



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Interview met Feer Verkade

Vrendenbarg, C.J.S.; Speyart, H.M.H.

Citation

Vrendenbarg, C. J. S., & Speyart, H. M. H. (2022). Interview met Feer Verkade. *Intellectuele Eigendom En Reclamerecht*, 2022(6), 352-365. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3514723>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3514723>

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

Interview met Feer Verkade



IER 2022/42

Sinds twee jaar woont Feer Verkade met zijn Marilène in een appartement op de grens van Leiden en Oegstgeest. Daar spreken wij met hem over zijn studie, carrière, leermeesters en het recht.

Begrijpen wij het goed, dan is de naam Feer een verbetering van Frederik.

Dat klopt. Ik had een zusje van twee jaar ouder die mij wel wilde toespreken, maar niet Frederik kon zeggen. Dat werd toen Feer.

Ik ben geboren in 1944, in een vrijzinnig protestants gezin. In het zendingshuis aan de Leidsestraatweg in Oegstgeest, hier schuin tegenover. Vanaf 1917 werden daar protestantse zendelingen opgeleid. In 1944 fungeerde het tijdelijk als ziekenhuis. Mijn moeder woonde in die tijd met vier kinderen bij haar moeder aan de Warmonderweg terwijl mijn vader was ondergedoken. Toen ik eruit wilde hoefde mijn moeder alleen maar de hoek om te lopen om van mij te bevallen, om na een paar dagen weer terug te keren naar het gezin. Zo moet het ongeveer zijn gegaan.

CV Feer (D.W.F.) Verkade

1944 geboren te Oegstgeest
1962-1968 studie rechten Leiden
1968-1974 UD UvA, 1971 promotie
1973-2001 advocaat Stibbe, 1980 partner
1974-1990 lector/hoogleraar Univ. Nijmegen
1990-2002 hoogleraar Univ. Leiden
2002-2014 A-G bij de Hoge Raad

1988 preadviseur NJV
1990 annotator NJ
1994 lid KNAW
1996-2004 voorzitter Commissie Auteursrecht (MvJ)
2003 Prof. Telderspenning IE
2007 Gouden Peer IE
2010-2012 Bregstein-leerstoel UvA

In Voorburg ging ik naar de kleuterschool, in het mooie Vreugd en Rust, dat nu een restaurant is. Daarna zijn wij naar Arnhem verhuisd. Ik heb daar een hele prettige lagere- en middelbareschooltijd gehad. Toevallig zijn de afgelopen jaren meerdere reünies georganiseerd en heb ik veel mensen uit die tijd weer ontmoet. In coronatijd digitaal en laatst ook fysiek. Vreselijk leuk.

Ik zat op een merkwaardig nieuw lyceum in Velp. Je vraagt je af waarom in Velp, want ik woonde in Arnhem. Mijn moeder was heel erg van het Montessori; ik had ook Montessori lagere school gedaan. Dus toen er een middelbare Montessorischool werd gesticht in Velp moesten wij daarheen. Het begon heel leuk, maar uiteindelijk werd het een puinhoop. Er waren veel ruzies tussen de leraren. Drie rectoren heb ik versleten en een hoeveelheid leraren ...; het was een duiventil. Maar ik heb er een hele leuke tijd gehad en had veel vrienden.

Wat voor leerling was je?

Ik ben niet blijven zitten! Ik was een Alpha. Of ik leergierig was? Dat hing er sterk vanaf. Er waren vakken die ik vreselijk vond en bepaalde klassieke schrijvers vond ik niet te pruimen; Vergilius vond ik niks, Homerus matig. Maar Plato en Tacitus vond ik weer geweldig, daar liep ik weken op vooruit.

Toen ben je Rechten gaan studeren, in Leiden.

Ja, in 1962. Rechten was een negatieve keuze. Het werd Leiden omdat ik het laatste kind was, onze ouders in Leiden hadden gestudeerd en zij het wel leuk vonden als er toch nog eentje naar Leiden ging. Van mijn vrienden die gingen studeren vertrokken de meesten naar Groningen. Het begon voor mij dus vrij eenzaam in Leiden. Het eerste jaar vond ik niks aan. Maar daarna heb ik het heel leuk gehad. In termen van Teartse Schaper: ik heb lekker veel "gelord"!

De rechtenstudie was toen eigenlijk heel makkelijk; als je zes weken per jaar hard werkte, dan haalde je het wel.

Op enig moment werd je gegrepen door het recht.

Op enig moment, dat zeggen jullie heel goed: het eerste jaar niet, het tweede jaar een beetje en dat kwam door Huib Drion, dat was een hele fijne docent. Jan Drion overleed in mijn eerste jaar, die heb ik dus niet meer als docent meegemaakt, Huib Drion des te meer. Toen begon ik het leuk te vinden. Daarmee komen we aan bij de leermeesters. Drion dus, Hirsch Ballin senior ook voor het keuzevak auteursrecht dat hij gaf en dat deed hij mooi. Maar Drion deed vonken springen. Verder heb ik een hele belangrijke leermeester die je niet vindt in de analen van de Leidse Rechtenfaculteit, want dat was een repetitor: Jack ter Heide. Gelukkig heeft mijn vader hem willen betalen. Bij Ter Heide ging ik eerst Romeins recht repeteren (dat was heel

¹ Redacteurs van dit blad.

nodig) en toen burgerlijk recht, burgerlijk procesrecht en handelsrecht. Hij was universeel (ook nog eens cum laude gepromoveerd in het strafrecht) en ongelooflijk inspirerend. Hij was ontzettend streng; voor dat geld was je dat natuurlijk ook tegenover je ouders ook verplicht. Dankzij hem heb ik hard leren werken. Hij was zeer inspirerend, niet alleen in het positieve recht maar ook in het leggen van verbanden, in zijn rechtsfilosofische rechtsopvattingen over de functionele rechtsleer, de *iudex viator*: het recht moet niet *gevonden* worden, het recht moet *gevormd* worden.² Dat was in die tijd bepaald geen gemeengoed.

Ter Heide had enorm de pest aan alle hoogleraren. Die duidde hij graag aan als de “mutual admiration society”. Daar konden wij als studenten natuurlijk prettig om lachen. Ter Heide is in 1970 overigens zelf hoogleraar geworden, in Rotterdam, en heeft daar de erkenning gekregen die hij verdiende. Hij vroeg later nog of ik lector bij hem wilde worden, maar daar had ik geen zin in, hij was mij iets te overheersend. Maar ik heb veel aan hem te danken. Met *Ars Aequi* hebben wij in 1967 nog een nummer aan zijn “functionele rechtsleer” gewijd. Dat was mooi om te maken. Hij is niet oud geworden, heeft niet meegeemaakt dat zijn dochter Annemarie nu in de Hoge Raad zit.

Wat was het in het recht dat jou heeft gegrepen?

Dat het toch een heel mooi systeem was! Het zit heel mooi in elkaar. En de casuïstiek: net puzzels, leuk om op te lossen. Pleitdisputen vond ik leuk. Ik was hoofdzakelijk gegrepen door het burgerlijk recht en een beetje door het handelsrecht.

