derden een belangrijke rol spelen. Het object moet als zelfstandig object kunnen fungeren en onderscheiden kunnen worden van andere geestelijke scheppingen en de mens als zodanig.

62 De maker is degene die de geestelijke schepping heeft gemaakt. De dicerende schrijver wordt als maker beschouwd, niet de typiste. In het arrest van de Hoge Raad van 1 juni 1990, *NJ* 1991, 377 overwoog de Hoge Raad dat indien de creatieve arbeid voor de totstandkoming van een fotografisch werk niet is verricht door degene die het fotoestel heeft gehanteerd, maar door een derde, deze derde onder omstandigheden ook als maker van dat werk kan worden aangemerkt.

63 Spoor/Verkade 1993, p. 64.

64 Dit wordt wel vereist in het Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten: artikel 3 lid 2 Britse Copyright Designs and Patents Act 1988: 'Copyright does not subsist in a literary, dramatic or musical work unless and until it is recorded, in writing or otherwise...'; Artikel 107 USCA: 'works of authorship in any tangible medium of expression, not known or later developed, from which they can be perceived, reproduced, or otherwise communicated, either directly or with the aid of a machine or device'.

65 De Beaufort 1909, p. 137; Grosheide 1986, p. 262; Hugenholtz 1989, p. 21 en 24.

De derde eis – die echter niet uit de wet valt te destilleren – is die van ‘oorspronkelijkheid’. In het arrest Van Gelder/Van Rijn oordeelde de Hoge Raad dat ‘alleen die vormgeving, die de uiting is van datgene wat de maker tot zijn arbeid heeft bewogen, de bescherming van het auteursrecht geniet’.⁶⁶ In het Explicator-arrest spreekt de Hoge Raad over werken ‘die als vruchten van scheppende arbeid een eigen of persoonlijk karakter dragen’.⁶⁷ Sinds het Screenoprints-arrest hanteert de Hoge Raad de formulering dat het werk een eigen, oorspronkelijk karakter moet hebben en dat het werk het persoonlijk stempel van de maker draagt.⁶⁸ In diverse richtlijnen van de Europese Gemeenschap, wordt het begrip zodanig ingevuld dat van oorspronkelijkheid lijkt te kunnen worden gesproken indien het voortbrengsel ‘een eigen intellectuele schepping van de maker vormt’.⁶⁹ Daarmee wordt de invulling van het begrip tussen de diverse landen langzamerhand gelijk getrokken.⁷⁰ Aanknopingspunten voor de aanneming van oorspronkelijkheid zijn de mate van complexiteit van het werk (denk aan namen, slagzinnen en dergelijke korte werken) en de mate van uitgewerktheid (denk aan programmaformats en plots).

Hugenholtz heeft echter terecht gewezen op het feit dat elke eis aan het scheppingsgehalte, zoals oorspronkelijkheid, willekeurig is en derhalve op een rechtspolitieke keuze berust.⁷¹ Dit heeft zijn grondslag in het feit dat de vaststelling van rechtsobjecten van intellectuele eigendomsrechten geen beperkingen in de empirie kennen (zoals bij zaken het geval is). De oorspronkelijkheidseis wordt in belangrijke mate ingevuld door de wenselijkheid. Het is vooral het antwoord op de vraag of het, gezien de aard en functie van het

66 HR 28 juni 1946, *NJ* 1946, 712 (Gelder/Van Rijn).

67 HR 27 januari 1961, *NJ* 1962, 355 (Explicator). Vgl. ook HR 5 januari 1979, *NJ* 1979, 339 (Heertje/Hollebrand) waar sprake is van een ‘eigen persoonlijk karakter’.

68 HR 29 november 1985, *NJ* 1987, 880 (Screenoprints).

69 Artikel 1 lid 3 van de Richtlijn 91/250/EG *PbEG* 1993 L 122/42 betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma’s bepaalt dat een ‘computerprogramma wordt beschermd wanneer het in die zin oorspronkelijk is dat het een eigen schepping van de maker is’. Artikel 6 van de Richtlijn 93/98/EG *PbEG* 1993 L 290/9 betreffende de harmonisatie van de beschermingstermijn van het auteursrecht en bepaalde naburige rechten bepaalt met betrekking tot foto’s dat deze door het auteursrecht worden beschermd indien zij ‘een eigen schepping van de auteur zijn’. De Databankenrichtlijn 96/9/EG *PbEG* 1996 L 77/20 stelt dat ‘databanken die door de keuze of rangschikking van de stof een eigen intellectuele schepping van de maker vormen, als zodanig door het auteursrecht beschermd worden’.

70 In het Verenigd Koninkrijk werd voldoende geacht dat het werk ‘not copied’ is; het moet met voldoende ‘skill, labour and judgement’ tot stand zijn gekomen. In Duitsland wordt een hogere drempel dan in Nederland gehanteerd: voor oorspronkelijkheid is een bepaalde scheppingshoogte vereist, waardoor het werk uitstijgt boven het alledaagse. Het Feist-arrest heeft de maatstaf voor oorspronkelijkheid naar Amerikaans recht in de buurt gebracht van de Europese invulling: *Feist Publications Inc. v. Rural Telephone Service Company Inc.*, 499 US 340; 111 S.Ct 1282, *Informatierecht/AMI* 1991, p. 178. Zie hierover uitgebreider Haecck 1998, p. 67.

71 Hugenholtz 1989, p. 66.

auteursrecht, wenselijk is dat het object als werk fungeert, dat de doorslag geeft. Zo is voor het antwoord op de vraag of software voldoende 'oorspronkelijkheid' bezit om een werk te zijn, mede van doorslaggevende betekenis geacht dat voor uitsluiting van software onder het auteursrecht geen goede reden bestaat. Bescherming van software kent dezelfde voordelen en functie als bescherming van de 'traditionele werken'. Zo ziet men dat de technische eis voor het object van het auteursrecht veel minder stringent wordt ingevuld dan bij 'zaken' het geval is. Belangrijk is echter in beide gevallen dat het rechtsobject voldoende individualiteit bezit en zodoende een voor derden een voldoende kenbaar rechtsobject is.

Aanvankelijk werd ook het gegeven dat het werk op het gebied van de 'letterkunde, wetenschap of kunst' moest liggen, als eis voor het werkbegrip beschouwd. Dit bleek echter niet houdbaar. Ten eerste zijn de termen vaag en voor velerlei uitleg vatbaar.⁷² Ten tweede is deze eis te subjectief: de een vindt moderne kunst wel 'kunst' en de ander niet. Tegenwoordig wordt algemeen aangenomen dat voor een 'kunst-waarde'-eis geen plaats is, anders dan om aan te geven dat het om niet-technische objecten moet gaan.⁷³

Ook het onderscheid tussen inhoud en vorm (idee en expressie) is geen voldoende duidelijke maatstaf. Hoewel altijd wordt gesteld dat als uitgangspunt van auteursrecht geldt dat gegevens vrij zijn en slechts de wijze waarop de gegevens zijn vormgegeven onderwerp van bescherming kan zijn, blijkt dit onderscheid bij nader inzien niet consequent door te voeren.⁷⁴ Een fotokopie neemt bijvoorbeeld zowel de informatie als de vorm over. Veelal liggen vorm en inhoud te veel in elkaars verlengde om consequent gescheiden te worden.⁷⁵ Dit maakt het moeilijk om een bepaald punt aan te wijzen waarop een onbeschermd idee omslaat in een beschermd werk.⁷⁶ Dit probleem speelt bijvoorbeeld een rol bij programmaformats en plots (zie § 4.2.1.4).

Nadere ethische eisen, bijvoorbeeld dat het werk niet in strijd met de openbare orde of goede zeden moet zijn, worden aan het werkbegrip niet

72 Spoor 1990, p. 19.

73 Zie HR 4 januari 1991, *NJ* 1991, 608; Haeck 1998, p. 47; Wichers Hoeth 1993, p. 147; Gerbrandy 1992, p. 50; Spoor/Verkade 1993, p. 66; Van Engelen 1994, p. 70; IEC/Van Engelen/AU II-artikel 10-19 e.v.; Vgl. BenGH 22 mei 1987, Informatierecht/AMI 1987, p. 78 (Screenscreens). Anders: Grosheide 1986, die voorstelt het auteursrechtelijke domein te beperken tot in communicatie gebrachte culturele informatie.

74 Hugenholtz 1989, p. 24-25, p. 38-40, p. 62-67 en 73-75; Vgl. Rechtbank 's-Gravenhage 7 april 1959, *NJ* 1962, 149.

75 Zie ook Spoor/Verkade 1993, p. 59, die – liever dan tussen vorm en inhoud – een onderscheid willen maken tussen subjectieve en objectieve trekken. De leer van het subjectieve werk van Quaedvlieg 1987, p. 26 e.v., wil inventiviteit van oorspronkelijkheid onderscheiden door aan te knopen bij de objectieve dan wel subjectieve toets die de maker op zijn werk toepast.

76 Haeck 1998, p. 215.

expliciet gesteld. Ook bijvoorbeeld pornografie kan als werk worden gekwalificeerd.⁷⁷

Het rechtsobject van een auteursrecht is dus een 'werk'. Intellectuele eigendomsrechten beschermen intellectuele prestaties, in dit geval het *corpus mysticum*, het 'werk'. Dit werk is de intellectuele schepping dat op vele manieren kan worden belichaamd: bijvoorbeeld in een boek, cd-rom, film en dergelijke. Wegens het intellectuele karakter is het moeilijk om het werk exact te definiëren. Rechtsobjecten van intellectuele eigendomsrechten kennen in tegenstelling tot rechtsobjecten van eigendomsrechten, geen beperkingen in de empirie.

Ook bij rechtsobjecten van intellectuele eigendomsrechten staat de individualiteit voorop. Derden moeten kunnen weten ten aanzien van welk rechtsobject zij verplichtingen hebben. Voor een werk is de grens van individualiteit moeilijk aan te geven. Het blijkt vooral de wenselijkheid van bescherming te zijn die doorslaggevend is bij de vraag of een bepaald object als werk kan worden beschouwd of niet. Toch zijn er ook zekere technische grenzen aan te wijzen: dit betreft de eis dat er sprake moet zijn van een immateriële prestatie en het feit dat deze prestatie op een voor zintuiglijke waarneming vatbare wijze geuit wordt. Vooral deze laatste eis geeft de derde een belangrijk aanknopingspunt voor de omvang van het object. Het is het object zoals dat voor anderen voor zintuiglijke waarneming vatbaar is geworden, dat rechtsobject is. De empirie is dus wel degelijk nodig om tot voldoende individualiteit te komen. Het is echter niet het bepaalde exemplaar dat beschermd wordt, maar de daaraan voorafgaande inventieve gedachte, het *corpus mysticum*, die in het exemplaar tot uitdrukking wordt gebracht.

Hierna zullen enkele grensgevallen worden behandeld. Het grensgeval van de sportprestatie illustreert het feit dat de utiliteit van bescherming met name doorslaggevend is. Het feit dat de sportprestatie niet als werk beschermd wordt, lijkt in belangrijke mate het gevolg te zijn van de onwenselijkheid van het beschermen van een sportprestatie. Het grensgeval van 'plots en formats' illustreert dat het van oudsher geldende omslagpunt tussen de idee dat niet beschermd wordt en de expressie die wel beschermd wordt, zeer moeilijk is te maken. Het grensgeval van de software illustreert eveneens dat het vooral de wenselijkheid van bescherming is die centraal staat.

Grensgevallen

4.2.1.3 Sportprestaties

De sportprestatie wordt door wetgever en rechter niet als 'werk' gekwalificeerd. Over het algemeen wordt daarbij als argument gehanteerd dat de

77 Spoor/Verkade 1993, p. 68. Anders: Kohler 1880, die verkondigde dat onzedelijke delen van werken geen bescherming kunnen verkrijgen. Grenzen aan de publicatievrijheid van 'onzedelijke' werken kunnen hedentendage overigens ook worden gevonden in art. 7 Gw en art. 10 EVRM.

sportprestatie niet oorspronkelijk kan zijn, omdat het gedrag van de sporter vooral wordt ingegeven door het daarmee te bereiken doel, namelijk winnen. Hier wordt in de literatuur vraagtekens bij geplaatst.⁷⁸ Er zijn vele sportprestaties denkbaar die als oorspronkelijk gekwalificeerd kunnen worden en het persoonlijk stempel van de maker dragen. Men denke niet alleen aan ijsdansers en turners, maar ook aan voetballers die zich willen profileren door mooie manoeuvres.⁷⁹

Het zou dus in principe wel mogelijk zijn om de sportprestatie als werk te kwalificeren. Het feit dat dit door wetgever en rechter niet wordt gedaan, lijkt in belangrijke mate het gevolg te zijn van de onwenselijkheid van het beschermen van een sportprestatie. Dommering geeft weer dat wanneer het spel in de civilisatie een andere sociaal-culturele context zou hebben gehad, waardoor de spelbelangen vertegenwoordigd zouden zijn geweest in de fora en de pressiegroepen die de inhoud van het auteursrecht bepalen, het spel in de Olympus van het auteursrecht en zijn naburige rechten zou zijn opgenomen.⁸⁰

Dit illustreert het hiervoor verdedigde standpunt dat de oorspronkelijkheidseis vooral wordt ingegeven door de wenselijkheid van bescherming. De Hoge Raad heeft in een drietal arresten aangegeven het niet wenselijk te vinden dat de inspanningen ten aanzien van een sportprestatie door een onrechtmatige daadsactie in mededinging kan worden beschermd.⁸¹ In plaats daarvan heeft de Hoge Raad op grond van het eigendomsrecht of gebruiksrecht op een stadion of terrein (het zogenaamde 'huisrecht'), gerechtvaardigd geacht dat er vergoedingen voor exploitatie door de media van sportevenementen worden gevraagd.

Deze 'oplossing' heeft terecht veel kritiek gekregen. Ten eerste wordt een willekeurig onderscheid gemaakt tussen sportprestaties in een ruimte waarop iemand een eigendomsrecht of gebruiksrecht kan hebben en sportprestaties in een ruimte in het publieke domein, zoals een openbare weg. Ten tweede is er slechts sprake van een contractuele overeenkomst en niet van absoluutrechtelijke bescherming. Ten derde kan de relatie tussen de eigenaar of gebruiksgerechtigde van het stadion of terrein ver weg liggen van de sportprestatie zelf. Men denke aan een concertgebouw waar een tafeltennistoernooi wordt gehouden of aan Ahoy waar geen muziekconcert, maar een volleybaltoernooi wordt gehouden.

78 Zie Dommering 1991, p. 15; Klos 1997, p. 82 e.v.; Quaedvlieg 1998, p. 56-57.

79 Zie Klos 1997, p. 82-83.

80 Dommering 1991, p. 15.

81 Dommering 1991, p. 10. HR 23 oktober 1987, *NJ* 1988, 310 (NOS/KNVB); HR 27 juni 1986, *NJ* 1987, 191 (Holland Nautic/Decca); HR 20 november 1987, *NJ* 1988, 311 (De Staat/Den Ouden).

4.2.1.4 Plots en formats

De grensgevallen 'plots en formats' zien niet zozeer op de oorspronkelijkheids-eis, maar vooral op het schemergebied tussen idee en expressie. Van oudsher geldt als uitgangspunt dat een zuiver idee niet wordt beschermd, maar de expressie wel. Een plot (verhaallijn) of format (programmaformule) bevinden zich veelal juist tussen idee en expressie in.⁸² Wil een plot of format beschermd worden dan zal duidelijk moeten zijn dat het niet slechts uit enkele ideeën bestaat, maar voldoende individualiteit heeft om als werk te kunnen fungeren.⁸³ Dit is moeilijker aan te nemen als het gaat om een format dat nog niet vorm heeft gekregen in een televisieprogramma, maar slechts in een geschrift, een programmavoorstel, is vastgelegd.⁸⁴

Voor de beantwoording van de vraag of een format als werk beschermd kan worden, is belangrijk dat het object oorspronkelijk is, wat onder meer kan blijken uit het feit dat het voldoende is uitgewerkt. Van bescherming van een programmaformule kan bijvoorbeeld sprake zijn als een combinatie of compositie van elementen een zelfstandige eenheid vormt en zodanig is uitgewerkt dat op basis hiervan een beeld kan worden gevormd van de producten die met die compositie tot stand kunnen komen.⁸⁵ Bescherming van programmaformules is enkele malen in de rechtspraak erkend.⁸⁶ De uiteindelijke beoordeling of er sprake is van inbreuk op het auteursrecht op de programmaformule hangt af van de feitelijke beoordeling van de concrete omstandigheden van het geval.⁸⁷

4.2.1.5 Software

De discussie over de kwalificatie van software (computerprogramma's) als werk, ziet op de vraag of er een specifiek auteursrechtelijk domein is aan te wijzen of niet. Van oudsher is men er van uit gegaan dat technische prestaties via het octrooirecht en creatieve niet-technische prestaties via het auteursrecht worden beschermd.⁸⁸ Software lijkt in het schemergebied thuis te horen. Aan de ene kant is software een vrucht van menselijke arbeid met een eigen karakter en persoonlijk stempel van de maker. Aan de andere kant is software niet

82 Zie over de plot Limperg 1980, p. 24 e.v. Zie over een programmaformule Haeck 1998 en Quaedvlieg 1998, p. 56-57; Le Poole 1992, p. 17.

83 Haeck 1998, p. 226 en de daar aangehaalde literatuur.

84 Zie voor enkele voorbeelden Van Maanen 1994.

85 Haeck 1998, p. 185.

86 Pres. Rechtbank Amsterdam 15 november 1990, *Informatierecht/AMI* 1991, p. 70 (WTP/AVRO) en Pres. Rechtbank Amsterdam 17 januari 1991, *Informatierecht/AMI* 1991, p. 81 (Jacques Antoine/VOO e.a.).

87 Maakt de plot deel uit van het publieke domein of is het gebaseerd op werkelijke gebeurtenissen, dan is er geen ruimte voor bescherming. Vgl. Haeck 1998, p. 227 en de daar aangehaalde literatuur.

88 Zie hierover Verkade 1972.

direct op de mens, maar op een computer gericht en zou bescherming van software de bescherming van techniek inhouden.⁸⁹ De kwalificatievraag van software stelt vragen aan de orde of technische prestaties 'origineel' kunnen zijn en of er voor de uitsluiting van techniek uit het auteursrechtelijk domein goede redenen bestaan.⁹⁰

Sinds het begin van de jaren '80 wordt de vraag of software kan worden beschouwd als werk in de zin van de Auteurswet door de rechtspraak bevestigend beantwoord.⁹¹ Dit lijkt met name het geval te zijn omdat, gezien de utiliteitsgrondslag van het auteursrecht, geen goede argumenten kunnen worden gegeven waarin software zou verschillen van andere werken. Hier ziet men wederom de wenselijkheid van de kwalificatie van objecten als werken centraal staan. Voor het creëren, verspreiden en gebruiken van software moeten aanzienlijke investeringen worden gedaan en bescherming van software levert meer op voor de samenleving dan dat de kosten van de bescherming met zich meebrengen. In 1991 is de Richtlijn betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's uitgebracht, waarin computerprogramma's als auteursrechtelijk beschermde werken zijn aangemerkt.⁹² In Nederland is deze richtlijn sinds 1 september 1994 geïmplementeerd in de Auteurswet 1912 en zijn computerprogramma's en het voorbereidend materiaal onder de werkingssfeer van artikel 10 Aw gebracht.⁹³ Als voorwaarde geldt dat het computerprogramma oorspronkelijk is.⁹⁴ De artikelen 45h t/m 45n Aw geven enige bijzonder bepalingen ter bescherming van computerprogramma's.⁹⁵

89 Vandenberghe 1984, p. 90; Dietz 1983; Grosheide 1986, p. 265; Hugenholtz 1989, p. 18. In later werk legt Vandenberghe zich neer bij de heersende leer.

90 Zie Quaadvlieg 1987, p. 13. Zie voor een overzicht van de discussie ook Verkade 1988, p. 44 e.v.

91 Verkade 1986B en Van Schelven 1986.

92 Richtlijn 91/250/EEG van de Raad van 14 mei 1991, Pb, nr. L 122/42, 17 mei 1991. Zie hierover Kruijer 1999, p. 250-256.

93 Wet van 9 juli 1994, *Stb.* 1994, 521.

94 Zie Van Schelven/Struik 1995, p. 18 e.v. Het object van bescherming onder het auteursrecht is beperkt tot de vormgeving van de code en instructies van de programmatuur. Artikel 1 lid 2 van de Richtlijn geeft aan dat de ideeën en beginselen die aan enig element van een computerprogramma ten grondslag liggen, geen object van bescherming kunnen zijn.

95 In Amerika was het auteursrecht op computerprogramma's reeds erkend in de Computer Software Act uit 1980. Wet van 12 december 1980, Publ.L.No 96-517, ch.38, s. 211, 94, Stat 3015, 3018. Deze wet is in 1988 geïncorporeerd in de Copyright Act.

4.2.2 Object van een naburig recht: vertolking, geluidsopname, uitzending of eerste vastlegging van een filmwerk

4.2.2.1 Inleiding

Uitvoerende musici en toneelspelers hebben in tegenstelling tot componisten, toneelschrijvers en filmmakers geen auteursrecht op hun prestaties, hoewel die prestaties evenals werken van letterkunde en kunst een artistiek karakter dragen en evenzeer als werken kunnen worden veelevoudigd en openbaar-gemaakt. Om in dit hiaat te voorzien is op 1 juli 1993 de Wet op de Naburige Rechten ingevoerd.⁹⁶ Met het begrip 'naburige rechten' worden de rechten aangeduid die dienen ter bescherming van prestaties van uitvoerende kunstenaars (vertolkingen), fonogrammenproducenten (geluidsopnamen), omroeporganisaties (uitzendingen) en filmproducenten (eerste vastlegging van een filmwerk). Het begrip 'naburig recht' geeft weer dat deze rechten niet tot het auteursrecht behoren, maar dat zij daarmee wel verwant zijn.⁹⁷

De wet beschermt slechts de vervaardigingshandeling zelf. Derden zijn in beginsel gerechtigd om zelf een vertolking, geluidsopname, uitzending of filmwerk met identieke inhoud te verzorgen. Bescherming op grond van de Wet Naburige Rechten is pas aan de orde wanneer een derde bijvoorbeeld het fonogram of een reproductie daarvan aanwendt. Dit maakt dat er gemakkelijker gesproken kan worden van individualiteit van het rechtsobject dan bij bijvoorbeeld het auteursrecht het geval is, waar een werk in diverse *corpora mechanica* kan worden belichaamd. Het gaat hier om één concrete vervaardigingshandeling, dat zich manifesteert aan de hand van het concrete vervaardigde object.

4.2.2.2 Kwalificatie-eisen

De Wet naburige rechten kent vier rechtsobjecten: vertolkingen, geluidsopnamen, uitzendingen en eerste vastleggingen van een filmwerk. Voor alle vier staat de concrete vervaardigingshandeling centraal. Dit is een technische maatstaf.

Voor een vertolking wordt de eis gesteld dat er sprake moet zijn van een artistieke activiteit die blijkt geeft van enige persoonlijke inbreng. De wet geeft

96 Wet van 18 maart 1993, *Stb.* 178, houdende regelen inzake de bescherming van uitvoerende kunstenaars, producenten van fonogrammen of van eerste vastlegging in films en omroeporganisaties en wijzigingen van de Auteurswet 1912 (Wet op de Naburige Rechten), laatstelijk gewijzigd bij wet van 20 juni 1996, *Stb.* 364.

97 Zie over naburige rechten: Cohen Jehoram 1990, p. 155-161.

geen definitie.⁹⁸ Over het algemeen is men het erover eens dat louter technische handelingen, zoals het laten spelen van een platenspeler, een multimedia-computer of een draaiorgel er niet onder vallen.⁹⁹ Over de precieze grenzen van het begrip 'uitvoeren' – vertolken¹⁰⁰ – bestaat discussie. Naast de toneelspeler (inclusief figurant), de zanger (inclusief koorlid), de musicus (inclusief orkestlid) en de danser, worden ook de dirigent en de regisseur als uitvoerend kunstenaar aangemerkt. Het voeren van een gesprek of het geven van een interview kan in het algemeen niet beschouwd worden als 'uitvoering' in de zin van deze definitie. De positie van de geluidsproducer is onduidelijk.¹⁰¹ De grens wordt gelegd bij de 'artistieke activiteit', dat wil zeggen dat iedere handeling die elk persoonlijk karakter mist en bijvoorbeeld puur technisch van aard is, niet als vertolking kan worden aangemerkt.¹⁰² Ook de dirigent van een orkest en de regisseur van een toneelstuk of opera worden aangemerkt als uitvoerende kunstenaars (13 WNR).

De geluidsopname, fonogram, wordt in artikel 1 sub c WNR als volgt omschreven:

Iedere opname van uitsluitend geluiden van een uitvoering of andere geluiden.

Het begrip 'fonogram' ziet expliciet op geluiden, waaronder zowel een registratie van geluiden zoals vogelgeluiden kunnen vallen als een muziekuitsvoering. Draaiorgelboeken, pianorollen en dergelijke zijn daarom niet als fonogrammen aan te merken. De geluiden kunnen ook nieuwe bewerkte opnamen zijn of reeds bestaande vastleggingen die een klankbewerking hebben ondergaan.¹⁰³ Zodra er sprake is van beelden of een combinatie van beelden met geluid, is er geen sprake van een 'fonogram'. De laatste jaren is de vraag opgekomen of er sprake kan zijn van een fonogram indien een computergeheugen, dat rechtstreeks aangesloten is op een digitaal elektronisch instrument, digitaal gecodeerde geluiden registreert. Dit vastleggen is niet altijd een registratie

98 Artikel 1 sub a WNR bepaalt wel wat een uitvoerend kunstenaar is: de toneelspeler, zanger, musicus, danser en iedere andere persoon die een werk van letterkunde of kunst opvoert, zingt, voordraagt of op enige andere wijze uitvoert, alsmede de artiest, die een variété- of circusnummer of een poppenspel uitvoert. Men ziet aldus dat wordt terugverwezen naar het object van een auteursrecht: een werk. Niet noodzakelijk is dat het auteursrecht nog steeds rust op dit werk. Ingevolge de wetsgeschiedenis moet de uitbreiding naar variété- of circusnummer of poppenspel beperkt worden uitgelegd: sportlieden en mannequins vallen er bijvoorbeeld niet onder. Tekst en Commentaar (Visser), artikel 1 WNR, aantekening 2; Verkade/Visser 1993, p. 45-46.

99 Tekst en Commentaar (Visser), artikel 1 WNR, aantekening 2.

100 Artikel 12 lid 1 Aw gebruikt het begrip 'uitvoering' reeds als categorie van 'openbaar maken'. Om te voorkomen dat het 'uitvoeren' als openbaar makinghandeling verward wordt met de 'uitvoering' als object van naburig recht, wordt er hier de voorkeur aan gegeven om te spreken over de vertolking in plaats van de uitvoering als object van naburig recht.

101 Tekst en Commentaar (Visser), artikel 1 WNR, aantekening 2.

102 Zie IEC/Heevel/NA II-art1-7 e.v. en de daar aangehaalde literatuur.

103 Tekst en Commentaar (Visser), artikel 1 WNR, aantekening 4.

van geluiden of een uitvoering. De Rechtbank Utrecht oordeelde in dit kader dat zogenaamde midifiles als fonogrammen zijn aan te merken.¹⁰⁴

Een uitzending wordt in artikel 1 sub g als volgt omschreven:

Het verspreiden van programma's door middel van een zender, als bedoeld in artikel 1, eerste lid, onderdeel cc van de Mediawet (Stb. 1987, 249) of een draad-omroepinrichting als bedoeld in artikel 1, eerste lid, onderdeel g, van de Wet op de telecommunicatievoorzieningen (Stb. 1988, 520).

Deze definitie geeft weinig zekerheid omtrent de aard en omvang van het beschermingsobject. Het artikellid maakt onderscheid tussen verschillende uitzendtechnieken, maar dit ten onrechte omdat de inhoud van een programma en niet de technische bijzonderheid van het medium (zender, kabel of satelliet) er toe doet. Onduidelijk blijft of een uitzending die inbreuk maakt op een eerdere uitzending ook beschermd kan zijn. De eis dat alleen de eerste uitzending beschermd is, wordt immers niet gesteld. Iedere uitzending geniet in beginsel de door de wet toegekende rechten door het enkele feit dat een omroeporganisatie een uitzending verzorgt. Twijfelachtig is het of geïndividualiseerd openbaar maken via Internet kan worden aangemerkt als 'uitzenden' in de zin van artikel 1 g WNR.

Artikel 7a Wet op de naburige rechten geeft de producent van een film een naburig recht ten aanzien van de 'eerste vastleggingen van films'. De producent verkrijgt het uitsluitende recht om toestemming te verlenen voor een aantal handelingen ten aanzien van de eerste vastlegging van een film. Voor de definitie van 'film' wordt teruggegrepen op artikel 45a lid 1 Aw:

Onder filmwerk wordt verstaan een werk dat bestaat uit een reeks beelden met of zonder geluid, ongeacht de wijze van vastlegging van het werk, indien het is vastgelegd.

Niet vereist is dat er sprake is van oorspronkelijkheid of een anderszins artistieke prestatie. Ook producenten van films zonder persoonlijk karakter zijn beschermd.¹⁰⁵

Het object van een naburig recht kan dus omschreven worden als vervaardigingshandeling van een kunstenaar. Intellectuele eigendomsrechten beschermen een intellectuele prestatie, in dit geval een concrete vervaardigingshandeling. Doordat direct wordt aangesloten bij het concrete vervaardigingsobject, is de individualiteit van het rechtsobject gemakkelijker aan te tonen. De technische eis is bij dergelijke vervaardigingsobjecten duidelijker dan bij bijvoorbeeld bij 'werken' als objecten van auteursrechten het geval is. Bescherming op grond

104 Rechtbank Utrecht 7 mei 1997, CR 1998, 269 (Sound Design/HCC).

105 Visser 1999, p. 83 noemt de voorbeelden satellietfilms en beelden van bewakingscamera's.

van de Wet naburige rechten is pas aan de orde als een derde het concrete vervaardigingproduct aanwendt of namaakt.

4.2.3 Object van een octrooirecht: uitvinding

4.2.3.1 Inleiding

Een van de rechtvaardigingen die voor het octrooirecht wordt aangevoerd is het stimuleren van innovatie. Dit wordt bereikt door het creëren van een monopolierecht aan de uitvinder en de openbaarmaking van die uitvinding.¹⁰⁶ Daarmee is een evenwicht aangebracht tussen de behoefte van de samenleving aan nieuwe technologiekennis en de belangen van uitvinders om compensatie te ontvangen voor gedane investeringen.

Het Nederlandse recht wordt voor een belangrijk deel bepaald door Europese Regelgeving, met name door het Europees Octrooiverdrag (EOV) dat op 5 oktober 1973 werd gesloten.¹⁰⁷ Dit verdrag verschaft de mogelijkheid van een centrale aanvraagprocedure die leidt tot verlening van een Europees octrooi dat als bundel van nationale octrooien geldt. De Nederlandse Octrooiwet van 1912 is in 1995 opgevolgd door de Octrooiwet 1995 waarmee het mogelijk is geworden een 6-jarig octrooi te verkrijgen zonder vooronderzoek en een 20-jarig octrooi met vooronderzoek.¹⁰⁸ Nieuw is dat de aanvraag alleen maar op vormvereisten wordt gecontroleerd en vervolgens bij problemen, pas achteraf aan een materiële toetsing door de rechter wordt onderworpen.¹⁰⁹ Een dergelijk registratieoctrooi is dus in zekere zin niet meer dan een claim.¹¹⁰ Teneinde de rechter bij een eventuele materiële toetsing steun te verlenen en ook met het oog op de belangen van derden, wordt aan de houder van een 6-jarig octrooi op straffe van niet-ontvankelijkheid de eis gesteld, dat hij bij

106 Een nadeel hiervan is dat men door raadpleging van octrooiaanvragen gemakkelijk kan achterhalen in welke richting de activiteiten van concurrerende ondernemingen gaan. Zie bijvoorbeeld de site: 'nl.especanet.com' waar vele octrooiaanvragen gratis kunnen worden ingezien.

107 Europees Octrooiverdrag 1973, *Trb.* 1975, 108 en 1976, 101. Dit verdrag trad op 7 oktober 1977 voor Nederland in werking. De lidstaten van de Europese Unie hebben op 15 december 1975 bovendien het Gemeenschapsoctrooiverdrag gesloten. Dit verdrag voorziet in de mogelijkheid om met gelding voor het hele territorium van de Europese Unie gemeenschaps-octrooi te verkrijgen. Het verdrag is nog niet van kracht geworden. Zie voor een overzicht van de geschiedenis van het octrooirecht onder meer Brinkhof 1990, p. 795 e.v en Star Busmann 1867.

108 De Rijksoctrooiwet 1910 blijft van toepassing voor de vóór 1 april 1995 ingediende octrooiaanvragen en de op die aanvragen verleende octrooien.

109 S&J (ROW 1995) 1998, p. 12. Het 6-jarig en 20-jarig octrooi wordt ongeacht de uitkomst van het nieuwheidsonderzoek verleent. Het bureau laat een aanvraag buiten behandeling indien het onderzoek wegens onduidelijkheid van de conclusies van de aanvraag niet uitvoerbaar is en de aanvrager de gebreken in de conclusies niet tijdig heeft hersteld.

110 Vgl. Verkade 2001, p. 200.

het aanhangig maken van een inbreukprocedure een alsnog bij het bureau aangevraagd nieuwheidsrapport overlegt (70 lid 2 ROW 1995).¹¹¹

Het object van octrooirecht is de uitvinding. Deze uitvinding kan bestaan in een nieuwe werkwijze of een nieuw voortbrengsel op het gebied van de nijverheid (met inbegrip van landbouw).¹¹² Het precies vaststellen van de grenzen van het begrip uitvinding is moeilijk gebleken en wordt voor het belangrijkste deel (in het nieuwe systeem dus vooral achteraf) aan de rechter overgelaten.¹¹³

4.2.3.2 Kwalificatie-eisen

Over de vereisten voor het begrip 'uitvinding' bestaan internationaal gezien weinig verschillen. Dit komt in belangrijke mate door het Verdrag van Straatsburg (VvS). De formulering van de eisen zoals het VvS die geeft, is zowel in het EOv verwerkt als in de ROW 1995. De eisen kunnen dan ook in beginsel in één keer worden behandeld.

Van oudsher af ziet het octrooirecht op 'technische' uitvindingen.¹¹⁴ Dit technische vereiste is echter niet in de wet terug te vinden. Als basis voor deze eis worden voor het Europees Octrooiverdrag de Rules 27 (1) en 29 (1) gebruikt.¹¹⁵

In de wet zijn slechts drie (technische) eisen voor kwalificatie van een object tot uitvinding te vinden. Een object is een uitvinding als 1) deze uitvinding nieuw is, 2) op uitvinderwerkzaamheid berust en 3) toegepast kan worden op het gebied van de nijverheid (2 ROW 1995/52 lid 1-3 EOv).

De 'nieuwheidseisen' van de uitvinding (1) wordt nader uitgewerkt in artikel 4 ROW 1995/54 EOv. Deze artikelen bepalen dat een uitvinding niet als nieuw wordt beschouwd, indien zij geen deel uitmaakt van de stand van de techniek

111 Daardoor is gewaarborgd dat de rechter bij geschil, over langs de nationale weg verleende octrooien in ieder geval steeds kan beschikken over de in een nieuwheidsrapport neergelegde basisdocumentatie. S & J (ROW 1995) 1998, p. 12.

112 Artikel 53 ROW 1995 onderscheidt qua bevoegdheden tussen een voortbrengsel (onderdeel a) of bevoegdheden met betrekking tot een werkwijze (onderdeel b). Uit het Doxycycline-arrest vloeit voort dat indien het voortbrengsel niet rechtstreeks is verkregen, bijvoorbeeld doordat het het gevolg is van een chemische reactie tussen componenten waarvan er een met die werkwijze is gemaakt, dan is het voortbrengsel niet beschermd: HR 10 juni 1983, NJ 1984, 32. Uit het Rooilijn-arrest vloeit voort dat de werkwijzen moeten 'inwerken op de natuur' en niet (enkel) op de menselijke geest. Dit bepaalt het domein van het octrooirecht: het moet gaan om stoffelijke voortbrengselen, dan wel werkwijzen met een zeker technisch karakter.

113 Zie voor een poging het voorwerp van octrooi af te bakenen: Buddingh De Voogt 1943.

114 Huydecoper 1985, p. 196-200, heeft er voor gepleit de gebondenheid aan het gebied van de techniek te laten vallen.

115 Rule 27 bepaalt onder meer dat een uitvinding betrekking moet hebben op een 'technical field' en dat deze een 'technical problem' moet oplossen. Rule 29 bepaalt onder meer dat een uitvinding 'must be based on technical features which are part of the claims'. Zie hierover Hutter 1997, p. 315.

en geven nadere regels omtrent het begrip 'stand der techniek'. Dit is een absolute nieuwigheid: als de kennis die in de uitvinding besloten ligt ergens ter wereld openbaar is gemaakt voor de octrooiaanvraag, dan is de uitvinding niet nieuw meer.¹¹⁶

De 'uitvinderwerkzaamheid' (2) ziet op inventiviteit en wordt nader uitgewerkt in artikel 6 ROW 1995/56 EOV.¹¹⁷ Het gaat er niet om of de uitvinder zelf inventief is geweest bij het ontwikkelen van zijn uitvinding, maar of zijn vinding niet op een, voor een deskundige voor de hand liggende wijze uit de stand der techniek voortvloeit.¹¹⁸ Aanwijzingen voor uitvinderwerkzaamheid zijn: inventieve probleemstelling, behoefte aan het uitgevondene, bestaande vooroordelen, ontwikkelingen van de vakwereld, (onverwacht) technisch effect of voordeel en overwinnen van moeilijkheden.¹¹⁹ Het criterium van uitvinderwerkzaamheid is moeilijk te omgrenzen. De daadwerkelijke invulling van deze eis kan van land tot land en van rechter tot rechter aanzienlijk verschillen.¹²⁰

De derde eis is dat de uitvinding toepasbaar moet zijn op het gebied van de nijverheid (3). Dit wordt nader uitgewerkt in artikel 7 ROW 1995/57 EOV.¹²¹ Het feit dat er gesproken wordt over 'toepasbaarheid' van de uitvinding, betekent dat dit niet zomaar gedachten mogen zijn, maar dat het concrete producten moet betreffen.¹²² Dit volgt uit het feit dat octrooien (mede) worden verleend om het doen van onderzoek, en met de resultaten daarvan economische ontwikkeling dient te worden gestimuleerd. De uitvinding moet uitvoerbaar en haalbaar zijn. De uitvinding dient bovendien te worden ver-

116 Het Europees Octrooiverdrag bepaalt hetzelfde in artikel 54. Van oudsher wordt de stand van de techniek in Nederland iets ruimer geïnterpreteerd dan heden ten dage in Europa het geval is. Zie Tekst en Commentaar (den Hartog), artikel 4 Rijksoctrooiwet 1995, aantekening 2.

117 Artikel 56 EOV. De benadering van het begrip inventiviteit in Europa en Nederland is grotendeels gelijk.

118 OR 25 februari 1966, *BIE* 1966, 82; OR 23 juli 1980, *BIE* 1980, 209; OR 13 oktober 1980, *BIE* 1981, 18; Pres. Rechtbank 's-Gravenhage 16 september 1988, *IER* 1989, 18 (Epileerapparaat). Indien daarentegen de voorgestelde maatregel voor een deskundige voor de hand lag, is er geen uitvinding aanwezig, ook al wordt met die maatregel een onverwacht technisch effect verkregen: OR 24 mei 1973, *BIE* 1973, 134; OR 18 april 1979, *BIE* 1979, 248; Rechtbank 's-Gravenhage 17 mei 1985, *BIE* 1988, 247 (Du Pont/Enka).

119 Zie Tekst en Commentaar (Den Hartog), artikel 6 ROW 1995, aantekening 6. Zie verder over de beoordeling van inventiviteit Stevenshagen, Van Leeuwen & Den Hartog 2001, p. 18-25.

120 Zie Verkade 2001, p. 202.

121 Artikel 57 en 52 lid 4 EOV. De artikelen worden op vergelijkbare wijze toegepast.

122 Dit brengt met zich dat theorieën, abstracte denkbeelden, regels en methoden voor het verrichten van geestelijke arbeid en geneeskundige behandelingsmethoden niet voor octrooi in aanmerking komen. Dit laatste mede omdat de behandelingsmethode verlies zou lijden indien voor iedere behandeling toestemming zou moeten worden gevraagd. Bovendien zouden behandelingsmethoden wegens kosten onbereikbaar zijn voor armere mensen.

woord om beschermd te kunnen worden.¹²³ Het object moet zelf reeds voor octrooiverlening aanwijsbaar zijn. Derden hebben hier voordeel van, zij zullen in een vroeg stadium kunnen weten wat nu wel en niet onder het octrooi valt. Het is niet het bepaalde voortbrengsel of een bepaalde werkwijze dat beschermd wordt, maar de daaraan voorafgaande inventieve gedachte, het *corpus mysticum*, die in het voortbrengsel of de werkwijze tot uitdrukking wordt gebracht.

De wet geeft expliciet aan welke objecten niet aan deze technische eisen kunnen voldoen (2 lid 2 ROW 1995/ 52 lid 1-3 EOv). Dit betreft ontdekkingen, natuurwetenschappelijke theorieën en wiskundige methoden (a), esthetische vormgevingen (b), stelsels, regels en methoden voor het verrichten van geestelijke arbeid, voor het spelen of voor de bedrijfsvoering, alsmede computerprogramma's (c) en presentaties van gegevens (d).