Staatsrecht en administratief recht volgde ik bij Rijpperda Wierdsma en C.H.F. Polak. Polak was enig: hij begon colleges met “ik weet niet waar ik het vandaag over ga hebben en jullie moeten vooral niets opschrijven, ik neem toch geen tentamens af”. En: “men zegt wel: het staatsrecht is de Staat in ruste, en het administratief recht is de Staat in beweging. Nou dat is exact het verschil tussen Wierdsma en mij, haha!” Hij was Eerste Kamerlid (later Minister van Justitie) en nam eigenlijk gewoon de politieke actualiteiten van de week door. Ik heb inderdaad niks genoteerd maar wel vreselijk veel gelachen. Strafrecht vond ik wel aardig, van de oude Van Bemmelen, die gaf mooi college, net als A. Mulder (van de Lex-Mulder). Maar het was hoofdzakelijk het burgerlijk recht dat mijn aandacht greep.

Jij bent toen in de redactie van *Ars Aequi* gekomen.

Dat was in 1966. Ik ben ontzettend brutaal geweest, want er was toen een gesloten coöptatiesysteem. Ik zag dat de toenmalige Leidse redacteur Annelien Kappeyne van de Coppello (de latere Staatssecretaris van Emancipatiezaken

van de VVD) al zes of zeven jaar redacteur was. Die gaat binnenkort weg, dacht ik. Ik heb bij haar een briefje in de bus gedaan: “als u overweegt weg te gaan, dan wil ik wel solliciteren”. Tot mijn grote verbazing is dat gelukt! Zo kwam ik in dat clubje met bevlogen redacteurs van de andere faculteiten, waarvan ik er overigens een paar kende, Nederland was nog klein. Zelf was ik niet zo bevlogen, maar ik was blijkbaar wel ambitieus geworden. Het redacteurschap was heel leerzaam: artikelen beoordelen, auteurs zoeken, contact met hoogleraren en annotatoren. Het was ook een mooie uitdaging om het blad minder saai te maken. Het is een hele goede vriendenkring geworden.

Is er wat jou betreft een groot verschil tussen de rechtenstudie van toen en van nu?

Nou, het laatste moment waarop ik als vaste docent onderwijs gaf was in Leiden 1990-2002; toen leek het nog veel op wat er in 1962 gebeurde (lacht). In 1962 werd net begonnen met werkgroepen, naast colleges. Dat was heel prettig. In 1990 en in 2002 was het nog niet wezenlijk anders, al heb ik zelf in mijn keuzevakken wekelijkse verplichte schriftelijke opdrachten ingevoerd (die ik ook allemaal beoordeelde). Daarmee nam ik een risico, want het was “nieuw”, en er bestond geen reglementaire sanctie. Maar iedereen heeft altijd braaf meegedaan, of vond het zelfs leuk. Later heb ik in 2012-2014 nog twee jaar de Bregstein-leerstoel aan de UvA gehad. Toen werd het héél veel georganiseerder, met PowerPoint, internetsystemen (waar ik erg aan moest wennen) en veel meer voorbereidingen. In zoverre is het wel veranderd, ja.

Je hebt ook gewerkt met de oude Cohen Jehoram, in Amsterdam.

Dat komt door *Ars Aequi*. De toenmalige redactiesecretaris (dat was altijd een jonge jurist) stapte op, ik stond op het punt af te studeren en wist nog niet wat ik daarna wilde. Ik wilde niet in dienst. Alles viel prachtig op zijn plek. Redactiesecretaris was een halftime betaalde baan, de andere helft moest je docent zijn aan een faculteit. De faculteit van de UvA was aan de beurt voor de sponsoring (dat rouleerde door het land) en daar werd ik toen, in 1968, halftime docent. Aan de UvA zat Herman Cohen Jehoram, die Leids *Ars Aequi*-redacteur was geweest vóór Annelien. Hij was net benoemd tot hoogleraar Inleiding. Cohen Jehoram had trouwens nog nauwelijks iets met IE in die tijd en ik ook niet. Dat kwam pas later.

En daar ben je met Lex Komen gaan werken.

Eenmaal in Amsterdam moest ik werkgroepen inleiding geven en ik had dat redactiewerk. Bij mij in de klasjes kwamen hele leuke studenten, waaronder Numann, Strikwerda en de zoon van Hirsch Ballin, de latere minister. Lex Komen zat in die afdeling al twee jaar, ook halftime, en was daarnaast halftime assistent van Hirsch Ballin sr. Hij was een echte Amsterdamse jongen. Hij besnuffelde mij; wat kan ik met dat Minervaatje uit Leiden? (Echtgenote Marilène Verkade, in het voorbijgaan: “ja met dat provin-

² J. ter Heide, ‘iudex viator. Probleem- of systeemdenken, of gesystematiseerd probleemdenken’, AA 1967-1, p. 3. Alle in dit interview opgenomen voetnoten zijn van de redactie.

ciaaltje!” Feer glimlacht instemmend.) Kluwer, toen nog de “kleine uitgever uit Deventer”, had Hirsch Ballin gevraagd een boek over auteursrecht te schrijven. Het laatste boek over auteursrecht was van De Beaufort uit 1932,³ er was ook nog een klein boekje van Pfeffer uit 1940.⁴ Hirsch Ballin schoof het verzoek door naar Lex Komen. Lex stelde mij voor het samen te doen. Dus in de zomer van ’69 zaten we tegenover elkaar met twee schrijfmachines en hebben we in 2,5 maand het boek geschreven.⁵ Het werd nog aardig gerecenseerd ook.

Toen hoorden wij dat er een nieuwe merkenwet zou komen, de “Benelux Merkenwet” nog wel! Lex en ik bedachten de afkorting BMW. In de zomer van ’70 hebben we daarover een boek in elkaar gezet.⁶ Later bleek Wichers Hoeth tegelijkertijd met Kort Begrip bezig te zijn, de boeken werden min of meer tegelijk gepubliceerd. Ons boek werd aardig gerecenseerd door Martens. Even later zei iemand; “waarom promoveren jullie daar niet op?”. Niemand had tot dan toe gedacht aan promoveren op reeds verschenen, laat staan gezamenlijk geschreven, artikelen of boeken. Ik denk dat de UvA in die tijd wel wat promoties kon gebruiken, voor de scorelijst. Jan van Soest was de rechtendecaan en stuurde ons langs *alle* hoogleraren, om te horen of zij erin mee konden gaan. Bijna iedereen vond het prima. We gingen stellingen schrijven, en ineens waren wij gepromoveerd. Wát een geluk. Het kwam nog met een foto in de krant, want ik was in die tijd ook juridisch medewerker van *de Volkskrant*.

Lex Komen begon vervolgens aan een grote losbladige, het *Juridisch Zakboek*, dat een groot commercieel succes werd bij Kluwer. Lex had prachtige ideeën. Lang voordat er internet was, je had toen alleen dure uitgeversbronnen, kwam hij ineens met een BW-krant voor *fl* 1,25. Dat was het hele Burgerlijk Wetboek (zonder commentaar). Lex is helaas niet oud geworden.