Bij ontdekkingen zoals zwaartekracht, is het duidelijk dat deze niet aan de technische eisen kunnen voldoen. Wil een uitvinding beschermd kunnen worden, dan zal een ontdekking op intrinsieke gronden uitgesloten moeten worden van bescherming. Ten aanzien van de andere genoemde objecten ligt het minder voor de hand dat deze uit hun aard niet octrooierbaar zijn. Men denke bijvoorbeeld aan methoden voor de bedrijfsvoering. Deze uitsluiting lijkt in belangrijke mate plaats te vinden op basis van de wenselijkheid.¹²⁴ Voor de monopolisering van methoden voor de bedrijfsvoering bestaan op zich geen intrinsieke belemmeringen. Dit blijkt alleen al uit het feit dat steeds vaker octrooien geaccepteerd worden op bedrijfsmethoden (zie § 4.2.3.4).

In artikel 3 ROW 1995/53 EOv wordt expliciet aangegeven dat er een ethische grens geldt.¹²⁵ Niet vatbaar voor octrooi zijn:

- a. uitvindingen waarvan de openbaarmaking of toepassing in strijd zou zijn met de openbare orde of goede zeden;
- b. planten- of dierenrassen, alsmede werkwijzen van wezenlijk biologische aard voor de voortbrenging van planten of dieren en hierdoor verkregen voortbrengselen, met uitzondering van microbiologische werkwijzen tenzij die op grond van het bij of krachtens de Gezondheids- en welzijnswet voor dieren bepaalde niet zijn toegestaan.

In de praktijk speelt de grens met de openbare orde en goede zeden een beperkte rol. Als voorbeeld wordt wel genoemd de uitvinding van een verbe-

123 Aan het eind van octrooischriften zijn daartoe zogenaamde conclusies opgenomen, waarin alle essentiële maatregelen die de uitvinding definiëren, opgenomen zijn.

124 In gelijke zin Beresford 2000.

125 Volgens het regime van de Rijsoctrooiwet 1995 wordt een octrooiaanvraag in beginsel alleen nog aan enkele minimale formele eisen getoetst. Art. 29 lid 1 ROW 1995 bepaalt dat in geval de uitvinding naar het oordeel van het bureau in strijd is met de openbare orde of goede zeden, de aanvrager daarvan binnen een maand na indiening schriftelijk in kennis moet worden gesteld.

terde bombrief.¹²⁶ De volgende uitzondering betreft planten- en dierenrassen en werkwijzen van wezenlijk¹²⁷ biologische aard voor de voortbrenging van planten of dieren.¹²⁸ De Europese Commissie heeft op 20 oktober 1988 echter een ontwerprichtlijn ingediend, waardoor de octrooiering van levende materie in bepaalde gevallen, mogelijk zal zijn (zie § 4.2.3.5).¹²⁹

Artikel 7 lid 2 ROW 1995/52 lid 4 EOv bepaalt vervolgens dat methoden van behandeling van het menselijke of dierlijke lichaam door chirurgische ingrepen of geneeskundige behandeling en diagnosemethoden die worden toegepast op het menselijke of dierlijke lichaam, niet als uitvindingen worden gekwalificeerd.¹³⁰ Wel is het mogelijk werkwijzen voor de bereiding van een geneesmiddel en het aldus verkregen voortbrengsel, de stof, te octrooieren.¹³¹ De stof kan reeds bekend zijn, de medische toepassing daarvan kan echter nieuw zijn. Farmaceutica en scalpels zijn dus wel octrooieerbaar. Zuiver cosmetische behandelingen zoals het kleuren van haar worden niet door dit artikel uitgesloten.¹³² Duidelijk is dat deze uitsluiting in de kern een ethische grondslag heeft. Volgens maatschappijpolitieke overwegingen moet een medische behandeling vrij toegankelijk zijn zodat iedereen op de beste manier van deze behandelingsmethode gebruik kan maken.¹³³

Het object van een octrooirecht is dus 'de uitvinding'. Een intellectueel eigendomsrecht beschermt een intellectuele prestatie, de uitvinding. De uitvinding kan bestaan in een nieuwe werkwijze of een nieuw voortbrengsel op het gebied van de nijverheid. Hiermee wordt wederom verwezen naar de in de empirie

126 Tekst en Commentaar, artikel 3 ROW 1995 (Den Hartog), aantekening 3. De enige gepubliceerde uitspraak is die van de Octrooiraad van 21 febr. 1944, BIE 1946, nr. 57 waarin geweigerd werd een octrooi te verlenen wegens strijdigheid met de openbare orde. De desbetreffende uitvinding van smeltdraad bleek in de praktijk onveilig en dus gevaarlijk te zijn.

127 'Wezenlijk' wil zeggen dat een werkwijze zijn biologische aard niet verliest als bij de toepassing ervan gebruik wordt gemaakt van bepaalde technische hulpmiddelen. Een technisch geaarde productiewijze, bijvoorbeeld in de vorm van een biochemische recombinantentechniek, voor een plant of dier kan echter wel voor octrooi in aanmerking komen.

128 Zie echter T 19/90 van 3 oktober 1990, OJ EPO 1990, 476 (Onco-Mouse/Harvard) en examining Division van 3 april 1992, OJ EPO 1992, 589 (Onco-Mouse/Harvard); G 1/98 van 20 december 1990, OJ EPO 2000, 111 (Transgenetic Plants/Novartis II).

129 Zie daarover Ebbink 1989, p. 61; Kokke 1990, p. 271-283; Perizonius 1990, p. 283-287; Rapport 'levende uitvindingen', Nederlandse Organisatie voor Technologisch Aspectenonderzoek, SDU 1991; Wichers Hoeth 1993, p. 30; Stek 1991.

130 Brinkhof 1990, p. 800, laat zien dat men aanvankelijk ethische bezwaren had tegen de octrooiering van geneesmiddelen. De argumenten dat onderzoekskosten terugverdiend moeten kunnen worden en dat bescherming de concurrentie zou bewegen zelf te investeren in onderzoek, bleken het zwaarst te wegen. Inmiddels ligt dit oordeel wederom onder vuur, met name gezien de slechte allocatie van geneesmiddelen in derde wereld landen. Vgl. onder meer De Laat 1997 en Posey & Dutfield 1998.

131 Zie hierover nader Bostyn c.s. 2001, p. 134.

132 Tekst en Commentaar (Den Hartog), artikel 7 ROW 1995, aantekening 5.

133 Zie Bostyn 1998, p. 197.

bestaande werkwijze of voortbrengsel. Het is echter niet het voortbrengsel of de werkwijze, dat beschermd wordt, maar de daaraan voorafgaande inventieve gedachte, het *corpus mysticum*, die in het voortbrengsel of de werkwijze tot uitdrukking wordt gebracht. De technische eisen die aan de uitvinding worden gesteld zijn: nieuwheid, uitvinderwerkzaamheid en toepasbaarheid op het gebied van de nijverheid. De wet geeft de ethische grenzen expliciet aan. Hier ziet men dus dat net als bij zaken als objecten van eigendomsrechten, technische en ethische eisen ook bij de uitvinding als object van het octrooirecht een rol speelt.

Hierna zullen enkele grensgevallen worden behandeld. Het grensgeval van de software illustreert dat de rechtsgrond van het octrooirecht bij de bepaling van de reikwijdte van het rechtsobject centraal staat: levert octrooiëring van software meer op dan de kosten daarvan met zich meebrengen? Het grensgeval van de business methods ofwel bedrijfsvoeringmethodes geeft weer dat het aloude domein van de techniek, door het octrooirecht steeds meer verlaten wordt. Voldoende lijkt nu te zijn dat er bij de uitvinding sprake is van technische overwegingen. Het grensgeval van de biologische materialen illustreert dat de ethische bezwaren die tegen octrooiëring van een bepaald object bestaan, aan verandering onderhevig zijn.

Grensvallen

4.2.3.3 Software

Het octrooirecht is in de loop der jaren steeds ruimer geworden. Aanvankelijk zag het octrooirecht op landbouwkundige werktuigen, later werden dit machines en fabrikaten. Voor Thomas Jefferson was technologie goed te identificeren: het had substantie en bewegende delen en het deed iets in de externe wereld in de praktijk van landbouw of nijverheid.¹³⁴

Aanvankelijk vond men dan ook dat software geen object van octrooirecht kon zijn, het zou te mathematisch zijn om rechtsobject van octrooirecht te zijn.¹³⁵ Software is voornamelijk een concept, een lijst van stappen, en geen tastbare machine of tastbaar fabrikaat van een machine. Computerprogramma's zijn dan ook opgenomen in artikel 2 lid 2 sub c ROW 1995/ 52 lid 1-3 EOV, dat aangeeft welke objecten niet als uitvinding worden beschouwd.

In de loop der tijden is men zich gaan afvragen of de ontkenning van computerprogramma's als uitvinding wel juist is. Dit onder meer omdat men software meer ging zien als fysieke transformaties in plaats van pure abstrac-

134 Merges 1999, p. 5: 'At the very least, for Jefferson, if you put technology in a bag and shook it, it would make some noise'.

135 De Octrooiraad en het Europees Octrooibureau oordeelden in 1970 dat computerprogramma-tuur niet voor octrooiëring in aanmerking kan komen: Octrooiraad 16 december 1970, *BIE* 1971, 10 inzake Geautomatiseerde Telefooncentrale. Zie hierover Verkade 2001, p. 203 e.v.

ties.¹³⁶ Los van het feit dat het resultaat vorm krijgt in bits, blijft het een technisch resultaat. Bovendien werd gedacht dat software cruciaal zou zijn voor de groeiende industrie van begin 20^e eeuw.

Centraal in de discussie omtrent de kwalificatie van software als 'uitvinding' staat de rechtsgrond van het octrooirecht: levert octrooiering van software een bepaalde waarde op voor de maatschappij boven de kosten die octrooiering van de uitvinding met zich meebrengt? Het is inmiddels gebleken dat dit wel degelijk het geval kan zijn.¹³⁷ Er is derhalve geen goede grond aan te geven waarom de software-industrie niet en de traditionele industrie wel beschermd kan worden, behalve dan dat met de aanvaarding van software als rechtsobject van octrooirecht, het onderscheid tussen concepten en machines is vervaagd.

Inmiddels is er een richtlijn met betrekking tot het octrooieren van in computers geïmplementeerde uitvindingen, ontworpen.¹³⁸ Hieronder worden uitvindingen verstaan die in een computer of gelijksoortig apparaat worden geïmplementeerd en die door een computerprogramma worden gerealiseerd.¹³⁹ Verkade, Visser en Bruining zien het schrappen van het wettelijk verbod van octrooiering van programmatuur als 'legalisering' van een reeds gegroeide praktijk.¹⁴⁰ Het Europees Octrooibureau (EOB) is namelijk reeds enige tijd bereid octrooien te verlenen voor computerprogramma's.¹⁴¹ Wel geldt dat aan het vereiste van technisch karakter bij softwaregerelateerde uitvindingen pas is voldaan als er naast het algemene, universele technische

136 Merges 1999, p. 5. De Octrooiraad kwam in het midden van jaren '80 op het standpunt dat computerprogramma's niet geoctrooieerd konden worden terug en achtte een octrooi voor het op nieuwe en inventieve wijze verwerken van informatie per computer mogelijk. Aan het vereiste van technisch karakter bij softwaregerelateerde uitvindingen is in principe slechts voldaan als er naast het algemene, universele technische karakter dat inherent is aan de uitvoering van de uitvinding met behulp van een computer, ook een specifiek of verder technisch karakter aanwezig is. Wichers Hoeth/Gielen 2000, p. 21. Guidelines for examination in the EPO, uitgave EOB, juli 1999; Hutter 1997, p. 315-319; Hanneman 1999, p. 156-157; T 173/97 van 1 juli 1998, OJ EPO 1999, 609 (Exclusion of computer program products from patentability not under all circumstances). Vgl. ook Verkade 2001, p. 205 e.v.

137 Zie voor een overzicht omtrent de octrooiering van software onder andere Bostyn 2001C, p. 82 e.v.

138 COM (2002) 92. Zie Overdijk 1999, p. 201-203; Hanneman 1999, p. 156-157; Van Gorp 2000, p. 8-9.

139 Belangrijke reden voor het ontwerpen van de richtlijn was het feit dat het in Amerika en Japan reeds lange tijd mogelijk is octrooien voor computerprogramma's te verkrijgen. Zie hierover onder anderen Chan 1999, Hanneman 1994, p. 383-386, Hutter 1997, p. 315-319 en Hanneman 1999. Een van de zaken waarin octrooi voor software werd verleend is de zaak *Re Lowry*, 32 F.3d (Fed.Cir.1994). Uitgesloten van octrooierbaarheid zijn naar Amerikaans recht abstracte ideeën, natuurwetten, wetenschappelijke principes, louter tekst of mathematische algoritmen per se.

140 Verkade, Visser & Bruining 2000, p. 94.

141 Zie hierover Verkade 2001, p. 206 e.v.

karakter dat inherent is aan de uitvoering van de uitvinding met behulp van een computer ook een specifiek of verder technisch karakter aanwezig is.¹⁴²

4.2.3.4 *Business methods/bedrijfsvoeringmethodes*

In het verlengde van het grensgeval computerprogramma's, liggen de methode voor bedrijfsvoering, ook wel 'business methods' genaamd. Het is moeilijk om het begrip precies te omschrijven. Bostyn noemt de methodes die zich afspelen in een wereld van de accounting, financieel management in het algemeen, het aanzetten van consumenten tot het kopen van goederen, bestellen facturatiemanagement, enz.¹⁴³

De problematiek ten aanzien van octrooiering van bedrijfsmethoden is uit de Verenigde Staten komen overwaaien, waar dit al langere tijd mogelijk is. In de Verenigde Staten wordt het technisch karakter van de uitvinding minder op de voorgrond geplaatst. 'Anything under the sun, made by men', kan in Amerika object van octrooirecht zijn.¹⁴⁴

In de zaak *State Street Bank v. Signature Financial Group* overwoog de Court of Appeals for the Federal Circuit (CAFC) dat ter beoordeling van de octrooierbaarheid met name dient te worden onderzocht of de vinding 'useful', 'concrete' en 'tangible' is.¹⁴⁵ In deze zaak had Signature een octrooi-recht verkregen voor een methode van bedrijfsvoering. Deze methode werd de 'Hub and Spoke'-methode genoemd en hield in dat een groot aantal kleinere beleggingen (spokes) van lokale banken worden samengebracht in een partnership (Hub) ten einde schaal- en belastingvoordelen te behalen.¹⁴⁶ Het belangrijkste argument van State Street was dat deze bedrijfsmethode van Signature niet vatbaar was voor octrooibeschermt. Het CAFC oordeelde in hoger beroep dat de Amerikaanse octrooiwet geen redenen gaf octrooibeschermt te weigeren. De beslissing in eerste aanleg van het District Court dat

142 Wichers Hoeth/Gielen 2000, p. 21; Zie Hutter 1997, p. 315-319; Hanneman 1999, p. 156-157; Overdijk 1999, p. 201-203; Van Gorp 2000, p. 8-9. Verkade, Visser & Bruining 2000, p. 22 geeft aan dat het de kunst is om de vinding zo expliciet mogelijk als een 'technisch' probleem te formuleren, dan wel het bereikte effect zo expliciet mogelijk 'technisch' te formuleren, en de claims (mede) daarop te richten.

143 Bostyn 2001C, p. 78.

144 In de VS is slechts vereist dat de uitvinding deel uitmaakt van een van de technologische disciplines. Alleen al het feit dat gebruik wordt gemaakt van een computer of van software maakt dat het 'deel uitmaakt van een van de technologische disciplines'. Buiten het octrooi-recht vallen natuurwetten, natuurverschijnselen en abstracte ideeën. Vgl. *Diamond v. Diehr* (Supreme Court 1981) 450 U.S. 175 en *Diamond v. Chakrabarty* (Supreme Court 1980) 447 U.S. 303.

145 *State Street Bank & Trust co. V. Signature Financial Group Inc.* 149, F. 3d (Federal Circuit 1998). Alle recente uitspraken van het CAFC zijn te vinden op 'www.law.emory.edu/fedcircuit'. Zie hierover Thomas 2000, p. 116-123.

146 Het ging derhalve om een dataverwerkings-systeem voor het implementeren van een investeringsstructuur. Zie Bostyn 2001C, p. 83.

business methods niet octrooieerbaar zijn, werd afgedaan als ill-conceived.¹⁴⁷ Dit is verklaarbaar vanuit het feit dat de billijkheidsrechtsgrond in Amerika belangrijker wordt gevonden dan het utilistische perspectief in Europa. De prestatie van de maker vormt in Amerika de grondslag voor het toekennen van een beloning in de vorm van een tijdelijke bescherming.

In navolging van de ontwikkelingen in de Verenigde Staten en door de explosieve groei van het Internet, is ook in Nederland de vraag opgekomen of (niet-technische) handelsmethoden als uitvindingen kunnen worden gekwalificeerd. Door een bedrijfsmethode uit te vinden waarbij de mogelijkheden van Internet efficiënter worden of worden vermeerderd, kan een bedrijf veel voordeel verkrijgen.

Kunnen deze niet-technisch georiënteerde uitvindingen ook beschermd worden door het octrooirecht? Bij de beantwoording van deze vraag speelt op de achtergrond het feit dat deze bedrijfsmethoden sterk lijken op computerprogramma's. Door de aanvaarding van computerprogramma's als uitvinding, is het moeilijker argumenten te vinden die bescherming voor bedrijfsmethoden uitsluiten.

In de SOHEI-uitspraak is door een ruime uitleg van het vereiste van 'techniek', de deur van de octrooiering van bedrijfsmethoden open gezet. In deze zaak ging het om de vraag of een software ondersteund managementsysteem, waarbij gegevens van diverse onderdelen van de bedrijfsvoering (financiën, inventaris, personeel en dergelijke) werden geïntegreerd en op uniforme wijze aan de gebruiker werden getoond, object van octrooirecht kon zijn.¹⁴⁸ Het Europees Octrooibureau is tot een positief oordeel gekomen, omdat zij het voldoende vond dat er bij de uitvinding sprake is van *technische overwegingen*. Het systeem was een technisch systeem, los van het niet-technische doel van bijvoorbeeld financieel management.

In de Pension Benefits Systems zaak (PBS) ging het eveneens om het technisch karakter. Het object betrof hier een 'improved pension benefits system', een pensioenspaarsysteem voor werknemers, waarbij tussentijdse opbrengsten werden uitgekeerd aan de werknemers, gekoppeld aan een levensverzekeringssysteem. Naast dit systeem werd ook een productclaim ingediend, met het oog op het beschermen van het apparaat dat het gehele systeem zou moeten beheren.¹⁴⁹ De eerste vraag die de Technische Kamer van Beroep (TKB) moest

147 Vgl. Verkade, Visser & Bruining 2000, p. 28.

148 T 769/92 (SOHEI), *Official Journal EPO*, 1995, p. 525. De octrooiaanvraag was reeds ingediend in 1986. De aanvraag behelst een systeem en een methode waarbij de bestanden met de data uit de diverse onderdelen van de bedrijfsvoering automatisch en met steeds dezelfde presentatie aan de beheerder van het systeem worden getoond. Het voordeel van de methode ligt dus met name in de toename van het gebruiksgemak voor de beheerder van het managementsysteem.

149 Vgl. Bostyn 2001C, p. 78.

beantwoorden, was die naar het technische karakter van deze uitvinding.¹⁵⁰ De TKB oordeelt ten aanzien van het pensioenspaarsysteem dat dit geen uitvinding is. Het gebruik van technische middelen voor een niet technisch doel en/of voor het verwerken van niet-technische informatie, verleent niet per se een technisch karakter aan dit systeem.¹⁵¹ Geen uitvinding dus omdat het alleen betrekking heeft op economische aspecten en handelspraktijken. De productclaim wordt daarentegen wél als uitvinding gekwalificeerd. Het apparaat is gemaakt voor een specifieke toepassing en is in die zin een voortbrengsel dat door menselijke arbeid ten behoeve van een nuttig doel tot stand is gekomen. Volgens het TKB is er echter géén sprake van uitvinderwerkzaamheid.¹⁵²

Door de aanvaarding van bedrijfsmethoden als uitvindingen in de SOHEI-uitspraak, zijn de grenzen van het begrip uitvinding eigenlijk alleen maar vager geworden.¹⁵³ Hoewel naar Europees recht nog steeds een technisch element vereist is, is het techniekvereiste wel op zijn voetstuk komen te wankelen.¹⁵⁴ Men lijkt vooral te toetsen aan de rechtsgrond van het octrooirecht: levert octrooiering van uitvinding x meer op dan de kosten van deze octrooiering?

4.2.3.5 *Biologische materialen*

Planten- en dierenrassen, alsmede werkwijzen van wezenlijk biologische aard voor de voortbrenging van planten of dieren worden van oudsher op grond van ethische argumenten niet octrooieerbaar geacht (3b ROW 1995/53b EOv). In de Europese Richtlijn betreffende de rechtsbescherming van biotechnologische uitvindingen wordt hier echter een uitzondering op gemaakt.¹⁵⁵ Hierin wordt bepaald dat onder uitvindingen onder meer is begrepen voortbrengselen uit biologisch materiaal, met inbegrip van 'een deel van het menselijk lichaam dat wordt geïsoleerd of dat anderszins met behulp van een technische werkwijze wordt verkregen, met inbegrip van een sequentie of partiële sequentie van

150 Zie nader over het vereiste van het technische karakter Bostyn 2001C, p. 78 e.v.

151 Bostyn 2001C, p. 79.

152 Bostyn 2001C, p. 80.

153 De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 20 januari 1950, *NJ* 1950, 274, overwogen dat een werkwijze met betrekking tot het vaststellen van een rooilijn niet als uitvinding kan worden gekwalificeerd.

154 Zie hierover onder andere Merges 1999. Bostyn 2001C, p. 88 en Hanneman 2000, p. 45 pleiten voor een stringente en correcte toepassing van de octrooieerbaarheidsvoorwaarden, met name van het vereiste van de uitvinderwerkzaamheid (inventive step): is het computerprogramma niet veel meer dan een rekenmachine en een databank. Van Looijengoed 2001, p. 613 pleit voor introductie van een onderscheid tussen transpiratie en inspiratie. Voor vindingen die overwegend gebaseerd zijn op een creatief idee (inspiratie) waarvan de toepassing weinig voeten meer in aarde heeft, is octrooibeschermtng moeilijker te rechtvaardigen omdat deze vindingen toch wel zullen worden toegepast.

155 Richtlijn 98/44/EG van 6 juli 1998, *PbEG* 30 juli 1998, L 213/13.

een gen, ook indien de structuur van dat deel identiek is aan die van een natuurlijk deel (5 lid 2 Biotechnologierichtlijn).

Duidelijk is dat de ethische eisen kunnen verschuiven aan de hand van de ontwikkelingen in de samenleving. Als belangrijkste reden voor deze verschuiving wordt aangevoerd dat dit beter aansluit bij de huidige ontwikkelingen van de biotechnologie. Door de ontwikkeling van de techniek en wetenschap is het mogelijk geworden de genen van levende wezens in kaart te brengen en deze door middel van vernuftige technieken te isoleren.¹⁵⁶ Biotechnologische vernieuwingen kunnen een bijdrage leveren aan onder meer de gezondheidszorg, de voedselproductie en het milieuprobleem.¹⁵⁷ Dit gebeurt veelal door de genen geschikt te maken voor toepassingen van recombinantietechnieken en zo voor allerlei industriële doeleinden in te zetten.¹⁵⁸

Er is op de Biotechnologierichtlijn veel kritiek gekomen.¹⁵⁹ Dit heeft ten eerste te maken met het feit dat het onderwerp nauw betrokken is met de persoonlijke levenssfeer. Er is gevoelsmatig gezien niets persoonlijker dan genen.¹⁶⁰ Genen zijn dragers van onze erfelijke informatie en de bouwers van wat we zijn.¹⁶¹

In de tweede plaats roept de richtlijn vragen op met betrekking tot het onderscheid uitvinding-ontdekking. Een ontdekking is het vinden van nieuwe eigenschappen van het bestaande, bijvoorbeeld de eigenschap om elektrische stroom te geleiden.¹⁶² Hetgeen in de natuur reeds voorkomt en eventueel daarin nog ontdekt moet worden, wordt tot het publiek domein gerekend.¹⁶³ Op grond van dit onderscheid zijn de meningen ten aanzien van de octrooieerbaarheid van DNA in twee kampen in te delen. Het eerste kamp stelt dat genen het product van de natuur zijn en dus niet geoctrooieerd kunnen worden, omdat zij reeds bestaan in de natuur en dus niet nieuw zijn. Volgens deze opvattingen volstaat het niet om een stof uit de natuur te isoleren en te purifiëren om daarvan een uitvinding in de zin van de octrooiwet te maken. Een

156 Zie voor een overzicht van het belang van biotechnologie in onze samenleving: Beleidsnota Biotechnologie, TK 2000-2001, 27 428, nr. 2.

157 Zie hierover onder meer Huydecoper 1997, p. 410.

158 Bostyn c.s. 2001, p. 34.

159 Bij de Tweede Kamer is een wetsontwerp tot aanpassing van de ROW 1995 en ZPW ingediend, TK 26 568. Het klassieke octrooirecht blijft uitgangspunt, maar op sommige specifieke punten wordt het aangepast omdat rekening moet worden gehouden met nieuwe technologische ontwikkelingen waarbij van biologisch materiaal gebruik wordt gemaakt maar toch aan de voorwaarden inzake octrooieerbaarheid wordt voldaan. Vgl. Van Overwalle 1998.

160 Paradoxaal genoeg zijn onze genen eigenlijk weinig origineel en principieel onderling tussen individuen uitwisselbaar. Zie Bostyn 1998, p. 186-201.

161 Genen zijn stukjes DNA die dragers zijn van de informatie die noodzakelijk is voor de productie van eiwitten.

162 Hof 's-Gravenhage 11 november 1937, *BIE* 1938, 76 (Farbenindustrie/Staat).

163 Zie nader over het begrip 'ontdekking' Bostyn 2002 die onder meer aangeeft dat de Duitse rechtsleer vereist dat men kan spreken van een uitvinding als er sprake is van een technische leer, een leer met het oog op planmatig of methodische handelen.

dergelijke stof zal namelijk dezelfde werking en hetzelfde effect hebben als de natuurlijk voorkomende onzuivere variant. In de Verenigde Staten wordt dit wel de 'products of nature'-doctrine genoemd.¹⁶⁴ Het tweede kamp vindt dat er ten aanzien van DNA wel sprake is van een nieuwe stof die octrooieerbaar moet zijn, omdat er sprake is van isolatie en zuivering van een bepaalde stof. Dit vooral omdat er redelijk veel moeite en kunde nodig is om deze stof te isoleren.¹⁶⁵

De Biotechnologierichtlijn bepaalt in artikel 5 lid 1 dat het menselijk lichaam in de verschillende stadia van zijn vorming en ontwikkeling, alsmede de loutere ontdekking van een van de delen ervan of van de gehele of partiële sequentie van een gen niet octrooieerbaar zijn. Artikel 5 lid 2 voegt daaraan toe dat een deel van het menselijk lichaam dat werd geïsoleerd of dat anderszins door een technische werkwijze werd verkregen, met inbegrip van een sequentie of een partiële sequentie van een gen, vatbaar is voor octrooiëring, zelfs indien de structuur van dat deel identiek is aan die van een natuurlijk deel. De richtlijn maakt zo een onderscheid tussen genen 'zoals ze in de natuur voorkomen' en genen 'die uit de natuur met behulp van technische werkwijze zijn geïsoleerd'.¹⁶⁶

Deze oplossing heeft veel commentaar gekregen.¹⁶⁷ De Nederlandse regering heeft zelfs pogingen ondernomen om de Biotechnologierichtlijn nietig te laten verklaren op grond van (onder meer) strijd met de goede zeden en openbare orde. Het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap heeft het

164 Zie onder meer de US Supreme Court 16 juni 1980, *Diamond v. Chakrabarty*: 'The patentee has produced a new bacterium with markedly different characteristics from any found in nature and one having the potential for significant utility. His discovery is not nature's handwork, but his own; accordingly it is patentable subject matter...'. In de zaak *Comr. Pat. v. Allen*, PTO BPAI, 2 USPQ2d, p. 1425 (1987); *Bent S.A. Stan Allen's Invention v. The World His Owner*, CIPA, p. 30 (1987), verklaarde het US Patent and Trademark Office (PTO) dat niet-natuurlijke objecten, niet menselijke multicellulaire levende organismen, inclusief dieren als object van octrooierecht onder artikel 101 U.S.C. vallen. In het 13^e amendement van de Amerikaanse Constitutie staat dat het verboden is een 'exclusief property right' te hebben op mensen. Mensen kunnen dus geen object van octrooierecht zijn. Zie *Hudson* 1992, p. 510. In 1988 is octrooi verleend op een genetisch gemanipuleerde kankermuis (*Harvard Mouse*). Zie ook *Gutwirth* 1990, p. 211.

165 *Bostyn* 1998, p. 190 geeft weer dat men bij de isolatie en het verder gebruik van het gen de voorkeur zal geven aan of zal moeten werken met cDNA (complementair DNA), wat van origine niet in de natuur voorkomt. Vgl. ook *Bostyn* c.s. 2001, p. 124.

166 Het EOB beschouwt genen als chemische stoffen. Vgl. *Relaxin* zaak, decision of the Opposition Division de dato 18/1/1995, OJ EPO 1995, p. 388, alsmede de *Amgen* zaak voor het EOB, T 0412/93, 'Erythropoietin/KIRIN-AMGEN', EPOR [1995] p. 629. Zie voor de VS: *Amgen Inc. v. Chugai Pharmaceuticals Co.* 927 F.2d 1200 (CAFC 1991), als ook *In re Bell*, 991 F.2d 781, 26 USPQ2d (BNA) 1529 (CAFC 1993). Zie hierover *Huydecoper* 1991; *Versteegh* 1991; *Bostyn* 2000, p. 253 e.v.; *Swinkels* 2001, p. 220.

167 Zie onder anderen *Van Overwalle & Jacobs* 2001, p. 115, *Bobrow en Thomas* 2001, *Swinkels* 2001, p. 220, *Bostyn* 2001B, p. 134, *Bostyn* c.s. 2001, p. 126 en *Bostyn* 2002, p. 258. Vgl. *Van de Graaf* 1997.

verzoek tot nietig verklaring op 9 oktober 2001 verworpen.¹⁶⁸ Het Hof is van oordeel 'dat waar het gaat om levende materie van menselijke oorsprong het octrooirecht in de richtlijn voldoende strak is geregeld om ervoor te zorgen, dat het menselijk lichaam daadwerkelijk niet ter beschikking staat en onvervreemdbaar blijft en aldus de menselijke waardigheid gewaarborgd wordt'. Dit blijkt volgens het Hof onder meer uit het feit dat delen van het menselijk lichaam in hun natuurlijke toestand niet geoctrooieerd kunnen worden en dat 'werkwijzen voor het klonen van mensen, werkwijzen tot wijziging van de germinale genetische identiteit van de mens en het gebruik van menselijke embryo's voor industriële of commerciële doeleinden' en alle andere 'werkwijzen waarvan de toepassing strijdig is met de menselijke waardigheid, eveneens van octrooiering zijn uitgesloten'.¹⁶⁹ Een uitvinding waarvoor een octrooi kan worden verkregen, zal dus niet altijd mogen worden toegepast. Er zijn dus gescheiden regimes voor octrooiering en toepassing of toelating op de markt.¹⁷⁰

4.2.4 Object van een merkrecht: merk

4.2.4.1 Inleiding

In aanvang was het merkenrecht¹⁷¹ met name bedoeld om herkomstverwarring van onderscheidingsmiddelen (merken) tegen te gaan.¹⁷² Inhoudelijk kwam dit 'merkenrecht' neer op een wettelijk vastgelegde zorgvuldigheidsnorm. De Hoge Raad overwoog zo in 1912 dat 'de wet niet beschermt merken, maar alleen het recht der eerste gebruikers om dat te doen met uitsluiting van andere gebruikers'.¹⁷³ In de loop der tijden, met de ontwikkeling van de industrie en handel, nam het merk in het economisch verkeer aan betekenis toe en werd het merk zelf een zelfstandig economisch (rechts)object.¹⁷⁴ Een

168 HvJ EG 9 oktober 2001, Zaak C-377/98 te vinden op 'www.curia.eu.int'. Vgl. Bostyn 2001A, p. 392. Als argumenten werden onder meer aangevoerd dat de noodzaak tot harmonisatie niet is aangetoond, dat onvoldoende rekening is gehouden met het grondrecht op de lichamelijke integriteit en het zelfbeschikkingsrecht van patiënten. Zie Leenen 2000, p. 51. Als nadeel wordt ook genoemd dat dit de voortgang van onderzoek met lichaamsmateriaal door publieke (universitaire) onderzoeksinstituten kan frustreren. Zie Roscam Abbing 2001, p. 9. Beleidsnota Biotechnologie, Kamerstukken II 2000-2001, 27 428, nr. 2, p. 49; Bostyn 2000, p. 229-264.

169 Overweging 73-77.

170 MvT, TK 26 568, p. 5-6.

171 Met de term merkenrecht pleegt men het objectieve recht aan te duiden; met de term merkrecht het subjectieve recht van de rechthebbende.

172 Het merk legde een band tussen de producent en zijn waar, het stelde de fabrikant of handelaar in gelegenheid zijn waar te doen kennen als product.

173 Gerbrandy 1946, p. 84; HR 8 november 1912, NJ 1913, p. 4.

174 Vgl. Van Engelen 1994, p. 23.

product wordt niet alleen maar gekocht omdat het van een bepaalde fabrikant afkomstig is, maar evenzeer omdat het van een bepaald merk (bijvoorbeeld Lacoste) voorzien is, omdat het een bepaalde kwaliteit garandeert of omdat het een zeker imago vertegenwoordigt.¹⁷⁵ Het merk werd zo tot een zelfstandig rechtsobject, dat los van de persoon van de ondernemer of de daaronder verkochte producten een vermogenswaarde bezit.

Het merkenrecht is geregeld bij Eenvormige Beneluxwet op de warenmerken, die als bijlage is gevoegd bij het op 19 maart 1962 gesloten Beneluxverdrag inzake de warenmerken.¹⁷⁶ De houder van een merk verkrijgt een exclusief recht, dat hij onder bepaalde voorwaarden kan inzetten tegen aantasting van dit merk in zijn functies.¹⁷⁷

Als (individueel) merk kunnen beschermd worden 'de benamingen, tekeningen, afdrukken, stempels, letters, cijfers, vormen van waren of van een verpakking en alle andere tekens, die dienen om de waren van een onderneming te onderscheiden' (1 BMW).¹⁷⁸ Dit artikel geeft geen limitatieve opsomming van voorbeelden. Zo is algemeen aanvaard dat ook kleurtekens,¹⁷⁹ blauwe gastankjes,¹⁸⁰ klank- of gebarentekens, geuren en strepen¹⁸¹ als merk kunnen worden beschouwd.¹⁸²

Naast individuele merken biedt de BMW ook onderdak aan collectieve merken. Artikel 19 BMW omschrijft collectieve merken als alle tekens, die aldus bij depot worden aangeduid en die dienen om één of meer gemeenschappelijke kenmerken te onderscheiden van waren, afkomstig van verschillende ondernemingen, die het merk onder toezicht van de houder aanbrengen. De bijzondere regels van collectieve merken (19-28 BMW) worden hier verder buiten beschouwing gelaten.

4.2.4.2 Kwalificatie-eisen

Men kan een onderscheid maken tussen relatief en absoluut ontoelaatbare merken. Merken zijn relatief ontoelaatbaar wanneer zij stuiten op oudere

175 Men spreekt ook wel over het merk als 'drager van goodwill'.

176 *Trb.* 1962, 58.

177 Het HvJ EG heeft in zijn arrest van 17 oktober 1990, *NJ* 1992, 743 overwogen dat het merkrecht een essentieel onderdeel is van het stelsel van onvervalste mededinging (Hag II).

178 Artikel 2 Harmonisatierichtlijn geeft een even ruime definitie van het begrip merk, zij het dat uitdrukkelijk is bepaald dat de als merk fungerende tekens vatbaar moeten zijn voor grafische weergave. Artikel 15 TRIPs-verdrag noemt het merk 'any sign, capable of distinguishing the goods or services of one undertaking from those of another undertaking'.

179 BenGH 9 februari 1977, *NJ* 1978, 415 (Roodzwarte capsules).

180 BenGH 9 maart 1977, *NJ* 1978, 416 (Camping gas).

181 BenGH 9 februari 1977, *NJ* 1978, 415 (Roodzwarte capsules); HR 1 juli 1982, *BIE* 1983, nr. 48, p. 130 (Adidas); BenGH 23 december 1985, *NJ* 1986, 258 (Adidas)

182 Zie voor een uitvoerige bespreking van verschillende soorten merken en onderscheidend vermogen IEC/Spoor/ME II-Artikel 1-1 e.v.

rechten van derden.¹⁸³ Een merk is absoluut ontoelaatbaar wanneer het geen onderscheidend vermogen heeft (technische grens),¹⁸⁴ in strijd is met de openbare orde of goede zeden of misleidend is (ethische grens) (6bis BMW).¹⁸⁵

Onderscheidend vermogen wordt in de rechtspraak als volgt omschreven: de identiteit van de waren waarvoor het teken als merkteken moet dienen, als afkomstig van een bepaalde onderneming, moet genoegzaam worden gedemonstreerd.¹⁸⁶ Het teken moet geschikt zijn om als herkomstteken door het publiek te worden opgevat.¹⁸⁷ Het onderscheidend vermogen is, ook in de tijd, geen constante, maar een dynamisch begrip.¹⁸⁸ Het kan in de loop van de tijd toe- of afnemen, bijvoorbeeld omdat het door inburgering tot een beschermd merk wordt. Het onderscheidend vermogen zoals dat ten tijde van de inroeping van bescherming van het merkenrecht bestaat, is van invloed op de vraag of er inbreuk is of niet.¹⁸⁹

Bij de beoordeling van het onderscheidend vermogen van een merk dient artikel 6 quinquies b sub 2 Verdrag van Parijs als maatstaf (zie 14a lid 1 (a) BMW). Deze bepaling kent drie soorten niet-onderscheidende merken. Ten eerste de tekens die geen enkel onderscheidend vermogen hebben, bijvoorbeeld doordat zij te eenvoudig (onvoldoende individualiteit) of te ingewikkeld zijn om als merk te worden opgevat.¹⁹⁰ Ten tweede tekens die uitsluitend bestaan uit tekens of aanwijzingen die in de handel kunnen dienen tot aanduiding

183 Wichers Hoeth/Gielen 2000, p. 142.

184 Dit vereiste geldt zowel voor individuele merken (1 BMW) als voor collectieve merken (19 BMW). Het doel van een individueel merk is de waar onderscheiden van alle andere waren die niet van dat merk zijn voorzien en die van andere ondernemingen afkomstig zijn. Een collectief merk wil waren die van verschillende ondernemingen afkomstig zijn onderscheiden naar bepaalde, vooraf vastgestelde, gemeenschappelijke kenmerken en de aanwezigheid van deze kenmerken waarborgen. Zie Tekst en Commentaar, artikel 19 BMW (Hagemans), aant. 1.

185 Door het Protocol 1992 heeft het Benelux Merkenbureau de bevoegdheid gekregen depots op absolute gronden te toetsen.

186 BenGH 19 januari 1981, *NJ* 1981, 294 (Kinder). In BenGH 9 februari 1977, *NJ* 1978, 415 (Centrafarm/Beecham), stelde het Hof dat voor onderscheidend vermogen vereist is dat een teken –gelet op alle relevante omstandigheden –geacht kan worden op zodanige wijze de herkomst van een waar of dienst te demonstreren dat het de wezenlijke functies van een individueel merk verwag te vervullen. Zie voor een uitgebreid overzicht van de verschillende soorten merken en het onderscheidend vermogen uitgebreid IEC/Spoor/ME II-artikel 1-1 e.v.

187 BenGH 16 december 1991, *NJ* 1992, 576 (Burberrys II).

188 BenGH 5 oktober 1982, *NJ* 1984, 71 (Juicy Fruit). Wichers Hoeth/Gielen 2000, p. 145: 'Sommige tekens hebben een gering onderscheidend vermogen, bijvoorbeeld omdat zij niet dadelijk en duidelijk opvallen als een individueel onderscheidingssteken, of omdat zij de indruk wekken een verwijzing in te houden naar de aard of hoedanigheid van de waar. Men spreekt dan van zwakke merken. Hiertegenover staan merken met een groot onderscheidend vermogen, de zogenaamde sterke merken, die veelal wijd en zijd bekend zijn of die inherent sterk zijn doordat zij uit een fantasienaam bestaan of anderszins origineel van karakter zijn.

189 BenGH 5 oktober 1982, *NJ* 1984, 71 (Juicy Fruit).

190 Zie onder meer Wichers Hoeth/Gielen 2000, nr. 233.

van de soort, de hoedanigheid, de hoeveelheid, de bestemming, de waarde, de plaats van herkomst of het tijdstip van voortbrenging (soort aanduidingen of uitsluitend beschrijvende tekens).¹⁹¹ Ten derde tekens die ten tijde van het depot gebruikelijk zijn geworden in de gangbare taal of de eerlijke en vaststaande gewoonten van de handel (de zogenaamde vrijmerken).¹⁹²

Strijd met de goede zeden of de openbare orde wordt alleen aangenomen wanneer de inhoud van het merk zelf in strijd is met de openbare orde (Vgl. 4 lid 1 BMW). De strijdigheid in één van de Beneluxlanden is reeds voldoende om van een ongeoorloofd merk te spreken. Het maakt niet uit of het merk wordt gebezigd voor verboden doeleinden.¹⁹³ Deze eis raakt direct de ethische grenzen. In strijd met de openbare orde zijn merken die in strijd zijn met wettelijke bepalingen, zoals de regelingen die zijn getroffen krachtens de Warenwet en de daarop gebaseerde besluiten die bepaalde namen voorbehouden voor waren van bepaalde samenstelling.¹⁹⁴ Aanstootgevende woorden en beeldmerken, racistische of godslasterende woorden en dergelijke kunnen in strijd zijn met de goede zeden.

Misleidend zijn merken indien zij bij het publiek niet met de werkelijkheid overeenkomende voorstellingen wekken omtrent de aard, geografische her-

191 Zie onder meer Wichers Hoeth/Gielen 2000, nr. 234/237. In de 'Baby Dry-zaak' heeft het Europees Hof zich voor het eerst uitgesproken over beschrijvende merken die naar nationaal recht geweigerd worden. Het Hof toont zich veel minder streng en stelt dat Baby Dry als combinatie geen gebruikelijke aanduiding is voor luiers en dus een merk kan zijn. Over de toelaatbaarheid van het vormmerk Philips/Remington, het kleurmerk oranje van Libertel, het klankmerk Für Elise van merkenbureau Shieldmark, het beeldmerk 'stip' van Nauta Dutilh en het geurmerk Methylcinnamat (geurig vruchtig met een vleugje kaneel) van een Duitse Octoogemachtigde, zijn eveneens vragen van uitleg gesteld. Zie Brinkhof 2001, p. 252.

192 Zie onder meer Wichers Hoeth/Gielen 2000, nr. 243.

193 Wichers Hoeth/Gielen 2000, p. 161. In HR 30 november 1945, *NJ* 1946, 91 (Horecaf) werd het voor zeeproducten ingeschreven merk 'Horecaf' niet in strijd met de openbare orde geacht, hoewel het voor zeepsurrogaten werd gebruikt.

194 Wichers Hoeth/Gielen 2000, p. 161. Zie bijvoorbeeld Rechtbank 's-Gravenhage 1 november 1966, *BIE* 1967, 199 (Ijoconac) en Rechtbank 's-Gravenhage 15 november 1968, *BIE* 1969, 49 (Mixconac). Denkbaar is dat de grens van de openbare orde of goede zeden in zekere zin kan worden 'opgerekt' om zo te kunnen worden ingeroepen in geval van een te grote monopoliepositie. Men denke dan aan een merkrecht op iets zeer algemeen, zoals bijvoorbeeld de euro, waardoor men in het dagelijks leven in een patstelling zou komen te staan. Men zou dan moeten stellen dat het in strijd is met de openbare orde als voor elke weergave van het woord euro een vergoeding kan worden betaald. Onomstreden is dit niet en de Rechtbank Breda 11 mei 1999, *BIE* 1999, 75, heeft dit ook nog niet willen aanvaarden. Overwogen werd dat het depot als depot te kwader trouw moest worden beschouwd, daar het depot is verricht met de kennelijke bedoeling munt te slaan uit de keuze van de benaming 'euro' als naam voor de Europese munt. Vgl. ten aanzien van het modelrecht § 4.2.5.1 over het bidtapijt-arrest. De Europese regelgeving, waarbij met name gedacht moet worden aan de mensenrechten zoals neergelegd in het EVRM, zullen hierbij een steeds belangrijker rol kunnen spelen.

komst,¹⁹⁵ samenstelling of andere kenmerken van waren of diensten (Vgl. 4 lid 2 BMW). Het moet daarbij gaan om voor het publiek van belang zijnde eigenschappen.¹⁹⁶

Artikel 1 tweede alinea sluit de volgende objecten expliciet uit van merkkwalificatie: vormen, die door de aard van de waar worden bepaald, die de wezenlijke waarde van de waar beïnvloeden of die een uitkomst op het gebied van de nijverheid opleveren.¹⁹⁷ Men denke aan de ronde vorm van een wiel, vormen waarvan de aard van de waar zodanig is dat haar uiterlijk en vormgeving door hun fraaiheid en oorspronkelijk karakter in belangrijke mate haar marktwaarde bepalen¹⁹⁸ en vormen die technisch zijn bepaald.¹⁹⁹

Eveneens ondeugdelijk zijn de merken ten aanzien waarvan artikel 6 ter UvP in weigering of nietigverklaring voorziet (4 lid 1 BMW). Dit betreft wapens, vlaggen en andere staatsymbolen van de landen die bij het UvP zijn aangesloten. Ook de namen en emblemen van internationale organisaties, zoals de gele sterren op blauwe achtergrond van de EG vallen hieronder, een en ander behoudens toestemming van de desbetreffende staat of organisatie. Deze uitsluiting vindt plaats op grond van ethische argumenten.

Artikel 4 BMW noemt verder nog gevallen waarin geen recht op een merk verkregen wordt. Dit betreft bijvoorbeeld merken die overeenstemmen met een voor soortgelijke waren gedeponneerd collectief merk waaraan een recht was verbonden dat is vervallen in de loop van de drie jaren voorafgaande aan het depot (sub 3), merken die overeenstemmen met een door een derde voor soortgelijke waren gedeponneerd individueel merk, waaraan een recht was verbonden dat is vervallen in de loop van twee jaren voorafgaande aan het depot (sub 4), merken die verwarring kunnen stichten met een algemeen bekend merk in de zin van artikel 6bis van het Verdrag van Parijs (sub 5) en te kwader trouw verrichte depots (sub 6).

Als gevolg van artikel 23 lid 2 TRIPS-verdrag is door het Protocol 1996 een nieuwe absolute grond tot weigering of nietigverklaring in de wet ingevoerd. Krachtens artikel 4 lid 7 wordt geen recht op een merk voor wijnen of spiritueliën verkregen dat een oorsprongsaanduiding bevat terwijl het product niet uit het aangegeven gebied afkomstig is.²⁰⁰

195 Zie over bescherming van geografische aanduidingen als merk, onder andere Vroom-Cramer 2000, p. 248-256.

196 Wichers Hoeth/Gielen 2000, p. 162.

197 Bij vormen gaat het om driedimensionale tekens: BenGH 14 april 1989, NJ 1989, 834 (Burberrys I).

198 BenGH 16 december 1991, NJ 1992, 596 (Burberrys II).

199 Deze categorie is ingevoerd uit oogpunt van verwarring met het octrooirecht. Niet vereist is echter dat het object ook daadwerkelijk voorwerp van octrooirecht is. In de Harmonisatierichtlijn is hieromtrent bepaald dat het moet gaan om tekens die uitsluitend bestaan uit de aldaar genoemde vormen, waarbij over de uitzondering van de vorm die een technische uitkomst oplevert, is bepaald dat de vorm noodzakelijk is om die uitkomst op te leveren.

200 Wichers Hoeth/Gielen 2000, p. 163.

Bovenstaande betekent dat het rechtsobject van een merkrecht een 'merk' is. Een intellectueel eigendomsrecht beschermt een intellectuele prestatie, het 'merk'. Ook bij dit rechtsobject staat de individualiteit centraal: derden moeten kunnen weten wat precies onder het 'merk' wordt verstaan, ten aanzien van welk object zij verplichtingen hebben. Een merk moet derhalve onderscheidend vermogen hebben. Het teken moet door derden als herkomstteken worden opgevat. Hier wordt dus een link gelegd naar de empirie. De wet geeft expliciet aan in welke gevallen onderscheidend vermogen niet kan worden aangenomen en er dus niet voldaan is aan de technische eis. De inhoud van het merk kan ook in strijd met de goede zeden of openbare orde zijn en derhalve niet voldoen aan de ethische eis.

Hierna wordt het grensgeval domeinnaam behandeld. Dit grensgeval illustreert dat niet alle domeinnaamgeschillen aan de hand van het merkenrecht kunnen worden afgedaan. Er wordt vervolgens aandacht besteed aan de verschillende opvattingen omtrent de kwalificatie van de domeinnaam.

Grensgevallen

4.2.4.3 Domeinnamen

De domeinnaam is in de praktijk uitgegroeid tot een belangrijk onderscheidingssteken waarmee een onderneming zichzelf bekend maakt en haar producten of diensten aanbiedt. Aanvankelijk werd getracht aan te sluiten bij de regels omtrent merknamen en handelsnamen.²⁰¹ Internetdomeinnamen bevatten vaak het merk of handelsnaam van de desbetreffende onderneming die de website heeft opgezet ('*www.macdonalds.nl*'). Dit is redelijk succesvol gebleken.²⁰² Probleem is dat er ook domeinnamen bestaan die niet vallen binnen de grenzen van het begrip 'merk' als rechtsobject van een merkrecht, zoals

201 Rechtspraak hieromtrent is te vinden op '*www.domjur.nl*'. In de daar te vinden 'ouders.nl-zaak' is overwogen dat een domeinnaam vooral een herkennings- en onderscheidingsfunctie vervult voor de bijbehorende site, zodat gebruik van de domeinnaam, gebruik van een 'merk' op kan leveren. Dit geldt op gelijke gronden voor de handelsnaam. Gebruik van een domeinnaam kan als merkinbreuk of handelsnaaminbreuk worden opgevat. Zie Visser 2000, p. 15; Wefers Bettink 1997, p. 164 e.v. Los van het handelsnaamrecht of merkrecht bescherming kan ook sprake zijn van onrechtmatige daad. Zie bijvoorbeeld Pres. Rechtbank Amsterdam 15 mei 1997, KG 1997, 193 waar in de eerste plaats misleiding is aangenomen doordat ten onrechte de suggestie wordt gewekt dat de domeinnamen betrekking hebben op websites die afkomstig zijn van de onderscheiden eiseressen. In de tweede plaats ontnemt gedaagde met de onderhavige domeinnaamregistraties eiseressen zonder geldige reden de mogelijkheid om zelf die namen te laten registreren. Meer recentelijk is een voorstel gedaan om te komen tot arbitrage voor geschillen over .nl domeinnamen.

202 Een van de eerste zaken in Nederland was: Pres. Rechtbank Amsterdam 15 mei 1997, KG 1997, 193 (Labouchere.com). De rechthebbende van een merk- c.q. handelsnaamsrecht beroept zich op zijn ouder merk- en/of handelsnaamrecht.

'*www.leukedingendoen.nl*'.²⁰³ Dit roept de vraag op naar het rechtskarakter van domeinnamen in het algemeen.

Een domeinnaam is een adres op Internet, waarachter in computertaal nummers (IP-nummers) schuil gaan.²⁰⁴ Anders dan bij de telefoon is er bij het Internet voor gekozen om de naam als adressering te gebruiken. Dit heeft tot gevolg dat geen mens zijn IP-nummer uit zijn hoofd kent, maar wel zijn domeinnaam. Het domeinnaamsysteem (DNS) is de vertaalslag van IP-nummers naar gebruiksvriendelijke namen. Dit betekent dat een adres in cyberspace, correspondeert met een unieke plek (veld) in het geheugen van een computer.

Er is sprake van een boomstructuur: het individuele adres (firmanaam of eigenaam) staat voorop. Daarna volgt het '@'-teken gevolgd door de naam van de organisatie waar de individuele naam deel van uitmaakt. De laatste categorie is de 'toplevel-domeinnaam', dit kunnen internationale branchenamen zijn of landnamen zijn (.edu/.nl/.com/.eu en dergelijke). De Stichting Internet Domeinnaam Registraties (SIDN) beheert de '.nl-domeinnaam' en zorgt ervoor dat de computer doorverwijst naar het juiste adres. Een '.nl-domeinnaam' ontstaat pas door acceptatie van de registratieaanvraag door het SIDN.²⁰⁵ Deze domeinnamen worden vergeven op basis van het adagium 'wie het eerst komt, het eerst maalt'.

Gezien de functie van onderscheidingsmiddel ligt intellectueel eigendomsrechtelijke bescherming voor de hand. De domeinnaam als onderscheidingsteken vertegenwoordigt een grote economische waarde.²⁰⁶ Het is een geestelijke creatie van degene die (als eerste) op het idee is gekomen een bepaalde naam of lettercombinatie aan te vragen. Het is een intellectuele prestatie om een zo handig mogelijke domeinnaam te bedenken. Er is echter geen bestaand absoluut intellectueel eigendomsrecht dat de domeinnaam in het algemeen als rechtsobject kan beschermen.

Bij gebrek aan een absoluut vermogensrecht,²⁰⁷ wordt veelal het relatieve vorderingrecht op de SIDN als uitgangspunt voor de vermogensrechtelijke

203 Vanaf 15 november 2001 is het mogelijk geworden zuiver beschrijvende domeinnamen (generieke domeinnamen) te registreren.

204 Groenboek nummers, p. 23-24. Zie Dommering 1998, p. 309 e.v.

205 Zowel in de nota 'Wetgeving voor de elektronische snelweg' als in de nota 'Netwerken in de Delta' heeft de regering zich in beginsel uitgesproken voor zelfregulering door SIDN van de domeinnaamregistratie onder .nl. Zie TK 26 643, nrs. 1-2 en nr. 6.

206 In de Telegraaf van 27 oktober 1999 wordt aangegeven dat 'www.wallstreet.com' voor 2 miljoen gulden is verkocht en de domeinnaam 'www.altavista.com' voor 7 miljoen gulden: 'AEX legt via rechter claim op website beursplein5.nl', Telegraaf 27 oktober 1999. Domeinnamen zijn echter vooral kwalitatief schaars: het gaat om aantrekkelijke domeinnamen. Vgl. Franken 2001.

207 Falkena, Gilhuis en Wefers Bettink 2001, p. 843 zien de domeinnaam wel als object van absoluut recht: 'hoewel er ook belangrijke verschillen zijn – merk- en handelsnaamrecht zijn wettelijk geregeld, de domeinnaam niet – is gezien de gelijkenis op belangrijke onderdelen verdedigbaar dat de domeinnaam ook een absoluut recht is'. Dit is in strijd met het uitgangspunt van het vermogensrecht: *numerus clausus* (zie § 2.1.9.).

kwalificatie genomen. Het domeinnaamrecht wordt dan gezien als een op een overeenkomst gebaseerde aanspraak van de houder van een ‘.nl-domeinnaam’ jegens SIDN om de desbetreffende domeinnaam voor hem in de zonefile te plaatsen en geplaatst te houden.²⁰⁸ Dit is volgens mij echter niet het ‘domeinnaamrecht’. Evenmin als het vorderingsrecht op het merkenbureau ter handhaving van het recht niet het ‘merkrecht’ als vermogensbestanddeel is.²⁰⁹

In de praktijk is men de domeinnaam echter wel als rechtsobject van een absoluut recht gaan beschouwen.²¹⁰ Zo zijn er reeds gevallen bekend waarbij beslag is gelegd op een domeinnaam, zonder dat er een recht op de domeinnaam rust. De aanvankelijk op de website van SIDN te vinden beslagregeling, is inmiddels wel genuanceerd. Te lezen valt dat de gedragslijn van SIDN inhoudt, dat ook wanneer op de juiste wijze beslag is gelegd op een domeinnaam (voor zover dat dus mogelijk is; JcvdS), de SIDN niet meewerkt aan een verzoek tot overdracht en dergelijke van die domeinnaam.²¹¹ Het onduidelijke rechtskarakter levert ook in faillissementen van onder meer internetbedrijven problemen op voor curatoren en schuldeisers die het ‘recht op de domeinnaam’ te gelde willen maken. Daarbij stuit men met name op het probleem van onduidelijkheid over de juridische overdracht. Omdat het enige aanknopingspunt het vorderingsrecht op de SIDN is, betekent ‘overdracht’ van de domeinnaam niets meer dan dat iemand anders de rekeningen van het registratiebureau betaalt. De SIDN schrijft dan ook dat er sprake is van ‘verhuizen’ van de domeinnaam naar een andere deelnemer. Het feit dat het vorderingsrecht overdraagbaar is, wil niet zeggen dat de domeinnaam een rechtsobject van een absoluut recht is dat overdraagbaar is. Feitelijke overgang is iets anders dan juridische overdraagbaarheid.²¹²

Er is, kortom, in de praktijk een systeem ontstaan dat dogmatisch gezien voor het recht grote problemen met zich meebrengt.²¹³ Naar mijn mening

208 Zo bijvoorbeeld Westerbrink 1999, p. 341; Reeskamp 2000, p. 278; Van Engelen 2001, p. 333-338.

209 In de rechtspraktijk worden vaak vorderingsrechten als alternatief gebruikt voor een gebrek aan absoluutrechtelijke bescherming. Men denke bijvoorbeeld aan knowhow en goodwill. Het is in beginsel mogelijk om door middel van contractuele afspraken een recht te verkrijgen dat zeer sterk gelijkt op een absoluut recht.

210 De Rechtbank Arnhem kwalificeert in een kortgedingvonnis van 6 mei 2002 het recht op een domeinnaam als absoluut (vermogens)recht.

211 ‘www.sidn.nl’.

212 In het geval de samenleving te kennen geeft wegens ethische bezwaren een nier niet als zaak te kwalificeren, is het feit dat een nier feitelijk gezien van het ene ziekenhuis naar het andere over gaat, nog geen overdracht in juridische zin. Overdracht in de zin van artikelen 3:83 jo 3:84 BW ziet op overdracht van een vermogensbestanddeel uit het vermogen van rechtssubject x naar het vermogen van rechtssubject y. Zie § 2.3.2

213 Zie Reeskamp 2000, p. 275 e.v.; Chavannes 2000, p. 331 e.v.; Van Engelen 2001, p. 334 e.v.; Falkena, Gilhuis & Wefers Bettink 2001, p. 841 e.v.; Chavannes 2001A, p. 1165 e.v.; Boukema & Krans 2001, p. 1614 e.v.; Bakels 2002, p. 399 e.v. Zie Zilinski 2001 voor IPR-aspecten van de domeinnaaminbreuk. Zie voor vergelijking met telefoonnummers: Van Eijk 2000, p. 360-363; Wefers Bettink & Gilhuis 2001, p. 9-10. Volgens de systematiek van de Telecommunica-

kan dit probleem het best opgelost worden door een nieuw intellectueel eigendomsrecht in te voeren, een zogenaamd 'domeinnaamrecht'.²¹⁴ In deze domeinnaamwet dient vervolgens de vermogensrechtelijke status van het domeinnaamrecht aan de orde te komen. De huidige onzekerheid met betrekking tot overdraagbaarheid, verpanding en beslag van domeinnamen, zal daarmee zijn verdwenen. Dit komt ten goede aan het belang en de functie van de domeinnaam in het huidige economische verkeer. In de Verenigde Staten lijkt men al een dergelijke richting op te gaan.²¹⁵

4.2.5 Object van een modelrecht: model

4.2.5.1 Inleiding

De sinds 1 januari 1975 in werking getreden eenvormige Beneluxwet inzake tekeningen of modellen is een bijlage bij het Benelux-verdrag inzake tekeningen of modellen van 25 oktober 1966.²¹⁶ Object van het 'uitsluitend recht met betrekking tot tekening of model' is het nieuwe twee- resp. driedimensionale uiterlijk van een voortbrengsel dat een gebruiksfunctie heeft (1 BTMW). Niet de tekening zelf is beschermd, maar het concrete voortbrengsel dat door die tekening nieuw uiterlijk verkrijgt.²¹⁷ De uitwerking van de vormgevings-

tiewet verschaft de toekenning van een nummer geen eigendomsrecht, maar slechts een gebruiksrecht, beperkt in tijd, aard en verhandelbaarheid. Zie over de rol van de overheid Chavannes 2001B, p. 257.

214 Grosheide & De Schepper 1999, p. 403, pleiten ook voor een sui-generis regiem voor domeinnamen.

215 Supreme Court of Virginia in *Network Solutiona Inc. v. Umbro International, Inc.* 529 S.E. 2d 80 (2000) en de US district court, Northern District of California, in *Online Partners.com Inc. v. Atlanticnet Media Corporation*, 2000 WL 101232 (N.D.Cal. 2000) en in *Kremen v. Cohen*, 99 F. Supp. 2d 1168 (N.D. Cal 2000). Discussiestuk van de Amerikaanse regering over internetnamen en adressen: NTIA, a proposal to improve technical management of internet names and addresses, discussion draft 30/1/98; NTIA, Management of Internet names and Adresses, juni 1998. Opvraagbaar via internetadres: 'www.ntia.doc.gov'. Zie ook de Anti-cybersquatting Consumer Protection Act van 1999, opgenomen in de LamHam Act 15 USC section 1125(d). Deze tendens lijkt te worden bevestigd in *Ceasars World Inc. v. Ceasars Palace.com*, 54 USPQ2d 1121 (ED Va 2000).

216 *Trb.* 1966, 292 en *Trb.* 1974, 66. Modellen worden onderscheiden in siermodellen en 'gebruiksmodellen'. Met gebruiksmodellen doelt men op voorwerpen die bestemd zijn voor het verkrijgen van een technische vernieuwing. Voor een wet op de gebruiksmodellen hebben op verschillende momenten voorstellen gecirculeerd, maar deze hebben het nooit tot wet weten te brengen. De ontwerprichtlijn tot onderlinge aanpassing van het recht inzake gebruiksmodellen, *PbEG* 1998 C 36 is in maart 2000 van de agenda gehaald omdat er teveel onenigheid tussen de lidstaten bestond over de voorwaarden voor en de inhoud van de bescherming. Als een technisch effect de moeite waard lijkt, is daarom nog steeds te overwegen advies over octrooibeschermting aan te vragen.

217 Zie bijvoorbeeld *Rechtbank Charleroi* 21 maart 1979, BMM bull. 1981, 115 (Veilingaffiche); *Hof Amsterdam* 20 december 1979, *BIE* 1981, 77 (Eurocheque).

gedachte tot een concreet uiterlijk van een bepaald gebruiksvoorwerp is het rechtsobject van modelrechtelijke bescherming. De bescherming ziet op de concrete uitwerking, de individualiteit is daarmee gegeven: er moet sprake zijn van een concreet tweedimensionaal of driedimensionaal object dat zich van andere objecten kan onderscheiden.

Sinds 1991 is men in EG-verband bezig met de totstandkoming van een geharmoniseerd en communautair modellenrecht.²¹⁸ In 1998 is in dit kader de Richtlijn inzake de rechtsbescherming van modellen voortgekomen.²¹⁹ Op 12 december 2001 heeft de Raad van de Europese Unie de verordening betreffende Gemeenschapsmodellen uitgebracht.²²⁰ Op basis van deze verordening wordt het mogelijk om een Gemeenschapsmodel voor de hele EG aan te vragen.

4.2.5.2 Kwalificatie-eisen

Ingevolge artikel 1 BTMW moet het gaan om een 'nieuw' uiterlijk van een gebruiksvoorwerp. Wat (niet) nieuw is, wordt bepaald door artikel 4 BTMW. Van groot belang is dat het model ten tijde van het depot nieuw moet zijn, dus niet al eerder geopenbaard.

Artikel 2 lid 1 BTMW sluit derhalve van bescherming uit datgene wat nodig is voor het verkrijgen van een technische effect. Dit is gedaan om een grens met het octrooirecht aan te geven. De modelwetgeving mag geen blokkade opleveren voor de technische vooruitgang. Als de vormgeving de enige manier is waarop het technische effect kan worden bewerkstelligd, dan zijn vormgeving en techniek zodanig met elkaar versmolten, dat er sprake is van een niet via de BTMW te monopoliseren noodzakelijk technisch effect.²²¹ Bestaan er voor de vormgeving van het technische effect wel reële alternatieven, dan komt de gedeponeerde concrete oplossing in aanmerking voor bescherming door het modellenrecht.²²²

Siermodellen zien op vormgevingskenmerken. Het gaat dan om het uiterlijk van gebruiksvoorwerpen. Met de eis van een 'gebruiksfunctie' werd beoogd voorwerpen met een louter decoratieve functie, zoals beeldjes, schilderstukken of prenten, van het modelrecht uit te zonderen. Slechts wanneer een dergelijk voorwerp ook los van zijn uiterlijk enig nut heeft, is een dergelijke prestatie

218 Met de term modellenrecht pleegt het objectieve recht te worden aangeduid; met de term modelrecht het subjectieve recht van de rechthebbende.

219 Richtlijn 98/71/EG van 13 oktober 1998, *PbEG* 1998 L 289/28.

220 Verordening EG nr. 6/2002 van de Raad van 12 december 2001 betreffende Gemeenschapsmodellen.

221 Tekst en Commentaar (Verkade), artikel 2 BTMW, aantekening 1; Zie Quaedvlieg 1987, p. 31 e.v. over het verschil tussen 'resultaatgericht' en 'apparaatgericht'.

222 Hof Amsterdam 4 juli 1996, *BIE* 1997, 229 (Lateiprofiel); Pres. Rechtbank 's-Gravenhage 30 augustus 1996, *BIE* 1999, 379 (kussen met vier kamers); Pres. Rechtbank Haarlem 2 april 1993, *BIE* 1994, 66 (strooiopening).

voor de BTMW pas van voldoende betekenis. De wet stelt geen eisen aan de bestendigheid van het voortbrengsel (denk aan snoep).²²³

Artikel 4 lid 2 BTMW geeft weer dat een tekening of model niet in strijd mag zijn met de goede zeden of de openbare orde in een van de Beneluxlanden.²²⁴ Hier ziet men de ethische grens expliciet naar voren komen. Men denke dan aan aanstootgevende of racistische vormgeving van producten. In het arrest van het Hof van Beroep van Brussel was de vraag aan de orde of een model waarin het staatsembleem van Saoedi-Arabië in strijd is met de openbare orde of de goede zeden.²²⁵ De rechtbank overwoog dat het enkele feit dat een officieel staatsembleem wordt gebruikt voor een tekening of model nog geen strijd met de openbare orde of goede zeden met zich meebrengt. Aangegeven wordt dat het feit dat het nationaal gevoel van Saoedi-Arabië aangetast kan worden, nog niet met zich meebrengt dat dit een aantasting is van de Belgische openbare orde. In België wordt volgens de Rechtbank alom aanvaard dat van openbare orde is: 'wat de essentiële belangen van de Staat of van de gemeenschap raakt, of in het privaatrecht de juridische grondslagen vastlegt waarop de economische of morele orde van de maatschappij rust'. Volgens de Rechtbank wordt niet aangetoond dat er in casu sprake is van strijd met de openbare orde. Wel wordt aangegeven dat dit het geval zou kunnen zijn bij vergaande monopolisering. De Rechtbank geeft aan dat dit in onderhavig geval het geval zou kunnen zijn als het embleem als 'het kenmerk' van de tekening of het model wordt opgevoerd en zo niet meer door concurrenten gebruikt zou kunnen worden.²²⁶

Artikel 4 lid 3 BTMW geeft weer dat de kenmerkende eigenschappen van de tekening of het model voldoende uit het depot moet blijken. Dit is vooral van belang voor de rechtszekerheid van derden. Derden moeten uit een duidelijke afbeelding kunnen afleiden ten opzichte van welk rechtsobject zij bepaalde verplichtingen krijgen opgelegd. Dat invoering van dit artikel met name gegeven is uit oogpunt van de bescherming van derden blijkt uit het Adidas/Coenraad-arrest van het BenGH. Daar oordeelde het Hof dat enige terughoudendheid betracht moet worden bij de beoordeling of is voldaan aan deze voorwaarde, teneinde de verkrijging van een uitsluitend recht niet verder

223 Tekst en Commentaar (Verkade), artikel 1 BTMW, aantekening 3.

224 De Rechtbank 's-Gravenhage 11 december 1981, *BIE* 1983, 228 (Hygiënisch penisartikel), kwam wegens vormfouten niet toe aan de vraag of het depot voor een 'hygiënisch penis-artikel' in strijd is met de goede zeden. Anders dan in het octrooirecht (artikel 3 Row 1995) is in het modellenrecht niet beslissend of de openbaarmaking of toepassing van het model in strijd is met de goede zeden of openbare orde. Volgens art. 15 BTMW kan het Bureau het OM verzoeken een vordering tot nietigverklaring van het depot in te stellen. Met de nietigverklaring komt slechts achteraf vast te staan dat er nooit een exclusief modelrecht is geweest.

225 Rechtbank Koophandel Brussel 23 november 1977 en 22 maart 1978, *BIE* 1983, 225 (bidtapijt).

226 De Rechtbank acht dit in casu niet het geval. Het Hoger Beroep wordt niet inhoudelijk behandeld aangezien het modelrecht niet geldig was verlengd.

te bemoeilijken dan voor de bescherming van derden bepaald noodzakelijk is.²²⁷

Invoering van de Richtlijn inzake de rechtsbescherming van modellen (dat eigenlijk op 28 oktober 2001 had moeten worden uitgevoerd), brengt een aantal wijzigingen met zich mee.²²⁸ Ten eerste wordt een tweeledige eis aan het model gesteld: nieuwheid en eigen karakter.²²⁹ De nieuwheid is niet meer aan een termijn gebonden. Een model is nieuw als er voor de depotdatum geen identiek model voor het publiek beschikbaar is gesteld.²³⁰ Van eigen karakter is volgens de richtlijn sprake als de algemene indruk die het model bij de geïnformeerde gebruiker wekt, verschilt van de algemene indruk die bij die gebruiker wordt gewekt door modellen die vóór de depotdatum voor het publiek beschikbaar zijn gesteld.²³¹ De richtlijn sluit evenals de BTMW van bescherming uit voortbrengselen waarvan het uiterlijk uitsluitend door de technische functie wordt bepaald.

De Richtlijn stelt niet de voorwaarde dat het model een gebruiksfunctie moet hebben. Aangezien er nog steeds sprake zal moeten zijn van een band tussen verschijningsvorm en voortbrengsel, spreekt Wichers-Hoeth/Gielen de verwachting uit dat het vervallen van dit vereiste geen grote gevolgen met zich zal meebrengen.²³² De beschermingsduur wordt verlengd naar 25 jaar.

De Europese Gemeenschapsmodellenverordening²³³ heeft veel artikelen letterlijk overgenomen uit de Richtlijn. Artikel 3 definieert 'model' als de 'verschijningsvorm van een voortbrengsel of deel ervan, die wordt afgeleid uit de kenmerken van met name de lijnen, de omtrek, de kleuren, de vorm, de textuur en/of de materialen van het voortbrengsel zelf en/of de versiering ervan'. Artikel 4 geeft weer dat het model als gemeenschapsmodel wordt beschermd voorzover het nieuw is en een eigen karakter heeft. Artikel 5 geeft weer dat een model als nieuw wordt beschouwd indien geen identiek model voor het publiek beschikbaar is gesteld. Artikel 6 bepaalt dat een model wordt geacht een eigen karakter te hebben, indien de algemene indruk die het bij de geïnformeerde gebruiker wekt, verschilt van de algemene indruk die bij die gebruiker wordt gewekt door modellen die voor het publiek beschikbaar zijn gesteld. Daarbij wordt rekening gehouden met de mate van vrijheid die de ontwerper bij de ontwikkeling van het model had. Artikel 9 geeft expliciet weer dat een model dat met de openbare orde of goede zeden strijdig is, niet vatbaar is voor bescherming als Gemeenschapsmodel. Interessant is vervolgens

227 BenGH 16 december 1991, *NJ* 1992, 785 (Adidas/Coenraad).

228 Zie ook IEC/Meijer/MO II- Inl. 6 e.v.

229 Richtlijn 98/71/EG van 13 oktober 1998, *PbEG* 28 oktober 1998.

230 Wichers Hoeth/Gielen 2000, p. 132.

231 Wichers Hoeth/Gielen 2000, p. 133.

232 Wichers Hoeth/Gielen 2000, p. 133. Vgl. ook Meijer 1998, p. 2.

233 Verordening EG 6/2002 van 12 december 2001 betreffende Gemeenschapsmodellen, *PbEG* L 3, p. 1 van 5 januari 2002.

dat artikel 20 en 21 van de Verordening een aantal handelingen aangeeft waarvoor de rechten op een Gemeenschapsmodel niet 'geldend' mogen worden gemaakt (voor de particuliere sfeer, niet commerciële doeleinden, voor experimentele doeleinden en voor de uitrusting van in een derde land geregistreerde vaartuigen en luchtvaartuigen bijvoorbeeld).

Nieuw is dat er in artikel 1 van de Verordening, naast het ingeschreven modelrecht, een driejarig, niet-geregistreerd modelrecht in het leven wordt geroepen. De bescherming is dan beperkt tot een verbod op namaak te kwader trouw.

4.2.6 Object van een handelsnaamrecht: handelsnaam

4.2.6.1 Inleiding

Wie een bedrijf exploiteert wil zich onder een naam in het handelsverkeer bekend maken. De Handelsnaamwet van 1921 beoogt het gebruik van in een of ander opzicht misleidende en verwarrende handelsnamen tegen te gaan.²³⁴ Daarmee beschermd de wet enerzijds het bedrijfsleven tegen onterecht gebruik van de desbetreffende handelsnaam en anderzijds het publiek tegen misleiding en verwarring.²³⁵ Artikel 5 HnW bepaalt dat de gebruiker van de oudere handelsnaam beschermd wordt tegen gebruik van een potentieel verwarrende jongere handelsnaam. Hoewel de Handelsregisterwet de eigenaar van een onderneming verplicht tot inschrijving van de onderneming in het door de Kamer van Koophandel gehouden handelsregister, is voor bescherming van de handelsnaam niet deze inschrijving, maar het feitelijk voeren van de handelsnaam beslissend.²³⁶ Het recht op de handelsnaam ontstaat door het gebruik van die naam voor een onderneming. Artikel 2 HnW bepaalt dat het recht op de handelsnaam slechts in verbinding met de onderneming die onder die naam wordt gedreven kan worden overgedragen.²³⁷

234 Sinds 1919 is deze bescherming ook al mogelijk geworden op grond van artikel 6:162 BW; HR 31 januari 1919, *NJ* 1919, p. 161 (Lindenbaum/Cohen). Artikel 8 Verdrag van Parijs stelt eveneens de verplichting handelsnamen te beschermen.

235 Drucker/Bodenhausen/Wichers Hoeth 1984, p. 133.

236 De bescherming geldt ook voor het voorbereidingsstadium: HR 19 april 1985, *NJ* 1985, 790 (Air Holland).

237 De handelsnaam is dus een afhankelijk recht (artikel 3:7 BW). Dit afhankelijke karakter staat steeds meer ter discussie. Met name Arkenbout 1991, p. 23-27, bepleit de afschaffing van dit artikel. Hij geeft weer dat in de praktijk wel degelijk behoefte bestaat aan afzonderlijke overdracht van de handelsnaam en dat de eventuele verwarring die door afzonderlijke overdracht van onderneming en handelsnaam zou kunnen ontstaan, tegenwoordig achterhaald is. Daarbij speelt mee dat deze beperking voor merken niet meer geldt. In gelijke zin Boekman 1977, p. 70. Vgl. Drucker/Bodenhausen & Wichers Hoeth 1984, p. 136. Er is inderdaad een scheve verhouding ontstaan met de in 1987 ingevoerde dienstmerken die wel los van de overneming kunnen worden overgedragen. De wetgever en rechtspraak

Voor het begrip onderneming kan aansluiting worden gezocht bij het ondernemingsbegrip van de Handelsregisterwet.²³⁸ Twee criteria worden van doorslaggevende betekenis geacht. Ten eerste dient er een min of meer blijvend georganiseerd verband te bestaan, dat naar buiten optreedt.²³⁹ Ten tweede dient dit verband op commerciële wijze deel te nemen aan het economisch verkeer, waarbij materieel voordeel moet worden beoogd.²⁴⁰ Ook een onderdeel van de onderneming kan een zelfstandige handelsnaam toebehoren.²⁴¹

4.2.6.2 Kwalificatie-eisen

Artikel 1 Handelsnaamwet beschrijft de handelsnaam als naam waaronder een onderneming wordt gedreven. Dit kan een familienaam, een fantasienaam, een min of meer beschrijvende naam, of een combinatie van dezen zijn.²⁴² De wet is niet van toepassing op andere onderscheidingsmiddelen dan namen (afbeeldingen, winkelpui), ook niet op de bijzondere schrijfwijze of een speciale vorm of andere figuratieve elementen.²⁴³

Hoewel de wet en de rechtspraak dit niet met zoveel woorden stelt, is men in de literatuur van oordeel dat soortnamen, respectievelijk beschrijvende aanduidingen niet via de Handelsnaamwet gemonopoliseerd mogen worden.²⁴⁴

Ook bij het object van het handelsnaamrecht staat de rechtszekerheid voor derden centraal. Het gebruik moet voldoende voor derden kenbaar zijn. Het moet daarbij wel gaan om gebruik als handelsnaam, niet slechts als aanduiding van de branche.²⁴⁵ Naar buiten tredende voorbereidende activiteiten (aanvraag vergunning en dergelijke) zijn door de Hoge Raad als 'voeren' van een handelsnaam geaccepteerd.²⁴⁶ Ook een buitenlandse handelsnaam die in Nederland enige bekendheid geniet kan bescherming genieten op grond van

hebben het zelfstandige karakter van de handelsnaam echter nog niet aanvaard. Naar huidig recht is de handelsnaam een afhankelijk recht.

238 Vóór 1954 sprak de wet van een 'zaak'; door de vervanging van dit begrip door 'onderneming' werd geen materiële wijziging beoogd, zodat de vroegere rechtspraak over het begrip 'zaak' van belang blijft. De positie van een handelsnaam tegen een naam die gevoerd wordt door een organisatie, die geen onderneming drijft, of een naam die als merk gebruikt wordt, wordt niet door de Handelsnaamwet bestreken, maar door artikel 6:162 BW.

239 Rechtbank 's-Hertogenbosch 20 maart 1985, *BIE* 1986, 58 (Pluche).

240 HR 24 december 1976, *NJ* 1978, 431 (Tandem/Tendum)/ HR 2 april 1982, *NJ* 1983, 429 (Accountants).

241 Rechtbank 's-Gravenhage 23 april 1970, *BIE* 1971, 224 (Enka).

242 Tekst en Commentaar (Verkade), artikel 1 HNW, aantekening 2.

243 Tekst en Commentaar (Verkade), artikel 1 HNW, aantekening 2.

244 Tekst en Commentaar (Verkade), artikel 1 HNW, aantekening 2.

245 HR 26 juni 1981, *NJ* 1981, 514 (Ijskes).

246 HR 19 april 1985, *NJ* 1985, 790 (Air Holland).

de Handelsnaamwet.²⁴⁷ Het gebruik van de handelsnaam moet wel in voldoende mate tot het publiek doordringen, wil van het voeren van een handelsnaam sprake kunnen zijn. Het één of enkele malen gebruiken van een bepaalde naam zal veelal onvoldoende zijn.

4.2.7 Object van een kwekersrecht: plantenras

4.2.7.1 Inleiding

De mens kan steeds meer invloed uitoefenen op producten van land- en tuinbouw. Het is zelfs mogelijk gebleken nieuwe rassen te creëren. Dit kost echter veel moeite en tijd. Derhalve werd het gerechtvaardigd geacht door middel van een kwekersrecht degene die deze vervaardigingshandelingen verricht, voor zijn inspanningen, voor zijn menselijke vindingrijkheid, te beschermen. Zo wordt voorkomen dat 'nabouwers' van deze nieuwe rassen zonder vergoeding kunnen profiteren van de reeds gepleegde vervaardigingshandelingen. Bovendien wordt met deze wettelijke bescherming ook de kwekersarbeid gestimuleerd.

De eerste regeling ter bescherming van het vervaardigen van nieuwe rassen in Nederland is het Kwekersbesluit 1941 dat tot 1 juni 1967 heeft gegolden en op die datum is vervangen door de Zaaizaad- en Plantgoedwet (ZPW).²⁴⁸ De ZPW is aangepast aan het Internationaal Verdrag tot bescherming van Kweekproducten (UPOV-verdrag) dat in de laatste versie op 24 april 1998 in werking trad. Op 1 september 1994 trad de Verordening inzake het communautaire kwekersrecht in werking.²⁴⁹ Door middel van één centraal ingediende aanvraag kan een kwekersrecht verkregen worden voor het gehele territorium van de Europese Unie. De bepalingen over het rasbegrip zijn min of meer aan het UPOV-verdrag gelijk.

Het rechtsobject van het kwekersrecht is een 'ras'.²⁵⁰ Dit begrip wordt in artikel 2 ZPW als volgt gedefinieerd:

- Een plantengroep binnen één botanisch taxon van de laagst bekende rang, welke groep, ongeacht of volledig wordt voldaan aan de voorwaarden welke deze wet stelt voor de verlening van een kwekersrecht, kan worden
- gedefinieerd aan de hand van de expressie van de eigenschappen die het resultaat is van een bepaald genotype of een combinatie van genotypen;

²⁴⁷ HR 31 mei 1927, *NJ* 1927, p. 911 (Vita); HR 15 januari 1965, *BIE* 1965, p. 183 (Kjellberg) en ontkennend HR 13 september 1996, *NJ* 1997, 312 (Lido).

²⁴⁸ Wet van 6 oktober 1966, *Stb.* 1966, 455.

²⁴⁹ *PbEG* 1 september 1994, L227/1.

²⁵⁰ Zie hierover onder anderen Van der Kooij 1990, p. 65 e.v. en Pluim Mentz 2000, p. 356-362.

- onderscheiden van elke andere plantengroep op grond van de expressie van tenminste één van die eigenschappen en
- beschouwd als een eenheid, gezien zijn geschiktheid om onveranderd te worden vermeerderd.

4.2.7.2 Kwalificatie-eisen

Het kwekersrecht wordt op aanvraag verleend door de Raad voor het Kwekersrecht.²⁵¹ Onderzocht wordt in hoeverre de aanvraag voldoet aan de voor het verlenen van een kwekersrecht in acht te nemen vereisten.²⁵² Artikel 29 ZPW noemt als technische eisen dat het ras a) zich duidelijk *onderscheidt* van elk ander ras, b) voldoende *homogeen* is, c) *bestendig* is en d) *nieuw* is. Duidelijk is daarmee dat rassen die in de 'vrije natuur' voorkomen en niet door de mens gekweekt kunnen worden, niet voor bescherming in aanmerking komen. Het gaat om de menselijke kweekinspanning die leidt tot een nieuw ras.