Daarna werd je advocaat.

Ik had rond 1970 al een paar dingen voor het kantoor van Stibbe en Blaisse gedaan. Zo kreeg ik eens een telefoontje van een zekere mr. Bremer of ik kon praten over een merkenrechtelijk probleem. Ik ging op mijn fietsje naar de Leidsegracht. De cliënt was Application des Gaz (AdG), die blauwe gastankjes plus aansluitende apparatuur verkocht.

Afbeelding 1



Dat liep als een trein. Probleem: er waren navolgers die aansluittoestellen maakten, in dezelfde blauwe kleur. Dat vond AdG niet leuk, maar wat te doen? Eén van de verschillen tussen de oude merkenwet en de nieuwe BMW was dat nu “alle tekens” beschermd konden worden als merk. Tegen Bremer heb ik gezegd: “een kleur kan ook een teken zijn. Het komt goed uit dat volgend jaar het overgangsjaar naar de BMW is en dan wordt alles geaccepteerd zonder toetsing, en met een beroep op ‘verkregen rechten’, dus probeer kort na 1 januari de kleur blauw als merk te registreren. Je weet nooit”. Ik stuurde een rekening van f 25,-. Het derde arrest van BenGH is het arrest *AdG-Sieben/Leefrink* en daarin werd inderdaad erkend dat deze blauwe kleur als merk ingeburgerd kon zijn.⁷ Dat adviesje heeft dus vruchten afgeworpen, en geholpen met mijn sollicitatie bij Stibbe natuurlijk.

Ook met die sollicitatie had Lex Komen te maken. De oude Hirsch Ballin ging met pensioen. Die kon opgevolgd worden door Cohen Jehoram, die was gepromoveerd op *good-will*-recht. Dat had wel iets met intellectuele eigendom te maken. Er kwam daardoor een vacature voor Inleiding aan de UvA. Lex Komen heeft toen gesolliciteerd en is de opvolger van Cohen Jehoram geworden. Hij ging de rechtsfilosofische kant op. Hij wilde daarom eigenlijk wel af van de IE-adviespraktijk die hij naast zijn werk aan de UvA aan huis had. Hij kende Theo Bremer (van Blaisse) en Paul van den Hoek (van Stibbe). Die kantoren waren net gefuseerd. Zij wilden meer aan specialisatie gaan doen, waaronder IE. Lex heeft toen afgesproken dat zij zijn adviespraktijk zouden overnemen. Dat was prima, maar dan moest er ook iemand gevonden worden die het werk wilde doen. Lex wees op mij en zo ben ik bij Stibbe & Blaisse terecht gekomen in 1973. Ineens rolde ik erin.

³ H.L. de Beaufort, *Auteursrecht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1932.

⁴ H. Pfeffer, *Kort commentaar op de Auteurswet 1912*, Haarlem: Bohn 1940, later bewerkt door S. Gerbrandy (Haarlem: Bohn 1973). Verkade noemt Pfeffer in zijn Bregstein-intrederede als de belangrijkste tegenpleiter van Bregstein in het debat dat in Nederland in de jaren 1930 woedde over de vergelijkende reclame: Bregstein was voor en Pfeffer was tegen (*Ongeoorloofde mededinging, marktmacht en marktomstandigheden*, Amsterdam: deLex 2011, p. 14 e.v.).

⁵ A. Komen & D.W.F. Verkade, *Compendium van het auteursrecht*, Deventer: Kluwer 1970.

⁶ A. Komen & D.W.F. Verkade, *Het nieuwe Merkenrecht*, Deventer: Kluwer 1970.

⁷ BenGH 9 maart 1977, A 76/2, NJ 1978, 416 (*AdG-Sieben/Leefrink*). Zie ook BenGH 9 februari 1977, A 76/1, NJ 1978, 415 (*Centrafarm/Beecham*), met betrekking tot rood/zwarte capsules.

Wildeste je altijd al advocaat worden?

Ik wist lang niet wat ik wilde worden. De UvA beviel mij best goed. Eigenlijk heb ik het op me af laten komen. Ik wilde geen advocaat worden, dat ellebogenwerk. Daar ben ik vast niet genoeg voor gebekt, dacht ik. Maar ik rolde erin en bij Stibbe was het een warm bad; het was een fusie tussen een joods (Stibbe) en katholiek (Blaisse) kantoor, iedereen ging heel fijn met elkaar om. De oude Abel Herzberg werkte er ook nog. Het was ook een progressief kantoor. In die tijd kregen Marilène en ik onze eerste baby. Meneer Blaisse kwam feliciteren. Hij zei: "Als je kinderen krijgt, moet je ook met je vrouw afspreken dat je één keer per jaar twee weken met vakantie gaat zonder kinderen." Dat was toen progressief, en dat advies heb ik opgevolgd. De sfeer was ook zo dat mr. Stibbe vaak langs de stagiaires van het kantoor kuierde en dan vroeg: "kan ik wat voor je doen?"

Hoe was het om als vrijzinnig protestant bij dat kantoor te gaan?

Het was al een mix van katholieke en joodse mensen en agnosten. Het ging zó goed samen. Theo Bremer en Van den Hoek werden mijn patroons. Theo Bremer heeft de eerste zaak van het toen nieuwe Benelux Gerechtshof gedaan (*Claerijn/Klarein*⁸) en Van den Hoek ook één van de eerste zaken: *Mölnlycke/Satoma*.⁹ Ik mocht meteen helpen. Van den Hoek ging later steeds meer de M&A-praktijk in. Stibbe zat in het gebouw de Rijnstroom, boven Hajenius, aan het Rokin. Het kantoor kon bij de burens ook etages huren en uiteindelijk hadden we het hele blok.

Afbeelding 2



"De Rijnstroom" – Rokin 92-96. Bron: amsterdamopdekaart.nl

In 1975 ben je naar Nijmegen gegaan.

Ja, je vraagt je af, hoe komt een remonstrantse jongen aan de katholieke universiteit in Nijmegen terecht? Ik wist nog steeds niet wat ik wilde worden en of ik wel in de ad-

vocatuur wilde blijven. Het ging goed aan de UvA: met Stibbe had ik afgesproken dat ik half aan de universiteit bleef werken. En om de dienstplicht te vermijden moest ik ook aan een universiteit verbonden blijven. Die afspraak stond.

Nu had een tijdje eerder, in 1972, Leiden mij gebeld belde met de vraag of ik daar lector wilde worden. (De slecht betaalde hoogleraar zeg maar, en je mocht je niet "professor" noemen. In de jaren '80 is dat omgevormd tot hoogleraar A.) Ik zou daar lector Practicum Methoden & Technieken worden en Marilène en ik hadden in Oegstgeest al een huis gekocht aan de Prins Hendriklaan. Toen belde de decaan van de faculteit: "we krijgen het er niet door in Den Haag, je bent te jong"! Ik was 28. Het ministerie wilde dat niet meer; jong benoemde lectoren en hoogleraren kostten te veel geld. Even waren wij wel eh... *embarrassed* (Marilène lacht hartelijk mee op de achtergrond), maar of dat practicum het nou echt was... Er was een staf van vaste mensen en er waren mensen uit andere afdelingen met "servituten" om practicum te geven. Dat was een hoop organiseren. Misschien was het een *blessing in disguise*, had de minister wel gelijk en was ik ook te jong!

In Nijmegen hadden ze van dit rare verhaal gehoord, en daar kwam ook een vacature voor een lectoraat, helpt Inleiding, helpt Handelsrecht. Jan Leijten en Sjef Maeijer zaten daar. Ik kreeg een telefoontje uit Nijmegen; "wij hebben niks met het Ministerie te maken, alleen met de bisschop van Den Bosch." Nou, toen was het snel geregeld: een jaar na het mislukte Leidse avontuur ging ik naar Nijmegen met de afspraak dat ik nog voor 3/10 bij Stibbe kon blijven werken. Van der Grinten, de decaan – Van der Grinten was eigenlijk *altijd* decaan – zei toen: "dat is goed, maar je mag daar bij Stibbe niet op het briefpapier". Dat vonden ze bij Stibbe vervelend, en daar heb ik vervolgens twee jaar gewerkt als een soort ghostwriter. Op enig moment heb ik Van der Grinten nog eens gevraagd waarom ik bij Stibbe niet op het briefpapier mocht, en dat wist hij toen ook niet meer. Zo ben ik al met al 29 jaar bij Stibbe gebleven, waarvan 27 jaar als advocaat.

Hoe was het in Nijmegen?

Nijmegen had heftige tijden gekend in 1968. De studentenopstanden hadden wonden geslagen binnen de faculteit. Toen ik daar (pakweg in 1977) PAO gaf kwam een oudere advocaat uit Heerlen, mr. Quaadvlieg, mij in de pauze vragen: "mijn zoon gaat volgend jaar studeren, is het hier in Nijmegen wel veilig?" Dat beeld heerste dus, dat zal veel studenten gekost hebben.

⁸ BenGH 1 maart 1975, A 74/1, NJ 1975, 472, m.nt. L. Wichers Hoeth, *BIE* 1975, p. 183 (*Colgate Palmolive/Bols*).

⁹ BenGH 1 juni 1978, A 77/3, NJ 1978, 480 (*Mölnlycke/Satoma*).

Afbeelding 3



Studentenbezetting van de Radboud Universiteit in het “revolutiejaar” 1968. Bron: www.ru.nl.

Maar toen ik daar in 1974 begon was die episode al voorbij. De bestuursstructuur daar was inmiddels heel goed. Er was een Faculteitsraad. Als vergaderingen chaotisch eindigden, zei Van der Grinten “nou laten we het maar zo doen.” (lacht).

Ik was een protestant in een overwegend katholieke omgeving, maar dat was voor niemand een probleem; ik vond de collega's daar heel warm en aardig. Maar ik heb wel altijd het gevoel gehad dat ik een gast gebleven ben. Het was een katholieke hegemonie. Begrijpelijk, want in de tijd dat de faculteit gesticht werd (1923) was Nederland nog behoorlijk discriminatoir. Er moest wat ingehaald worden: de Katholieke (nu: Radboud) Universiteit was natuurlijk bedoeld als verheffingsinstrument voor de achtergestelde katholieke zuil. Het was dus een stap om protestanten in huis te halen. Gerard Mulder van de VU was mij voorgedaan, net als Catharina Dessaur, de criminoloog, ook bekend onder haar schrijverspseudoniem Andreas Burnier. Maar de katholieke hegemonie bleef wel en bestuursfuncties hield men liever bij de Maeijers, de Van der Grintens, de Van Agten – die club. Je had de indruk dat die zondags bij de koffie na de mis de zaken regelden, en woensdagmiddag op de tennisbaan. Ik tenniste niet ... Maar heb er heerlijk gewerkt, en veel gehad aan en geleerd van Leijten, Van der Grinten en Maeijer.

Je kwam ook bij het *Bijblad* (nu: *Berichten IE*).

Ik kwam heel jong in de redactie, ongeveer op mijn dertigste, ik was net lector geworden in Nijmegen, en de overige redactieleden konden allemaal mijn vader of moeder zijn. In het interview in *IER* in 2005 heeft Toon Huydecoper zo mooi verteld dat het hem niet zou verbazen als er tussen Van Nieuwenhoven Helbach en Wichers Hoeth, die elkaar goed kenden en zelfs wel met elkaar bevriend waren, toch iets van *jalousie de métier* was waardoor Helbach Wichers Hoeth liever niet in de *Bijblad*redactie had. En zo'n jongetje als Verkade, die kon geen kwaad.

Ook bij het *Bijblad* heb ik veel geleerd. Sonja Boekman, Piet Helbach, Werner Haardt en de Haagse raadsheer Prins, die voorzitter was van de merkenkamer die tot 1970

onder de oude Merkenwet 1893 bevoegd was voor de nietigheidskwesties: dat waren daar mijn leermeesters. Alle kopjes en samenvattingen werden toen in de redactievergadering besproken, en daar leerde je om korte en precieze kopjes te maken. Van der Zanden, die van zijn 30^e tot zijn 70^e redactiesecretaris is geweest, en Prins waren daar heel nauwkeurig in. Boekman, Helbach en Haardt deelden hun praktijkervaring. Je had discussies over de vraag of een uitspraak moest worden gepubliceerd, of de rechter het goed had gedaan en wat voor noot daar bij moest, en daar kon ik fantastisch meegenieten van én hun praktijkervaring én hun geleerdheid. Sonja Boekman was een enorm gisse vrouw en een enig mens, en had nog iets leuks, namelijk de natuurlijke neiging om het niet met je eens te zijn. Als ik A zei, zei zij B, en als ik B zei, zei zij A: dat vond zij gewoon leuk, en daarmee had je altijd iets om te discussiëren.

Even polemisch: *IER* of *Bijblad*?

In 1985 is *IER* begonnen. Bij het *Bijblad* vonden wij dat niet fijn, en misschien eerst nog overbodig, maar gaandeweg zagen wij natuurlijk toch dat het een heel leuk blad werd en zijn wij ook concurrentie gaan voelen. Het heeft ons ook goed gedaan, omdat wij toen hebben geprobeerd iets actueler te worden. Uitspraken waren toen natuurlijk nog niet digitaal beschikbaar en er was bij de redactie een stemming van: als je in 1983 een mooi te plaatsen vonnis hebt uit datzelfde jaar, of uit 1979: wat maakt het uit? Het blijft toch een mooi vonnis, en niemand kent het nog. En loskomen van die stemming, daar heeft *IER* ons mee geholpen. Dat het toch beter was om liever geen oude koeien uit de sloot te hebben, om achterstanden weg te werken en ook eens iets weg te gooien, want er was bij het *Bijblad* een enorme volledigheidssdrang, met als gevolg enorme stuwmeren. *IER* heeft een goede invloed gehad op het *Bijblad* om hier en daar iets te moderniseren, en ook om iedere maand een artikel te hebben. Toen hebben wij ook het beleid verlaten dat wij uitspraken alleen publiceerden als zij onherroepelijk waren geworden.