Bij de genoemde vereisten staat de voor rechtsobjecten noodzakelijke individualiteit voorop.²⁵³ Het gekweekte ras moet zich kunnen onderscheiden van andere rassen (29 sub a ZPW).²⁵⁴ Dit is een zeer belangrijk criterium: in de praktijk zal men met name gericht zijn op het vinden van een ras die zich in gunstige zin onderscheidt van reeds bestaande rassen.²⁵⁵ Vervolgens moet het ras homogeen, uniform, zijn, dat wil zeggen dat de tot het ras behorende planten niet verschillen in van belang zijnde eigenschappen, in aanmerking genomen de bijzonderheden welke aan de vermeerdering van het ras eigen zijn (29 sub b ZPW). Het ras moet eveneens bestendig zijn, hetgeen betekent dat het na één of meer vermeerderingen stabiel moet zijn in de expressie van de specifieke raskenmerken; het materiaal mag niet in kwaliteit 'teruglopen' ofwel degenereren, maar moet constant reproduceerbaar zijn (29 sub c ZPW).²⁵⁶ Tenslotte moet het ras 'nieuw' zijn. Artikel 29 lid 3 ZPW geeft weer dat nieuwheid ontbreekt – kort gezegd – wanneer het ras voorafgaand aan het indienen van de aanvraag reeds met toestemming van de aanvrager, of diens rechtverkrijgenden, in het verkeer is gebracht. Het zonder commercieel oogpunt verkopen of ter beschikking stellen is niet nieuwheidschadelijk.

De prestatie die door het kwekersrecht beschermd wordt is niet zozeer gelegen in de intellectuele inspanningen die gemoeid zijn met het creëren van

251 Er is een formeel onderscheid tussen het ras waarvoor kwekersrecht wordt aangevraagd en het ras waarvoor uiteindelijk, na onderzoek, kwekersrecht wordt verleend. Zie hierover Pluim Mentz 2000, p. 356 e.v.

252 Dit onderzoek wordt uitgevoerd door het Centrum voor Plantenveredelings- en Reproductieonderzoek (CPRO-DLO) te Wageningen.

253 Zie Gielen 1983, p. 24.

254 HR 19 april 1974, NJ 1974, 498 (Preresco/Prelubel). Zie ook onder het Kwekersbesluit 1941 gewezen arrest HR 20 januari 1961, NJ 1961, 543 (Cherry Belle). Zie over dit begrip nader Van der Kooij 1999, p. 9-10.

255 In gelijke zin Pluim Mentz 2000, p. 362.

256 Tekst en Commentaar (Van der Kooij), artikel 29 ZPW, aantekening 5.

een nieuw ras, aangezien ook het bij toeval ontstane, of ontdekte ras voor kwekersrechtelijke bescherming in aanmerking komt. Dit komt omdat een nieuw ras weliswaar toevalligerwijze kan ontstaan, maar dat vervolgens de nodige kweektechnische zorg zal dienen te worden toegepast teneinde de eerste plant tot een nieuw ras te ontwikkelen dat voldoet aan de eisen van onderscheidbaarheid, homogeniteit en bestendigheid. Daarmee verleent het kwekersrecht bescherming aan de vervaardigingprestatie. Hiermee is de individualiteit gemakkelijker aan te tonen: het gaat om de concrete vervaardigingprestatie, om het concrete ras dat gekweekt is.

4.2.8 Object van een topografieënrecht: topografie

4.2.8.1 Inleiding

De Topografiewet roept een intellectueel eigendomsrecht in het leven voor halfgeleiderproducten, ook wel 'chips' genoemd.²⁵⁷ Het begrip 'chip' vindt zijn oorsprong in de uitvindingen die het mogelijk maken in elektronische schakelingen halfgeleiderproducten te gebruiken in plaats van buizen.²⁵⁸ Chips zijn schijfjes halfgeleidermateriaal, zoals silicium, waarop door middel van speciale technieken elektronische schakelingen kunnen worden gerealiseerd. Door het halfgeleiderproduct op een bepaalde wijze met andere stoffen te verontreinigen kan het geleidende karakter ervan worden beïnvloed. De eerste voortbrengselen van deze techniek waren de transistor en de diode.²⁵⁹ Niet alleen op het gebied van analoge toepassingen (hifiversterkers) maar ook op het gebied van digitale toepassingen, zoals geavanceerde rekenmachines, betekende deze ontdekking een grote stap voorwaarts, al was het alleen maar vanwege het verschil in omvang tussen de oude elektronenbuis en de transistor.²⁶⁰

Chips zijn driedimensionaal dat wil zeggen de elektronische componenten liggen in meerdere lagen silicium boven elkaar. Een topografie is het ontwerp van de chip. Aangezien de chip driedimensionaal is, is het ontwerp dit ook. In het ontwerp worden de plaats van de diverse elektronische componenten en onderlinge verbindingen aangegeven. Een topografierecht lijkt derhalve in belangrijke mate op een auteursrecht voor een werk.

De Nederlandse Topografiewet is een reactie op de in 1984 in Amerika tot stand gekomen Semi Conductor Chip Protection Act (SCPA). Deze wet bepaalt dat buitenlandse partijen slechts bescherming krijgen wanneer in het

257 Wet van 28 oktober 1987 houdende regelen inzake de bescherming van oorspronkelijke topografieën van halfgeleiderproducten ('Topografiewet').

258 Wichers Hoeth/Gielen 2000, p. 77.

259 Wichers Hoeth/Gielen 2000, p. 77.

260 Wichers Hoeth/Gielen 2000, p. 77.

betroken land evenzeer bescherming aan Amerikaanse onderdanen wordt geboden.²⁶¹

Het rechtsobject van een topografierecht is een topografie. Artikel 2 bepaalt dat de maker van een oorspronkelijke topografie van een halfgeleiderproduct een uitsluitend recht heeft op deze topografie. Topografie wordt in artikel 1 sub b als volgt omschreven:

- Een reeks samenhangende beelden, op enigerlei wijze vastgelegd,
- 1^e die het driedimensionaal patroon van de lagen weergeven waaruit het halfgeleiderproduct is samengesteld, en
- 2^e waarin elk beeld het patroon of een gedeelte van het patroon van een oppervlak van het halfgeleiderproduct in enig stadium van zijn vervaardiging voorstelt.

Een halfgeleiderproduct wordt als volgt omschreven:

- De definitieve vorm of de tussenvorm van een produkt;
- 1^e dat uit een lichaam bestaat, dat een laag halfgeleidermateriaal en een of meer lagen geleidend, isolerend of halfgeleidend materiaal bevat, waarbij elk van de lagen een samenstelling heeft die in overeenstemming is met een vooraf bepaald driedimensionaal patroon van het lichaam, en
- 2^e dat bestemd is om, uitsluitend of tezamen met andere functies, een elektronische functie te vervullen.

4.2.8.2 Kwalificatie-eisen

Als voorwaarde wordt gesteld dat het ontwerp op enigerlei wijze is vastgelegd. Dit heeft alles te maken met de voor rechtsobjecten in het algemeen geldende noodzakelijke kenbaarheid voor derden. Het is de uit de idee voortvloeiende *vormgeving* die wordt beschermd, niet het concept dat ten grondslag ligt aan het ontwerp. Daarmee biedt de Nederlandse Chipswet een ruimere bescherming dan de Amerikaanse Semi-conductor Chip Protection Act, die slechts bescherming biedt aan het zogeheten mask work: de weergave van de topografie die door middel van maskers in de chip is aangebracht.²⁶²

Vervolgens wordt de eis van 'oorspronkelijkheid' gesteld.²⁶³ Het is voldoende gebleken als de topografie niet aan andermans topografie is ontleend, maar onafhankelijk tot stand is gebracht. Ook hier ziet men weer dat het met name de vervaardigingsprestatie is die beschermd wordt en niet zozeer de

261 Dit in navolging van de Europese Richtlijn van 16 december 1986 betreffende rechtsbescherming van topografieën van halfgeleiderproducten, 87/54/EG, *PbEG* 1987, L24/36.

262 Wichers Hoeth/Gielen 2000, p. 80; Vgl. Meijboom 1987, p. 322; Hugenholtz 1985, p. 128.

263 Voor het begrip 'oorspronkelijkheid' wordt aansluiting gezocht bij de Auteurswet. Zie MvT, TK 19919, nr. 3, p. 7 en 20. Vgl. Wichers Hoeth/Gielen 2000, p. 81.

creatieve intellectuele prestatie. De individualiteit van het rechtsobject is daarmee eenvoudiger vast te stellen.

Het rechtsobject van een topografierecht is dus een topografie. Een intellectueel eigendomsrecht beschermt een intellectuele prestatie, de topografie. Het is de intellectuele creatie tot het maken van een topografie dat beschermd wordt. Deze creatie van een topografie kan pas voldoende individualiteit hebben als het ontwerp op enigerlei wijze is vastgelegd. Het is de uit de idee voortvloeiende vormgeving die beschermd wordt. Deze topografie moet vervolgens oorspronkelijk zijn, onafhankelijk tot stand zijn gekomen.

4.2.9 Object van een databankrecht: Databank

4.2.9.1 Inleiding

Naast bescherming van een databank als 'werk' (10 lid 3 Aw), voert de Richtlijn betreffende de bescherming van databanken ook een sui-generis-beschermingsregime in voor databanken 'waarvan de verkrijging, de controle of de presentatie in kwalitatief of kwantitatief opzicht getuigt van een substantiële investering'.²⁶⁴ Deze Databankenwet is op 21 juli 1999 in werking getreden.²⁶⁵ Het recht verleent de producent bescherming tegen het zonder zijn toestemming 'opvragen' en 'hergebruiken' van 'substantiële' delen van zijn databank.²⁶⁶ Het recht verstrijkt 15 jaar na eerste publicatie (6 lid 1 Dw/10 lid 1 Richtlijn).

Het rechtsobject van een Databankrecht is een databank (1 lid 1 onder a Dw):

een verzameling van werken, gegevens of andere zelfstandige elementen die systematisch of methodisch geordend en afzonderlijk met elektronische middelen of anderszins toegankelijk zijn en waarvan de verkrijging, de controle of de presentatie van de inhoud in kwalitatief of kwantitatief opzicht getuigt van een substantiële investering.

Zo ziet men dat de informatie die in de databank is opgeslagen een zekere bescherming verkrijgt. Informatie zelf is echter geen rechtsobject van een eigendomsrecht (zie § 3.2.7) of een intellectueel eigendomsrecht. Het is de

264 Richtlijn 96/9 EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 maart 1996 betreffende de bescherming van databanken: *PbEG* 1996 L 77/20. Zie over de richtlijn in Nederlandse context onder meer: Speyart 1996, p. 151 e.v.

265 Wet van 8 juli 1999, *Stb.* 1999, 303. Zie over het ontwerp van deze wet Hugenholtz 1998, p. 244.

266 Volgens Hugenholtz 1999, p. 24, lijkt het databankrecht als twee druppels water op het 'uitgeversrecht' waar de Nederlandse uitgevers jarenlang voor hebben geijverd.

databank waarin informatie is opgeslagen dat als rechtsobject bescherming verkrijgt.

4.2.9.2 *Kwalificatie-eisen*

De databankdefinitie bevat een groot aantal voor het intellectuele eigendomsrecht nieuwe begrippen en open normen. Dit heeft als voordeel dat het recht van toepassing kan blijven bij allerlei nieuwe technologische ontwikkelingen, maar heeft als nadeel dat het de rechtszekerheid schaadt als er onduidelijkheden bestaan over het rechtsobject van een absoluut recht. Zo is onduidelijk bij hoeveel werken er reeds gesproken kan worden van een 'verzameling' en in welke mate er enige verwantschap tussen de elementen moet bestaan.²⁶⁷ Tevens valt moeilijk in te zien welke 'objecten' van een databank worden uitgesloten. Uit de toelichting en de voorbereidende stukken blijkt dat de wet in het leven is geroepen teneinde te voorzien in een zekere bescherming van ten koste van substantiële investeringen geproduceerde informatieproducten.²⁶⁸

Oorspronkelijk was de richtlijn alleen voor elektronische databanken bedoeld, maar na enige kritiek hierover is het uitgebreid tot niet-elektronische databanken, zoals een telefoonboek. Het databankrecht beschermt daarmee verzamelingen ongeacht hun vorm en wijze van vastlegging. Een verzameling gegevens die vastgelegd is op papier kan dus even zo goed een beschermde databank zijn als een bestand op een digitale drager of in een computergeheugen. Ook afzonderlijke onderdelen van een databank kunnen als zelfstandige databank worden beschouwd.²⁶⁹

Uit de eis dat de databank op een 'drager' moet kunnen worden vastgelegd, lijkt te kunnen worden afgeleid dat het databankrecht vooral bedoeld is ter bescherming van collecties van tekst, beeldmateriaal en geluid.²⁷⁰ De onderdelen van deze collecties moeten alle 'zelfstandig' zijn. Werken die tezamen in feite één werk vormen (de afzonderlijke hoofdstukken van een roman, de scènes van een film, de soundtrack en de film) vormen samen niet een verzameling die beschermd wordt door het databankenrecht.²⁷¹ Uit de eis van 'afzonderlijke toegankelijkheid' blijkt dat er ook sprake moet zijn van een zoekprogramma dat de zelfstandige onderdelen van de verzameling toeganke-

267 Volgens Wichers Hoeth/Gielen 2000, p. 417 moet er sprake zijn van een zekere verwantschap tussen de werken, bijvoorbeeld dezelfde aard of hetzelfde type of een bepaalde functionele relatie. Vgl. ook Grosheide 1996, p. 67.

268 Vgl. Hugenholtz 1996, p. 132.

269 HR 22 maart 2002, *RvdW* 2002, 61 (NVM/Telegraaf).

270 Wichers Hoeth/Gielen 2000, p. 417. Aangezien digitale informatie verspreid kan zijn over meerdere computers of netwerken, kunnen dit ook meerdere dragers zijn. Vgl. overweging 21 bij de Databankrichtlijn.

271 Wichers Hoeth/Gielen 2000, p. 417.

lijk maakt.²⁷² Een databank die op papier is vastgelegd (telefoonboek) is uit zijn aard toegankelijk. Omdat men de afzonderlijke gegevens kan lezen, zijn zij toegankelijk.²⁷³

De begrippen 'systematisch of methodisch' voegen weinig toe aan het begrip 'databank'.²⁷⁴ De ordening zal op zichzelf voldoende zijn. Het is niet zozeer belangrijk wat de aard of de wijze van ordening is geweest.²⁷⁵

De grondslag van het databankrecht wordt gevormd door de 'substantiële investering'. Zonder substantiële investering, geen bescherming op grond van het Databankrecht. Het begrip is echter voor meerdere uitleg vatbaar en zal door de rechtspraak nader moeten worden ingevuld.²⁷⁶ In het NVM/Telegraaf-arrest heeft de Hoge Raad bepaald dat de wet geen aanknopingspunt biedt voor de zienswijze dat, ingeval een databank voor meerdere doelen wordt gebruikt, voor elk van die doelen afzonderlijk een substantiële investering moet zijn aan te wijzen.²⁷⁷ Aanknopingspunt voor de rechter is het doel en de functie van de richtlijn, welke in dit geval moeilijk is vast te stellen aangezien het beschermingsobject en de beschermingsomvang van het recht steeds meer zijn uitgebreid.²⁷⁸

4.3 TUSSENCONCLUSIE

In dit beknopte overzicht van de grenzen van rechtsobjecten van intellectuele eigendomsrechten wordt duidelijk dat er belangrijke parallellen getrokken kunnen worden tussen de problematiek rond het vaststellen van de grenzen van zaken en de grenzen van *corpora mystica*. In beide gevallen kennen de rechtsobjecten een technische grens en een ethische grens. De technische grens scheidt objecten die voldoende individualiteit bezitten van objecten die dat niet bezitten. Voor rechtsobjecten in het algemeen geldt dat het belangrijk is dat deze voldoende individualiteit bezitten om voor de rechthebbende van het absolute recht en voor derden voldoende kenbaar te zijn. Absolute rechten beperken in belangrijke mate de vrijheid van derden en derhalve moeten deze

272 Zie ook Verkade/Visser 1999, p. 10.

273 Wichers Hoeth/Gielen 2000, p. 418.

274 Vgl. Klos 2000, p. 6.

275 Wichers Hoeth/Gielen 2000, p. 418.

276 De Pres. Rechtbank 's-Gravenhage 29 december 1999, *IER* 2000, 72 (KPN/XBASE), oordeelde dat het telefoongegevensbestand van een telecomoperator wel degelijk kan getuigen van een substantiële investering, ondanks dat het kunnen beschikken over die gegevens een bijproduct is van een andere activiteit waarin wordt geïnvesteerd, te weten het exploiteren van een telefoonnet.

277 Daarmee is het spin-off argument ongegrond bevonden. Het is niet zo dat een substantiële investering kan ontbreken als de gegevens van verzamelingen niet meer zijn dan een 'spin-off' van de hoofdactiviteit of een andere activiteit van de producent.

278 Zie voor enkele uitspraken over het databankrecht: Hugenholtz 2001.

derden kunnen weten ten aanzien van welk rechtsobject zij bepaalde verplichtingen hebben.

De reikwijdte van de rechtsobjecten van eigendomsrechten en de rechtsobjecten van intellectuele eigendomsrechten staan in beide gevallen onder invloed van de huidige technologische en economische ontwikkelingen. Door de uitvinding van Internet, de ontwikkelingen op het gebied van biotechnologisch onderzoek en dergelijke, zijn nieuwe menselijke prestaties ontstaan die sterk gelijken op de traditioneel erkende rechtsobjecten van intellectuele eigendomsrechten. De jurist wordt hierdoor geconfronteerd met de vraag of deze nieuwe prestaties als reeds bestaande rechtsobjecten gekwalificeerd kunnen worden dan wel als nieuwe rechtsobjecten erkend moeten worden.

Er zijn echter ook verschillen aan te geven. Kijkt men naar de technische grens dan ziet men dat de rechtsobjecten van eigendomsrechten, de zaken, gebonden zijn aan de empirie. Gekeken wordt of een materieel object dat in de concrete wereld bestaat, voldoende individualiteit bezit om als zaak van een eigendomsrecht te kunnen fungeren. Belangrijk is daarbij dat het object voldoende individualiseerbaar is, voldoende afgegrensd kan worden van de overige objecten. Derden moeten precies kunnen weten ten aanzien van welk object zij verplichtingen hebben. Deze eis geldt ook voor rechtsobjecten van intellectuele eigendomsrechten, maar deze zijn van nature niet gebonden aan de empirie. Het gaat om intellectuele prestaties, om immateriële objecten. Bij een nadere beschouwing van de eisen die aan de rechtsobjecten van intellectuele eigendomsrechten gesteld kunnen worden, valt echter op dat voor de individualiteitsbepaling aanknopingspunten worden gezocht in de empirie. Zo moet een intellectuele prestatie wil zij als werk kunnen worden gekwalificeerd, op een voor zintuiglijke waarneming vatbare wijze geuit worden. Slechts door deze uiting kunnen derden weten wat de precieze omvang van het begrip 'werk' is. Wil een intellectuele prestatie als uitvinding kunnen worden gekwalificeerd, dan moet zij toepasbaar zijn op het gebied van de nijverheid. Deze eis houdt in dat een uitvinding niet zomaar gedachten mag betreffen, maar dat het om concrete producten moet gaan die toegepast kunnen worden op het gebied van de nijverheid. De uitvinding moet uitvoerbaar en haalbaar zijn.

Bij sommige intellectuele eigendomsrechten staat de vervaardigingprestatie als zodanig centraal. Een vervaardigingshandeling is altijd gelieerd aan een concreet object. Wil een rechtssubject bescherming kunnen krijgen van een naburig recht dan zal er een concrete prestatie moeten zijn: een vertolking, een eerste vastlegging van een film, een televisie-uitzending of een geluidsopname. Wil een rechtssubject bescherming krijgen van een kwekersrecht dan zal er een concrete prestatie moeten zijn: een ras dat alleen kan bestaan wegens de gedane kwekersarbeid. Het gaat om de menselijke kweekinspanning die leidt tot een nieuw ras. Wil een rechtssubject bescherming krijgen van een databankrecht dan zal hij een voldoende substantiële investering moeten hebben gedaan in deze databank. Alleen een databank waarin voldoende substantieel is geïnvesteerd, kan een dergelijke bescherming verkrijgen.

Voor de onderscheidingsprestaties geldt dat het publiek de prestatie ook als onderscheidingsprestatie moet aanmerken. Wil een intellectuele prestatie als merk kunnen worden gekwalificeerd, dan is het belangrijk dat het publiek het teken ook als zodanig opvat. Het merk moet onderscheidend vermogen hebben. Wil een intellectuele prestatie als handelsnaam kunnen worden gekwalificeerd dan zal het publiek de naam als handelsnaam moeten beschouwen. Wil een rechtssubject bescherming krijgen van een modelrecht dan moet het model, een tweedimensionaal of driedimensionaal object, zich van andere objecten kunnen onderscheiden.

Naast een technische grens waardoor objecten met voldoende individualiteit worden gescheiden van objecten zonder voldoende individualiteit, geldt een ethische grens. De ethische grens scheidt de objecten waarvan het wenselijk is dat zij als rechtsobject fungeren van de objecten waarvan dat niet wenselijk is. Anders dan bij de zaken, wordt de ethische grens bij de omschrijving van rechtsobjecten van intellectuele eigendomsrechten veelal expliciet weergegeven. Dit laatste is waarschijnlijk mede het gevolg van het feit dat tot invoering van het nieuw BW in 1992 de categorie 'zaken buiten de handel' nog bestond. Waren er objecten die voldoende individualiteit bezaten om als zaken te worden gekwalificeerd, maar die wegens ethische, rechtspolitieke of dogmatische redenen niet als object van een eigendomsrecht beschouwd konden worden, dan konden deze als 'zaken buiten de handel' worden aangemerkt. Tegenwoordig bestaat deze categorie niet meer en is de ethische grens naar de zaaksbepaling zelf getrokken. Duidelijk is dus dat zowel voor rechtsobjecten van eigendomsrechten als voor rechtsobjecten van intellectuele eigendomsrechten ethische grenzen gelden. De ethische grens bij intellectuele eigendomsrechten ziet in de regel op de grens van de openbare orde en goede zeden. Zo worden bijvoorbeeld van oudsher biologische materialen niet octrooieerbaar geacht wegens strijd met de openbare orde en goede zeden (3b ROW 1995). Deze opvattingen kunnen echter, onder meer op grond van Europese regelgeving, verschuiven. Zo maakt de Europese richtlijn betreffende de rechtsbescherming van biotechnologische uitvindingen hierop een uitzondering en kunnen voortbrengselen uit biologisch materiaal object van een octrooirecht zijn (zie § 4.2.3.5).

Als algemene trend kan gezegd worden dat de grenzen van het rechtsobject ook binnen het intellectuele eigendomsrecht verschuiven. Dit brengt weer nieuwe problemen met zich mee. Zo zijn de domeinen van de diverse intellectuele eigendomsrechten aan corrosie onderhevig. Door het uitbreiden van het werkbegrip met computerprogramma's en het uitbreiden van het uitvindingbegrip met (deels technische) bedrijfsmethoden, zijn de grenzen tussen het auteursrecht en octrooirecht niet meer zo scherp als vroeger het geval was. Ook worden nieuwe sui generisrechten geschapen. Dit creëren van nieuwe beschermingsvormen maakt het intellectuele eigendomsrecht als geheel onoverzichtelijk. Dit komt de rechtszekerheid niet ten goede. Het is in het kader van deze ontwikkelingen des te relevanter dat er duidelijkheid bestaat omtrent de grenzen van het rechtsobject.

5 | Samenvattende slotbeschouwing

5.1 INLEIDING

In dit onderzoek wordt een overzicht gegeven van de grenzen van objecten van (intellectuele) eigendomsrechten. Hoofdstuk 2 behandelt de vermogensrechtelijke systematiek en de plaats van het begrip 'rechtsobject' daarin. Hoofdstuk 3 behandelt de zaken als objecten van eigendomsrechten. Na het eerste deel waarin de criteria worden behandeld waaraan een zaak moet voldoen, wordt deze theorie toegepast op een aantal concrete objecten. Het begrip 'zaken' blijkt twee grenzen te hebben: een technische grens waarbij de individualiteit van het object centraal staat en een ethische grens. Vervolgens is in hoofdstuk 4 aangegeven dat deze grenzen evenzeer een rol spelen voor de rechtsobjecten van intellectuele eigendomsrechten, de zogenoemde *corpora mystica*. Hierna zullen de bevindingen uit deze hoofdstukken kort worden samengevat.

5.2 Rechtsobjecten in het algemeen

In hoofdstuk 2 is aangegeven dat het 'toebehoren van subjectieve vermogensrechten' het basisschema van het vermogensrecht is. Hoewel 'toebehoren' inherent aan het 'subjectieve vermogensrecht' is verbonden, is het mogelijk deze twee aspecten van elkaar te onderscheiden. De gerechtigdheid *tot* het vermogensrecht, het toebehoren, geldt absoluut. Niemand mag zich voordoen als gerechtigde. Dit geldt zowel voor absolute rechten als voor de relatieve rechten. Niemand anders dan de rechthebbende mag zich voordoen als eigenaar van de zaak. Niemand anders dan de rechthebbende mag zich voordoen als schuldeiser van de vordering.

Op grond van de gerechtigdheid *uit* het vermogensrecht heeft de rechthebbende specifieke bevoegdheden. Deze gerechtigdheid uit het vermogensrecht ziet op het desbetreffende vermogensrecht zelf en niet op het toebehoren van dat vermogensrecht. De bevoegdheden die uit het vermogensrecht voortvloeien verschillen per vermogensrecht. Het onderscheid tussen absolute rechten en relatieve rechten kan aan de hand van deze bevoegdheden worden weergegeven. Bij het absolute eigendomsrecht zien deze bevoegdheden op de exclusieve heerschappij over de zaak. Deze bevoegdheden houden tevens verplichtingen in voor derden. Derden dienen zich te onthouden van gedragingen die inbreuk

maken op deze heerschappij over de zaak. Bij het relatieve vorderingsrecht zien de bevoegdheden die voortvloeien uit het vorderingsrecht op de schuldenaar. Het relatieve recht geldt tegenover degene(n) van wie de rechthebbende krachtens dit recht iets kan vorderen en tegenover niemand anders. Hoewel het relatieve recht de prestatie als voorwerp kent, dient dit niet als rechtsobject te worden beschouwd. De prestatie is het unieke resultaat van de unieke rechtsbetrekking tussen crediteur en debiteur. Schuldeiser en schuldenaar hebben het object zelf in het leven geroepen. Bij objecten van eigendomsrechten en intellectuele eigendomsrechten bepalen de objecten mede en onafhankelijk van het rechtssubject, de bevoegdheden die uit het desbetreffende vermogensrecht voortvloeien. Deze objecten, de zaken en de *corpora mystica*, worden in dit onderzoek als rechtsobjecten aangeduid.

Subjectieve vermogensrechten kennen een bijzondere behandeling in het vermogensrecht. Zij worden in artikel 3:1 BW als *goederen* omschreven. Goederen worden gekenmerkt door een aantal eigenschappen. Zo kunnen zij als zekerheidsobject gelden, vallen goederen in het faillissementsvermogen, vallen goederen in het gemeenschapsvermogen, zijn goederen voor verhaal vatbaar en dergelijke. Artikel 3:1 BW geeft een definitie van de 'goederen': goederen zijn alle zaken en alle vermogensrechten. Het is verwarrend dat naast de vermogensrechten, waaronder ook eigendomsrechten vallen, tevens het object van een eigendomsrecht, de zaak wordt genoemd. Het zou juist zijn indien artikel 3:1 BW alle vermogensrechten op één lijn zou stellen en zou bepalen dat goederen de *eigendomsrechten* en andere vermogensrechten zijn. Met het begrip 'goederen' worden dan alle vermogensrechten aangeduid. Het basisschema van het vermogensrecht kan dan op twee manieren worden weergegeven: 'toebehoren van subjectieve vermogensrechten' en 'toebehoren van goederen'.

In de Toelichting Meijers bij artikel 3:1 BW kan men lezen dat het begrip 'goederen' inderdaad ziet op de *vermogensrechten*, maar dat er welbewust voor is gekozen om in artikel 3:1 BW naast deze 'vermogensrechten', het begrip 'zaak' op te nemen. Dit heeft zijn oorzaak in het feit dat het spraakgebruik de zaak en het eigendomsrecht met elkaar identificeert. In het spraakgebruik heeft men het niet over het 'toebehoren van een eigendomsrecht op een boot', maar over het 'toebehoren van een boot': 'ik heb een boot'. Hoewel zaken en vermogensrechten dus ongelijkwaardige grootheden zijn, heeft Meijers in artikel 3:1 BW toch de 'zaken' in plaats van de eigendomsrechten opgenomen. Daarbij werd wel de opdracht gegeven dat duidelijk voor ogen moet worden gehouden dat het begrip zaak in het ene geval ter aanduiding van een object van een eigendomsrecht wordt gebruikt en in het andere geval ter aanduiding van het eigendomsrecht zelf. Deze opdracht is echter niet zo eenvoudig en praktisch gebleken als de Toelichting Meijers het doet voorkomen. Zoals in § 2.2.3 wordt aangetoond heeft dit zowel in de dogmatiek als in de rechtspraak tot verwarring geleid.

Verdedigd is dan ook dat het begrip 'zaak' alleen gebruikt moet worden ter aanduiding van het rechtsobject van een eigendomsrecht. Dit is de betekenis

van artikel 3:2 BW: zaken zijn de voor menselijke beheersing vatbare stoffelijke objecten. Verdedigd is tevens dat het begrip 'goederen' gereserveerd wordt voor het niveau van de vermogensrechten (eigendomsrechten, intellectuele eigendomsrechten, relatieve rechten en de uit deze rechten voortvloeiende beperkte rechten). Verdedigd is vervolgens dat het begrip 'eigendomsrecht' gereserveerd blijft voor het volledige recht op de zaak (artikel 5:1 BW). Consequente doorvoering van deze begrippen betekent niet alleen dat juridisch technisch gezien niet meer gesproken kan worden van volledige vermogensrechten op goederen, van eigendomsrechten op vorderingsrechten of van bezit van zaken, maar dat gesproken moet worden van toebehoren van goederen, bezit van eigendomsrechten, ruil van eigendomsrechten, koop van een eigendomsrecht, vruchtgebruik van eigendomsrechten, enzovoort. Het basisschema van het vermogensrecht is het 'toehoren van goederen': toebehoren van absolute volledige eigendomsrechten, toebehoren van absolute volledige intellectuele eigendomsrechten, toebehoren van relatieve volledige rechten en toebehoren van de uit al deze rechten voortvloeiende beperkte rechten.

Aan de hand van de consequente hantering van de begrippen 'goed', 'eigendomsrecht', 'vermogensrecht' en 'zaak' kan ook het begrip 'rechtsobject' een duidelijke plaats in het vermogensrecht verkrijgen. *Rechtsobjecten* zijn objecten van absolute volledige vermogensrechten. Er bestaan twee soorten absolute volledige vermogensrechten: eigendomsrechten en intellectuele eigendomsrechten. Eigendomsrechten hebben een *zaak* als rechtsobject. Intellectuele eigendomsrechten hebben afhankelijk van de desbetreffende intellectuele eigendomsrecht een eigen rechtsobject (werk, uitvinding, vertolking, databank, merk, topografie, en dergelijke), ook wel *corpus mysticum*, een intellectuele prestatie van de mens, genoemd.

Beperkte rechten hebben *goederen*, vermogensrechten, als object. Een pandrecht vloeit voort uit het *vorderingsrecht* op schuldenaar x. Een opstalrecht vloeit voort uit het *eigendomsrecht* op een huis. Een erfpachtrecht vloeit voort uit het *eigendomsrecht* op een stuk grond, en dergelijke. Ook beperkte rechten zelf zijn goederen en kunnen als object van (minder ver strekkende) beperkte rechten dienen. Zo is het mogelijk een beperkt recht van vruchtgebruik te vestigen op een pandrecht op een eigendomsrecht op een boot. Zonder moederrecht kan een beperkt recht niet bestaan. Deze moederrechten zijn echter geen rechtsobjecten. Het begrip rechtsobject wordt in dit onderzoek alleen gebruikt voor de objecten van absolute *volledige* vermogensrechten en niet ter aanduiding van de reeds bestaande vermogensrechten waar beperkte rechten uit kunnen voortvloeien. Het zijn de objecten van absolute volledige vermogensrechten die een doorslaggevende rol spelen bij de aanneming van het vermogensrecht. Het zijn deze rechtsobjecten waarvan het van belang is de grenzen vast te stellen.

5.3 Zaken

Artikel 5:1 BW bepaalt dat het eigendomsrecht het meest omvattende recht is dat een persoon op een *zaak* kan hebben. Zonder *zaak* geen eigendom. De 'zaak' is het rechtsobject van een eigendomsrecht. Artikel 3:2 BW omschrijft dit begrip als volgt: zaken zijn de voor menselijke beheersing vatbare stoffelijke objecten. In de literatuur worden vervolgens de eisen van zelfstandigheid en waarde genoemd.

Bij nadere beschouwing blijken deze vier eisen moeilijk te definiëren en moeilijk te hanteren. Verdedigd is dat deze eisen bekeken moeten worden vanuit een functioneel criterium. In dat geval valt namelijk op dat deze eisen in essentie neerkomen op de mogelijke kenbaarheid voor derden. Alleen wanneer derden exact kunnen weten ten aanzien van welk object zij bepaalde verplichtingen hebben, is het mogelijk dat dit object als zaak van een eigendomsrecht fungeert. Alleen door de kenbaarheid voor derden is te legitimeren dat een rechthebbende bevoegdheden verkrijgt, waar voor derden bepaalde verplichtingen tegenover staan.

Een bepaald object is voor menselijke beheersing vatbaar indien het door de rechthebbende van het gebruik door anderen kan worden afgesloten. Dit is bijvoorbeeld het geval bij een stuk grond en een huis. Lucht en water in een fles kunnen eveneens van het gebruik door anderen worden afgesloten en voldoen derhalve aan de eis dat zij 'voor menselijke beheersing vatbaar' is. Lucht en water in het algemeen kunnen daarentegen niet voor anderen worden afgesloten: in de natuurlijke constellatie zijn lucht en water niet voldoende te begrenzen.

De functie van de stoffelijkheidseis ligt eveneens bij de mogelijkheid om het object zichtbaar te maken voor derden, zodat derden gelegitimeerd van het gebruik kunnen worden uitgesloten. De stoffelijkheidseis geeft weer dat het desbetreffende object in de empirische wereld moet bestaan. Daarmee wordt tevens de grens met het intellectuele eigendomsrecht aangegeven: het moet gaan om fysieke objecten en niet om intellectuele objecten. Vastgesteld moet worden dat het object buiten de mens ligt en een stoffelijke verschijning heeft. Het gaat daarbij niet zozeer om de natuurwetenschappelijke kennis van de jurist maar om het feit dat het object in de empirie bestaat en binnen deze empirie voldoende individualiteit heeft.

De zelfstandigheideis ziet eveneens op de voor derden noodzakelijke kenbaarheid. Het moet gaan om een zelfstandige zaak, die als geheel geïndividualiseerd kan worden. De zaak moet een zelfstandig bestaan hebben, los van de andere objecten om de mens heen. Hierbij zijn de verkeersopvattingen beslissend: een aantal zaken kan in het verkeer gezamenlijk als één zaak gelden, hoewel zij niet organisch of mechanisch aan elkaar zijn verbonden. Men denke aan een doos met een deksel of een spel kaarten. Ook is op grond van het in het huidige goederenrecht geldende eenheidsbeginsel, een eigendomsrecht op een onzelfstandige zaak, op een bestanddeel niet mogelijk. Een

deur in een huis is een bestanddeel van het huis en wordt als bestanddeel niet als zelfstandige zaak gekwalificeerd.

De waarde-eis geeft weer dat een zaak een object moet zijn met vermogensrechtelijke waarde. Het moet in het belang van de rechthebbende zijn om een specifiek vermogensrecht op dit object te hebben, het moet om een economisch zelfstandige zaak gaan. Dit kan het geval zijn bij een enorme materiële waarde, maar ook ten aanzien van affectieve waarde. Centraal staat de 'vermogensrechtelijke zelfstandigheid'.

Deze eisen bepalen alle vier de technische grens die aan zaken kan worden gesteld. De technische grens onderscheidt objecten die op technische gronden niet als object van een eigendomsrecht kunnen fungeren van de objecten die dat wel kunnen. Verdedigd is dat deze vier eisen in essentie kunnen worden gevangen onder één enkele eis: die van individualiteit. Een object moet voor zaakkwaliteit voldoende individualiteit bezitten. Het object moet een dermate geïndividualiseerd, van andere objecten af te scheiden, stoffelijk object zijn, dat het als zelfstandig object van een eigendomsrecht door de rechthebbende en door derden herkend en erkend kan worden.

Met het centraal stellen van de 'individualiteit', wordt meer ruimte verkregen om nieuwe objecten die dezelfde functie vervullen als de traditionele zaken als zaken te kwalificeren. Men hoeft niet absoluut vast te houden aan de eisen van 'stoffelijkheid' en 'voor menselijke beheersing vatbaarheid', men kan de eisen hanteren in het licht van de individualiteit. Zoals met name duidelijk is geworden ten aanzien van het grensgeval elektriciteit, gaat het er niet om of de jurist natuurwetenschappelijk bewijs van de stoffelijkheid van object x kan leveren, maar of object x voldoende individualiteit bezit om vatbaar te kunnen zijn voor exclusieve heerschappij van de eigenaar. Dit houdt tevens in dat het mogelijk moet kunnen zijn om alle derden die inbreuk maken op deze heerschappij ten aanzien van dit object, daarop aan te spreken. Bezit het object onvoldoende individualiteit, dan valt het buiten de technische grens en is het niet mogelijk om dit object als zaak te kwalificeren.

Naast de technische grens, geldt er ten aanzien van zaken ook een ethische grens. De ethische grens ziet op de vraag of het object naar de huidige normen en waarden als zaak kan worden gekwalificeerd. Buiten deze grens vallen objecten waarvan de samenleving het onwenselijk vindt dat deze objecten als vermogensobjecten, als rechtsobjecten van eigendomsrechten, worden gekwalificeerd.

Voor onderstaande objecten leidt bovenstaande theorie over de grenzen van zaken tot de volgende conclusie.

Lucht bezit in de natuurlijke constellatie onvoldoende individualiteit om als zaak te kunnen worden gekwalificeerd. De lucht in het algemeen is niet voldoende te begrenzen, de rechthebbende op de lucht kan de lucht niet van het gebruik door derden afsluiten. Er kan derhalve geen eigendomsrecht op worden gevestigd. Wel heeft de eigenaar van de grond bepaalde bevoegdheden

ten aanzien van de lucht boven en onder de grondoppervlakte (zie § 3.2.1). Lucht in een fles kan daarentegen wel van het gebruik door anderen worden afgesloten en voldoet derhalve wel aan de eis dat een zaak 'voor menselijke beheersing vatbaar' moet zijn. Lucht in een fles bezit voldoende individualiteit en kan als zaak worden gekwalificeerd.

Water bezit in zijn natuurlijke constellatie evenmin voldoende individualiteit om als zaak te kunnen worden gekwalificeerd. Voor dit niet-begrensde water, zoals de zee en het stromend water, heeft de wetgever een zeker gebruiksrecht vastgelegd via de constructie van de eigendom van de bodem. Voor begrensde water, een meertje of grondwater in een put, heeft de wetgever een zelfstandig eigendomsrecht vastgelegd in artikel 5:20 BW sub c en d. Deze bepaling loopt eveneens via het eigendomsrecht van de grondoppervlakte. Bezit water voldoende individualiteit, bijvoorbeeld omdat het in een fles zit, dan is het als zaak te kwalificeren. Het eigendomsrecht op deze zaak is een *goed* en is vatbaar voor overdracht (artikel 3:83 BW), voor bezwaring (artikel 3:228 BW) en verhaal (artikel 3:276 BW) (zie § 3.2.2).

Een *grondstuk* kan slechts bij wijze van artificiële begrenzing een rechtsobject van een eigendomsrecht zijn. In Nederland geldt hiervoor een specifiek administratief systeem, het kadaster genaamd. Bij wege van plaatsbepaling in het kadaster is de individualisering van grondstukken mogelijk en kunnen grondstukken als zelfstandige zaken worden gekwalificeerd (zie § 3.2.3).

Elektriciteit raakt vooral het stoffelijkheidsvereiste. Naar de heersende leer wordt de zaakkwaliteit van elektriciteit ontkend, omdat elektriciteit niet stoffelijk zou zijn. In dit onderzoek is echter verdedigd dat niet de natuurwetenschappelijke stoffelijkheid centraal zou moeten staan, maar dat beoordeeld moet worden of elektriciteit in het concrete geval voldoende individualiteit bezit om als zaak te kunnen worden gekwalificeerd. Dit zal afhangen van de desbetreffende constellatie. Elektriciteit in de vorm van een bliksemflits bezit onvoldoende individualiteit, elektriciteit in een accu of in een leiding bezit wel voldoende individualiteit. Dat de natuurwetenschappelijke kennis van de jurist niet doorslaggevend zou moeten zijn, wordt vooral duidelijk indien men beseft dat de natuurkundige Joseph John Thomson reeds in 1897 ontdekte dat elektronen naast een elektrische lading ook massa hebben. Daarmee is de natuurkundige stoffelijkheid van elektriciteit vast komen te staan, maar nog steeds blijft het antwoord op de vraag of elektriciteit in de desbetreffende constellatie voldoende individualiteit heeft, doorslaggevend voor de juridische kwalificatie. In dit onderzoek is verdedigd dat elektriciteit in een leiding of in een accu voldoende individualiteit bezit om als zaak te kunnen worden gekwalificeerd. Een eigendomsrecht op deze vorm van elektriciteit is een *goed* en aangezien elektriciteit een zaak is zijn de regels omtrent koop ook op de koopovereenkomst van elektriciteit van toepassing (zie § 3.2.5).

Software raakt eveneens het stoffelijkheidsvereiste. Binnen de heersende leer bestaat geen eenduidige mening over het rechtskarakter van software. Duidelijk is dat software een object van een intellectueel eigendomsrecht

(octrooirecht of auteursrecht) kan zijn, maar onduidelijk is of de software ook als object van een eigendomsrecht kan worden gekwalificeerd. In dit onderzoek wordt verdedigd dat de software, afhankelijk van de desbetreffende constellatie, als zaak kan worden gekwalificeerd. Dit laatste is alleen mogelijk door middel van een externe drager: een diskette of een computer. Evenals elektriciteit alleen door middel van een extern hulpmiddel voldoende individualiseerbaar kan worden gemaakt, geldt ook voor software dat deze pas door een externe drager voldoende kenbaar kan zijn voor derden. Wanneer men een exemplaar van software koopt, koopt men net als bij de aanschaf van een boek, (het eigendomsrecht op) een zaak. Het gebruik van deze zaak, kan in belangrijke mate worden ingeperkt door de op de zaak rustende intellectuele eigendomsrechten (zie § 3.2.6).

Informatie bezit in het algemeen onvoldoende individualiteit om als zaak te kunnen worden gekwalificeerd. Wanneer informatie in het hoofd van een persoon zit, is het voor de buitenwereld niet kenbaar en derhalve niet te individualiseren. Informatie is in essentie het veranderen van het bewustzijn, iets dat voor derden niet of nauwelijks waarneembaar is. Informatie kan dan ook niet als rechtsobject van een eigendomsrecht fungeren (zie § 3.2.7).

Ten aanzien van de *goodwill* geldt hetzelfde: de goodwill kan niet als zaak worden gekwalificeerd. Het begrip 'goodwill' wordt, kortweg, gebruikt om aan te tonen dat de totale waarde van de onderneming hoger is dan de som van de waarde van de diverse vermogensbestanddelen waaruit zij bestaat. De goodwill is een gevolg van een aantal feitelijke omstandigheden die de winstcapaciteit van het bedrijf beïnvloeden. De waarde van deze goodwill kan bij verkoop van het bedrijf te gelde worden gemaakt. Het is echter geen zelfstandig rechtsobject dat net als het bedrijfspand en de inventaris iemand in eigendom kan toebehoren. De goodwill is geen individualiseerbaar object, maar een door de praktijk ingevoerde feitelijkheid, die niet exact kan worden beschreven. Goodwill zelf kan derhalve niet als zaak worden gekwalificeerd. Dit neemt niet weg dat de waarde van de goodwill wel bij waardering van de overige vermogensbestanddelen kan worden meegenomen (zie § 3.2.9).

Om de problematiek rond goodwill te vermijden, wordt getracht de *onderneming* als geheel, inclusief de goodwill, als rechtsobject te kwalificeren. Dit kan alleen als de algemeenheid van goederen als zelfstandig rechtsobject zal worden erkend. De onderneming is geen zelfstandige zaak op zichzelf, maar wordt geconstitueerd door verschillende positieve en negatieve vermogensbestanddelen, door goederen en schulden. Er zitten diverse voordelen aan de erkenning van de onderneming als rechtsobject. Deze erkenning kan echter alleen geschieden als de wetgever de onderneming als algemeenheid van goederen, als zelfstandig rechtsobject, erkent. Bij de wettelijke regels hieromtrent zullen tevens duidelijke regels moeten worden gegeven voor de wijze van levering en de plaats van de afzonderlijke activa en passiva (zie § 3.2.10).

Het *menselijk lichaam* is een object dat binnen de technische grens valt: het is een object dat voldoende individualiteit bezit om als zaak te kunnen worden

gekwalificeerd. Toch wordt het menselijk lichaam naar huidig recht niet als zaak beschouwd. Het wordt naar de huidige ethische en rechtspolitieke opvattingen onwenselijk geacht om het menselijk lichaam als zaak binnen het vermogensrecht te beschouwen. De mens is volledig rechtssubject en geen rechtsobject. Het lichaam is voor het recht verbonden met de menselijke persoon. Een menselijk lichaam valt dus buiten de ethische grens en kan daarom niet als zaak worden gekwalificeerd (zie § 3.2.10).

Hoewel men doorgaans geneigd is hetzelfde te beweren ten aanzien van een *lijk*, wordt in § 3.2.11 verdedigd dat het lijk wel als zaak kan worden gekwalificeerd. Wanneer men denkt aan een mummie of een skelet dat het ene museum aan het andere museum overdraagt, zal niemand het raar vinden dat deze objecten als zaak worden gekwalificeerd en er juridisch gezien sprake is van de eigendomsoverdracht van een zaak. Het wordt lastiger wanneer de situatie dichter bij de persoon zelf wordt bekeken. De meeste mensen zullen het onwenselijk vinden als erfgenamen op grond van hun eigendomsrecht op het lijk, zelfstandig beschikkingen ten aanzien van het lijk kunnen uitvoeren die niet in overeenstemming zijn met de wil van de overledene. Tevens is het onwenselijk indien er een handel in lijken door erfgenamen zou ontstaan. Er is daarom voorgesteld om een onderscheid te maken tussen het nog 'warme lijk' en de reeds langer bestaande stoffelijke resten. Het lijk wordt dan niet als zaak beschouwd, de stoffelijke resten wel. Juridisch bezien is een dergelijke wisseling van rechtskarakter afhankelijk van de normatieve waardering van het object, zeer moeilijk in het goederenrechtelijke systeem in te passen. Verdedigd wordt derhalve in alle gevallen de zaakkwaliteit van een lijk te aanvaarden. Daaraan wordt wel de voorwaarde verbonden dat de wet voldoende garanties inbouwt dat de wil van de overledene wordt gerespecteerd en een handel in lijken door erfgenamen wordt tegengegaan. Dergelijke regels zouden als aanvulling kunnen worden opgenomen bij de reeds bestaande regels omtrent de lijkbezorging in de Wet op de Lijkbezorging (zie § 3.2.11).

Een *embryo* is een mens in wording. Het embryo is nog geen rechtssubject, maar naar de heersende leer ook geen rechtsobject. Aanname van het zaaks-karakter voor een mens in wording, doet naar het algemeen gevoelen te weinig recht aan de menselijke waardigheid die reeds bij het embryo kan worden aangenomen. Het huidige rechtssysteem kent wel een zekere bescherming voor het embryo en regels ten aanzien van de zeggenschap daarover. Daarbij wordt onderscheid gemaakt tussen drie fasen vanaf de conceptie tot de geboorte: *status potentialis*, vanaf de fusie van de gameten door conceptie of in-vitrofertilisatie (IVF) tot innesteling (nidatie) daarvan, ongeveer twee weken later. De *status nascendi*, vanaf de innesteling tot de geboorte. De derde fase betreft de *geboorte*. Artikel 1:2 BW bepaalt dat het kind waarvan een vrouw zwanger is wordt als reeds geboren aangemerkt, zo dikwijls zijn belang dit vordert (zie § 3.2.12).

Mede door de technische ontwikkelingen is het mogelijk geworden *lichaamsmaterialen*, zoals organen, sperma, bloed, stamcellen en dergelijke, buiten het

menselijk lichaam te bewaren en te (her)gebruiken. Deze lichaamsmaterialen bezitten voldoende individualiteit om op grond van de technische eisen als rechtsobject van een eigendomsrecht te kunnen worden gekwalificeerd. Er bestaan echter ethische bezwaren tegen de toepasselijkheid van alle goederenrechtelijke gevolgen van een eigendomsrecht op lichaamsmateriaal. Met name de commerciële verkoop van organen wordt zeer stuitend bevonden. Volledige ontkenning van zaakkwaliteit brengt daarentegen ook problemen met zich mee aangezien de dikwijls in de praktijk uitgevoerde handelingen van bewaarneming en schenking van lichaamsmaterialen niet onder de daarvoor opgenomen wettelijke regels zouden vallen. Bij wijze van compromis is gekozen voor de zaakskwalificatie van lichaamsmaterialen, met daarop beperkingen zoals weergegeven door bijzondere wettelijke regelingen van nationaal en internationaal niveau en het algemeen geldende persoonlijkheidsrecht. Belangrijk is daarbij dat het verboden is winst te maken uit lichaamsmaterialen. Zo is het verboden koopovereenkomsten te sluiten ten aanzien van organen en bloed (zie § 3.2.13).

Implantaten zoals pacemakers en kunstmatige hartkleppen, zijn voldoende individualiseerbare objecten om als zaken te kunnen worden gekwalificeerd. Er bestaan ook geen ethische bezwaren tegen deze kwalificatie buiten het lichaam. Dit is anders wanneer de implantaten in of aan het lichaam worden aangebracht. Implantaten die een geïntegreerd onderdeel vormen met het menselijk lichaam, zoals een pacemaker, verliezen hun zelfstandige zaakkwaliteit. Hoewel ten aanzien van een menselijk lichaam niet van een hoofdzaak kan worden gesproken, worden deze implantaten bestanddelen van de hoofd-'zaak', het menselijk lichaam. Het eigendomsrecht op een implantaat gaat teniet en pas na definitieve afscheiding van het menselijk lichaam is er weer sprake van een zelfstandige zaak (§ 3.2.14).

Dieren zijn stoffelijke objecten die voor menselijke beheersing vatbaar zijn. Zij worden derhalve van oudsher af gekwalificeerd als zaak. In sommige gevallen worden hiertegen ethische bezwaren geuit. Veelal zien de bezwaren niet zozeer op de zaakstatus, maar op de 'onmenselijke' behandeling die dieren soms verkrijgen. Er wordt alom gepleit voor meer dierenrechten. De wetgever geeft aan deze oproep steeds meer gewag (zie § 3.2.15).

5.4 Corpora mystica

Om de lijn van hoofdstuk 2 en hoofdstuk 3 door te zetten, geeft hoofdstuk 4 een beknopt overzicht van de problematiek rond het vaststellen van de grenzen van rechtsobjecten van intellectuele eigendomsrechten. Er blijken diverse parallellen te kunnen worden aangegeven tussen eigendomsrechten en intellectuele eigendomsrechten. Beide zijn absolute volledige rechten met een rechtsobject als basis. Er bestaan meerdere intellectuele eigendomsrechten, met elk een eigen rechtsobject. Deze rechtsobjecten worden in de desbetreffende

intellectuele eigendoms wetten gedefinieerd of omschreven. Zonder intellectueel rechtsobject, zonder *corpus mysticum*, geen intellectueel eigendomsrecht.

Ten aanzien van rechtsobjecten van intellectuele eigendomsrechten kunnen dezelfde grenzen worden onderscheiden als bij zaken het geval was: een technische grens en een ethische grens. Bij de technische grens staat de feitelijke vaststelling van individualiteit centraal: hetgeen als rechtsobject moet worden gekwalificeerd zal voldoende kenbaar moeten zijn voor derden. Bij de ethische grens staat de wenselijkheid van de kwalificatie van het object als rechtsobject van een intellectueel eigendomsrecht centraal.

De grenzen van de rechtsobjecten van intellectuele eigendomsrechten staan, net als de rechtsobjecten van eigendomsrechten, onder druk van de huidige technologische en economische ontwikkelingen. Door deze ontwikkelingen zijn vele nieuwe objecten ontstaan, die sterk gelijken op de traditioneel erkende rechtsobjecten van intellectuele eigendomsrechten.

Een groot verschil met de eigendomsrechten is het feit dat objecten van intellectuele eigendomsrechten niet gebonden zijn aan de empirie. Intellectuele eigendomsrechten zien op het gebied van de concurrentiestrijd en verschaffen de rechthebbende een monopoliepositie ten aanzien van een bepaalde intellectuele prestatie. Dergelijke monopolieposities worden gerechtvaardigd geacht omdat er van uit wordt gegaan dat daarmee de vooruitgang op het gebied van de kunst, wetenschap en techniek gestimuleerd kan worden. Het gaat daarbij om *intellectuele* prestaties, om immateriële objecten. Bij een nadere beschouwing van de technische eisen die aan deze intellectuele prestaties worden gesteld, ziet men dat er dikwijls aanknopingspunten worden gezocht in de empirie. Zo moet een intellectuele prestatie wil zij als werk kunnen worden gekwalificeerd, op een voor zintuiglijke waarneming vatbare wijze worden geuit. Slechts door deze uiting kunnen derden te weten komen wat de precieze begrenzing van het begrip 'werk' is. Bij de intellectuele eigendomsrechten die vervaardigingprestaties beschermen is de link naar de empirie nog duidelijker aanwezig. Pas bij het bestaan van een concreet nieuw plantenras of een concrete eerste vastlegging op film kan bescherming via het kwekersrecht resp. de naburige rechten verkregen worden. Het is niet zozeer de idee van het ras of de idee van de film dat beschermd wordt, maar het concrete resultaat. Dit concrete resultaat kon alleen ontstaan dankzij het verrichten van een zekere intellectuele prestatie. Het is deze intellectuele vervaardigingprestatie die beschermd wordt.

Een ander verschil met eigendomsrechten betreft de explicitering van de ethische grens. Anders dan bij zaken, wordt de ethische grens bij de omschrijving van rechtsobjecten van intellectuele eigendomsrechten veelal expliciet weergegeven. Binnen het intellectuele eigendomsrecht is men klaarblijkelijk eerder bereid de ethische bezwaren te expliciteren, dan bij het eigendomsrecht het geval is. Dit laatste is waarschijnlijk mede het gevolg van het feit dat tot invoering van het nieuw BW in 1992 de categorie 'zaken buiten de handel' nog bestond. Waren er objecten die voldoende individualiteit bezaten om als zaken

te worden gekwalificeerd, maar die wegens ethische, rechtspolitieke of dogmatische redenen niet als object van een eigendomsrecht beschouwd konden worden, dan konden deze als 'zaken buiten de handel' worden aangemerkt. Tegenwoordig bestaat deze categorie niet meer en is de ethische grens naar de zaaksbepaling zelf getrokken. Duidelijk is zo dat zowel voor rechtsobjecten van eigendomsrechten als voor rechtsobjecten van intellectuele eigendomsrechten, ook ethische grenzen gelden.

Over de diverse rechtsobjecten van intellectuele eigendomsrechten kan aan de hand van bovenstaande theorie het volgende beeld worden geschetst.

Een object van een auteursrecht, een *werk*, is een moeilijk te definiëren object. Over het algemeen worden drie eisen geëxpliciteerd: het werk moet een geestelijke schepping van de mens zijn, het werk moet op een of andere manier zijn geuit en het werk moet oorspronkelijk zijn. Dit zijn ruime eisen, waarvan vooral de laatste moeilijk objectief is vast te stellen. De oorspronkelijkheidseis wordt in belangrijke mate ingevuld door de wenselijkheid van auteursrechtelijke bescherming. Het is vooral het antwoord op de vraag of het, gezien de aard en de functie van het auteursrecht, wenselijk is dat het object als werk fungeert, dat de doorslag geeft. Zo is de vraag of software voldoende 'oorspronkelijkheid' bezit om een werk te zijn, mede van doorslaggevende betekenis geacht dat voor uitsluiting van software onder het auteursrecht geen goede reden bestaat. Bescherming van software kent dezelfde voordelen en functie als bescherming van de 'traditionele werken' als muziekcomposities, geschreven manuscripten en dergelijke (zie § 4.2.1). De ethische eis speelt bij het werk een geringe rol. Een mogelijke verklaring hiervan is dat het recht automatisch wordt verkregen door het creëren van een werk. Bij octrooirecht, merkrecht en modelrecht bijvoorbeeld is de overheid bij de verkrijging van deze rechten betrokken en kan er gemakkelijker worden getoetst aan de ethische eisen.

Een object van een naburig recht is een prestatie van een uitvoerende kunstenaar (*vertolking*), van een fonogrammenproducent (*geluidsopname*), van een omroeporganisatie (*uitzending*) of van een filmproducent (*eerste vastlegging filmwerk*). De wet beschermt slechts de vervaardigingshandeling zelf. Het bestaan van de concrete vervaardigingshandeling maakt de kenbaarheid voor derden gemakkelijker (zie § 4.2.2).

Een object van een octrooirecht is een *uitvinding*. Een uitvinding moet nieuw zijn, op uitvinderwerkzaamheid berusten en moet toegepast kunnen worden op het gebied van de nijverheid. Van oudsher is het octrooirecht altijd van toepassing geacht op 'technische uitvindingen'. In de rechtspraak is dit technische vereiste ruim uitgelegd. Daardoor kunnen ook bedrijfsvoeringmethodes onder bepaalde voorwaarden worden geoctrooieerd. Ook hier ziet men de ethische bezwaren een belangrijke rol spelen. Dit vooral ten aanzien van de mogelijkheid om biologische materialen te octrooieren. Hieromtrent worden nogal wat bezwaren geuit (zie § 4.2.3)

Een object van een merkrecht is een *merk*: een onderscheidingsmiddel. Een merk moet onderscheidend vermogen hebben, mag niet misleidend zijn en mag niet in strijd zijn met de openbare orde en de goede zeden. De ethische eisen worden hier nadrukkelijk genoemd.

Object van modelrecht is een nieuw uiterlijk van een *model*. Het is niet de tekening van dit nieuwe model dat beschermd is, maar het voortbrengsel zelf, dat door de tekening een nieuw uiterlijk verkrijgt.

Object van handelsnaamrecht is de *handelsnaam*: de naam waaronder een onderneming zich in het handelsverkeer bekend maakt. Soortnamen en beschrijvende aanduidingen kunnen niet gemonopoliseerd worden. Ook hier staat de kenbaarheid voor derden centraal. Het gebruik van de handelsnaam moet voor derden voldoende kenbaar zijn als handelsnaam van de desbetreffende onderneming.

Een object van een kwekersrecht is een *plantenras*. Dit ras moet zich duidelijk onderscheiden van andere rassen, voldoende homogeen zijn, voldoende bestendig zijn en nieuw zijn. Ook hier is het het daadwerkelijk ontwikkelde ras dat beschermd wordt.

Object van een topografieënrecht is een *topografie*, ook wel chip genoemd. Een topografie is het ontwerp van een chip. Als voorwaarde wordt gesteld dat het ontwerp op enigerlei wijze is vastgelegd. Slechts dan heeft de chip voldoende individualiteit, is de chip voldoende kenbaar voor derden. Vervolgens moet de topografie oorspronkelijk zijn. De topografie moet onafhankelijk tot stand zijn gebracht.

Het meest recente ingevoerde intellectuele eigendomsrecht is het databankrecht met de *databank* als object. Beschermd wordt kortweg een gegevensverzameling die getuigt van een substantiële investering. De nadere grensbepaling van dit rechtsobject zal zich in rechtspraak en literatuur nog nader moeten uitkristalliseren.

5.5 Eind goed, al goed?

Rechtsobjecten zijn objecten van absolute volledige vermogensrechten. Rechtsobjecten vervullen een belangrijke functie in het recht. Zonder rechtsobject is er geen absoluut recht mogelijk. Zonder zaak geen eigendomsrecht, zonder *corpus mysticum* geen intellectueel eigendomsrecht.

Duidelijk is geworden dat er twee grenzen aan het begrip rechtsobject kunnen worden gesteld: een technische grens en een ethische grens. De technische grens onderscheidt objecten die op technische gronden niet als object van een eigendomsrecht kunnen fungeren van de objecten die dat wel kunnen. Voor rechtsobjecten in het algemeen geldt dat het belangrijk is dat deze voldoende individualiteit bezitten om voor de rechthebbende van het absolute recht en voor derden voldoende kenbaar te zijn. Absolute rechten beperken in belangrijke mate de vrijheid van derden en derhalve moeten deze derden

kunnen weten ten aanzien van welk rechtsobject zij bepaalde verplichtingen hebben. De ethische grens onderscheidt objecten waarvan het niet wenselijk wordt bevonden dat zij als object van een eigendomsrecht fungeren van de objecten waarvan dat wel wenselijk wordt bevonden. Alleen objecten die binnen de technische én binnen de ethische grens vallen, kunnen als rechtsobjecten worden gekwalificeerd.

Voor de technische grens kan grofweg een ontwikkeling worden geschetst van elektriciteit, via software naar informatie en informatieproducten. Voor de ethische grens kan men een ontwikkeling zien die parallel loopt met de mate waarin het lichaam en zijn delen voor de medische en farmaceutische industrie bruikbaar wordt. Door telkens transparant te maken waar het discussiepunt ligt en waarom de kwalificatie tot rechtsobject niet automatisch kan plaatsvinden, hoop ik een algemeen toetsingskader voor kwalificatievragen rond rechtsobjecten te hebben neergezet. Het is de bedoeling dat dit toetsingskader voor toekomstige kwalificatieproblemen rond rechtsobjecten handvatten kan bieden voor de discussie en beslissing ten aanzien van de status van het desbetreffende object.

Vervolgens zijn er een tweetal wettelijke aanbevelingen gedaan. Artikel 3:1 BW zou beter kunnen luiden: goederen zijn eigendomsrechten en overige vermogensrechten of kortweg: goederen zijn vermogensrechten (§ 2.1.5). De omschrijving van het begrip 'zaak' in artikel 3:2 BW zou beter kunnen luiden: zaken zijn die objecten die voldoende individualiteit bezitten en waarvan de zaakkwalificatie niet op ethische bezwaren stuit (§ 3.1.4 en § 3.1.5).

Summary

This thesis explores the boundaries of the concept of property. Are there resources that could be (but should not be) or that should be (but are not yet) considered within the scope of property concepts? Can, for example, human tissue, electricity, goodwill, know-how, information and software be accepted as objects of property rights?

Under Dutch law, the right of ownership (*eigendomsrecht*) is limited to refer to the most extensive right a person has in a tangible thing (Book 5(1) of the Netherlands Civil Code). This tangible thing is referred to as a *zaak* and defined in Section 3(2) of the Netherlands Civil Code as a corporeal object susceptible of human control ('a chose'). The objects of intellectual property rights are also defined. A patent right (*octrooirecht*) can only exist with respect to an object that falls within the definition of a patent (*uitvinding*) in the Patent Act. A copyright can only exist with respect to an object that falls within the definition of a work (*werk*). In this dissertation, both the objects of rights of ownership and intellectual property rights are defined as *rechtsobjecten* (objects of property rights).

Chapter 2 focuses on the position of *rechtsobjecten* in the overall system of property law (*vermogensrecht*). Dutch property law distinguishes between two different categories of rights: on the one hand the rights that clearly have an object, such as the right of ownership and intellectual property rights (*rights in rem*). On the other hand, rights where the object is not so apparent, such as rights arising from obligations (*rights in personam*). Rights that fall within the first category are 'absolute rights', whereas rights within the second category are 'relative rights'. Both categories of rights are *goederen* as defined in Section 3(1) of the Netherlands Civil Code. Categorisation of rights as *goederen* has its consequences. Only *goederen* can be objects of security rights, only *goederen* fall within the estate in case of a bankruptcy, only *goederen* fall within a matrimonial estate, only *goederen* can be objects of remedies, etc. The question as to whether or not objects qualify as *rechtsobjecten* (objects of property rights) is therefore of great impact. Without *rechtsobjecten*, there are no absolute rights and therefore no *goederen*.

This thesis focuses on the issues surrounding the qualification of *rechtsobjecten*: *zaken* as objects of *eigendomsrechten* (chapter 3) and the objects of intellectual property rights, also referred to as *corpora mystica* (chapter 4).

Chapter 3 discusses the issues surrounding the qualification of things as *zaken*. The first issue is that there is no common opinion on the precise definition of *zaken*. Different (technical) requirements apply. The most common description is that a thing must be tangible, susceptible of human control, independent and valuable. Despite this variety of requirements, there is still an ongoing debate as to whether or not a thing constitutes a *zaak*. An important reason for disagreement among the authors can be found in the different explanations of the meaning of these requirements. An argument is put forward to reduce all these requirements to a single requirement: individuality in the sense of specificity. This requirement forms the essence of an *eigendomsrecht*: not only does it imply the owner's rights, it also implies obligations for third parties. These obligations can only be justified if those third parties know to which object the obligations refer to. The object must be sufficiently manifest to third parties. An advantage is created when one is not strictly committed to the qualification of a thing as 'tangible' or 'valuable'. As long as a thing has sufficient individuality, it can be qualified as a *zaak*. In addition to this technical requirement, there is a second, ethical requirement. The question is whether the object meets with ethical objections as to its qualification as a *zaak*. Since the abolition of slavery, the general opinion is that a human being does not qualify as a *zaak* to which another person may have title. This justifies the general conclusion that two boundaries should be distinguished: a technical boundary and an ethical boundary.

The second part of chapter 3 puts this theory into practice in terms of some 'problematic objects'. The air around us has in its natural appearance insufficient individuality to be qualified as a *zaak*. This is different with air in a secured bottle, which has sufficient individuality and can therefore be qualified as a *zaak* (§ 3.2.1). The same argument applies to water (§ 3.2.2). Also land acquires sufficient individuality to be qualified as a *zaak* (§ 3.2.3) by means of an artificial limitation (through the land registry). Electricity is often mentioned as the traditional example of a thing that is not sufficiently tangible to be qualified as a *zaak* under Dutch law. In § 3.2.5 the argument is put forward that this is incorrect. In 1897, Joseph John Thomson already discovered that electricity has mass. Apart from this discovery, it has also been proven that, depending on the specific composition, electricity has sufficient individuality to be qualified as a *zaak*. If electricity qualifies as a *zaak*, so does software. Apart from any intellectual property protection, software can also be protected as an object of the right of ownership. However, software must be made sufficiently specified by means of external support, such as a floppy disc, a computer, etc. (§ 3.2.6). Information, however, has insufficient individuality to be qualified as a *zaak*. Information in a person's mind is not manifest to the other subjects in the world and is therefore not sufficiently specified (§ 3.2.7). The same applies to goodwill. The concept of goodwill means that a company can have greater value than the product of the value of the specific identifiable goods. The goodwill is the unidentifiable part, which,

as is argued in § 3.2.9, cannot be qualified as a *zaak*. A company as a whole, pursuant to Dutch law, does not constitute a *zaak* either, unless the concept of '*universitas iuris*' were to be acknowledged as a *zaak* (§ 3.2.10).

In addition to technical boundaries, ethical boundaries play an important role in the qualification of objects as *zaken*. A typical example is the human body itself. Since the abolition of slavery, the general opinion is that the human body does not qualify as a *zaak* and consequently cannot be the property of another human being. The human being is the subject of rights and not the object (§ 3.2.10). The qualification of a dead body, however, is a point of debate. The main issues here are the undesirable commercial consequences the qualification as a *zaak* would involve. Everyone would agree that it is undesirable if the legal heirs can sell the dead body with a large profit. On the condition that legislation is drawn up to prevent this, it is argued that a dead body can be qualified as a *zaak* (§ 3.2.11). An embryo is a human being in origin, and neither a subject, nor an object. The human dignity already connected to the embryo prevents the embryo from being qualified as a *zaak* (§ 3.2.12). The question as to whether or not human tissue is an object of an *eigendomsrecht* is becoming increasingly relevant these days. Many parts of the human body may be put to commercial use: in transplants, fertility treatment, or as the material base for academic and commercial research in the field of biotechnology. In § 3.2.13 it is argued that human tissue, when extirpated from the human body, is to be qualified as a *zaak*. This is only justifiable if specific legislation prohibits the commercial sale of these human body parts. Another relevant issue is the qualification of implants which are closely connected to the human body. In § 3.2.14 it is argued that these implants, after connection with the human body, no longer qualify as a *zaak*. The final example is animals, not subjects but objects deserving a better treatment than they often get (§ 3.2.15).

Chapter 4 deals with the objects of intellectual property rights, which are often referred to as '*corpora mystica*'. Like the objects of *eigendomsrechten*, the objects of intellectual property rights are influenced by technological progress and other developments in modern life. The key difference between *zaken* and *corpora mystica* is that *corpora mystica* are the result of human creativity and are not limited in physics. Intellectual property rights play a part in competition law and provide the rightful claimant with a monopoly position on a certain intellectual performance.

The main focus of chapter 4 is whether the technical and ethical boundaries for *zaken* may, by analogy, apply to intellectual property rights. This is shown to be the case. The technical boundary highlights individuality. It is interesting to see that in order to be able to show this individuality, the intellectual performances are linked to the empiric. An object of a copyright must, for example, be susceptible to sensory perception. Within the ethical boundary, the ethical aspects of protection are central. Contrary to *zaken*, the ethical

boundary for objects of intellectual property rights are often made explicit in the appropriate definition.

The second part of chapter 4 puts the theory of chapters 2 and 3 into practice for the objects of intellectual property rights. It shows that the object of an *auteursrecht* (a copyright) is a work (*werk*). It is difficult to give a precise definition of this *werk*. It must be an intellectual performance, it must be made visible in some way and it has to be original. It is a fact that these demands are influenced by the desirability of protection. The question as to whether or not protection of the object is more profitable for the community than non-protection is often the most central issue (§ 4.2.1). The so-called *naburige rechten* (related rights) protect the performance of a performing artist, a record producer, a broadcasting corporation and a film producer. It is the actual performance that is protected. As a consequence, this performance is inherently visible to third parties (§ 4.2.2). The object of an *octrooirecht* (a patent right) is an *uitvinding* (a patent), which must be new, must be an active invention and must be industrially applicable. The scope of the patent is increasing, and nowadays patents are granted in respect of human gene sequences and business methods (§ 4.2.3). The object of a *merkrecht* (a trademark right) is a *merk* (a trademark), which must have discriminatory potential, must be non-deceivable and may not infringe social order or morality (§ 4.2.4). The object of a *modelrecht* (utility model right) is a model. It is the actual model itself that is protected and therefore easily visible to third parties (§ 4.2.5). The object of a *handelsnaamrecht* (a tradename) is the name of a company. This name should be sufficiently used in order to be manifest to third parties (§ 4.2.6). The object of a *kwekersrecht* (a plant breeder's right) is a new plant variety. Again, it is the actual variety that is protected and therefore more easily manifest to third parties (§ 4.2.7). The object of a *topografieënrecht* (right to protection of topographies of semiconductor products) is a topography: a design for a chip. The design must be recorded in some way in order to be able to qualify as a topography. Apart from this requirement, the topography must also be original and independently produced (§ 4.2.8). More recently the *databankrecht* (a database right) came into existence, which protects the *databank*, a data base which gives evidence of a substantial investment. The scope of this protection will be further crystallised in the future (§ 4.2.9).

In conclusion it can be argued that *rechtsobjecten* play a significant role in property law. Without the ability of qualifying an object as a *rechtsobject*, there is no absolute right and therefore no '*goed*'. It is made clear that *rechtsobjecten* are subject to two limitations: a technical boundary and an ethical boundary. The technical boundary highlights the individuality of an object. This is necessary because the absolute rights not only provide certain rights for the 'owners', but also specific obligations for third parties. This is only legitimate in case the object is sufficiently manifest to third parties. Only objects with sufficient individuality in the sense of specificity, can be manifest to third

parties. The ethical boundary questions whether the qualification of an object as *rechtsobject* is desirable.

It is shown that the qualification of objects as *rechtsobjecten* is significantly influenced by technological progress and other developments in modern life. This dissertation hopes to make a contribution to the discussion on the role of property in our changing era.

Lijst van aangehaalde literatuur

- Aaftink 1974
H.A.M. Aaftink, *Afstand van vermogensrechten* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1974.
- Adriani 1942
P.J.A. Adriani, 'Het begrip winst in het civiele- en fiscale recht', in: *Praeadviezen over de winst in het privaats- en fiscaalrecht*, Den Haag: Belinfante 1942.
- Alexander 1993
W. Alexander, *De betrekkelijke waarde van de intellectuele eigendom* (oratie Amsterdam UvA), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993.
- Alkema 2000
E.A. Alkema, 'The concept of property – in particular in the European Convention on Human Rights', in: J.P. Loof, H. Ploeger & J.C. van der Steur, *The concept of Property*, Maastricht: Shaker 2000, p. 17-28.
- Anders 1986
L. Anders, 'My body, my property', *The Hastings Center Report* 1986, p. 28-88.
- Annas 1990
G. Annas, 'Outrageous fortune', *The Hastings Center Report* 1990, p. 36-39.
- Asbreuk-Van Os 2000
M.M. Asbreuk-Van Os, 'De regel 'koop breekt geen huur' in wetsvoorstel 26089 vertoont (verborgen gebreken)', *WPNR* 2000, p. 31-35.
- Asser/Beekhuis 1957
J.H. Beekhuis, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Zakenrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1957.
- Asser/Davids/Mijnssen/Van Velten 1996 (3-II)
W.J.M. Davids, F.H.J. Mijnssen & A.A. van Velten, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Zakenrecht. Deel II. Zakelijke rechten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.
- Asser/Hartkamp 2000 (4-I)
A.S. Hartkamp, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 4. Verbintenissenrecht. Deel I. De verbintenis in het algemeen*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000.
- Asser/Van Heusde 1890
Ph. W van Heusde, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht door Mr. C. Asser*, tweede deel, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1890.
- Asser/Maeijer 2000 (2-III)
J.M.M. Meijer, *Mr. C. Asser's handleiding tot beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht. 2. Vertegenwoordiging en rechtspersoon. Deel III. De naamloze en de besloten vennootschap*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000.

- Asser/Mijnssen/De Haan 1992 (3-I)
F.H.J. Mijnssen & P. de Haan, *Mr. C. Asser's handleiding tot beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht. 3. Zakenrecht. Deel I. Algemeen goederenrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992.
- Asser/Mijnssen/De Haan 2001 (3-I)
F.H.J. Mijnssen & P. de Haan, *Mr. C. Asser's handleiding tot beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht. 3. Goederenrecht. Deel I. Algemeen goederenrecht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001.
- Asser/Mijnssen/Van Velten 1994 (3-III)
F.H.J. Mijnssen & A.A. van Velten, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Zakenrecht. Deel III. Zekerheidsrechten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994.
- Asser/Scholten 1905
C. Asser, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht: Verbintenisrecht*, bewerkt door P. Scholten, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1905.
- Asser/Scholten 1933
P. Scholten, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht. Zakenrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1933.
- Asser/Scholten 1974
P. Scholten, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht. Algemeen deel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1974.
- Asser/Van der Grinten 1991 (2-II)
W.C.L. van der Grinten, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Vertegenwoordiging en rechtspersoon. Deel II. De rechtspersoon*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991.
- Atias 2000
C. Atias, *Droit civil des biens*, Paris: Libraire de la Cour de Cassation 2000.
- Atiyah/Adams 2001
P.S. Atiyah/ J.N. Adams, *The Sale of Goods*, Harlow: Longman 2001.
- Bakels 2002
R.B. Bakels, 'De vermogensrechtelijke status van de domeinnaam bestaat niet', *NJB* 2002, p. 399-402.
- Barents & Brinkhorst 2001
R. Barents & L.J. Brinkhorst, *Grondlijnen van Europees recht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001.
- Barlow 1996
J.P. Barlow, 'Selling wine without bottles', in: P.B. Hugenholtz (ed.), *The future of copyright in a digital environment*, Londen/Boston/The Hague: Kluwer Law International 1996, p. 169-187.
- Batiffol 1979
H. Batiffol, 'Problèmes contemporains de la notion de biens', in: *Archives de Philosophie du droit, Les biens et les choses en droit*, Tome 24, Paris: Editions Sirey 1979.
- De Beaufort 1909
H.L. de Beaufort, *Het auteursrecht in het Nederlandsche en internationale recht*, Utrecht: Den Boer 1909.

- Becker 1977
L.C. Becker, *Property Rights: philosophical foundations*, London etc.: Routledge and Kegan Paul 1977.
- Beckman & Joosen 1998
H. Beckman & A.W.A. Joosen, *Leasing van roerend en onroerend goed*, Leiden: Stenfert Kroese 1988.
- Beekhuis 1955
C.H. Beekhuis, 'De eerbiediging van de wens, dat het stoffelijk overschot worde verbrand', *NJB* 1955, p. 854.
- Beekhuis 1972
C.H. Beekhuis e.a., *Van Opstall-bundel: opstellen aangeboden aan Prof. Mr. S.N. van Opstall*, Deventer: Kluwer 1972.
- Beltzer 2000
R.M. Beltzer, *Overgang van onderneming*, Deventer: Kluwer 2000.
- Von Benda-Beckmann 1996
F. von Benda-Beckmann, 'Verandering van recht', in: J. Griffiths (red.), *De sociale werking van recht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1996, p. 783-796.
- De Beneditty 1931
N. de Beneditty, 'Geoorloofde of verboden lijkschennis?', *NJB* 1931, p. 290-293.
- Van Berckel 1920
A.L.M. van Berckel, *Het rechtskarakter der huur van onroerend goed volgens hedendaagsch Nederlandsch recht* (diss. Amsterdam), Nijmegen: Geurts 1920.
- Beresford 2000
K. Beresford, *Patenting software under the European Patent Convention*, London: Sweet & Maxwell 2000.
- Van den Berg 1984
P. van den Berg, 'De mythe van het onbegrensde in de negentiende-eeuwse eigendomsopvattingen', *Recht en Kritiek* 1984, p. 293-314.
- Bergamin 2000
R.J.B. Bergamin, *De persoon in het recht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2000.
- Van den Bergh 1983
G.C.J.J. van den Bergh, 'Schijnbewegingen. Herodificatie en eigendomsdefinitie in historisch perspectief', in: *Wetboek en grondwet. Liber Amicorum John Gilissen*, Antwerpen: Kluwer, 1983, p. 389-404.
- Van den Bergh 1988
G.C.J.J. van den Bergh, *Eigendom, Grepen uit de geschiedenis van een omstreden begrip*, Deventer: Kluwer 1988.
- Bertrams 1995
R.I.V.F. Bertrams, 'Sale and lease-back niet getroffen door artikel 3:84 lid 3. Een eerste verkenning van het baanbrekende arrest van Hoge Raad 19 mei 1995', *Bb* 1995, p. 97-101.
- De Bieberstein 1849
P.G.E.H. de Bieberstein, *Proeve over de zaken buiten den handel*, Leyden: Jacs. Hazenberg Corns. Zoon 1849.
- Bobrow & Thomas 2001
M. Bobrow & S. Thomas, 'Patents in a genetic age, The present system risks becoming a barrier to medical progress', *Nature* 2001, p. 763-764.

- Boekman 1987
S. Boekman, 'Het dienstmerk naast de handelsnaam', *BIE* 1987, p. 183-186.
- De Boer 1978
J. de Boer, 'Enkele opmerkingen omtrent de overdracht en/of vestiging van de roerende lichamelijke en daarmee gelijkgestelde (onlichamelijke) zaken. Een beschouwing naar aanleiding van Asser-Beekhuis I, hoofdstuk VII en VIII', *Themis* 1978, p. 237-258.
- Bonafante 1919
P. Bonafante, *Grondbeginselen van het Romeinsche recht*, Groningen 1919.
- Boon 1997
D. Boon, 'Over het dier als rechtssubject', in: J.P. Loof & P. Cliteur, *Mensenrechten, dierenrechten, ecosysteemrechten: opstellen over het toekennen van fundamentele rechten aan mannen, vrouwen, kinderen, dieren en de rest van de natuur, naar aanleiding van de studiedag 'Dragers van fundamentele rechten: Ontwikkelingen en perspectieven*, Leiden: Stichting NJCM-boekerij 1997, p. 61-74.
- Borking 1987
J.J. Borking, 'Risico's voortvloeiend uit produktenaansprakelijkheid voor programmatuurmakers', *Informatie* 1987, p. 928-935.
- Bostyn 1998
S.J.R. Bostyn, 'Octrooirecht en ge(e)netica', *TvG* 1998, p. 186-201.
- Bostyn 2000
S.J.R. Bostyn, 'One patent a day, keeps the doctor away?', *EJHL* 2000, nr. 3, p. 229-264.
- Bostyn 2001A
S.J.R. Bostyn, 'Het sprookje is uit (EG Hof beslissing inzake biotechnologie-richtlijn)', *BIE* 2001, p. 392-399.
- Bostyn 2001B
S.J.R. Bostyn, *Enabling Biotechnological Inventions in Europe and the United States: a study of the patentability of proteins and DNA sequences with special emphasis on the disclosure requirement* (diss. Maastricht) EPOscript Series 2001.
- Bostyn 2001C
S.J.R. Bostyn, 'Ik denk, dus ik krijg een octrooi', *BIE* 2001, p. 77-88.
- Bostyn c.s. 2001
S.J.R. Bostyn, E.J. Dommering, J.K.M. Gevers & B.M. Vroom-Cramer (red.), *Moderne biotechnologie en recht*, Deventer: Kluwer 2001.
- Bostyn 2002
S.J.R. Bostyn, 'DNA-octrooien: mag het ook een beetje meer zijn?', *NJB* 2002, p. 253-259.
- Boukema & Krans 2001
H.J.M. Boukema & H.B. Krans, 'Laat de wetgever met rust', *NJB* 2001, p. 1614-1615.
- Te Braake 1995
Th.A.M. te Braake, 'De juridische status van het embryo: een stevig aangemeerde leer', *TvG* 1995, p. 80-84.
- Te Braake 2002
Th.A.M. te Braake, 'Het voorstel van Wet inzake handelingen met geslachtscellen en embryo's (Embryowet)', *TvG* 2002, p. 251-263.

- Brahn/Reehuis 1993
O.K. Brahn/W.H.M. Reehuis, *Zwaartepunten van het vermogensrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1993.
- Brahn/Reehuis 1997
O.K. Brahn/W.H.M. Reehuis, *Overdracht*, Deventer: Kluwer 1997.
- Brahn/Reehuis 1999
O.K. Brahn/W.H.M. Reehuis, *Zwaartepunten van het vermogensrecht*, Deventer: Gouda Quint 1999.
- Brans 2001
E.H.P. Brans, *Liability for damage to public natural resources* (diss. Rotterdam), 2001
- Braun 1997
K.M. Braun, Levering of dienst: een wereld van verschil, *BTW-bulletin* 1997, p. 11.
- Brecher 1953
F. Brecher, *Das Unternehmen als Rechtsgegenstand*, Bonn: Ludwig Röhrscheid Verlag 1953.
- Bregstein 1953
M.H. Bregstein, 'Moet vergelijkende reclame als onoirbare concurrentie worden aangemerkt?', *WPNR* 1953, p. 329-332, p. 341-344, p. 353-356 en p. 365-368.
- Brinkhof 1990
J.J. Brinkhof, 'Over octrooirecht en economie', *Ars Aequi* 1990, p. 794-802.
- Brinkhof 1994
J.J. Brinkhof, 'Codificatie van het recht van intellectuele eigendom (?)', *NJB* 1994, p. 771-779.
- Brinkhof 1997
J.J. Brinkhof, *De codificatie van de rechten van de intellectuele eigendom in boek 9 Burgerlijk Wetboek*, Den Haag 1997.
- Brinkhof 2001
J.J. Brinkhof, 'De Hoge Raad stelt vragen van uitleg aan het Hof van Justitie over klankmerken', *BIE* 2001, p. 252.
- Van den Broek 1991
B.J. van den Broek, 'Het droit de suite in Nederland: einde van een stil leven', *Informatierecht/AMI* 1991, p. 191-197.
- Broekhuijsen-Molenaar 1985
A.M.L. Broekhuijsen-Molenaar, 'Civielrechtelijke aspecten van kunstmatige inseminatie', *TvG* 1985, p. 131-152.
- Broekhuijsen-Molenaar 1991
A.M.L. Broekhuijsen-Molenaar, *Civielrechtelijke aspecten van kunstmatige inseminatie en draagmoederschap* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1991.
- Broekhuijsen-Molenaar & De Witte 1998
A.M.L. Broekhuijsen-Molenaar & D.H. de Witte, 'Een modelbewaarnemingsovereenkomst met betrekking tot embryo's', *Medisch Contact* 1998, p. 57-61.
- Buddingh De Voogt 1943
J.G. Buddingh De Voogt, *Het voorwerp van het Octrooi*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & Zoon N.V. 1943.
- Buijn, Nieuwdorp & Simonis 1996
Vgl. F.K. Buijn, R. Nieuwdorp, P.H.M. Simonis, *Splitsing van rechtspersonen*, (Pre-advies van de vereniging 'handelsrecht'), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.