Je werd ook rechter-plaatsvervanger in Arnhem.

Uit mijn tijd in Leiden kende ik mr. Rob Smits, die vicepresident was in de rechtbank Arnhem. Hij was in Leiden UD geweest bij Drion. Toen ik in Nijmegen benoemd was, belde hij meteen om te vragen of ik niet rechter-plaatsvervanger wilde worden. Ik zat er één keer per maand en heb er ontzettend veel geleerd, vooral van Smits. Het was een fantastische kans. Later ben ik naar het hof gegaan. Ook daar heb ik fijne leermeesters gehad, zoals Corry Smilde en president Koole. Ik heb daar in fijne combinaties gezeten, bijvoorbeeld met Jos van der Grinten, de jongere broer van Willem. Daar vond ik het overigens moeilijk dat ik soms voor mijn eigen kamer stond te pleiten. Dat was toen nog volkomen normaal; inmiddels is het – terecht – al jaren reglementair uitgesloten.

Hoe heeft jouw praktijk bij Stibbe zich ondertussen ontwikkeld?

Ik was daar de eerste die vrijwel alleen maar IE deed. Daarna kwamen anderen; Peter Hendrick, oud-assistent in Nijmegen. Hugenholtz en Van Engelen, die bij mij waren gepromoveerd, heb ik ook naar Stibbe gehaald. Ook Gert-Jan van den Bergh heb ik uit Nijmegen gehaald, en veel later Dirk Visser uit Leiden. Andere keien, uit andere hoeken, waren Michael Herschdorfer, Janna van Olst, Kurt Stöpetie en Elsbeth Polak.

We hadden veel kleine of middelgrote, en een paar grote IE-cliënten, waaronder uitgevers en fabrikanten. Maar ik ben nog van de generatie voor wie het taboe is om met mooie cliëntennamen te strooien. Wij traden ook graag op voor detaillisten. Zo ben ik bijvoorbeeld in *Dior/Evora*¹⁰ voor Evora (Kruidvat) opgetreden. Wij zaten, denk ik, vaker aan de verwerende kant dan aan de rechthebbendenkant, Bijv. in parallelimport-zaken. In de laatste tien jaar bij Stibbe werd ik steeds vaker gevraagd voor *second opinions*, als *lawyers lawyer*, dat vond ik als parttimer (naast het universitaire werk), wel heel comfortabel.

Een anekdote: een cliënt, mkb'er, stond tegenover een multinational. Partijen hadden 20 jaar samengewerkt maar de multinational wilde de MKB'er lozen. Ze hadden gemeenschappelijke *knowhow* en aftersales. Er was niks geotrooierd, er waren onduidelijke contacten. Het kleine bedrijf werd vermorzeld. Toen heb ik voor die ondernemer, die later een goede vriend zou worden, jaren tegen de grote jongen geprocedeerd. Mijn mkb'er was veel aan het winnen, ook dwangsommen; ik hield een schematisch overzicht bij van de procedures, meer dan tien. Op een goed moment was er weer eens een schikkingssessie; toen kwam voor het eerst de voorzitter van de raad van bestuur van de multinational mee. Die vond kennelijk dat dit moest stoppen. Daar zaten we dan: zij met drie à vier advocaten en ik in m'n eentje. Ik ben gaan wandelen en toen heb ik, in strijd met de gedragsregels, mijn overzicht onder de neus van die voorzitter gehouden. De advocaten van de wederpartij waren woedend. Maar de voorzitter wilde het wel zien. Na een uurtje gingen hij en mijn cliënt een tijdje wandelen door de tuin en twee uur later was het geregeld. Na jaren procederen.

Bij Stibbe heb ik ook eens een moordzaak gedaan, samen met Lodewijk Bosch van Drakestein. Die was jager en sliep met een geweer onder zijn bed, en trad in die zaak als enige naar buiten op; ik had geen geweer en zat op de achtergrond. Het was de zaak van de "vermoorde bruid". Wij hadden bij Stibbe een wekelijkse kantoorlunch. Mr. Gerd Mosler kwam binnen: "Ik heb nu toch een verhaal! Een

oudere weduwe is onder vrij verdachte omstandigheden overleden en zij bleek ineens vijf weken eerder hertrouwd te zijn, in gemeenschap van goederen, met haar verpleger: hij was 39 en zij 72, en niemand wist daarvan." Ineens was zij dood. De dokter vertrouwde het niet, omdat hij net eerder iets soortgelijks had meegemaakt. Er kwamen serieuze verdenkingen dat die man de weduwe had vergiftigd.¹¹ Het civielrechtelijke probleem was dat de verpleger met de gemeenschap van goederen de helft van de buit al binnen had. Daar helpt geen lieve moeder aan, vonden de net met Stibbe gefuseerde notarissen, zelfs als man of vrouw elkaar vermoord hebben: je komt dan op een hellend vlak over de verhouding tussen echtgenoten, en dat soort dingen kan je als juridisch buitenstaander niet gaan uitpluizen en wegen. Ik luisterde hiernaar en dacht met een aantal anderen (advocaten): toch kan dit zo niet. En dan komt de invloed van leermeesters als Ter Heide of Drion naar boven, met de gedachte dat wij ons bij sommige wettelijke dingen niet kunnen neerleggen. Daarna hebben wij in drie instanties voor elkaar gekregen dat de eisen van redelijkheid en billijkheid zich ertegen verzetten dat bij de boedelscheiding de helft van de huwelijksgemeenschap in een geval zoals dit aan de moordenaar toekomt.¹² De verpleger heeft niets gekregen, geen cént. Het is een zaak die mij tot en met de Hoge Raad een jaar of vier heeft beziggehouden en die ontzettend mooi was om te doen, voor de kinderen uit het eerste huwelijk, die uiteraard niets wilden delen met de moordenaar van hun moeder.

En in 1990 toch naar Leiden.

Er was daar ineens een vacature, de faculteit had ineens geld voor een deeltijdhoogleraar IE. Die was er niet geweest sinds het vertrek van Hirsch Ballin sr. Marilène en ik zijn een weekje naar Katwijk gegaan, hebben door Leiden rondgetrokken, met mensen gepraat en gedacht, "laten we dit maar doen". In was inmiddels compagnon bij Stibbe, daar zou ik dan ook vaker kunnen komen, goed idee. Toen kon ik voor 4/10 bij Stibbe werken. Ik vond het erg leuk om weer naar Leiden te gaan; ik had er gestudeerd en er zaten nog wat mensen uit die tijd. Leiden is natuurlijk een mooie stad. In Nijmegen deed ik inmiddels Handels- en economisch recht, maar in Leiden kreeg ik alle tijd voor IE en hoefde ik geen Verzekeringsrecht en Waardepapieren meer te geven. Ik heb wel mijn fijne Nijmeegse medewerkers gemist, waaronder Arkenbout en Quaadvlieg. Maar ook in Leiden kreeg ik fijne medewerkers, zoals, al heel gauw, Dirk Visser. Hij is een van mijn beste vrienden geworden.