Bulk 1999

G.C. Bulk, 'E-commerce', *BtwBrief* 1999, p. 15.

Van der Burg & Leenen 1994

W. van der Burg & H.J.J. Leenen, 'De juridische status van het embryo: een op drift geraakte fictie', *TvG* 1994, p. 386-409.

Bydlinski 1998

P. Bydlinski, 'Der Sachbegriff im elektronischen Zeitalter: zeitlos oder anpassungsbedürftig?', *AcP* 1998, p. 288-320.

Carette 1998

A. Carette, 'Een subjectief recht op een volwaardig leefmilieu?', *Tijdschrift voor Privaatrecht* 1998, p. 821-888.

Catala 1983

P. Catala, *La 'propriété' de l'information*, Paris: Mélanges Raynaud 1983.

Catala 1984

P. Catala, 'Ebauche d'une théorie juridique de l'information', *Recueil Dalloz Sirey* 1984, Chroniques XVII, p. 97-104.

Chabas 1994

F. Chabas, *Leçons de Droit Civil. Deuxième volume: Biens. Droit de propriété et ses démembrements*, Paris: Montchrestien 1994.

Chan 1999

C. Chan, 'The Patentability of Software Data Structures After Lowry en Warmerdam', www.nesl.edu/lawrev/vol32/vol32-3/chan.htm, p. 1-26.

Chateau 1991

B. Chateau, 'L'évolution de la propriété littéraire et artistique', in: *L'évolution contemporaine du droit des biens*, Paris: Presses Universitaires de France 1991, p. 167-180.

Chavannes 2000

R.D. Chavannes, 'Stichting Internet Domeinregistratie: verlichte despoot of slordige monopolist?', *Mediaforum* 2000, p. 331-333.

Chavannes 2001A

R.D. Chavannes, 'De domeinnaam in het civiele recht', *NJB* 2001, p. 1165-1166.

Chavannes 2001B

R.D. Chavannes, 'De overheid en (haar) domeinnamen – belangenverstrengeling of besluiteloosheid?', *Mediaforum* 2001, p. 257.

Clausing 1987

P. Clausing, 'Bespreking van Schoordijks vermogensrecht in het algemeen', *Kwartalenbericht Nieuw BW* 1987/3, p. 81-84.

Cohen Jehoram 1963

H. Cohen Jehoram, *Goodwillrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1963.

Cohen Jehoram 1983

H. Cohen Jehoram, 'De codificatiegedachte en Boek negen van het Nieuw Burgerlijk Wetboek', *NJB* 1983, p. 1212-1216.

Cohen Jehoram 1990

H. Cohen Jehoram, 'Het karakter van aan het auteursrecht naburige rechten', *Informatierecht/AMI* 1990, p. 155-161.

Cohen Jehoram 1992

H. Cohen Jehoram, 'Daklozen op het gebied van de intellectuele eigendom en ideeënbescherming', *NJB* 1992, p. 1197-1201.

- Commissie Auteursrecht 2002
Commissie Auteursrecht, 'Verhandelbaarheid van vermogensrechten: Advies van de Commissie Auteursrecht', *Informatierecht/AMI* 2002, p. 42-45.
- Coninck Liefsting 1859
F.B. Coninck Liefsting, 'Eene bijdrage tot de geschiedenis van den regtstoestand van kerkgebouwen en andere zoogenoemde heilige zaken', *Themis* 1859, p. 94-124.
- Cornellisse 1992
R.P.C. Cornelisse, *Enige fiscale aspecten van goodwill* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1992.
- Corstens 1988
G.J.M. Corstens, 'Gegevensbescherming en straf- en strafprocesrecht', *NJB* 1988, p. 793-795.
- Couser 1999
J. Couser, 'Software Piracy and the Doris Day Syndrome: some legal, ethical and social implications of contemporary conceptions of property', *International Journal of Law and Information Technology* 1999, p. 1-30.
- Van Dale 1995
Van Dale, *Handwoordenboek van Hedendaags Nederlands*, Utrecht/Antwerpen: Van Dale lexicografie 1995.
- Dalhuisen 2002
J. Dalhuisen, *The Economics of Sustainable Water Use* (diss. Amsterdam VU), Amsterdam: Thela Thesis 2002.
- Dankers 2000
D.L.M.T. Dankers, *Op het spoor van de concessie* (diss. Amsterdam UvA), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2000.
- Degenkamp 1997
J. Th. Degenkamp, 'Waarom mogen gegevens geen goederen zijn; en, waarom mag men geen eigenaar van gegevens zijn?', in: P. Abas e.a., *J.L.P. Cahen Bundel*, Deventer: Gouda Quint 1997, p. 77-89.
- Demeersseman 1985
H.A. Demeersseman, *De autonomie van het materiële strafrecht* (diss. Amsterdam VU), Arnhem: Gouda Quint 1985.
- Derine 1955
R. Derine, *Grenzen van het eigendomsrecht in de negentiende eeuw*, Antwerpen: De Sikkel 1955.
- Derine 1982
R. Derine, *Schets van het Romeins Privaatrecht. Uitwendige en inwendige geschiedenis*, Antwerpen: Kluwer 1982.
- Dernburg 1900
H. Dernburg, *Pandekten*, Berlin: Verlag von H.W. Müller 1900.
- Deutsch 1998
E. Deutsch, 'Das Transplantationsgesetz vom 5.11.1997', *NJW* 1998, p. 777-782.
- Diephuis 1885
G. Diephuis, *Het Nederlandsch Burgerlijk Regt*, Groningen: J.B. Wolters 1885.
- Diephuis 1886
G. Diephuis, *Het Nederlandsch Burgerlijk Regt*, tiende deel, Groningen: J.B. Wolters 1886.

- Dierkens Schuttevaer & Schuttevaer 1998
J.P. Dierkens Schuttevaer & H.Schuttevaer, *Erven, schenken en fiscus*, Deventer: Kluwer 1998.
- Dierkens 1962
R. Dierkens, *Lichaam en lijk: raakpunten van recht en geneeskunde*, Brugge: Die Keure N.V. 1962.
- Diesch 1939
C.F. Diesch, *De bedrijfsconcessie* (diss. Leiden), Middelburg: Den Boer 1939.
- Dietz 1983
A. Dietz, 'Das Problem des Rechtsschutzes von Computerprogrammen in Deutschland und Frankreich. Die Kategoriale Herausforderung des Urheberrechts', *BIE* 1983, p. 305-311.
- Van Dijk & Van Hoof 1998
P. van Dijk & G.J.H. van Hoof, *Theory and practice of the European convention on human rights*, The Hague: Kluwer Law International 1998.
- Van Dijk & Keltjens 1995
Chr. H. van Dijk & J.M.J. Keltjens, *Computercriminaliteit*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.
- Doherty 1988
G. Doherty, 'Stewart: When is a thief not a thief? When he steals the candy but not the wrapper', *63 Criminal Reports* 3d 322, 1988.
- Dommering 1988
E.J. Dommering, 'Gegevensbescherming. Bespreking van de vier preadviezen voor de vergadering van de Nederlandse Juristen Vereniging 1988', *Computerrecht* 1988, p. 62-68.
- Dommering 1989
E.J. Dommering, *De informatiedriehoek* (oratie Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1989.
- Dommering 1991
E.J. Dommering, 'De sportprestatie: bescherming en vrije berichtgeving', in: W.F. Korthals Altes & G.A.I. Schuijt, *Sport en informatiemonopolies*, Amsterdam: Otto Cramwinckel 1991, p. 9-21.
- Dommering 1998
E.J. Dommering, 'Addresses in Cyberspace Have No Physical Place. Addresses, Telephone Numbers and Domain Names', in: J.J.C. Kabel & G.J.H.M. Mom, *Intellectual Property and Information Law. Essays in Honour of Herman Cohen Jehoram*, The Hague/London/Boston: Kluwer Law International, p. 299-314.
- Dommering-Van Rongen 1988
L. Dommering-Van Rongen, 'Productenaansprakelijkheid en software', *Computerrecht* 1988, p. 227-232.
- Dommering-Van Rongen 1990
L. Dommering-Van Rongen, 'Aansprakelijkheid voor gevaar opleverende informatie-producten', *NJB* 1990, p. 1103-1108.
- Dommering-Van Rongen 1991
L. Dommering-Van Rongen, *Produktenaansprakelijkheid: een nieuwe Europese privaatrechtelijke regeling vergeleken met de produktenaansprakelijkheid in de Verenigde Staten*, Deventer: Kluwer 1991.

- Drucker/Bodenhausen & Wichers Hoeth 1984
W.H. Drucker, G.H.C. Bodenhausen & L. Wichers Hoeth, *Kort begrip van het recht betreffende de intellectuele eigendom*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1984.
- Druey 1995
J.N. Druey, *Information als Gegenstand des Rechts*, Zürich: Schulthess 1995.
- Dufau 1993
J. Dufau, *Le Domaine public*, Paris: Le Moniteur 1993.
- Van Dunné 1986
J.M. van Dunné, 'Rechtvinding en eigendom in dialectisch perspectief', in: H.W. Blom & R.J. Folter, *Methode en object in de rechtswetenschappen: opstellen over filosofie en recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1986.
- Van Dunné 1987
J.M. van Dunné, 'Waar doet het pijn? De invoeringspijn van het Nieuw BW: oorzaken, verschijnselen en remedies', *Advocatenblad* 1987, p. 125-133.
- Van Dunné 2002
J.M. van Dunné, 'Mijn en dijn in de ontwerp-Mijnbouwwet', *NJB* 2002, p. 560-570.
- Ebbink 1989
R.E. Ebbink, 'Octrooieerbaarheid van levende materie', *IER* 1989, p. 61-64.
- Eggens 1960
J. Eggens, *Over de verhouding tussen eigendom en verbintenis* (akademie-rede), Amsterdam: Noord-Hollandsche Uitgevers Maatschappij 1960.
- Ehrlich 2000
S. Ehrlich, *Gewinnabschöpfung des Patienten bei kommerzieller Nutzung von Körpersubstanzen durch den Arzt?*, Frankfurt: Peter Lang GmbH 2000.
- Van Eijk 2000
N.A.N.M. van Eijk, 'Domeinnamen zijn nummers!', *Mediaforum* 2000, p. 360-363.
- Van Eikema Hommes 1976
H.J. Van Eikema Hommes, *De samengestelde grondbegrippen der rechtswetenschap: een juridische methodologie*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1976.
- Van Engelen 1991
Th.C.J.A. van Engelen, 'Vermogensrechten op onstoffelijke goederen', *NJB* 1991, p. 431-435.
- Van Engelen 1992
Th.C.J.A. van Engelen, 'Overdracht van toekomstig auteursrecht naar NBW', *Informatierecht/AMI* 1992, p. 48-49.
- Van Engelen 1994
Th.C.J.A. van Engelen, *Prestatiebescherming* (diss. Leiden), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994.
- Van Engelen 2001,
Th.C.J.A. van Engelen, 'Overdraagbaarheid van 'alle rechten'. *NJB* 2001, p. 333-338.
- Enneccerus & Nipperdey 1959
L. Enneccerus & H.C. Nipperdey, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, Tübingen: J.C. B. Mohr 1959.
- Enschede 1986
Ch. J. Enschede, 'Over de teloorgang van de eigendom', in: C. Kelk, *Bezonnen hoop, Opstellen aangeboden aan L.H.C. Hulsman*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1986, p. 153-160.

- Van Erp 2000
J.H.M. van Erp, 'Wordt huur een verhandelbaar goed?', *WPNR* 2000, p. 456-459.
- Van Esch 1987
R.E. van Esch, 'Civielrechtelijke aspecten van Trade Data Exchange', *Computerrecht* 1987, p. 76-82.
- Van Esch 1999A
R.E. van Esch, *Electronic data interchange (EDI) en het vermogensrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999.
- Van Esch 1999B
R.E. van Esch, 'Het moderne betalingsverkeer', in: F.H.J. Mijnsen, S. Perrick & W.A.K. Rank, *Geldige effecten*, Amsterdam: Nederlands Instituut voor het Bank- en Effectenbedrijf 1999, p. 147-164.
- Falkena, Gilhuis & Wefers Bettink 2001
F. Falkena, K. Gilhuis, W. Wefers Bettink, 'De domeinnaam in het civiele recht', *NJB* 2001, p. 841-848.
- Feenstra 1976
R. Feenstra, 'Historische aspecten van de private eigendom als rechtsinstituut', *RMTh* 1976, p. 248-275.
- Fischer 1957
D. Fischer, *Die Elektrizität als Rechtsobjekt*, Düsseldorf: Michael Triltsch Verlag 1957.
- Fischer-Keuls 1973.
E. Fischer-Keuls, 'De jongste ontwikkelingen inzake zakelijke rechten in het ontwerp NBW (1)', *NJB* 1973, p. 1133-1143.
- Filott 2001
W.H.G.A. Filott, 'Leasing', in: F.Molenaar, H.J. Pabbruwe & W.H.G.A. Filott, *Kredietverlening*, Deventer: Kluwer 2001, p. 173-184.
- Folter 1983
R.J. Folter (red.), *Overdracht van een onderneming: artikel 1639aa e.v. BW en de sterfhuisconstructie*, Deventer: Kluwer 1983.
- Franken 1988
H. Franken, 'Burgerlijk recht en informatica', *WPNR* 1988, p. 461-466.
- Franken 2001
H. Franken, *Nemo Plus...* (afscheidsrede Universiteit Leiden), Leiden 2001.
- Franken/Kaspersen/De Wild 2001
H. Franken, H.W.K. Kaspersen & A.H. de Wild, *Recht en computer*, Deventer: Kluwer 2001.
- Fredericq 1981
L. Fredericq, *Handboek van Belgisch Handelsrecht*, Brussel: Bruylant 1981.
- Frensel 1988
G. Frensel, *Chipsbescherming*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988.
- Friedrich 1995
J. Friedrich, *Der begriff 'knowhow' im europäischen Kartellrecht* (diss. Düsseldorf), Düsseldorf 1995.
- Gaul & Bartenbach 2001
D. Gaul & K. Bartenbach, *Patentlizenz- und Knowhow-Vertrag*, Köln: O. Schmidt 2001.

- Gerbrandy 1946
S. Gerbrandy, *Industriele eigendom en subjectief recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1946.
- Gerbrandy 1954
S. Gerbrandy, *Zaken zijn zaken! : of niet?* (oratie Amsterdam VU), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1954.
- Gerbrandy 1992
S. Gerbrandy, *Auteursrecht in de steigers*, Arnhem: Gouda Quint 1992.
- Gevers 1990
J.K.M. Gevers, *Beschikken over cellen en weefsels* (oratie Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1990.
- Ghestin & Goubeaux 1990
J. Gustin & G. Goubeaux, *Traité de Droit Civil*, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence 1990.
- Gielen 1983
Ch. Gielen, *Kwekersrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1983.
- Gielen 1999
Ch. Gielen, *Bescherming van bedrijfsgegevens* (preadvies van de Vereeniging Handelsrecht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999.
- Ginossar 1960
S. Ginossar, *Droit réel, propriété et créance*, Paris: R. Pichon et R. Durand-Auzias 1960.
- Van Goch 1982
Th. Van Goch, 'Naar een gedifferentieerd eigendomsbegrip', *Recht en Kritiek* 1982, p. 82-88.
- De Goede 1974
B. de Goede, 'De rechthebbende op het publiek domein', *WPNR* 1974, p. 181-185.
- Gold 1996
E.R. Gold, *Body parts: Property rights and the Ownership of Human Biological Materials*, Washington D.C.: Georgetown University Press 1996.
- Van Gorp 2000
S.V. van Gorp, 'Octrooiering van software: nieuwe ronde nieuwe kansen?', *Ondernemersbrief* 2000, p. 8-9.
- Goubeaux, Bihr & Henry 1996-1997
G. Goubeaux, P. Bihr & X. Henry, *Code Civil*, Paris: Dalloz 1996-1997.
- Van de Graaf 1997
E.S. van de Graaf, *Patent Law and Modern Biotechnology* (diss. Rotterdam), Arnhem: Gouda Quint 1997.
- Grey 1980
T.C. Grey, 'The disintegration of property', in: Pennock & Chapman, *Property*, New York: New York University Press 1980, p.69-85.
- Grant Hammond 1981
R. Grant Hammond, 'Quantum Physics, Econometric Models and Property Rights to Information', *McGill Law Journal* 1981, p. 47-72.
- Gribnau & Happé 2000
J.L.M. Gribnau & R.H. Happé, 'Convergentie en divergentie: Over begripsvorming in privaatrecht en belastingrecht', in: Essers c.s., *Verkenningen op de grens van burgerlijk recht en belastingrecht*, Den Haag: Boom juridische uitgevers, 2000, p. 1-21.

- Van der Grinten 1961
W.C.L. van der Grinten, *Eigendom in het ontwerp nieuw Burgerlijk Wetboek: enige principiële beschouwingen*, Rapport van een commissie ingesteld door het Centrum voor Staatskundige Vorming, 's-Gravenhage: Centrum voor Staatskundige vorming 1961.
- Van der Grinten 1976
W.C.L. van der Grinten, 'Mr. C. Asser/Handleiding tot de beoefening van het Nederlandse Burgerlijke recht, Zakenrecht, algemeen deel' (boekbespreking), *RMTh* 1976, p. 531-537.
- Groenhuijsen & Wiemans 1989
M.S. Groenhuijsen & F.P.E. Wiemans, *Van electriciteit naar computercriminaliteit*, Arnhem: Gouda Quint 1989.
- Groenhuijsen & Wiemans 1990
M.S. Groenhuijsen & F.P.E. Wiemans, 'De juridische status van software. Reactie 1', *NJB* 1990, p. 279-282.
- De Groot 1987
C. de Groot, 'Medegebruik van water en lucht beheerst door algemene gedragsregel op basis van 1401 BW', *Milieu en Recht* 1987, p. 155-161.
- De Groot 1860
H. de Groot, *Inleidinge tot de hollandsche regts-geleerdheid*, Amsterdam 1860.
- Grosheide 1982
F.W. Grosheide, *Eigendom in de overgang? (1838-1985)* (Preadvies Calvinistische Juristen Vereniging), Assen: Calvinistische Juristen Vereniging 1982.
- Grosheide 1986
F.W. Grosheide, *Auteursrecht op maat*, Kluwer: Deventer 1986.
- Grosheide 1996
F.W. Grosheide, 'Monopolisering van informatie in Europa', *Mediaforum* 1996, p. 67.
- Grosheide & De Schepper 1999
W. Grosheide & C. de Schepper, *De juridische status van telefoonnummers: opmerkingen over de plaats van het regio-telefoonnummer in het Nederlandse vermogensrecht* (Iter 17), Deventer: Kluwer 1999.
- Grundmann-van de Krol 2002
C.M. Grundmann-van de Krol, *Koersen door het effectenrecht: beschouwingen omtrent Nederlands effectenrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002.
- Gutwirth 1990
S. Gutwirth, 'Op zoek naar een juridisch statuut voor de natuur. Een juridische en wetenschapsfilosofische verkenning', *Recht en Kritiek* 1990, p. 210-227.
- Haab/Egger 1977
R. Haab & A. Egger, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, band IV, Zürich: Schulthess 1977.
- De Haan 1976
P. De Haan, 'De plaats van de eigendom in het hedendaagse bestuursrecht', *RMTh* 1976, p. 316-337.
- Haanebrink 1909
P.H. Haanebrink, 'Wat is electriciteit in juridischen zin?', *WPNR* 1909, p. 161-163.

- Van der Haar 1964
J. van der Haar, *Lijkbezorgingsrecht* (diss. Amsterdam UvA), Alphen aan de Rijn: Samsom 1964.
- Haeck 1998
J.F. Haeck, *Idee en programmaformule in het auteursrecht* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1998.
- Hamilton-van Hest 1983
G. Hamilton-van Hest, 'De eigendom van hartstimulatoren', *TvG* 1983, p. 186-194.
- Hamilton-van Hest 1985
G. Hamilton-van Hest, 'Hergebruik van pacemakers', *Medisch Contact* 1985, p. 666-668.
- Hanneman 1994
H.W.A.M. Hanneman, 'Alappat en zo – octrooibescherming voor software-gerelateerde uitvindingen', *BIE* 1994, p. 383-386.
- Hanneman 1999
H.W.A.M. Hanneman, 'EOB verleent octrooi voor computerprogramma's', *BIE* 1999, p. 156-157.
- Hanneman 2000
H.W.A.M. Hanneman, 'Over de octrooieerbaarheid van 'methoden voor de bedrijfsvoering'', *BIE* 2000, p. 40-45.
- Hansenne 1996
J. Hansenne, *Les Biens. Précis*, Liège: Collection Scientifique de la Faculte de Droit de Liège 1996.
- Harris 1996
J.W. Harris, *Property and Justice*, Oxford: Clarendon Press 1996.
- Hartkamp 1990
A.S. Hartkamp, *Compendium van het vermogenrecht volgens het nieuwe Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Kluwer 1990.
- Hartkamp 1999
A.S. Hartkamp, *Compendium van het vermogenrecht volgens het nieuwe Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Kluwer 1999.
- Hartlief 2000
T. Hartlief, 'The right to own property under the ECHR', in: J.P. Loof. H. Ploeger & J.C. van der Steur, *The right to Property*, Maastricht: Shaker 2000, p. 29-48.
- Hattenhauer 2000
H. Hattenhauer, *Grundbegriffe des Bürgerlichen Rechts*, München: Verlag C.H. Beck 2000.
- Hauptmann 1924
F. Hauptmann, 'Wesen und Begriff der Sogenannten Immateriellen Güter', in: *Festgabe der Juristischen Fakultät der Universität Freiburg zur 59. Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins 29/30 september 1924*, Fribourg: F.X. Weizinger 1924, p. 51.
- Van Hees 1997
J.J. van Hees, *Leasing* (diss. Nijmegen), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.
- Heida & Van der Steur 2001
A. Heida & J.C. van der Steur, 'Draagmoederschap. Tussen strafrechtelijk verbod en wettelijke regeling', *Nemesis* 2001, p. 209-214.

- Hennekens 1999
H.Ph.J.A.M. Hennekens, 'Water: een openbare zaak', *Ars Aequi* 1999, p. 371-379.
- Hennekens 2001
H.Ph.J.A.M. Hennekens, *Openbare zaken naar publiek- en privaatrecht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001.
- Van Herten 1984
J.H.S. van Herten, 'De rechtspositie van lichaam, lijk, stoffelijke resten, organen en niet-menselijke implantaten', *WPNR* 1984, p. 156.
- Heyman 1994
W.H. Heyman, 'De reikwijdte van het fiducia-verbod', *WPNR* 1994, p. 1-14.
- Hijma & Olthof 1983
Jac. Hijma & M.M. Olthof, 'Het eindpunt van de goederentrein', *WPNR* 1983, p. 729-731.
- Hoeren 1989
T. Hoeren, *Softwareüberlassung als Sachkauf*, Münster: C.H. Beck 1989.
- Hofmann 1935
L.C. Hofmann, *Het Nederlandsch Zakenrecht*, Groningen/Batavia: J.B. Wolters' Uitgevers-Maatschappij 1935.
- Hofmann 1944
L.C. Hofmann, *Het Nederlandsch Zakenrecht*, Groningen/Batavia: J.B. Wolters' Uitgevers-Maatschappij 1944.
- Hofstra 1992
H.J. Hofstra, *Inleiding tot het Nederlandse Belastingrecht*, Deventer: Kluwer 1992.
- Hohfeld 1978
W.N. Hohfeld, *Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning*, Westport: Greenwood Press 1978.
- Hoitink & Backes 1999
J.E. Hoitink & Ch. W. Backes, 'Eigendom van vervuiliingsrechten', *NJB* 1999, p. 1759-1763.
- Honoré 1961
A.M. Honoré, 'Ownership', in: A.G. Guest (ed.), *Oxford essays in jurisprudence*, Oxford 1961.
- Houtappel 1996
J.C. Houtappel, *Geld of vordering in het Nederlands Privaatrecht*, Amsterdam: Nederlands Instituut voor het Bank- en Effectenbedrijf 1996.
- Van Houte 2000
C.P.M. van Houte, *Fiscale kijk op auteursrecht*, Deventer: Kluwer 2000.
- Houtzager 1997
M.L.D.P. Houtzager, 'Belastingvrije zones en BTW', *BTW-bulletin* 1997, nr. 6, p. 1.
- Houwing 1939
Ph. A.N. Houwing, *Subjectief recht, rechtssubject, rechtspersoon*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1939.
- Houwing 1953
Ph. A.N. Houwing c.s., 'Behandeling van de praeadviezen over 'De goodwill in het privaatrecht en het Belastingrecht'', *WPNR* 1953, p. 620-644.
- Hoyng 1989
W.A. Hoyng, *Bescherming(somvoang) anno 1989*, Deventer: Kluwer 1990.

- Hoyng 1988
W.A. Hoyng 'De octrooicentie in een faillissement', in: M.S. Bijleveld (red.), *Recht vooruit: opstellen verzameld ter gelegenheid van 150 jaar BW*, Deventer: Kluwer 1988, p. 73-96.
- Hubrecht & Vermelle 1993
G. Hubrecht & G. Vermelle, *Droit civil*, Paris: Éditions Dalloz 1993.
- Hudson 1992
J.S. Hudson, 'Biotechnology Patents after the Harvard Mouse: Did Congress Really intend everything under the sun to Include shiny eyes, soft fur and pink feet', *JPTOS* 1992, p. 510.
- Hugenholtz 1985
P.B. Hugenholtz, 'Juridische bescherming van chips', *BIE* 1985, p. 127-134.
- Hugenholtz 1989
P.B. Hugenholtz, *Auteursrecht op informatie* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1989.
- Hugenholtz 1998
P.B. Hugenholtz, 'Het Internet: het auteursrecht voorbij?', In: A.W. Koers, *Recht en Internet* (Preadvies NJV) 1998, p. 199-260.
- Hugenholtz 1999
P.B. Hugenholtz, *sleeping with the enemy. Over de verhouding tussen auteurs en exploitanten in het auteursrecht* (oratie Amsterdam UvA) Amsterdam: Vossiuspers AUP 2000.
- Hugenholtz 2001
P.B. Hugenholtz, 'The new Database Right: Early Case Law from Europe', www.ivir.nl/publications/hugenholtz/fordham2001.html, p. 1-6.
- Huijgen 1995
W.G. Huijgen, *Economische eigendom*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.
- Huijgen 1996
C.A. Huijgen, *Valuation of Purchased Goodwill* (diss. Groningen), Ridderkerk: Ridderprint 1996.
- Huizink 1996
J.B. Huizink, 'De onderneming in boek 3 BW?', *WPNR* 1996, p. 897-898.
- Huizink 2001
J.B. Huizink, *Een adequaat vehikel? Gedachten over de onderneming in het recht* (oratie Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2001.
- Husserl 1933
G. Husserl, *Der Rechtsgegenstand*, Berlin: Verlag von Julius Springer 1933.
- Hutter 1997
J.J. Hutter, 'Octrooiering van software; een overzicht van omgekeerde tweede medische indicatie tot octrooiering van cd's', *BIE* 1997, p. 315-319.
- Huydecoper 1985
J.L.R.A. Huydecoper, 'Het wiel wèl, en het bankbiljet niet – de niet-beschermde uitvindingen', *BIE* 1985, p. 196-200.
- Huydecoper 1991
J.L.R.A. Huydecoper, 'De gepatenteerde muis: (octrooi) bescherming en levende materie', *TvG* 1991, p. 402-409.

Huydecoper 1997

J.L.R.A. Huydecoper, 'Waarom bescherming, en waarom zoveel soorten?', *BIE* 1997, p. 33-35.

Idenburg 1980

P.J. Idenburg, *Kennis van zaken* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1980.

Ilgner 1990

H. Ilgner, *Der Schrittmacher als Rechtsobjekt*, Pfaffenweiler: Centaurus-Verlags-gesellschaft 1990.

Jauernig 1997

Jauernig/Schlechtriem/Stürner/Teichmann/Volkommer, *Bürgerliches Gesetzbuch*, München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung 1997.

Von Jhering 1865

Von Jhering, *Geist des Römischen Recht*, III, Leipzig: Breitkopf und Haertel 1865.

Jordens 1869

H.G. Jordens, *Beschouwingen over zaken buiten den handel*, Deventer: Ruterling en Vermandel, 1869.

Josserand 1994

V.L. Josserand, 'Configuration du droit de propriété dans l'ordre juridique nouveau', in: F. Chabas, *Leçons de Droit Civil. Deuxième volume: Biens. Droit de propriété et ses démembrements*, Paris: Montchrestien 1994, p. 18-21.

Justitiële Verkenningen 2001

Justitiële Verkenningen, *Dier en recht*, Gouda: Quint 2001.

Kaminski 1998

C. Kaminsky, *Embryonen, Ethik und Verantwortung*, Tübingen: Mohr Siebeck 1998.

Kamphuisen e.a. 1943

P.W. Kamphuis e.a., *Goodwill, Juridisch, Fiscaal en Bedrijfseconomisch*, Roermond: N.V. Van der Marck's Uitgeversmij 1943.

Kaser/Wubbe 1971

M. Kaser & F.B.J. Wubbe, *Romeins Privaatrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1971.

Kaspersen 1990

H.W.K. Kaspersen, *Strafbaarstelling van computermisbruik* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 1990.

Katz 1916

C.F. Katz, *Het onrechtmatig gebruik der elektrische energie en de wettelijke middelen daartegen*, Amsterdam: Naaml. Venn. V/h Ipenbuur & Van Seldam 1916.

Keet 1985

J. Keet, 'De integriteit van het menselijk lichaam en explantatie van pacemakers', *Medisch Contact* 1985, p. 1271-1272.

Kellnar 1996

R. Kellnar, *Die fetale transplantation. Rechtsstatus und -schutz des Foetus* (diss. Saarbrücken), 1996.

Ketelaar 1978

F.C.J. Ketelaar, *Oude zakelijke rechten vroeger, nu en in de toekomst*, Leiden: Universitaire Pers 1978.

- Der Kinderen e.a. 2000
A.W. der Kinderen e.a., *Veranderende aangrijpingspunten voor de belastingheffing (VAB)*, Deventer: Kluwer 2000.
- Kisch 1932
I. Kisch, *Beschouwingen over de onderscheiding tusschen zakelijke en persoonlijke rechten*, Alphen aan de Rijn: Samsom 1932.
- Kist 1865
J.G. Kist, 'Het regt van eigendom en schuldvorderingen op naam', *Themis* 1865, p. 333-341.
- Van der Klaauw 1990
F. van der Klaauw, 'De juridische status van software. Reactie II', *NJB* 1990, p. 282-283.
- Kleijn 1990
W.M. Kleijn, *Vruchtgebruik*, Deventer: Kluwer 1990.
- Kleve & De Mulder 1989
P. Kleve & R.V. de Mulder, 'De juridische status van software', *NJB* 1989, p. 1342-1345.
- Kleve & De Mulder 1990
P. Kleve & R.V. de Mulder, 'Voor een goed begrip. Weerwoord naar aanleiding van de reacties op "de juridische status van software"', *NJB* 1990, p. 283-285.
- Klos 1997
S.A. Klos, 'Sport op het speelveld van de intellectuele eigendom', *IER* 1997, p. 81-88.
- Klos 2000
S.A. Klos, 'Databankieren in een lawyer's paradise', *IER* 2000, p. 1-8.
- Koenings 1999
M.C. Koenings, 'Het volgrecht van de Europese Commissie in de ban van het ipr', *Informatierecht/AMI* 1999, p. 85-90.
- Kohler 1880
J. Kohler, *Das Autorrecht, eine zivilistische Abhandlung: zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Eigenthum, vom Miteigenthum, vom Rechtsgeschäft und vom Individualrecht*, Jena: Gustav Fischer 1880.
- Kokke 1990
M.E. Kokke, 'Genetische manipulatie en de toekomst van artikel 53b EOv', *BIE* 1990, p. 271-283.
- Komen 1970
E.D. Komen, *Auteursrechtelijke opstellen: een keuze uit het werk van prof. Dr. E.D. Hirsch Ballin*, Deventer: Kluwer 1970.
- König 1993
M.M. König, 'Software (Computerprogramme) als Sache und deren Erwerb als Sachkauf', *NJW* 1993, p. 3121-3124.
- Van der Kooij 1990
P.A.C.E. van der Kooij, *Kwekersrecht in ontwikkeling* (diss. Leiden), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990.
- Van der Kooij 1999
P.A.C.E. van der Kooij, 'Een nieuwe lente, een nieuw geluid: de zaaizaad- en plantgoedwet gewijzigd', *IER* 1999, p. 8-14.

- Koopmans 1983
T. Koopmans, 'Redactionele kanttekeningen. Mini-monopolies', *RMTh* 1983, p. 342-344.
- Koopmans 1994
T. Koopmans, 'Intellectuele eigendom, economie en politiek', *Informatierecht/AMI* 1994, p. 107-111.
- Kortmann 1997
S.C.J.J. Kortmann, 'Juridische striptease volgens Nieskens-Isphording', *NJB* 1997, p. 7-8.
- Kottenhagen-Edzes 1992
P.A. Kottenhagen-Edzes, *Onrechtmatige daad en milieu: het gebruik van privaatrecht bij het voorkomen van milieu-aantasting en het verhaal van milieuschade*, Arnhem: Gouda Quint 1992.
- Kruijer 1999
H.S.M. Kruijer, 'Hoe duurzaam is de huidige auteursrechtelijke 'Sonderregelung' voor computerprogramma's?', *IER* 1999, p. 250-256.
- Van Kuyk 1909
J. van Kuyk, 'Eigendom', *Themis* 1909, p. 337-367.
- Van der Kwaak 1990
D.J. van der Kwaak, *Het rechtskarakter van het beslagrecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1990.
- De Laat 1997
E. de Laat, *Essays on Patent Policy* (diss. Rotterdam), Amsterdam: Thesis Publishers 1997.
- Land 1899
N.K.F. Land, *Inleiding tot de verklaring van het Burgerlijk Wetboek*, algemeen deel, Haarlem: De erven F. Bohn 1899.
- Land 1901
N.K.F. Land, *Verklaring van het Burgerlijk Wetboek*, tweede deel, Haarlem: De erven F. Bohn 1901.
- Larenz 1977
Larenz 1977, 'Zur struktur "subjektiver Rechte"', in: *Beiträge zur Europäischen Rechtsgeschichte und zum geltenden Zivilrecht – Festgabe für Johannis Sontis*, München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 5. Auflage, p. 129-148.
- Larenz/Wolf 1997
K. Larenz/M. Wolf, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung 1997.
- Leenen 1978
H.J.J. Leenen, *Rechten van mensen in de gezondheidszorg: een gezondheidsrechtelijke studie*, Alphen aan de Rijn: Samsom 1978.
- Leenen 2000
H.J.J. Leenen, *Rechten van mensen in de gezondheidszorg*, deel 1, Houten/Diegem: Bohn Stafleu Van Loghum 2000
- Van Leeuwen 1744
S. van Leeuwen, *Het Rooms-Hollands-regt*, Amsterdam 1744.

- Le Poole 1992
R.S. Le Poole, 'Bescherming van ideeën voor televisieprogramma's', *Mediaforum* 1992, p. 17.
- Van der Lely 1996
A.J. van der Lely, *Levering van roerende zaken door middel van een zakenrechtelijk waardepapier* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1996.
- Levy 1881
J.A. Levy, *Het rechtskarakter der firma*, 's-Gravenhage: Gebroeders Belinfante 1881.
- Limperc 1980
Th. Limperc, 'In hoeverre is de 'plot' van een verhaal, toneelwerk of film tegen inbreuk beschermd?', *Auteursrecht* 1980, p. 23-26.
- Loeb & Van Straaten 1984
E. Loeb & J.C. van Straaten, 'Voortplanting van de mens anno 1984', *NJB* 1984, p. 1025-1031.
- Löhr 1940
K. Löhr, *Der Sachbegriff des § 90 BGB und seine Erweiterung*, Marburg/Lahn: Universitäts-Buchdruckerei J.A. Roch 1940.
- Lokin 1992
J.H.A. Lokin, *Prota*, Groningen: Chimaira 1992.
- Lokin & Zwolve 1992
J.H.A. Lokin & W.J. Zwolve, *Hoofdstukken uit de Europese codificatiegeschiedenis*, Groningen: Wolters-Noordhoff/Forsten 1992.
- Van Looijengoed 2001
F. van Looijengoed, 'Anything under the sun? Over de wenselijkheid van octrooien op methoden van bedrijfsvoering', *Ars Aequi* 2001, p. 604-613.
- Loos 1998
M.B.M. Loos, *De energieleveringsovereenkomst* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1998.
- Lubbers 1966
A.G. Lubbers, 'Vruchtgebruik ener onderneming', *TVVS* 1966, p. 145-150.
- Lucas 1987
A. Lucas, *Le droit de l'informatique*, Parijs: Thémis Presses Universitaires de France 1987.
- Van Maanen 1981
G.E. van Maanen, 'Kraken als onrechtmatige daad', *Recht en Kritiek* 1981, p. 5-17.
- Van Maanen 1987
G.E. van Maanen, *Eigendomsschijnbewegingen, Juridische, historische en politiek-filosofische opmerkingen over eigendom*, Nijmegen: Ars Aequi libri 1987.
- Van Maanen 1990
G.E. van Maanen, *Publiek Domein en het belang van de overheid bij bodemsanering: een ongewassen varken?* (oratie Maastricht) Deventer: Kluwer 1990.
- Van Maanen 1992
G.E. van Maanen, 'Van de vogelen des hemels en de stranden der zee. Publiek domein en andere overheidseigendom', *WPNR* 1992, p. 970-977.
- Van Maanen 1993
G.E. van Maanen, 'Ownership as a Constitutional Rights in South Africa', *Recht en Kritiek* 1993, p. 74-95.

- Van Maanen 1994
G.E. van Maanen, 'Waarom is het vervuilen van het eigen bedrijfsterrein onrechtmatig tegenover de staat?', in: T. Hartlief (red.), *CJHB: Brunner-Bundel*, Deventer: Kluwer 1994, p. 271-282.
- Van Maanen 1994
J.C.H. van Maanen, *Televisieformats en -ideeën naar Nederlands recht*, Amsterdam: Cramwinckel 1994.
- Machlup 1958
F. Machlup, *An Economic Review of the Patent System* (Studie 15 of the Subcommittee on Patents, Trademarks and Copyright of the Committee on the Judiciary, US Senate, 85th Congress, 2nd Section), Washington 1958.
- Mackaay 1982
E. Mackaay, *Economics of information and law*, Boston: Kluwer Nijhoff Pub. 1982.
- Mackaay 1985
E. Mackaay, 'De hersenschim als rustig bezit. Moet alle informatie voorwerp van eigendom zijn?', *Computerrecht* 1985, p. 12-16.
- Mackaay 1996
E. Mackaay, 'Property rights on the internet', in: P.B. Hugenholtz (ed.), *The future of copyright in a digital environment*, Londen/Boston/The Hague: Kluwer Law International 1996, p. 13-25.
- Macklin 1983
R. Macklin, 'Personhood in the bioethics literature', *Milbank Memorial Fund Quarterly* 1983, p. 35-55.
- Macpherson 1978
C.B. Macpherson, *Property. Mainstream and critical positions*, Toronto: Buffalo 1978.
- Macpherson 1985
C.B. Macpherson, 'Human rights as property rights', in: C.B. Macpherson, *The rise and fall of economic justice and other papers*, Oxford: Oxford University Press 1985, p. 76-78.
- Matthews 1995
P. Matthews, 'The man of property', *Med. Law. Rev.* 1995, p. 251-274.
- Maeijer 1969
J.M.M. Maeijer, 'Transplantatie van organen en het privaatrecht', *TPR* 1969, p. 153-174.
- Majdanski 1951
C. Majdanski, *Le role des biens exterieurs dans la vie morale, d'après Saint Thomas d'Aquin* (diss. Fribourg), Vanves: Imprimerie Franciscaine Missionnaire 1951.
- McKendrick c.s. 2000
E. McKendrick c.s., *Sale of Goods*, London/Hong Kong: LLP 2000.
- Meijboom 1987
A.P. Meijboom, 'Sui generis bescherming voor topografieën van halfgeleiderproducten', *BIE* 1987, p. 318-328.
- Meijer 1991
R.S. Meijer, 'Het eerste van vijf; de exclusiviteit van eigendom', in: *Liber Amicorum NBW (opstellen aangeboden aan mr drs B.C. de Die)*, Arnhem/Deventer/Zwolle: Gouda Quint/Kluwer/W.E.J. Tjeenk Willink 1991, p. 73-78.

- Meijer 1996
W.R. Meijer, 'De overdraagbaarheid van vorderingen', in: S.C.J.J. Kortmann c.s., *Op recht. Opstellen aangeboden aan Prof. Mr. A.V.M. Struycken*, Zwolle: Tjeenk Willink 1996, p. 199-211.
- Meijer 1998
L.A.G. Meijer, 'Moet de BTMW in de steigers?', *IER* 1998, p. 1-12.
- Meijers 1910,
E.M. Meijers, 'Tijdschriftenoverzicht', *WPNR* 1910 (2104), p. 204-206.
- Meijers 1918
E.M. Meijers, 'Publiek domein en zaken buiten den handel', *WPNR* 1918, p. 429-432, 441-443, p.453-456, p. 461-463 en p. 469-472.
- Meijers 1948
E.M. Meijers, *De algemene begrippen van het burgerlijk recht*, Leiden: Universitaire Pers 1948.
- Meijs & Jansen 1989
P. Meijs & W. Jansen, *Eigendom tussen politiek en economie*, Groningen: Wolters-Noordhoff 1989.
- Merges 1999
R.P. Merges, 'As many as six impossible Patents Before Breakfast: Property Rights for Business Concepts and Patent System Reform', www.law.berkeley.edu/journals/btlj/articles/14_2/Merges/html/text.html, p. 1-18.
- Van der Merwe 1989
C.G. van der Merwe, *Sakereg*, 2^e uitgave, Durban: Butterworths 1989.
- Meussen & Van der Sangen 2000
G.T.K. Meussen & G.J.H. van der Sangen, 'Fiscale en civielrechtelijke gevolgen van uittreding in de ondernemings sfeer', in: Essers c.s., *Verkenningen op de grens van burgerlijk recht en belastingrecht*, Den Haag: Boom juridische uitgevers, 2000, p. 129-150.
- De Meyere 1928
J.C. de Meyere, *Oude nog bestaande zakelijke rechten* (diss. Leiden), Amsterdam: Paris 1928.
- Van Mierlo 1995
A.I.M. van Mierlo, 'Zekerheidsrechten in het licht van de WCK', *Nbbw* 1995, p. 103-104.
- Miranda 1998
A. Miranda, 'The legal status of the pre-embryo: some comparative considerations prompted by Davis v. Davis', in: J.W. Harris, *Property problems. From Genes to Pension Funds*, London-The Hague-Boston: Kluwer Law International 1997, p. 39-47.
- Molenaar 1973
F. Molenaar, *Een hele onderneming* (diss. Leiden), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1973.
- Molenaar 1999
F. Molenaar, *Algemene bepalingen zekerheidsrechten op goederen*, Deventer: Kluwer 1999.
- Molengraaff 1898
W.L.P.A. Molengraaff, *De faillissementswet*, 's-Gravenhage: gebr. Belinfante 1898.
- Moody 1997
J. Moody, 'Het volgrecht: een kunstgreep?', *Informatierecht / AMI* 1997, p. 179-187.

- Mori 1993
M. Mori, 'Genetic selection and the status of the embryo', *Bioethics* 1993, p. 141-148.
- Van Mourik 1969
M.J.A. van Mourik, 'Het begrip 'onderneming' als fenomeen in het recht', *WPNR* 1969, p. 233-236.
- Mousseron 1991
J.M. Mousseron, 'L'Evolution de la propriété industrielle', in: *L'evolution contemporaine du droit des biens*, Paris: Presses Universitaires de France 1991, p. 157-165.
- Mueller 1997
R. Mueller, *Die kommerzielle Nutzung menschlicher Körpersubstanzen*, Berlin: Duncker & Humblot 1997.
- Mulder 1965
F.W. Mulder, 'Overzicht van de geschiedenis van de goodwill in het Nederlandse Burgerlijk Recht', *Ars Aequi* 1965, p. 221-228.
- De Mulder 1984
R.V. de Mulder, *Een model voor juridische informatica* (diss. Rotterdam,) Lelystad: Vermande 1984.
- Müller-Hengstenberg 1994
C.D. Müller-Hengstenberg, 'Computersoftware ist keine Sache', *NJW* 1994, p. 3128-3134.
- Münchener Kommentar 1993
Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Allgemeiner Teil (§ 1-240), 3, Auflage, München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung 1993.
- Munzer 1997
S.R. Munzer, 'Human dignity and Property rights in Human body parts', in: J.W. Harris, *Property problems. From Genes to Pension Funds*, London-The Hague-Boston: Kluwer Law International 1997, p. 25-38.
- Nelkin & Andrews 1998
D. Nelkin & L. Andrews, 'Homo Economicus: Commercialization of Body Tissue in the Age of Biotechnology', *Hastings Center Report* 1998, p. 30-39.
- Van Neste 1983
F. van Neste, 'Eigendom morgen', *Tijdschrift voor Privaatrecht* 1983, p. 479-491.
- Nève 1996
P.L. Nève, 'Uit de bonte berm van de juridische begrippenflora: ons 'gesloten stelsel' van beperkte rechten', in: S.C.J.J. Kortmann c.s., *Op recht. Opstellen aangeboden aan Prof. Mr. A.V.M. Struycken*, Zwolle: Tjeenk Willink 1996, p. 223-232.
- Nieskens-Isphording 1994
B.W.M. Nieskens-Isphording, 'Technolease: echt goud of klatergoud?', *NJB* 1994, p. 1293-1297.
- Nieskens-Isphording 1996
B.W.M. Nieskens-Isphording, 'Koophuur: een juridische variant van de nieuwe kleren van de keizer', *NJB* 1996, p. 1845-1851.
- Nieskens-Isphording 1997
B.W.M. Nieskens-Isphording, 'Naschrift', *NJB* 1997, p. 8-9.
- Nieuwenhuis 1988
J.H. Nieuwenhuis, 'Zij die geboren worden groeten U. Aansprakelijkheid jegens toekomstige generaties?', *Themis* 1988, p. 359-367.

- Nieuwenhuis 2001
J.H. Nieuwenhuis, 'Promises, Promises', *NJB* 2001, p. 1795-1799.
- Nijhof 2000
M.B. Nijhof, *De concessie in Europeesrechtelijk perspectief* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2000.
- Nigri 1997
D.F. Nigri, 'Theft of Information and the Concept of Property in the Information Age', in: J.W. Harris, *Property problems. From Genes to Pension Funds*, London-The Hague-Boston: Kluwer Law International 1997, p. 48-60.
- Van Nispen 1992
C.J.J.C. van Nispen, 'Pleidooi voor boek 9', in: A.G. Castermans (red.), *Het Nieuwe BW in functie* (Bwkrantjaarboek), Arnhem: Gouda Quint 1992, p. 109-118.
- Nys & Baeyens 1996
H. Nys & A. Baeyens, *De Franse bioethiekwetgeving. A. De bescherming van het menselijk lichaam*, Brussel: Federale Diensten voor Wetenschappelijke, Technische en Culturele Aangelegenheden 1996.
- Nys 1998
H. Nys, 'Lichaamsmateriaal', in: G. Van Overwalle (ed.), *'Octrooirecht, Ethiek en Biotechnologie'*, Brussel: Bruylant 1998, p. 162-179.
- Offermanns 1997
R.H.M.J. Offermanns, *Het ondernemingsbegrip in Europees perspectief* (diss. Tilburg), 1997.
- Oldenhuis/Rossel/Gompen/Schaaf. 1999
F.T. Oldenhuis, H.J. Rossel, P.M. Gompen & F.R.A. Schaaf, *Hoofdlijnen in het huurrecht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999.
- Oliver 1996
P. Oliver, *Free movement of goods in the European Community*, London: Sweet and Maxwell 1996.
- Olsthoorn-Heim 1995
E.T.M. Olsthoorn-Heim, *Lichaamsmateriaal voor de wetenschap* (Preadvies uitgebracht ten behoeve van de jaarvergadering van de Vereniging voor Gezondheidsrecht), Utrecht: Vereniging voor Gezondheidsrecht 1995.
- Olsthoorn-Heim 1996
E.T.M. Olsthoorn-Heim, 'Nader gebruik van lichaamsmateriaal: op weg naar een evenwichtige regeling', *TvG* 1996, p. 1193-1197.
- Van Oosten 1950
M.S. van Oosten, 'De strafrechtelijke bescherming van het vermogen', *Tijdschrift voor Strafrecht* 1950, p. 200-228.
- Ophof 1972
H.P.J. Ophof, 'Goodwill en onderneming', *RMTh* 1972, p. 367-400.
- Van Opstall 1966
S.N. van Opstall, 'Zakelijke rechten en kwalitatieve verbintenissen', *WPNR* 1966, p. 407-411, p. 419-422, p. 431-434, p. 443-446, p. 455-459 en p. 467-473.
- Opzoomer 1871
C.W. Opzoomer, *Het Burgerlijk Wetboek*, derde deel, Amsterdam: J.H. Gebhard & Comp. 1871.

- Opzoomer 1879
C.W. Opzoomer, *Het Burgerlijk Wetboek*, vijfde deel, Amsterdam: J.H. Gebhard & Comp. 1879.
- Van Oven 1908
J.C. van Oven, 'Arbeidsvermogen in het strafrecht', *Tijdschrift voor Strafrecht* 1908, p. 19-45.
- Van Oven 1926
J.C. van Oven, 'Het recht op eigen lichaam', *NJB* 1926, p. 17-22.
- Van Oven & Adriani 1953
J.C. van Oven & P.J.A. Adriani, *De goodwill in het privaatrecht en het belastingrecht*, Preadvies Broederschap der Candidaat-Notarissen, Groningen 1953.
- Van Oven 1955
J.C. van Oven, 'Een kort begrip van ons toekomstig vermogensrecht', *WPNR* 1955, p. 369-372.
- Overdijk 1999
T.F.W. Overdijk, 'Octrooiëring van computersoftware. Europees Octrooibureau zet deur voor software-octrooien wijd open', *Bb* 1999, p. 201-203.
- Van Overwalle 1998
G. van Overwalle, 'De octrooieerbaarheid van biotechnologische uitvindingen', in: G. Van Overwalle (ed.), *Octrooirecht, Ethiek en Biotechnologie*, Brussel: Bruylant 1998, p. 35-64.
- Van Overwalle & Jacobs 2001
G. van Overwalle & Ph. Jacobs, 'Octrooien op genen: een alternatieve benadering', *BIE* 2001, p. 115-116.
- Palandt 1999
Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, München: Verlag C.H. Beck 1999.
- Palmer & Kohler 1993
N.E. Palmer & P. Kohler, 'Information as Property', in: N. Palmer & E. McKendrick, *Interests in goods*, London: Lloyd's of London Press 1993, p. 187-206.
- Papier 1984
H.J. Papier, *Recht der öffentliche Sachen*, Berlin/New York: De Gruyter 1984.
- Paquay 1990
G.B.A. Paquay, 'Software als stoffelijk object. Reactie III', *NJB* 1990, p. 283.
- Patault 1991
A.M. Patault, 'Regard historique sur l'évolution du droit des biens histoire de l'immeuble corporel', in: *L'évolution contemporaine du droit des biens*, Paris: Presses Universitaires de France 1991, p. 3-12.
- Van de Paverd 1999
C.A.M. van de Paverd, *De opzegging van distributieovereenkomsten* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 1999.
- Penner 1997
J.E. Penner, *The idea of property in law*, Oxford: Clarendon Press 1997.
- Perizonius 1990
J.C.H. Perizonius, 'Bescherming van biotechnologie bij planten', *BIE* 1990, p. 283-287.
- Perrick 1979
S. Perrick, 'Schenking van organen', *TvG* 1979, p. 142.

Petit 1950

Ch. Petit, 'Lichaam en lijk als voorwerpen van rechtsbetrekking', *RMTh* 1950, p. 428.

Pinckaers 1960

B.J.A.W.V.M. Pinckaers, *Eigendom in een nieuwe tijd* (diss. Utrecht), Utrecht/Nijmegen: Dekker & Van de Vegt N.V. 1960.

Pinckaers 1996

J.C.S. Pinckaers, *From Privacy toward a New Intellectual Property Right in Persona*, (diss. Amsterdam UvA), The Hague/London/Boston: Kluwer Law International 1996.

Pinto 1907

O. Pinto, *Das Unternehmen als Gegenstand des Rechtsverkehrs*, Wien: Manzsche K.u.k. Hof-Verlags-und Universitäts-Buchhandlung 1907.

Pitlo 1949

A. Pitlo, *Het zakenrecht naar het Nederlands Burgerlijk Wetboek*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & Zoon N.V. 1949.

Pitlo 1961

A. Pitlo, 'Het gemene recht en de autonomie van zijn onderdelen', *RmTh* 1961, p. 517-584.

Pitlo 1972

A. Pitlo, *Het zakenrecht naar het Nederlands Burgerlijk Wetboek*, Groningen: Tjeenk Willink 1972.

Pitlo/Brahn 1987

A. Pitlo, *Het zakenrecht: met verwijzing naar het NBW*, bewerkt door O.K. Brahn in samenwerking met G.R. de Groot, A.H.T. Heisterkamp en G.E. van Maanen, Arnhem: Gouda Quint 1987.

Pitlo/Gerver 1995

A. Pitlo, P.H.M. Gerver, H. Sorgdrager, R.H. Stutterheim & T.R. Hidma, *Het systeem van het Nederlandse privaatrecht*, Arnhem: Gouda Quint BV 1995.

Pitlo/Raaijmakers 2000

M.J.G.C. Raaijmakers, *Vennootschaps- en rechtspersonenrecht*, Deventer: Gouda Quint 2000.

Pitlo/Reehuis, Heisterkamp 2001

W.H.M. Reehuis, A.H.T. Heisterkamp c.s., *Goederenrecht*, Deventer: Gouda Quint 2001.

Plantenga 1949

W.B. Plantenga, 'Eigendom van de zee', *WPNR* 1949, p. 505-508 en 513-516.

Ploeger 1997

H.D. Ploeger, *Horizontale splitsing van eigendom* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1997.

Ploeger 1998

H.D. Ploeger, 'Tot de poorten van de hel', in: '*Van Beheering*', Deventer: Gouda Quint 1998, p. 129-147.

Ploeger 2000

H.D. Ploeger, 'Eigendom in het licht van het EVRM. Artikel 1 Protocol No. 1 EVRM en het Nederlandse vermogensrecht', *WPNR* 2000, p. 687-695.

- Ploeger & Stolker 2000
H.D. Ploeger & C.J.J.M. Stolker, 'In search of the importance of Article 1 Protocol No. 1 ECHR to private law', in: J.P. Loof, H.D. Ploeger, J.C. van der Steur, *The right to property*, Maastricht: Shaker 2000, p. 69-89.
- Pluim Mentz 2000
J.P. Pluim Mentz, 'Het rasbegrip in het kwekersrecht', *Agrarisch Recht* 2000, p. 356-362.
- Posey & Dutfield 1998
D.A. Posey & G. Dutfield, 'Plants, Patents and Traditional Knowledge', in: G. Van Overwalle (ed.), *Octrooirecht, Ethiek en Biotechnologie*, Brussel: Bruylant 1998, p. 112-131.
- Posner 1992
R.A. Posner, *Economic analysis of law*, London: Little, Brown & Company 1992.
- Pothier 1845
R.J. Pothier, *Traité du droit de domaine de propriété, Oeuvres*, Parijs 1845, D1. IX.
- Van Praag 1932
Arn. Van Praag, 'De rechtspositie van het stoffelijk overschot', *RMTh* 1932, p. 92 e.v.
- Proudhon 1835
M. Proudhon, *Traité du domaine public, ou de la distinction des biens consideres principalement par rapport au domain public*, Bruxelles: Tarlier 1835.
- Van der Putten 1993
W.G.H.M. van der Putten, *Handboek Wet op de Lijkbezorging*, Lelystad: Vermande 1993.
- Quaedvlieg 1987
A.A. Quaedvlieg, *Auteursrecht op techniek* (diss. Nijmegen), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1987.
- Quaedvlieg 1996
A.A. Quaedvlieg, 'Beschermingsdrift: Een studie naar feiten en achtergronden rond sweat of the brow – of prestatiebescherming', *BIE* 1996, p. 4-10 en 51-60.
- Quaedvlieg 1998
A.A. Quaedvlieg, 'Three Times a Hybrid', in: J.J.C. Kabel & G.J.H.M. Mom (eds.), *Intellectual Property and Information Law. Essays in Honour of Herman Cohen Jehoram*, Den Haag: Kluwer Law International 1998, p. 47-58.
- Raaijmakers & Uniken Venema 1994
M.J.G.C. Raaijmakers & C.AE. Uniken Venema, *Herziening van de Fusiecode*, Zwolle: Tjeenk Willink 1994.
- Raaijmakers & Verstappen 2002
M.J.G.C. Raaijmakers & L.C.A. Verstappen, *Onderneming en overdracht onder algemene titel* (Preadvies van de vereniging 'Handelsrecht'), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2002.
- Raaijmakers 1997
M.J.G.C. Raaijmakers, 'Uitbreiding juridische fusie en (af)splitsing', *WPNR* 1997, p. 519-524.
- Rank 1996
W.A.K. Rank, *Geld, geldschuld en betaling*, Deventer: Kluwer 1996.

- Rank 1997
W.A.K. Rank, 'Privatieve last tot hyptheekvestiging: een nieuwe zakelijke zekerheid', in: S.C.J.J. Kortmann, N.E.D. Faber, A.A. van Rossum & H.L.E. Verhagen, *Onderneming en 5 jaar nieuw burgerlijk recht*, Serie Onderneming en Recht deel 7, Deventer: Kluwer 1997, p. 465-479.
- Rank-Berenschot 1992
E.B. Rank-Berenschot, *Over de scheidslijn tussen goederen- en verbintenissenrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1992.
- Rank-Berenschot 1998
E.B. Rank-Berenschot, 'Het WGE-aandeel: een recht op naam van eigen aard', in: S.C.J.J. Kortmann c.s., *Onderneming en effecten*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 149-167.
- Van Reeken 1893
C.G. van Reeken, 'Uitoefening van private rechten op zaken met een publieke bestemming', *Themis* 1893, p. 1-66.
- Reeskamp 2000
P.L. Reeskamp, 'De .nl domeinnaam in het .nl vermogensrecht', *Computerrecht* 2000, p. 275-283.
- Reich 1964
CH. A. Reich, 'The new property', *The Yale Law Journal* 1964, p. 733-787.
- Reinders 1993
J. Reinders, *De bescherming van ongeboren leven: morele en godsdienstige overwegingen bij het experimenteren met menselijke embryo's*, Baarn: Ten Have 1993
- Reugebrink/Van Hilten 1997
J. Reugebrink, bewerkt door M.E. van Hilten, *Omzetbelasting*, Deventer: Kluwer 1997.
- RGRK 1982
K.H. Johanssen, W. Kregel, G. Krüger-Nieland, H. Piper & E. Steffen, *Das Bürgerliche Gesetzbuch*, WEG 1982.
- Rombach 1963
J. Rombach, 'Prae- en postpersoonlijksrechten en -plichten', *WPNR* 1963, p. 297-329.
- Roos 1996
N.H.M. Roos, 'On property without properties. An Inquiry into the Metaphysical Foundations and the Coherence of Property Law', in: G.E. van Maanen (ed.), *Property on the threshold of the 21th century*, Antwerpen/Apeldoorn: Maklu 1996.
- Roscam Abbing 2001
H. D.C. Roscam Abbing, 'Gebruik van lichaamsmateriaal en zeggenschap', *TvG* 2001, p. 8-15.
- Rosen 1993
R.P. Rosen, 'A Critical Analysis of celebrity careers as property upon dissolution of marriage', *George Washington Law Review*, 61/522.
- Rouast 1994
A. Rouast, 'L'Evolution du droit de propriété', in: F. Chabas, *Leçons de Droit Civil. Deuxième volume: Biens. Droit de propriété et ses démembrements*, Paris: Montchrestien 1994, p. 21-28.

- Rudden 1997
B. Rudden, 'Things as Thing and Things as Wealth', in: J.W. Harris, *Property problems. From Genes to Pension Funds*, London-The Hague-Boston: Kluwer Law International 1997, p. 146-163.
- De Ruiter 1963
J. de Ruiter, *Beschouwingen over de algemeenheid van goederen in het ontwerp-burgerlijk wetboek*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1963.
- Russel 1918
G. Russel, *De onderneming in het privaatrecht* (diss. Amsterdam UvA), Amsterdam: A.H. Kruyt 1918.
- Russo 1994
R. Russo, Recente ontwikkelingen in het begrip bedrijfsmiddel, *WFR* 1994, p. 366-371.
- Schackow 1930
A. Schackow, *Die Mängelhaftung beim Kauf von Rechten und rechtlich ungeschützten Gütern* (diss. Göttingen), Düsseldorf: Rudolf Knorsch en Co 1930.
- Van Schelven 1986
P.C. van Schelven, *Bescherming van software en chips in juridisch perspectief*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1986.
- Van Schelven & Struik 1995
P.C. van Schelven & H. Struik, *Softwarerecht*, Deventer: Kluwer 1995.
- Van Schilfgaarde 2001
P. van Schilfgaarde, *Van de BV en de NV*, Deventer: Gouda Quint 2001.
- Schut 1981
G.H.A. Schut, 'Naar een meer pluriforme regeling van het eigendomsrecht?', *RMTh* 1981, p. 329-332.
- Schuttevâer & Zwemmer 1998
H. Schuttevâer, bewerkt door J.W. Zwemmer, *De Nederlandse successiewetgeving. Civiel- en fiscaalrechtelijke beschouwingen over de verkrijgingen krachtens erfrecht of schenking*, Deventer: Kluwer 1998.
- Scruton 2000
R. Scruton, *Animal Rights and Wrongs*, Londen: Demos 2000.
- Simon & De Beus 1947
J. Simon & P. De Beus, *Burgerlijk wetboek (Code Napoléon). Officieele vlaamsche vertaling naast den Franschen tekst*, Brussel: Établissements Émile Bruylant 1947.
- Slagter 1968
W.J. Slagter, *Juridische en economische eigendom* (dies-rede 8 november 1968), Deventer: Kluwer 1968.
- Slagter 1992,
W.J. Slagter, 'Eigendom en pseudo-eigendom', in: E.H. Hondius (red.), *Quod Licet* (Kleijn-Bundel), Deventer: Kluwer 1992, p. 357-374.
- Sluyters 1982
B. Sluyters, 'De pacemaker en het recht', *Metamedica* 1982, p. 317.
- Sluyters & Biesart 1995
B. Sluyters & M. Biesart, *De geneeskundige behandelingsovereenkomst*, Zwolle: Tjeenk Willink 1995.

- Smits 1983
J.M. Smits, 'Noot bij diefstal van computergegevens-arrest', *Computerrecht* 1983, p. 31-38.
- Snijders (red.) 1996
H.J. Snijders (red.), *Toegang tot buitenlands burgerlijk procesrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1996.
- Snijders 1998
H.J. Snijders, 'De titel van artikel 3:84 lid 2 BW', in: *Van Beheering, 'goederenrechtelijke beschouwingen'*, Deventer: Gouda Quint 1998, p. 163-170.
- Snijders/Rank-Berenschot 2001
H.J. Snijders/E.B. Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2001.
- Snijders 1991
W. Snijders, 'De toekomst van eigendom', in: B.M.W. Nieskens-Isphording/M.J.G.C. Raaijmakers/J. Spier/J.B.M. Vranken (red.), *In het nu wat worden zal* (Schoordijk bundel), Deventer: Kluwer 1991, p. 249-265.
- Snijders 1999
W. Snijders, 'Wilsrechten, in het algemeen en in het nieuwe erfrecht II', *WPNR* 1999, p. 583-589.
- Sohm 1905
R. Sohm, *Der Gegenstand*, Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot 1905.
- Speyart 1996
H.M.H. Speyart, 'De databank-richtlijn en haar gevolgen voor Nederland (II)', *Informatierecht/AMI* 1996, nr. 9, p. 171-179.
- Spoor 1990
J.H. Spoor, *De gestage groei van merk, werk en uitvinding*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990.
- Spoor/Verkade 1993
J.H. Spoor & D.W.F. Verkade, *Auteursrecht*, Deventer: Kluwer 1993
- Staples & Bertagnolli 1984
J.G. Staples & L. Bertagnolli, 'Knowhow in the United States', in: H. Stumpf (ed), *The Knowhow-contract In Germany, Japan and the United States*, Deventer: Kluwer Law & Tax Publishers 1984, p. 259-296.
- Star Busmann 1867
E. Star Busmann, *Octrooien van uitvinding*, Groningen: J.B. Wolters 1867.
- Von Staudingers 2000
J. von Staudinger, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Drittes Buch, Sachenrecht, Berlin: Sellier-De Gruyter 2000.
- Stek 1991
J.H. Stek, *Octrooirecht en transgene dieren*, Deventer: FED 1991.
- Stern 1935
C. Stern, *Huur en Verhuur. Rechtskarakter en de belangrijkheid daarvan in Nederlands en Buitenlands recht*, Rotterdam: Nijgh & Van Ditmar NV 1935.
- Van der Steur 1999
J.C. van der Steur, 'Creatief met goederen', in: W.H. van Boom, M.E. Franke, I.S.J. Houben, L. Reurich & M.H. Wissink, *Civiele constructies. BW-krant jaarboek 15*, Deventer: Gouda Quint 1999, p. 67-88.
- Van der Steur 2001
J.C. van der Steur, 'Object van beslag', *NTBR* 2001, p. 427-430.

- Stevens 1996
S.A. Stevens, 'Internet en belastingen', *WFR* 1996, p. 1719-1731.
- Stevenshagen, van Leeuwen & Den Hartog 2001
A. Stevenshagen, H.B. van Leeuwen & J.H.J. den Hartog, *Octrooirecht in de praktijk*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2001.
- Stuurman & Vandenberghe 1988
C. Stuurman & G. Vandenberghe, 'Softwarefouten, een 'zaak' van leven of dood?', *NJB* 1988, p. 1667-1672.
- Struycken 1997
T.H.D. Struycken, 'Het bepaaldheidsvereiste in ontwikkeling', in: S.C.J.J. Kortmann (red.), *Onderneming en 5 jaar nieuw BW*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 121-162.
- Struycken 1999
T.H.D. Struycken, 'De eliminatie van het bepaaldheidsvereiste', *WPNR* 1999, p. 577-582.
- Stumpf 1984
H. Stumpf, 'The knowhow-contract in Germany', in: H. Stumpf (ed), *The Knowhow-contract In Germany, Japan and the United States*, Deventer: Kluwer Law & Tax Publishers 1984, p. 9-115.
- Suijling 1940
J.Ph. Suijling, *Inleiding tot het Burgerlijk Recht*, Haarlem: De Erven F. Bohn 1940.
- Suijling 1948
J. Ph. Suijling, *Inleiding tot het Burgerlijk Recht*, derde druk, Haarlem: De Erven F. Bohn 1948.
- Sveiby 1998
K.E. Sveiby, *Kennis als bedrijfskapitaal*, Amsterdam: Contact 1998.
- Van Swaaij 2000
J.H.M. van Swaaij, *Beschikken en rechtsovergang* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2000.
- Swinkels 2001
B. Swinkels, 'Octrooien op genen: reactie op het artikel van prof.dr. G. van Overwalle en dr. Ph. Jacobs', *BIE* 2001, p. 220-222.
- Tak 1997
A.Q.C. Tak, *De overheid in het burgerlijk recht*, 's-Gravenhage: VUGA 1997.
- Taupitz 1991
J. Taupitz, 'Wem gebührt der Schatz im menschlichen Körper?', *AcP* 191 (1991), p. 201-246.
- Taupitz 1995
J. Taupitz, 'Der deliktsrechtliche Schutz des Menschlichen Körpers und seiner Teile', *NJW* 1995, p. 745-752.
- Terra 1998
B.J.M. Terra, 'BTW en het elektronische handelsverkeer', *WFR* 1998, p. 1043-1049.
- Terré & Simler 1998
F. Terré & P. Simler, *Droit civil: les biens*, Paris: Dalloz 1998.

- Teunissen & Tak 1994
J.M.H.F. Teunissen & A.Q.C. Tak, 'Recht is was der Umwelt Nützt? Over zorgplichtbepalingen, civiele acties en tweewegenleer. Een overdenking n.a.v. de opnemings van een zorgplichtbepaling in de Wet Milieubeheer', *NJB* 1994, p. 605-616.
- Teijl & Holzhauser 1991
R. Teijl & R.W. Holzhauser, *De toenemende complexiteit van het intellectuele eigendomsrecht. Een economische analyse*, Arnhem: Gouda Quint BV 1991.
- Thole 1989
E.P.M. Thole, 'Het depot van de broncode en het faillissement van de softwareleverancier', *Computerrecht* 1989, p. 20-26.
- Thole 1991
E.P.M. Thole, *Software een 'novum' in het vermogensrecht* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1991.
- Thole 1994
E.P.M. Thole, 'Haken en ogen aan leasing van software', *Computerrecht* 1994, p. 5-9.
- Thomas 2000
J.R. Thomas, 'Patents and E-commerce: The United States Experience-Post-Street bank', *IER* 2000, p. 116-123.
- Van Till-d'Aulnis 1970
H.A.H. van Till-d'Aulnis, *Medisch-juridische aspecten van het einde van het menselijk leven*, Deventer: Kluwer 1970.
- Torringa 1970
R.A. Torringa, 'Transplantatie van menselijke organen', *Ars Aequi* 1970, p. 2.
- Troller 1983
A. Troller, *Immaterialgüterrecht*, Basel-Frankfurt 1983.
- Ulmer 1980
E. Ulmer, *Urheber- und Verlagsrecht*, Berlin: Springer 1980.
- Uylenburg & Damen 1989
R. Uylenburg & L.J.A. Damen, 'Groen voor groen', in: M. de Langen (red.), *Kinderen en recht*, Deventer: Kluwer 1989, p. 138-148.
- Vandenbergh 1984
G. vandenBerghe, *Bescherming van computersoftware* (diss. Gent), Deventer: Kluwer 1984.
- Vegting 1946
W.G. Vegting, *Publiek Domein en zaken buiten den handel*, Alphen aan den Rijn: Samson 1946.
- Van der Veen 1997
G.A. van der Veen, *Openbare zaken* (diss. Utrecht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.
- Van de Velde 1959
J. Van de Velde, *Grepen uit de geschiedenis der anatomie*, Brussel: Paleis der Academien 1959.
- Vellinga-Schootstra 1988
F. Vellinga-Schootstra, *Gegevensbescherming en strafrecht* (NJV preadvies), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 141-182.

- Verbogt 2000
S. Verbogt, *Hoofdstukken over gezondheidsrecht*, Groningen: Nijhoff 2000.
- Verkade 1972
D.W.F. Verkade, *Softwarebescherming*, Alphen a/d Rijn/Brussel: Samson uitgeverij NV 1972.
- Verkade 1986A
D.W.F. Verkade, *Ongeoorloofde mededinging*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1986.
- Verkade 1986B
D.W.F. Verkade, *Juridische bescherming van programmatuur*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1986.
- Verkade 1988
D.W.F. Verkade, *Gegevensbescherming* (Preadvies NJV), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 35-91.
- Verkade 1990
D.W.F. Verkade, *Intellectuele eigendom, Mededinging en Informatievrijheid*, Deventer: Kluwer 1990.
- Verkade 1991
D.W.F. Verkade, 'De rol van rechtsbeginselen in het recht van de intellectuele eigendom en de ongeoorloofde mededinging', *Ars Aequi* 1991, p. 859-867.
- Verkade 1996
D.W.F. Verkade, '(Dis)harmonie op het gebied van de intellectuele eigendom', *Ars Aequi* 1996, p. 339-346.
- Verkade 1997
D.W.F. Verkade, 'Intellectuele eigendom: wetenschaps-stimulator?', in: *Mededelingen, Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen*, Amsterdam 1997, p. 241-276.
- Verkade 2001
D.W.F. Verkade, 'Intellectuele eigendom', in: H. Franken c.s., *Recht en Computer*, Deventer: Kluwer 2001, p. 199-259.
- Verkade/Van Sint Truiden & Maassen 1990
D.W.F. Verkade, M.Ph. van Sint Truiden & J.F.C. Maassen, *Produkt in gebreke*, Alphen aan de Rijn: Samsom, 1990.
- Verkade/Visser 1993
D.W.F. Verkade & D.J.G. Visser, *Parlementaire Geschiedenis van de Wet op de Naburige rechten*, Delft: Delftse Academische Pers 1993.
- Verkade/Visser 1999
D.W.F. Verkade & D.J.G. Visser, *Inleiding en parlementaire geschiedenis Databankenwet*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 1999.
- Verkade, Visser & Bruining 2000
D.W.F. Verkade, D.J.G. Visser & L.D. Bruining, *Ruimere octrooiering van computerprogramma's: technicality of revolutie? (IteR 37)*, Den Haag: SDU uitgevers 2000.
- Verkenningcommissie 1995
Eindrapport van de Verkenningcommissie Rechtsgeleerdheid, *Een eigen richting voor het recht...*, December 1995.
- Vermeulen 1999
E. Vermeulen, 'Het begrip onderneming in boek 3 BW!', *Ars Aequi* 1999, p. 209-216.

- Verschuuren 1993
J. Verschuuren, *Het grondrecht op bescherming van het leefmilieu*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993.
- Verschuuren 1997
J. Verschuuren, 'Fundamentele plichten ten opzichte van de natuur!', in: J.P. Loof & P.B. Cliteur, *Mensenrechten; dierenrechten; ecosysteemrechten*, Leiden: F.M. van Asbeek Centrum voor Mensenrechtenstudies 1997, p. 99-109.
- Versteeg & Vos 1995
H.M.J. Versteeg & J.B. Vos, *Verhandelbare emissierechten in het Nederlandse verzuringsbeleid*, Den Haag: Ministerie van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer.
- Versteegh 1991
C. Versteegh, 'Welkom Adriana?', *NJB* 1991, p. 695-703.
- Vervloed & Bod 1997
J.L.M.J. Vervloed & W.B. Bod, *Wegwijs in de BTW*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1997.
- Visser 1997
D.J.G. Visser, *Auteursrecht op toegang* (diss. Leiden), 's-Gravenhage: VUGA Uitgeverij B.V. 1997.
- Visser 1999
D.J.G. Visser, *Naburige rechten: van uitvoerende kunstenaars, fonogrammenproducenten, filmproducenten en omroeporganisaties*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999.
- Visser 2000
D.J. Visser, *Internet: domeinnamen en website content*, Alphen aan de Rijn: Adfo Specialist Group 2000.
- Vliet 1994
M.J. Vliet, *Overgang van een onderneming*, Arnhem: Gouda Quint 1994.
- Van Vliet 2000
L.P.W. van Vliet, *Transfer of movables in German, French, English and Dutch law*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2000.
- Voirin/Goubeaux 1995
P. Voirin & G. Goubeaux, *Droit Civil*, Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence E.J.A. 1995.
- Van Vondelen 1995
Van Vondelen, 'Verpanden van merken door leaseconstructie achterhaald?', *IER* 1995, p. 204-210.
- Voorduin 1837
J.C. Voorduin, *Geschiedenis en beginselen der Nederlandsche wetboeken, volgens de beraadslagingen deswege gehouden bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal uit oorspronkelijke, grootendeels onuitgegeven staatsstukken opgemaakt en aan den Koning opgedragen*, Utrecht: Robert Natan 1837.
- Voss 1997
A. Voss, *Vernichtung tiefgefrorenen Spermas als Körperverletzung?*, Bielefeld: Jacobs Verlag 1997.
- Vroom Cramer 2000
B.M. Vroom Cramer 'Bescherming van geografische aanduidingen: de gevolgen van het Chiemsee arrest en ander juridische aspecten', *IER* 2000, p. 248-256.

- De Waal 1997
C.L.J.M. de Waal, 'Koophuur en cascohuur. Of wat geldt(t) voor de binnenkant van de woning', *WR* 1997,8, p. 197-207.
- Waldron 1988
J. Waldron, *The right to Private Property*, Oxford: Clarendon Press 1988.
- Wefers Bettink 1997
H.W. Wefers Bettink, 'Domeinnamen: merk of handelsnaam', *IER* 1997, p. 164-172.
- Wefers Bettink & Gilhuis 2001
H.W. Wefers Bettink & K. Gilhuis, 'Domeinnamen zijn geen nummers!', *Mediaforum* 2001, p. 9-10.
- Weniger 1994
O. Weniger, *La protection des secrets économiques et du savoir-faire (knowhow)*, Renens: Imprimerie des arts et métiers SA, 1994.
- Wentink 1995
B.C. Wentink, *De licentie in het vermogensrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.
- Wery 1976
C.F. Wery, 'Beschikken over eigen lichaam en lichaamsdelen', *Ars Aequi* 1976, p. 307.
- Wessels 1988
B. Wessels, *Beroep, bedrijf en onderneming* (oratie Amsterdam VU), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988.
- Wessels 1995
B. Wessels, 'Knowhow-how en software in de mangel van het vermogensrecht', *NbBW* 1995, p. 99-101.
- Westerbrink 1999
B. Westerbrink, *De Merken- en Handelsnaamrechtelijke aspecten van het DNS*, Deventer: Kluwer 1999 (Iter 15), p. 309-399.
- Westerdijk 1992
R.J.J. Westerdijk, 'Software als produkt', *Computerrecht* 1992, p. 145-152.
- Westerdijk 1995
R.J.J. Westerdijk, *Produktenaansprakelijkheid voor software* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 1995.
- Westra 1992
H. Westra, 'Nut en noodzaak van het begrip eigendom in het nieuwe BW', *Recht en Kritiek* 1992, p. 286-299.
- Wiarda 1937
J. Wiarda, *Cessie of overdracht van schuldvorderingen op naam* (diss. Amsterdam UvA) Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1937.
- Wichers Hoeth 1984
L. Wichers Hoeth, 'Mini-monopolies: een reactie', *RmTh* 1984, p. 356-357.
- Wichers Hoeth/Gielen 2000
L. Wichers Hoeth & Ch. Gielen (red), *Kort begrip van het intellectuele eigendomsrecht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000.
- Wieacker 1943
Wieacker, *AcP* 148 (1943), 57, 65.
- Van de Wiel 1999
E. van de Wiel, 'Het internet en de BTW', *Forfaitair* 1999, nr. 92, p. 2-5.

Windscheid 1891

B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Frankfurt am Main: Rütten & Koenig 1891.

Winston 1981

K.I. Winston, *The principles of social order: selected essays of Lon L. Fuller*, Durham N.C: Duke University Press 1981.

Wissink 2001

M.H. Wissink, *Richtlijnconforme interpretatie van burgerlijk recht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2001.

Wolf 2000

M. Wolf, *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Band 1, Allgemeiner Teil 1, Verlag W. Kohlhammer 2000.

Van de Woude 2000

A.W. van der Woude, *Belastingen begrensd: de doorwerking van het discriminatieverbod en de richtlijnen van de EG op nationale belastingen* (diss. Rotterdam), Delft: Eburon 2000.

Zilinski 2001

M. Zilinski, 'IPR-aspecten van de domeinnaaminbreuk', *Computerrecht* 2001, p. 304-310.

Zwalve 2000

W.J. Zwalve, *C.A.E. Uniken Venema's. Common Law & Civil Law*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000.