¹⁰ HR 20 oktober 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1845, NJ 1996, 682, m.nt. J.H. Spoor, AMI 1996, p. 51 met commentaar F.W. Grosheide op p. 43, IER 1995, p. 223 en AA 1997/640, m.nt. H. Cohen Jehoram (*Dior/Evora*) en HvJ EG 4 november 1997, ECLI:EU:C:1997:517, C-337/95, AA 1999, p. 484 m.nt. H. Cohen Jehoram, bespr. H.M.H. Speyart in *NtER* 1997, p. 15 en bespr. C.J.J.C. van Nispen en D.W.F. Verkade in *BIE* 1998, p. 12 (*Dior/Evora*).

¹¹ In de parallelle strafzaak eindigend met HR 24 juni 1986, NJ 1987, 177 is komen vast te staan dat de dader aan de weduwe een mengsel van wijn, gin en palmboomrum met een zeer hoog alcoholpercentage te drinken heeft gegeven, met het doel om in combinatie met medicijnen haar dood te veroorzaken, *red.*

¹² HR 7 december 1990, NJ 1991, 593, m.nt. E.E.A. Luijten (*X/Erven Brouwers-Van Wylick*), waarin de Hoge Raad anticiperend verwijst naar het huidige artikel 6:2 lid 2 BW.

Hoe vergelijk jij jouw tijd in Nijmegen en in Leiden?

Nijmegen was Bourgondischer. Er waren heel veel diners, en op Nieuwjaarsdag kwam je thuis op de borrel bij de decaan van de Rechtenfaculteit. Dat was heel warm. In Leiden was daar geen sprake van.

Dat was ook zichtbaar bij de organisatie van de PAO-cursussen. In Nijmegen liepen die zo goed, omdat zij daar doorhadden dat je de mensen niet alleen les moet geven, maar ook moet verwennen. Fysiek verwennen, met koek en snoep en eten. Nijmegen ligt ook een beetje excentrisch, dus dan ligt het voor de hand dat je een cursus geeft aan het eind van de middag, van vier tot zes, en als je daarna doorzet van zeven tot negen, dat je de mensen dan te eten geeft, en dan niet een klef broodje, maar een lekkere warme maaltijd. In Nijmegen hadden ze dat goed door. Toen ik in Leiden met PAO's begon, ging ik ervan uit dat dat daar ook zo zou zijn geregeld, maar dat was niet het geval. Het was een kopje koffie of thee met een kruimig koekje, en daarmee was het klaar, het was een vrij straf regime. Toen heb ik met een of twee gelijkgestemden besproken dat dat radicaal anders moest, wat ook gelukt is. In Leiden werd ik overigens wél bij allerlei bestuurlijke dingen betrokken. Geen Faculteitsbestuur, maar veel benoemings- en andere commissies.

Wat vond je van de combinatie vrije wetenschapper/partijdige belangenbehartiger?

Daar heb ik niet veel last van gehad. Tegen cliënten zei ik; "jullie komen bij mij omdat ik veel schrijf, ik wil blijven schrijven wat ik vind en als jullie dat niet willen dan moeten jullie maar een andere advocaat nemen". Dat kon toen en men begreep dat wel. Ik heb me ingehouden om geen lobbyist te worden. Ik wilde gewoon zaken doen, maar standpunten bepleiten bij een ministerie was niets voor mij. Dus ik had minder last van belangentegenstellingen. Ik geloof dat de grote onbekende hierin is dat ik niet weet wie ik allemaal niét als cliënt heb gekregen omdat ik al die eigenwijze boekjes en stukjes schreef.

In 2002 werd je A-G.

Dat was niet geheel onverwacht, in die zin dat ik 57 was en het wel eens eerder was gevraagd (toen vond ik het bij Stibbe nog te leuk). Dit was de laatste kans, ze zouden het niet nog een keer vragen. De stemming in de advocatuur werd indertijd guurder en ik vond het ook bikkelhard werken. Niet dat ik niet van werken houd, maar weken van 70 à 80 uur, daar werd het gezin ook een beetje moe van.

Hoe werkt het Parket?

De Hoge Raad heeft een wetenschappelijk bureau met jonge gemotiveerde schrijffjuristen, de WB-ers. De WB-ers worden aangestuurd door A-G's – of zij sturen de A-G aan (lacht)! Dat laatste is zeker het geval met beginnende A-G's: die moeten op weg geholpen worden. Een A-G heeft 2 of – formatietechnisch – 2,5 WB-ers. Een mooi systeem, dat dakpansgewijs werkt omdat er altijd meer en

minder ervaren WB-ers zijn. Soms had ik pech want niet *iedere* medewerker heeft de eigenschappen van een goed WB-er, maar de meesten waren goed of zelfs excellent. Als ik van hen één man en één vrouw moet noemen: Barend Barentsen, en Ploon Wamsteker. De in IE-kringen bekende Sierd Schaafsma was ook WB-er, maar niet bij mij. Hij had wel eens tijd over en dat kwam goed uit als er bij mij een lastig IPR-probleem voorbij kwam.

De oudste A-G verdeelt de zaken. Je krijgt gemiddeld één (flinke) zaak per week.

Was de verhouding 5% IE en 95% niet-IE?

Ja dat klopt, de overgrote meerderheid betrof zaken waar ik geen bijzondere expertise op had. Maar dat vond ik juist zó leuk. Eerst vond ik het doodeng, maar toen het mij overkwam dacht ik ineens: tjonge, wat is er toch veel ander recht dat óók leuk is! Arbeidsrecht? Enig! Huurrecht? Kostelijk! Aansprakelijkheidsrecht, bijvoorbeeld in asbest-zaken; zelfs alimentatiezaken konden best spannend zijn: ik heb ervan genoten om op latere leeftijd alsnog generalist te mogen worden, in het burgerlijk en handelsrecht en procesrecht welteverstaan.

Wat was jouw werkwijze?

De A-G bepaalt naar welke WB-er de zaak gaat. De WB-er liet ik altijd als eerste aan het woord. In driekwart van de gevallen ging ik grotendeels of helemaal met de WB-er mee: hier zit niets in, of: hier heeft het hof duidelijk een steek laten vallen, en daar moet de beuk in. Hoe verwoord je dat vervolgens? Sommige WB-ers hadden al een pen alsof zij inderdaad zelf al A-G waren, en anderen niet, dus bij de een heb je wat meer werk om het tot een eindverhaal te maken dan bij de ander. IE-conclusies schreef ik meestal wél zelf. Als ik iets doms of slordigs zeg over bijv. een erfrechtzaak, dan vergeeft men mij dat wel, als het *overall* maar deugt. Maar gaat het over IE, dan lezen Vriendenbarg en Speyart dat en word ik wél afgerekend op elk fout woordje. Soms ga je als A-G de andere kant op dan de WB-er voorstelde, en dan is het natuurlijk het leukste als uiteindelijk de Hoge Raad beslist zoals de WB-er voorstelde. Dat is mij een of twee keer overkomen, en dan is er natuurlijk táárt voor de WB-er.