Rechtspraakregister

NEDERLANDSE JURISPRUDENTIE

Hoge Raad

HR 22 april 1851, W. 1294 | § 2.4.2, § 3.1.4.3, § 3.2.5
HR 23 mei 1870, W. 3275 | § 3.1.4.3, § 3.2.5
HR 11 december 1899, W. 7374 | § 3.2.2
HR 12 juni 1905, W. 8390 | § 2.4.2
HR 27 mei 1910, W. 9036 | § 2.3.6
HR 23 mei 1911, W. 9205 | § 2.4.2
HR 8 november 1912, NJ 1913, 4 | § 4.2.4.1
HR 23 april 1913, NJ 1913, 1313 | § 3.2.9
HR 29 juni 1916, NJ 1916, 866 | § 3.2.9
HR 14 september 1917, NJ 1917, 979 | § 3.1.4.4
HR 31 januari 1919, NJ 1919, p. 161 (Lindenbaum/Cohen) | § 4.2.6.1
HR 23 mei 1921, NJ 1921, 564 | § 2.4.2, § 3.2.5
HR 25 januari 1924, NJ 1924, 593 | § 3.2.3
HR 21 mei 1927, NJ 1927, p. 911 (Vita) | § 4.2.6.2
HR 15 juni 1928, NJ 1928, 1447 | § 3.2.9
HR 13 februari 1936, NJ 1936, 443 | § 2.3.8, § 4.1.5
HR 27 augustus 1937, NJ 1938, 9 | § 3.2.9
HR 15 januari 1941, NJ 1941, 908 | § 3.2.8, § 3.2.9
HR 30 november 1945, NJ 1946, 91 (Horecaf) | § 4.2.4.2
HR 25 juni 1946, NJ 1946, 503 | § 2.4.2, § 3.2.11
HR 28 juni 1946, NJ 1946, 712 (Van Gelder/Van Rijn) | § 3.2.6, § 4.2.1.2
HR 20 januari 1950, NJ 1950, 274 (Rooilijn) | § 4.2.3.4
HR 9 maart 1951, NJ 1952, 46 (Damesmodebedrijf) | § 3.2.8
HR 12 juni 1951, NJ 1951, 616 | § 3.2.2
HR 20 mei 1953, BNB 1953, 190 | § 3.2.8
HR 22 mei 1953, NJ 1954, 189 (Sio) | § 2.3.6
HR 21 december 1956, NJ 1960, 414 | § 4.1.3
HR 9 april 1958, NJ 1958, 331 | § 3.2.9
HR 20 januari 1961, NJ 1961, 543 (Cherry Belle) | § 4.2.7.2
HR 27 januari 1961, NJ 1962, 355 (Explicator) | § 4.2.1.2
HR 15 januari 1965, BIE 1965, p. 183 (Kjellberg) | § 4.2.6.2
HR 12 november 1965, NJ 1966, 59 (Cascade) | § 3.2.7
HR 17 november 1967, NJ 1968, 42 (Pos/Van den Bosch) | § 2.1.7
HR 15 november 1968, NJ 1969, 25 | § 3.2.8
HR 8 juni 1973, NJ 1975, 76 | § 3.2.9

- HR 19 april 1974, *NJ* 1974, 498 (Preresco/Prelubel) | § 4.2.7.2
HR 24 december 1976, *NJ* 1978, 431 (Tandem) | § 3.2.9, § 4.2.6.1
HR 28 januari 1977, *NJ* 1977, 301 (Boom/Meij) | § 3.2.7
HR 27 april 1979, *NJ* 1981, 139 (Gestolen Mercedes) | § 2.2.4
HR 5 juni 1979, *NJ* 1979, 339 (Heertje/Hollebrand) | § 4.2.1.2
HR 1 februari 1980, *NJ* 1981, 140 (Gestolen Fiat I) | § 2.2.4
HR 26 juni 1981, *NJ* 1981, 514 (Ijskes) | § 4.2.6.2
HR 2 april 1982, *NJ* 1983, 429 (Accountants) | § 3.2.9, § 4.2.6.1
HR 11 mei 1982, *NJ* 1982, 583 | § 2.4.2
HR 1 juli 1982, *BIE* 1983, 48 (Adidas) | § 4.2.4.1
HR 10 juni 1983, *NJ* 1984, 32 | § 4.2.3.2
HR 19 april 1985, *NJ* 1985, 790 (Air Holland) | 4.2.6.1, § 4.2.6.2
HR 7 mei 1985, *NJ* 1986, 198 | § 2.4.2
HR 17 mei 1985, *NJ* 1986, 760 (Curaçao/Boyé) | § 2.1.7
HR 29 november 1985, *NJ* 1987, 880 (Screenoprints) | § 4.2.1.2
HR 27 juni 1986, *NJ* 1987, 743 | § 3.2.4
HR 27 juni 1986, *NJ* 1987, 191 (Holland Nautic/Decca) | § 4.2.1.3
HR 23 oktober 1987, *NJ* 1988, 310 (KNVB/NOS) | § 4.1.3, § 4.2.1.3
HR 20 november 1987, *NJ* 1988, 311 (De Staat/Den Ouden) | § 4.2.1.3
HR 2 december 1988, *NJ* 1989, 160 | § 3.2.3
HR 24 februari 1989, *NJ* 1989, 701 (Elvis Presley I) | § 4.1.3
HR 13 oktober 1989, *NJ* 1989, 897 | § 2.4.2, § 3.2.8
HR 1 december 1989, *BIE* 1991, 244 (Kwikform Steigeronderdelen) | § 4.1.3
HR 12 januari 1990, *NJ* 1990, 766 (Staat/Appels) | § 2.3.2
HR 2 maart 1990, *NJ* 1991, 148 (Tjoklat) | § 4.1.3
HR 7 september 1990, *NJ* 1991, 52 (Den Toom/De Kreek) | § 2.3.2
HR 20 november 1990, *NJ* 1991, 302 | § 3.2.11
HR 4 januari 1991, *NJ* 1991, 608 | § 4.2.1.2
HR 15 januari 1991, *NJ* 1991, 668 | § 2.4.2
HR 31 mei 1991, *NJ* 1992, 391 (Borsumij/Stenman) | § 4.1.3
HR 29 oktober 1991, *NJ* 1992, 267 | § 2.4.2
HR 5 juni 1992, *NJ* 1992, 539 | § 2.1.6.1
HR 29 januari 1993, *NJ* 1994, 171 (Van Schaik/ABN-AMRO) | § 2.3.2
HR 15 april 1994, *NJ* 1995, 640 (Middendorf/Kouwenberg q.q.) | § 2.2.4, § 3.1.6
HR 15 april 1994, *NJ* 1994, 608 | § 3.2.13
HR 14 oktober 1994, *NJ* 1995, 447 (Rivierenland/Mr. Gispen q.q.) | § 2.3.8
HR 24 februari 1995, *NJ* 1996, 472 | § 3.2.9
HR 16 juni 1995, *NJ* 1996, 508 (Rabobank/Ontvanger) | § 2.3.8
HR 13 juli 1995, *NJ* 1995, 635 | § 2.4.2
HR 30 januari 1996, *NJ* 1996, 263 | § 3.2.11
HR 13 september 1996, *NJ* 1997, 312 (Lido) | § 4.2.6.2
HR 3 december 1996, *NJ* 1997, 574 | § 2.3.2, § 2.4.2
HR 30 januari 1996, *NJ* 1996, 263 | § 2.4.2
HR 20 juni 1997, *NJ* 1998, 362 (Wagewakers q.q./Rabobank Roosendaal) | § 2.3.8
HR 1 juli 1997, *NJ* 1997, 685 | § 3.2.8
HR 19 september 1997, *NJ* 1998, 689 (Verhagen q.q./INB II) | § 2.3.8
HR 19 december 1997, *NJ* 1998, 690 (Zuidgeest/Furness) | § 2.3.8
HR 6 februari 1998, *NJ* 1999, 479 | § 3.2.6

HR 14 april 1998, *NJ* 1998, 662 | § 2.4.2
HR 30 oktober 1998, *NJ* 1999, 84 | § 4.1.3
HR 4 december 1998, *NJ* 1999, 549 (Potharst/Serrée) | § 3.2.9
HR 21 mei 1999, *NJ* 1999, 733 | § 2.3.8
HR 22 september 1999, *VN* 1999, 43.20 | § 2.3.2
HR 19 mei 2000, *NJ* 2000, 639 | § 3.2.2
HR 14 juli 2000, *BNB* 2000, 306c | § 2.4.3
HR 8 december 2000, *NJ* 2001, 350 | § 3.1.4.4, § 3.2.3
HR 12 oktober 2001, *RvdW* 2001, 153 | § 3.2.8
HR 21 december 2001, *RvdW* 2002, 6 | § 2.3.8
HR 22 maart 2002, *RvdW* 2002, 61 (NVM/Telegraaf) | § 4.2.9.2
HR 31 mei 2002, *RvdW* 2002, 89 | § 3.2.8
HR 20 september 2002, *RvdW* 2002, 145 | § 2.3.6, § 2.3.8

Gerechtshoven

Hof Arnhem 10 juli 1911, *W.* 9236 | § 3.2.2
Hof 's-Gravenhage 11 november 1937, *BIE* 1938, 76 (Farbenindustrie/Staat) | § 4.2.3.5
Hof 's-Gravenhage 14 november 1973, *NJ* 1974, 410 | § 3.2.2
Hof Leeuwarden 2 november 1979, *BNB* 1981, 34 | § 3.2.8
Hof Amsterdam 20 december 1979, *BIE* 1981, 77 (Eurocheque) | § 4.2.5.1
Hof Arnhem 14 juli 1982, *BIE* 1983, 179 (Vredestein) | § 3.2.7
Hof Arnhem 18 april 1983, *NJ* 1984, 175 | § 2.3.6
Hof Arnhem 27 oktober 1983, *NJ* 1984, 80 (Computergegevensarrest) | § 2.4.2
Hof Arnhem 7 juli 1987, *BIE* 1987, 278 (houtverkolingsoven) | § 3.2.7
Hof Arnhem 19 februari 1991, *BIE* 1992, 134 (Varkensvoederdoseerwagen) | § 3.2.7
Hof Amsterdam 2 mei 1991, *BIE* 1992, 166 (Ten Electronics/Esselte) | § 4.1.3
Hof 's-Gravenhage 16 januari, *BIE* 1993, 9 (Wavin/Pipe Liners) | § 3.2.7
Hof Amsterdam 4 juli 1996, *BIE* 1997, 229 (lateiprofiel) | § 4.2.5.2
Hof 's-Gravenhage 19 september 2000, *NJ* 2000, 661 | § 3.2.11

Rechtbanken

Rb. Zierikzee 23 december 1919, *NJ* 1920, 185 | § 2.4.2
Rb. 's-Gravenhage 31 december 1931, *NJ* 1932, 254 | § 3.2.9
Rb. 's-Gravenhage 7 april 1959, *NJ* 1962, 149 | § 4.2.1.2
Rb. Amsterdam 22 december 1959, *NJ* 1960, 496 | § 2.3.6
Rb. Rotterdam 8 januari 1962, *NJ* 1962, 480 | § 3.2.8
Rb. 's-Gravenhage 1 november 1966, *BIE* 1967, 199 (Ijoconac) | § 4.2.4.2
Rb. 's-Gravenhage 15 november 1968, *BIE* 1969, 49 (Mixconac) | § 4.2.4.2
Rb. 's-Gravenhage 23 april 1970, *BIE* 1971, 224 (Enka) | § 4.2.6.1
Rb. Charleroi 21 maart 1979, *BMM* bull. 1981, 115 (Veilingaffiche) | § 4.2.5.1
Rb. Middelburg 1 oktober 1980, *NJ* 1981, 374 | § 2.1.6.1
Rb. 's-Gravenhage 11 december 1981, *BIE* 1983, 228 (Hygiënisch penisartikel) | § 4.2.5.2
Rb. Amsterdam 26 maart 1981, *KG* 1981, 40 (Max 'n Specs) | § 4.1.3
Rb. Amsterdam 14 april 1982, *AMI* 1982, 105 (Voetbalfitsen) | § 4.1.3
Rb. 's-Hertogenbosch 20 maart 1985, *BIE* 1986, 58 (Pluche) | § 3.2.9, § 4.2.6.1
Rb. 's-Gravenhage 17 mei 1985, *BIE* 1988, 247 (Du Pont/Enka) | § 4.2.3.2

- Rb. 's-Gravenhage 6 november 1985, *NJ* 1987, 400 | § 2.4.2
 Pres. Rb. Breda 11 april 1986, *KG* 1986, 214 | § 3.2.7
 Pres. Rb. Middelburg 15 mei 1986, *BIE* 1988, 61 (Minigel/Jelly Server) | § 3.2.7
 Pres. Rb. 's-Gravenhage 16 september 1988, *IER* 1989, 18 (Epileerapparaat) | § 4.2.3.2
 Rb. Amsterdam 5 december 1988, *NJ* 1989, 383 | § 2.4.2
 Rb. 's-Gravenhage 9 maart 1989, *TvG* 1989, 34 | § 3.2.13
 Pres. Rb. Arnhem 9 november 1990, *KG* 1990, 380 (Vliebo/Hebo) | § 3.2.7
 Pres. Rb. Amsterdam 15 november 1990, *Informatierecht/AMI* 1991, p. 70 (WTP/AVRO) | § 4.2.1.4
 Pres. Rb. Amsterdam 17 januari 1991, *Informatierecht/AMI* 1991, p. 81 (Jacques Antoine/VOO e.a.) | § 4.2.1.4
 Pres. Rb. Dordrecht 10 juli 1991, *KG* 1991, 261 (De Vos/Mijnlieff) | § 3.2.7
 Pres. Rb. Haarlem 2 april 1993, *BIE* 1994, 66 (Strooiopening) | § 4.2.5.2
 Rb. Zutphen 8 april 1993, *NJ* 1993, 432 | § 2.4.2
 Pres. Rb. 's-Gravenhage 30 augustus 1996, *BIE* 1999, 379 (kussen met vier kamers) | § 4.2.5.2
 Rb. Utrecht 7 mei 1997, *CR* 1998, 269 (Sound Design/HCC) | § 4.2.2.2
 Pres. Rb. 15 mei 1997, *KG* 1997, 193 | § 4.2.4.3
 Rb. 's-Gravenhage 24 oktober 1997, *CR* 1998, p. 73-74 | § 2.2.4, § 3.1.6
 Rb. 's-Gravenhage 20 maart 1998, *BIE* 1998, 390 (Vermande/Bojkovski) | § 4.1.3
 Rb. Breds 11 mei 1999, *BIE* 1999, 75 | § 4.2.4.2
 Rb. 's-Gravenhage 1 september 1999, *BIE* 2000, 216 (Crediteuren/HBT & ATO) | § 4.1.5
 Pres. Rb. 's-Gravenhage 29 december 1999, *IER* 2000, 72 (KPN/XBASE) | § 4.2.9.2

Octrooiraad

- OR 21 februari 1944, *BIE* 1946, 57 | § 4.2.3.2
 OR 25 februari 1966, *BIE* 1966, 82 | § 4.2.3.2
 OR 16 december 1970, *BIE* 1971, 10 | § 4.2.3.3
 OR 24 mei 1973, *BIE* 1973, 134 | § 4.2.3.2
 OR 18 april 1979, *BIE* 1979, 248 | § 4.2.3.2
 OR 23 juli 1980, *BIE* 1980, 209 | § 4.2.3.2
 OR 13 oktober 1980, *BIE* 1981, 18 | § 4.2.3.2

BUITENLANDSE JURISPRUDENTIE

Europees Hof voor de Rechten van de Mens

- EHRM 13 juni 1979 (Marckx/België), *Series A* vol. 31/*NJ* 1980, 462 | § 2.4.5
 EHRM 26 juni 1986 (Van Marle/Nederland), *Series A* vol. 101 | § 2.4.5
 EHRM 7 juli 1989 (Tre Traktörer AB/Zweden), *Series A* vol. 159 | § 2.4.5
 EHRM 20 oktober 1987 (Inze/Oostenrijk), *Series A* vol. 126 | § 2.4.5
 EHRM 23 oktober 1990 (Darby/Zweden), *Series A* vol. 86 | § 2.4.5
 EHRM 9 december 1994 (Stran Greek Refineries/Griekenland), *Series A* vol. 301B, *NJ* 1996, 592 | § 2.4.5
 EHRM 23 februari 1995 (Gasus Dosier und Fördertechnik/Nederland), *Series A* vol. 306B | § 2.4.5

EHRM 20 november 1995 (Pressos Compania Naviera e.a./België), *Series A* vol. 332, NJ 1996, 593 | § 2.4.5
EHRM 25 maart 1999 (Iatridis/Griekenland), Appl. No. 31107/96 | § 2.4.5
EHRM 5 januari 2000 (Beyeler/Italië), NJ 2000, 571 | § 2.4.5
EHRM 1 februari 2000 (Mazurek/Frankrijk), Appl. No. 34406/97 | § 2.4.5

Europese Commissie voor de Rechten van de Mens

EcomRM 1 april 1974 (X/Duitsland), *Yearbook ECHR* 1974, p. 148 | § 2.4.5

Europees Octrooibureau

EOB, Relaxin, 18 januari 1995, *OJ EPO* 1995, p. 388 | § 4.2.3.5
EOB, Erytrogroipietin/KIRIN-AMGEN, T 0412/93, *EPOR* 1995, p. 629 | § 4.2.3.5

Hof van Justitie der Europese Gemeenschappen

Jurispr. 1964, Zaak 6/64, p. 1203 (Costa-ENEL) | § 2.4.4
Jurispr. 1968, Zaak 7/68, p. 617 (Commissie/Italië) | § 2.4.4
HvJ EG 18 februari 1971, *BIE* 1971, 186 (Sirena/Eda) | § 4.1.4
HvJ EG 8 juni 1971, *BIE* 1971, 240 (DGG/Metro) | § 4.1.4
Jurispr. 1974, Zaak 155/73, p. 409 (Sacchi) | § 2.4.4
Jurispr. 1989, Zaak 395/87, p. 2521 (Tournier) | § 2.4.4
Jurispr. 1992, Zaak C-2/90, p. I-4431 (Commissie/België) | § 2.4.4
Jurispr. 1992, Zaak C-92/92 en C 326/92, p. I-5145 (Phil Collins e.a.) | § 2.4.4
HvJ EG 17 oktober 1990, NJ 1992, 743 | § 4.2.4.1
Jurispr. 1994, Zaak C-393/92, p. 1-1477, NJ 1995, 93 (Almelo e.a.) | § 2.4.4
HvJ 24 maart 1994, NJ 1995, 57/Jurispr. 1994, Zaak C-275/92, p. I-1039 (Schindler) | § 2.4.4.
Jurispr. 1995, Zaak C-384/93, p. I-1167 (Alpine Investments) | § 2.4.4
HvJ 23 oktober 1997, NJ 1998, 760 | § 2.4.4
Jurispr. 1999, Zaak C-97/98, p. I-7319 (Jägerskiöld/Gustafsson) | § 2.4.4
HvJ EG, Zaak C-377/98, 9 oktober 2001, 'www.curia.eu.int' | § 4.2.3.5

Duitsland

BGH 4 november 1987, *NJW* 1988, 406 (Basic-Übersetzungsprogramm) | § 3.2.6

België

Rb. Koophandel Brussel 23 november 1977 en 22 maart 1978, *BIE* 1983, 225 (Bidtapijjt) | § 4.2.5.2

Verenigde Staten

Diamond v. Chakrabarty, 447 U.S. 303 (1980) | § 4.2.3.4, § 4.2.3.5
Diamond v. Diehr, 450 U.S. 175 (1981) | § 4.2.3.4

Remington US v. BSI, United States Bankruptcy Court, 24 september 1982, *BIE* 1983, p. 108-114 | § 3.2.7
 Ruckelhaus v. Monsanto, 467 U.S. 986 (1984) | § 3.2.7
 Carpenter v. United States, 484 U.S. 19 (1987) | § 3.2.7
 Comr. Pat. V. Allen, PTO BPAI, 2 USPQ2d, p. 1425 (1987) | § 4.2.3.5
 Bent S.A. Stan Allen's Invention v. The World His Owner, CIPA, p. 80 (1987) | § 4.2.3.5
 Moore v. Regents of the University of California 249, Cal. Rptr, 494 (1990) | § 3.2.13
 Amgen Inc. v. Chugai Pharmaceuticals, Co. 927 F2d 1200 (1991) | § 4.2.3.5
 Advent Systems Ltd. V. Unisys Corporation 925 F. 2d 670 (1991), § 3.2.6
 Re Bell, 991 F2d 781, 26 USPQ2d (BNA) 1529 (1993) | § 4.2.3.5
 Re Lowry, 32 F.3d, Federl Circuit (1994) | § 4.2.3.3
 St. Albans City and District Council v. International Computers Ltd [1996] 4 All E.R. 481, 493 | § 3.2.6
 Dobson v. North Tyneside Health Authority [1996] 4 all E.R. 474, C.A. | § 3.2.13
 State Street Bank & Trust co. v. Signature Financial Group Inc., 149 F 3d (1988) | § 4.2.3.4
 Network Solutiona Inc. v. Umbro International, Inc. 529 S.E. 2d 80 (2000) | § 4.2.4.3
 Online Partners.com v. Atlanticnet Media Corporation, 2000 WL 101232 (2000) | § 4.2.4.3
 Kremen v. Cohen, 99 F. Supp. 2d 1168 (2000), § 4.2.4.3
 Ceasars World Inc. v. Ceasars Palace.com, 54 USPQ2d 1121 (2000) | § 4.2.4.3

Frankrijk

Tribunal de Grande Instance de Creteil 1 augustus 1984, *TvG* 1985, 10 | § 3.2.13
 Cour d'Appel Paris 24 juni 1987, *Gaz.Pal.* 1987.2.512 | § 2.4.2

OVERIG

BenGH 9 februari 1977, *NJ* 1978, 415 (Roodzwarte capsules) | § 4.2.4.1, § 4.2.4.2
 BenGH 9 februari 1977, *NJ* 1978, 415 (Centrafarm/Beecham) | § 4.2.4.2
 BenGH 9 maart 1977, *NJ* 1978, 416 (Camping Gas) | § 4.2.4.1
 BenGH 19 januari 1981, *NJ* 1981, 294 (Kinder) | § 4.2.4.2
 BenGH 5 oktober 1982, *NJ* 1984, 71 (Juicy Fruit) | § 4.2.4.2
 BenGH 23 december 1985, *NJ* 1986, 258 (Adidas) | § 4.2.4.1
 BenGH 22 mei 1987, *Informatierecht/AMI* 1987, p. 78 (Screenoprints) | § 4.2.1.2
 BenGH 14 april 1989, *NJ* 1989, 834 (Burberrys I) | § 4.2.4.2
 BenGH 16 december 1991, *NJ* 1992, 785 (Adidas/Coenraad) | § 4.2.5.2
 BenGH 16 december 1991, *NJ* 1992, 576 (Burberrys II) | § 4.2.4.2
 BenGH 16 juni 1995, *NJ* 1996, 470 | § 2.3.2
 T 769/92 (SOHEI), *Official Journal EPO* 1955, p. 525 | § 4.2.3.4

Trefwoordenregister

A

Absolute rechten, 11, 18-25
Affectieve waarde, 136-137
Afhankelijk recht, 33-34
Algemeenheid van goederen, 198-201
Assurantieportefeuille, 197
Auteursrecht, 253-260

B

Bedrijfsgeheimen, zie Knowhow
Bedrijfsvoeringmethodes, zie *Business methods*
Bepaaldheidseis, 71-72, 77-78
Beperking goederenrechtelijke gevolgen, 74-76
Beperkte rechten, 11, 30-35
Beschikken, 6
Beslag, 67-69
Beslag intellectuele eigendomsrechten, 247
Bestanddelen, 133-134
Bewaarneming, 58, 71
Bezit, 45-47
Biologische materialen, 273-276
Boek 9, 39, 243-245
Business methods, 271-273

C

Cessie, 27-28
Codificatie intellectuele eigendomsrechten, zie Boek 9
Computergegevens als strafrechtelijk goed, 83-87
Computergegevens als belastingrechtelijk goed, 93
Computergegevens als product, 147-148
Contractoverneming, 28

Corpus mysticum, 24, 239
Corpus mechanicum, 24, 239

D

Databank, 294-296
Databankrecht, 294-296
Derivatieve eigendomsverkrijging, 106
Diefstal, 80-82
Diensten, 99
Dieren, 234-236
Domaine public, 158
Domeinnamen, 281-284
Donatie lichaamsmateriaal, 229-230
Droit de suite, 32, 37-38

E

Economisch eigendom, 72-73, 136
Economische waarde, 137-138
Eenheidsbeginsel, 72-73, 133
Éénlijnsprestatie, 242-243
Eigendomsrecht, 18-23
Eigendom van rechten, 47-55
Elektriciteit, 131-132, 167-171
Elektriciteit als strafrechtelijk goed, 80-82
Elektriciteit als Europeesrechtelijk goed, 97-98
Elektriciteit als product, 148-149
Embryo, 217-220
Emissierechten, 153-154
Ethische eisen, 138-141, 143-145
Exclusieve heerschappij, 18-19

F

Faillissement, 70
Faillissement intellectuele eigendomsrechten, 248
Filmwerk, 261-263

Fonds de commerce, 197, 209
 Formats, 259
 Functionaliteit zaaksbegrip, 141

G

Gas, 128-129
 Gedifferentieerd eigendomsrecht, 20-23
 Geluidsofopname, 261-263
 Gerechtigdheid tot een vermogensrecht, 55, 73
 Gerechtigdheid uit een vermogensrecht, 55, 73
 Giraal geld als strafrechtelijk goed, 82-83
 Goed binnen het belastingrecht, 90-97
 Goederen, 12-17, 60-61, 120-124
 Goederenrechtelijke gevolgen, 60-78, 245-252
 Goodwill, 190-197
 Goodwill als belastingrechtelijk goed, 95-96
 Groei intellectuele eigendomsrechten, 240-241
 Grond, 160-163

H

Handelsnaam, 288-290
 Handelsnaamrecht, 288-290
 Handelszaak, zie Onderneming
 Herrschaft, 41
Herrschaftsrechten, 41
 Huur, 72-73
 Hypotheekrecht, 66-67
 Hypotheekrecht intellectuele eigendomsrechten, 246

I

Implantaten, 231-234
 Individualiteit, 142-143
 Informatie, 183-190
 Intellectuele eigendomsrechten, 23-25, 237-240

K

Koop, 71
 Koophuur, 72-73
 Knowhow, 186-190

Kwalificatie-eisen databank, 295-296
 Kwalificatie-eisen handelsnaam, 290
 Kwalificatie-eisen merk, 277-281
 Kwalificatie-eisen model, 285-288
 Kwalificatie-eisen object naburig recht, 261-263
 Kwalificatie-eisen plantenras, 291-292
 Kwalificatie-eisen topografie, 293-294
 Kwalificatie-eisen uitvinding, 265-269
 Kwalificatie-eisen werk, 254-257
 Kwalificatie-eisen zaak, 124-141
 Kwekersrecht, 290-292

L

Leefmilieu, zie Natuur
 Leveringshandelingen, 56-57
 Licentierecht, 248-250
 Lichaamsmateriaal, 138-140, 220-231
 Lichaamsmateriaal als product, 148
 Lichamelijke zaken, 48, 121
 Lidmaatschapsrecht, 9-10, 29
 Lijk, 138-140, 213-217
 Lijk als strafrechtelijk goed, 87-88
 Lucht, 150-154

M

Maatschappelijk eigendomsrecht, 21
 Massa, 131
 Menselijk lichaam, 138-140, 211-212
 Menselijke beheersbaarheid, 126-129
 Merk, 276-281
 Merkenrecht, 276-284
 Mijnrecht, 162-163
 Milieu, zie Natuur
 Model, 284-288
 Modelrecht, 284-288

N

Naburige rechten, 261-264
 Natuur, 163-166
Nemo plus-regel, 38
Numerus Clausus, 38

O

Object van beperkt recht, 30-32, 43-44
 Object van een eigendomsrecht, zie 'zaak'

- Object van een intellectueel eigendomsrecht, zie 'corpus mysticum'
- Objectief recht, 7
- Octrooirecht, 264-276
- Öffentliche Sache, 152
- Onderneming, 198-210
- Onlichamelijke zaken, 48, 121
- Openbare vaarwateren, 157
- Openbare zaken, 21, 22,
- Originaire eigendomsverkrijging, 105-106
- Overdracht, 61
- Overdracht intellectuele eigendomsrechten, 245-246
- P**
- Pacemaker, zie Implantaten
- Pandrecht, 66-67
- Pandrecht intellectuele eigendomsrechten, 246
- Persoonlijk eigendomsrecht, 21
- Persoonlijke rechten (*iura in personam*), 35-37, 121
- Persoonlijkheidsrecht, 223-224, 250
- Pincode als strafrechtelijk goed, 87
- Plantenras, 290-292
- Plots, 259
- Pluriform eigendomsbegrip, 20-23
- Possessions in artikel 1 Protocol No.1 EVRM, 99-103
- Prestatie, 26
- Pretium affectiones*, 136-137
- Prioriteit, 37
- Product, 145-149
- Property in artikel 1 Protocol No. 1 EVRM, 99-103
- Publiek domein, 241-243
- Publiekrechtelijk eigendomsrecht, 20-23
- R**
- 'Rechten op rechten', 47-48
- Rechthebbende, 6, 50
- Rechtsobject, 40-44
- Rechtssubject, 7
- Relatieve rechten, 11, 25-29
- Reproduceerbaarheid, 82
- Res communes omnium*, 126-128, 143-144, 157-158
- Res corporales*, 48, 109-111
- Res extra patrimonium*, zie Zaken buiten de handel
- Res incorporales*, 48, 109-111
- Respectleer, 36-37
- Retentierecht, 57-58
- Ruil, 45
- Ruimte, 151-152
- S**
- Separatistpositie, 33, 38
- Software (zie ook Computergegevens), 171-183, 259-260, 269-271
- Software als zaak, 176-181
- Splitsing intellectueel eigendomsrecht, 250
- Sportprestaties, 257-258
- Stoffelijk voordeel, 11
- Stoffelijkheid, 129-133
- Strafrechtelijk goed, 80-90
- Strafrechtelijke overdraagbaarheid, 82
- Subject-object onderscheid, 108-109
- Subjectief recht, 7
- T**
- Technische eisen, 141-143
- Toebehoren, 6, 41-42, 50-55
- Toekomstige goederen, 76-78
- Toekomstige intellectuele eigendomsrechten, 248
- Topografie, 292-294
- Topografieënrecht, 292-294
- TRIPs-verdrag, 244
- U**
- Uitputtingsregel, 251
- Uitvinding, 264-276
- Uitzending, 261-262
- Unieverdrag van Parijs, 244
- Uniform eigendomsbegrip, 20
- Universitas facti, 198-201
- Universitas iuris, 198-201
- V**
- Vereenzelviging zaak en eigendomsrecht, 13-17, 44-55

Verhaal, 67-69
Verhaal intellectuele
eigendomsrechten, 247
Vermogen, 5, 15-16,
Vermogensrecht, 9
Verruiming overdraagbaarheid, 63-65
Vertolking, 261-262
Volledige rechten, 11
Volgrecht intellectuele
eigendomsrechten, 251-252
Vorderingsrecht, 26-29, 70
Vruchtgebruik, 19, 47

W

Waarde, 134-138
Water, 154-159
Werk, 253-257
Wilsrecht, 9, 29
Winstdeling lichaamsmateriaal, 225-
228
Wooneigendomsrecht, 21

Z

Zaak, 107-108, 124-126
Zaakscriteria, 124-141
Zakelijke rechten (*iura in rem*), 35-37,
121
Zaken buiten de handel (*res extra
commercium*), 111, 123-124, 143-144
Zedelijke overwegingen, 139
Zelfstandigheid, 133-134

Curriculum Vitae

Johanna Catharine van der Steur

- 1972 Geboren te Haarlem
- 1990 Eindexamen Gymnasium α , Scholengemeenschap Sancta Maria te Haarlem
- 1996 Law School semester at Queen's University te Kingston, Ontario, Canada.
- 1997 Doctoraal examen Nederlands Recht, Rijksuniversiteit Groningen.
- 1997 Doctoraal examen Wijsbegeerte, Opleiding Wijsgeer van een bepaald wetenschapsgebied, Rijksuniversiteit Groningen
- 1999- Waarnemend griffier Arrondissementsrechtbank Haarlem
- 2001 Promotieonderzoek aan de Johann Wolfgang Goethe Universität te Frankfurt am Main
- 2002- Advocaat bij Bird & Bird te Den Haag

In de boekenreeks van het E.M. Meijers Instituut voor Rechtswetenschappelijk Onderzoek van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden, zijn verschenen:

- MI-1 T. Barkhuysen, *Artikel 13 EVRM: effectieve nationale rechtsbescherming bij schending van mensenrechten* (diss. Leiden), Lelystad: Koninklijke Vermande 1998, ISBN 90 5458 530 7.
- MI-2 E.E.V. Lenos, *Bestuurlijke sanctietoepassing en strafrechtelijke waarborgen in de sociale zekerheid* (diss. Leiden), Lelystad: Koninklijke Vermande 1998, ISBN 90 5458 558 7.
- MI-3 M.V. Polak (red.), *Geschillenbeslechting naar behoren. Algemene beginselen van behoorlijke geschillenbeslechting in traditionele en alternatieve procesvormen*, Deventer: Kluwer 1998, ISBN 90 2683 298 2.
- MI-4 C.E. Smith, *Feit en rechtsnorm* (diss. Leiden), Maastricht: Shaker 1998, ISBN 90 4230 045 0.
- MI-5 S.D. Lindenberg, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998, ISBN 90 2683 324 5.
- MI-6 P.B. Cliteur, G.J.J. Heerma van Voss, H.M.T. Holtmaat & A.H.J. Schmidt (red.), *Sociale cohesie en het recht*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1998, ISBN 90 5458 618 4.
- MI-7 M.H. Elferink, *Verwijzingen in wetgeving. Over de publiekrechtelijke en auteursrechtelijke status van normalisatienormen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998, ISBN 90 2683 352 0.
- MI-8 P.T.C. van Kampen, *Expert Evidence Compared. Rules and Practices in the Dutch and American Criminal Justice System* (diss. Leiden), Antwerpen/Groningen: Intersentia 1998, ISBN 90 5095 049 3.
- MI-9 N.C. van Steijn, *Mobil Oil III, een uitvinding of een ontdekking? Een onderzoek naar de gevolgen van de Mobil Oil III-beschikking van het Europees Octrooi Bureau van Nederland*, Den Haag: Jongbloed 1999, ISBN 90 7006 221 6.
- MI-10 R.A. Lawson, *Het EVRM en de Europese Gemeenschappen; bouwstenen voor een aansprakelijkheidsregime voor het optreden van internationale organisaties* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1999, ISBN 90 2683 463 2.
- MI-11 J. Junger-Tas & J.N. van Kesteren, *Bullying and Delinquency in a Dutch School Population*, New York: Kugler Publications 1999 (or PB 97747, 2509 GC Den Haag), ISBN 90 6299 171 8.
- MI-12 T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractorijheid*, Deventer: Kluwer 1999, ISBN 90 2683 511 6.
- MI-13 P.W. Brouwer, M.M. Henket, A.M. Hol & H. Kloosterhuis (red.), *Drie dimensies van recht: rechtstheorie, rechtsgeleerdheid, rechtspraktijk*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 1999, ISBN 90 5454 026 5.
- MI-14 T. Hartlief, *De vrijheid beschermd*, Deventer: Kluwer 1999, ISBN 90 2683 567 1.
- MI-15 H.B. Krans, *Schadevergoeding bij wanprestatie*, Deventer: Kluwer 1999, ISBN 90 2683 557 4.
- MI-16 H.I. Sagel-Grande & M.V. Polak (eds.), *Models of conflict resolution*, Antwerpen: Maklu 1999, ISBN 90 6215 651 7.
- MI-17 H.J.Th.M. Van Roosmalen, *The King can do no wrong. Overheidsaansprakelijkheid naar Engels recht onder invloed van de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen*, Den Haag: Jongbloed 2000, ISBN 90 7006 223 2.
- MI-18 R.A. Lawson & E. Myjer, *50 jaar EVRM*, Leiden: Stichting NJCM-Boekerij 2000, ISBN 90 6750 038 0.
- MI-19 C.B. van der Net, *Grenzen stellen op het Internet. Aansprakelijkheid van Internet-providers en rechtsmacht*, Deventer: Gouda Quint 2000, ISBN 90 2683 622 8.
- MI-20 R.P. Raas, *Het Benelux Merkenrecht en de Eerste Merkenrichtlijn: overeenstemming over verwarring?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, ISBN 90 5454 028 1.
- MI-21 R.H. Haveman, P. Ölçer, Th.A. de Roos & A.L.J. van Strien (red.), *Seks, zeden en strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 2000, ISBN 90 3870 798 3.
- MI-22 W.J. Zwolve, *Qui solvit alii. Beschouwingen over betaling aan inningsonbevoegden*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, ISBN 90 5454 033 8.
- MI-23 Hans Krabbendam & Hans Martien ten Napel (eds.), *Regulating Morality. A Comparison of the Role of the State in Mastering the Mores in the Netherlands and the United States*, Antwerpen: Maklu 2000, ISBN 90 6215 736 X.

- MI-24 Jan-Peter Loof, Hendrik Ploeger & Arine van der Steur, *The right to property. The influence of Article 1 Protocol no. 1 ECHR on several fields of domestic law*, Maastricht: Shaker Publishing 2000, ISBN 90 4230 103 1.
- MI-25 D.L.M.T. Dankers-Hagenaars, *Op het spoor van de concessie. Een onderzoek naar het rechtskarakter van de concessie in Nederland en in Frankrijk*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, ISBN 90 5454 042 7.
- MI-26 T. Hartlief & M.M. Mendel (red.), *Verzekering en maatschappij. Juridische beschouwingen over de maatschappelijke rol van verzekeringen en verzekeringsmaatschappijen*, Deventer: Kluwer 2000, ISBN 90 2683 713 5.
- MI-27 J.E.M. Polak, *Effectieve bestuursrechtspraak. Enkele beschouwingen over het vermogen van de bestuursrechtspraak geschillen materieel te beslechten*, (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 2000, ISBN 90 2715 268 3.
- MI-28 H.F. Munneke, *Recht en samenleving in de Nederlandse Antillen, Aruba en Suriname. Opstellen over recht en sociale cohesie*, Nijmegen: Wolf Legal Productions 2001, ISBN 90 5850 011 X.
- MI-29 C.P.M. Cleiren, *Geding buiten geding. Een confrontatie van het geding voor de strafrechter met strafrechtelijke ADR-vormen en mediation*, (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 2001 ISBN 90 3870 833 5.
- MI-30 W.M. Visser 't Hooft, *Japanese Contract and Anti-Trust Law. A Sociological and Comparative Study*, Richmond: Curzon Press 2001.
- MI-31 M.H. Wissink, *Richtlijnconforme interpretatie van burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 2001, ISBN 90 2683 763 1.
- MI-32 X.E. Kramer, *Het kort geding in internationaal perspectief. Een rechtsvergelijkende studie naar de voorlopige voorziening in het internationaal privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2001, ISBN 90 2683 784 4.
- MI-33 P.B. Cliteur & V. Van Den Eeckhout, *Multiculturalisme, cultuurrelativisme en sociale cohesie*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, ISBN 90 5454 093 1.
- MI-34 C.P.M. Cleiren & G.K. Schoep (red.), *Rechterlijke samenwerking*, Deventer: Gouda Quint 2001, ISBN 90 3870 848 3.
- MI-35 A.C. 't Hart, *Hier gelden wetten! Over strafrecht, openbaar ministerie en multiculturalisme*, Deventer: Gouda Quint 2001, ISBN 90 3870 847 5.
- MI-36 U Drobniĝ, H.I. Sagel-Grande & H.J. Snijders, *Neue Entwicklungen im deutschen und niederlandischen Involvenzrecht sowie Kreditsicherheiten an Mobilien*, Amsterdam: Rozenberg Publishers 2001, ISBN 90 6170 546 8.
- MI-37 E.R. Muller & C.J.J.M. Stolker, *Ramp en recht. Beschouwingen over rampen, verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, ISBN 90 5454 113 X.
- MI-38 P.B. Cliteur, H.J. van den Herik, N.J.H. Huls & A.H.J. Schmidt (red.), *It ain't necessarily so*, Deventer: Kluwer 2001, ISBN 90 2683 854 9.
- MI-39 E.R. Muller, *Conflictbeslechting: Kruisbestuiving van rechtswetenschap en bestuurskunde*, (oratie Leiden), Alphen aan den Rijn: Kluwer 2001, ISBN 90 1408 204 5.
- MI-40 H.C. Wiersinga, *Nuance in benadering. Culturele factoren in het strafproces*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002, ISBN 90 5454 155 5.
- MI-41 W. den Ouden, *De subsidieverplichting; wie betaalt bepaalt? Een onderzoek naar de rechtmatigheid van subsidieverplichtingen*, Deventer: Kluwer 2002, ISBN 90 2683 887 5.
- MI-42 I. Sagel-Grande, *In the best interest of the child. Conflict resolution for and by children and Juveniles*, Amsterdam: Rozenberg Publishers 2001, ISBN 90 5170 572 7.
- MI-43 W.M. Visser 't Hooft, *Japanese Contract and Anti-Trust Law. Sociological and Comparative Study*, Richmond Surrey: Curzon Press 2002, ISBN 07 0071 577 0.
- MI-44 M. Dekker, *Het water meester. Het recht rond de overheidszorg voor de beveiliging tegen overstroming*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002, ISBN 90 5454 188 1.
- MI-45 M. Lurks, W. Den Ouden, J.E.M. Polak & A.E. Schilder, *De grootste gemene deler. Opstellen aangeboden aan prof. mr. Th.G. Drupsteen ter gelegenheid van zijn afscheid van de Universiteit Leiden op 31 mei 2002*, Deventer: Kluwer 2002, ISBN 90 2684 004 7.

- MI-46 S.C. Huisjes, *Over dode lijnen en een heuvel recht. De privaatrechtelijke aansprakelijkheid voor schade als gevolg van falende telecommunicatiedienstverlening*, Deventer: Kluwer 2002, ISBN 90 2684 003 9.
- MI-47 M. Hallers, C. Joubert & J. Sjöcrona (eds.), *The Position of the Defence at the International Criminal Court and the Role of the Netherlands as the Host State*, Amsterdam: Rozenberg Publishers 2002, ISBN 90 5170 625 1.
- MI-48 K. Teuben, *Rechtensregelingen als 'recht' in de zin van art. 79 Wet RO*, Den Haag: Jongbloed 2002, ISBN 90 7006 231 3.
- MI-49 M. Hallers, A.J. Mauritz, E.R. Muller & C.J.J.M. Stolker, *Beginselen van behoorlijk rampenonderzoek*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002, ISBN 90 5454 251 9.
- MI-50 J.C. van der Steur, *Grenzen van rechtsobjecten. Een onderzoek naar de grenzen van objecten van eigendomsrechten en intellectuele eigendomsrechten*, Deventer: Kluwer 2003, ISBN 90 268 4117 5.
- MI-51 Y.L.L.A.M. Delfos-Roy, C. de Groot, P.A.C.E. van der Kooij, S.J.A. Mulder (red.), *Zekerheidshalve. Opstellen aangeboden aan prof. mr. M.M. Mendel*, Deventer: Kluwer 2003, ISBN 90 268 4083 7.

Overige publicaties van het E.M. Meijers Instituut:

H.D. Ploeger, *Privaatrechtelijke aspecten van de aanleg van boortunnels*, Kluwer Rechtswetenschappelijke publicaties, Deventer: Kluwer 1997, ISBN 90 2683 122 6.

T. Heukels, N. Blokker & M. Brus (eds.), *The European Union after Amsterdam; A Legal Analysis*, The Hague: Kluwer Law International 1998, ISBN 90 411 1131 X.
(together with the Europa Instituut, Universiteit Leiden)

T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & P.H.P.H.M.C. van Kempen (eds.), *The Execution of Strasbourg and Geneva Human Rights Decisions in the National Legal Order*, The Hague: Kluwer Law International 1999, ISBN 90 411 1152 2.
(together with Van Asbeck Centrum, Universiteit Leiden)

H. Peter van Fenema, *The International Trade in Launch Services, The Effects of US Laws, Policies and Practices on its Development*, Leiden 1999 ISBN 90 901 3064 0.
(together with International Institute of Air and Space Law)

E.C. Nieuwenhuys & M.M.T.A. Brus, *Multilateral Regulation of Investment*, Den Haag: Kluwer Law International 2001 ISBN 90 411 9844 X.

E. Nieuwenhuys, A. Toussaint & M. Valstar, *Verslag van het symposium Internationale Dimensies van Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen*, Leiden: E.M. Meijers Instituut 2002, ISBN 90 9016 080 9.

E.R. Muller & J.P. Coenen, *Parlementair onderzoek in Nederland*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2002, ISBN 90 1209 700 2.