De A-G heeft meer tijd en ruimte om een zaak uit te werken, maar de Hoge Raad beslist. Hoe voelt dat?

Dat voelt goed. Wij hebben meer tijd voor zaken dan de Hoge Raad, dat was in ieder geval in mijn tijd zo. En wij hebben de WB-ondersteuning die de Hoge Raad niet in die mate heeft. Dus wij bereiden de zaak voor, zo goed als wij kunnen, eigenlijk het liefst zo dat je de beslissing voor de Hoge Raad aanlevert als een soort hamerstuk, wat het in 81 RO-zaken ook in feite is. (Al weet je soms niet hoelang zij touwgetrokken hebben totdat zij hebben besloten er maar een 81 RO-beslissing van te maken.) Je probeert het dus zo panklaar mogelijk te maken, met soms, als de zaak zich daarvoor leent, belichting van de verschillende keuzemogelijkheden die erin zitten, en je hoopt de rechtsvor-

ming nog een beetje te kunnen helpen, wederom als de zaak zich ervoor leent, door wat geleerde dingen in jouw conclusie te schrijven. Dus: door de bestaande literatuur en jurisprudentie te evalueren en de argumenten voor of tegen een bepaald standpunt weer te geven, en door daar het liefst nog iets aan toe te voegen door een nieuw argument aan te dragen en een beredeneerde keuze te maken. Maar hoogstens één in de vijf zaken is interessant genoeg om zich daarvoor te lenen, want er komt veel kaf met het koren binnen.

Wat belangrijk is, is dat de A-G onafhankelijk is, in die zin dat hij het écht in zijn eentje doet – met zijn WB-ers, dat wel, maar verder in zijn eentje – en dus niet met het hele parket op één lijn hoeft te gaan zitten. Dat je dus bij de werklunches die wij hadden niet zegt: kom, wij gaan de alimentaties van Boek 1 BW eenvormig benaderen. Nee: die A-G's moeten juist ónafhankelijk van elkaar zijn, moeten het juist lekker met elkaar óneens kunnen zijn, en dan moet de Hoge Raad beslissen. Want als wij als parket samen die beslissingen nemen, dan heb je een Hoge Raad I en een Hoge Raad II, en dan ben je overbodig. *Le choc des opinions*: dat is natuurlijk wat het leuk maakt. Aan de ene kant kun je zeggen: het is leuk dat de Hoge Raad mij meestal volgde, maar eigenlijk is het misschien nog veel beter als je als A-G zelden gevolgd wordt, want dan heb je tenminste een behoorlijke eigen mening!

Wat deed jij met zaken waarin een rechtsvraag speelde waarover jij al een bekende mening had?

Ik was daar gepast voorzichtig. Ik heb opgepast met het berijden van stokpaarden en het alsnog willen halen van mijn gelijk bij onderwerpen waar ik in het academisch debat misschien het onderspit had gedolven. Ik heb bijvoorbeeld een paar octrooizaken gehad die gingen over de leer van het wezen.¹³ Men weet dat ik dat niet zo'n geslaagde leer vind. Ik was duidelijk van de school van Pieroen, terwijl Huydecoper, die tegelijk met mij A-G was, meer van de school van Telders was en dus vóór de leer van het wezen. Ik had toen al een aantal noten in de *NJ* geschreven waarin ik mijn mening over die leer had gegeven,¹⁴ en die mening verloochen je dan niet als A-G.¹⁵ Ik denk dat ik wat dat betreft consequent ben geweest, en ik ben ook een of twee keer op mijn neus gegaan omdat de Hoge Raad mij te afvallig vond van de leer van het wezen: de Hoge Raad werd zelf iets afvallig, maar niet zo hard als ik.

Jij bent ook actief geweest op het gebied van *privacy*.

Ja, dat klopt. Ik woonde in Amsterdam boven Peter Muilwijk, een meubelmaker, en die was volkstellingsactivist. In 1970 waren er plannen voor een volkstelling. Wij hadden

net rumoerjaar 1968 achter de rug en de rapen waren gaar, want nu ging de Staat het volk knechten door volkstellers langs de deur te sturen en de mensen het hemd van het lijf te laten vragen: hoeveel mensen in het huishouden woonden, hoeveel kamers zij hadden, noem maar op. En al die gegevens gingen met behulp van ponskaarten ook nog eens in "computers" (trekt een vies gezicht), dat was toen iets heel nieuws.¹⁶ Dus kwam er in Amsterdam groot protest en Peter stormde op een dag bij mij binnen: jij schrijft in *de Volkskrant*, dus vanaf nu gaat *de Volkskrant* ook schrijven over de volkstelling. Dat ben ik toen gaan doen, *de Volkskrant* was toen stevig gebonden aan het NKV,¹⁷ het was een linkse krant. Die wilde dus ook best tegen de volkstelling zijn, en ik vond het ook eigenlijk ook maar niks, dus ik ben begonnen mij in *privacy* te verdiepen. Het was ook de tijd waarin de verhalen uit Amerika kwamen over allerlei sporen die je achterliet als je met betaalkaarten betaalde en waarmee je later geconfronteerd kon worden. Wij hebben nu niet voor niets een Algemene Verordening Gegevensbescherming en wij lezen toch heel veel, ook in IE-rechtspraak, over de spanning tussen *privacy* en opsporingstechnieken en over hoe ver een bevel mag gaan, en noem maar op. Dus het was best een serieus onderwerp, en de ontwerpers van die volkstelling, dat waren nog techneuten uit de jaren '50, '60, die vonden dat alles maar kon en dat het volk maar gewoon moest meedoen. En: niet aan die volkstelling deelnemen was strafbaar. Er was dus veel rumoer daarover, waarin ik ook mijn mondje heb opengedaan. En dan gebeuren er weer gekke dingen: de volkstelling is wel doorgegaan, maar was niet zo'n succes. Van Agt werd daarna Minister van Justitie. Hij had vroeger als ambtenaar op dat departement gewerkt en had daar te maken met de SG Mulder, vroeger boven hem en nu onder hem. Mulder zei tegen hem: "Van Agt jij gaat wel alle weigeraars van de volkstelling vervolgen", en Van Agt zei dat hij dat nog niet wist. En dan gebeurt het in Nederland dat er een Staatscommissie moet komen. Daar kwamen hotemetoten in, maar blijkbaar vond het ministerie dat er, om die commissie een beetje geloofwaardig te maken, ook iemand van de oppositie in moest. Op dat moment zat op het ministerie een oud *Ars Aequi*-vriendje, die zei: Nou ja, Verkade is wel tegen, maar daar kun je toch wel mee door één deur. Zo rolde ik op mijn dertigste in mijn eerste Staatscommissie, de Staatscommissie Koopmans, over Privacy en Persoonsregistratie. En ook in zo'n commissie leer je wat: wij hadden een goede voorzitter, Tijmen Koopmans, en een goede secretaris, Michiel Scheltema, van de latere Awb. En zo heeft dat onderwerp mij toch ook nog twintig jaar bezighouden: ik ben het leuk gaan vinden en heb er nog best veel over geschreven, niet in IE-bladen maar op andere plekken. Nu, met de AVG, ben ik er een beetje uit.

¹³ Zie HR 27 januari 1989, *NJ* 1989, 506, m.nt. L. Wichers Hoeth (*Meyn/Stork*).

¹⁴ Zie bijv. de noot bij HR 11 januari 1995 (*Ciba Geigy/Otô Optics*) in *NJ* 1995, 391 en bij HR 13 januari 1995 (*Dreizler/Remeha*) in *NJ* 1995, 392.

¹⁵ Zie bijv. conclusie van 20 juni 2003, ECLI:NL:PHR:2003:AI0346, voor HR 31 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AI0346, *NJ* 2006, 600, *IER* 2004/33 (*Sara Lee/Intergro*, "Senseo").

¹⁶ 'Comité waakzaamheid volkstelling: Anonimiteit is in gevaar', *NRC Handelsblad* 27 oktober 1970.

¹⁷ Nederlandse Katholiek Vakverbond, het verband van Katholieke vakbonden en een van de twee voorlopers van de Federatie Nederlandse Vakbeweging FNV.

Vind jij dat sprake is van wildgroei in het IE-recht?

Ja, ik verwijs naar Spoor, met zijn gestage groei,¹⁸ en Koopmans, met zijn voortstommend treintje,¹⁹ en naar Drion²⁰ en Senftleben.²¹

Zie jij dat meer als een verleningsprobleem, of als een handhavingsprobleem?

Allebei wel. Ik vind dat het IE-recht is opgebeld. Ik heb dat minder met het auteursrecht, maar des te meer met het merkenrecht. Ik ben steeds meer gaan vinden dat de Benelux-merkenwet geen goede wet was, en dat het Benelux Gerechtshof dat merkenrecht bovendien enorm heeft opgebeld. Wij hadden in Nederland van oudsher een merkenrecht zoals dat in de meeste beschafde landen bestond, gebaseerd op verwarringsgevaar, en, vooruit, misschien een beetje opgebeld tot indirecte verwarring, maar dat was het dan ook. En wat zien wij gebeuren met dat merkwaardige vroegere artikel 13A lid 1 onder 2 BMW: ieder ander gebruik tenzij er een geldige reden voor is. Bij de eerste zaak, een zaak van Stibbe voor Bols, die Stibbe heeft gewonnen maar nooit had moeten winnen, de zaak *Klarein/Claeryn*, ging het meteen mis en werd het merk erkend als *goodwill*-drager, en moest het ook in die hoedanigheid merkenrechtelijke bescherming krijgen.²² Het was kostelijk om die zaak te winnen, maar inhoudelijk was het niet goed. Ik had in die tijd al veel contacten in Duitsland, onder andere bij het Max Planck Instituut. Even later begon de Europese harmonisatie, gingen zij daar congressen over houden en moesten zij iemand hebben die wat over de Benelux kon vertellen, want hier hadden wij al een stukje harmonisatie gehad. En toen kreeg ik de volle laag over die bespottelijke *Klarein/Claeryn*-rechtspraak, die helemaal niet in het merkenrecht paste. Daar ben ik het eerlijk gezegd door schade en schande steeds meer mee eens geworden, met die Duitsers, dat we *goodwill* als zodanig niet door middel van het merkenrecht moeten willen beschermen.

Afbeelding 4



Bron: UvA-DARE (Digital Academic Repository)

En ineens kom ik in Nederland Bregstein tegen, die dat decennia eerder ook al heeft betoogd, en dat prachtig wel-sprekend heeft verwoord, zowel in zijn opstel over vergelijkende reclame²³ als in de opmerkingen over de Kolynos-constructie in zijn oratie.²⁴

Kolynos was een beroemd tandpastamerk voor de oorlog. Het ging toen om het leerstuk van het uitlokken van wanprestatie als onrechtmatige daad. En wie was de uitlokker? Dat was een kóópjeswinkel (trekt een vies gezicht) die wanprestatie had uitgelokt door een echte, chique detaillist, die zich ertoe had gebonden om Kolynos voor niet minder dan 17 cent per tube te verkopen. Vandaag is zo'n afspraak, aangeduid als verticale prijsbinding, een zogeheten beperking naar strekking in de zin van het verbod op mededingingsbeperkende afspraken, maar destijds zag men daar geen been in. En die detaillist had de tubes toch voor een lagere prijs aan de koopjeswinkel doorverkocht, die het op zijn beurt voor 13 cent per tube aan de consument verkocht. Dus dat was "prijsvernietiging", "prijsafbraak", en de Hoge Raad heeft de bescherming van dat stelsel gehonoreerd in zijn *Kolynos*-arrest: dat het jegens Kolynos onrechtmatig was om de detaillist ertoe te bewegen wanprestatie te plegen.²⁵ Ik heb daar pas veel later over gelezen, in de jaren '70. Bregstein heeft daar de staf over gebroken, over dat arrest, omdat dat volgens hem een vorm was van een onjuiste *goodwill*-bescherming. Zo had hij ook een even prachtig welsprekend opstel over vergelijkende reclame: de klantentrouw die je opbouwt met jouw merk moet juist worden doorbroken, zei Bregstein,

18 J.H. Spoor, *De gestage groei van merk, werk en uitvinding* (intrederede VU), Zwolle: Tjeenk Willink 1990.

19 T. Koopmans, 'Mini-monopolies', *RMThemis* 1983, p. 342.

20 H. Drion, 'Het rechterlijk verbod en de vrijheid van meningsuiting' in *Op de grenzen van komend recht* (Beekhuis-bundel), Deventer: Kluwer 1969, p. 91 en 'Ontmoetingen met hetauteursrecht' in *Auteursrechtbeleid in de informatiemaatschappij*, Den Haag: Sdu 1987, p. 81.

21 Zie ook de Leidse intrederede van Verkade, *Intellectuele eigendom, mededinging en informatievrijheid*, Deventer: Kluwer 1990, hoofdstuk II en III.

22 BenGH 1 maart 1975, A 74/1, NJ 1975, 472, m.nt. L. Wichers Hoeth, *BIE* 1975, p. 183 (*Colgate Palmolive/Bols*).

23 M.H. Bregstein, 'Moet vergelijkende reclame als onoirbare concurrentie worden aangemerkt?', *WPNR* 4303 t/m 4306, waarvan delen kenbaar zijn uit de Bregstein-intrederede van Verkade, p. 13 e.v. (zie *Ongeoorloofde mededinging, marktmacht en marktomstandigheden*, Amsterdam: deLex 2011).

24 M.H. Bregstein, *Het gezag van de rechtspraak tegenover het geldend recht* (rede UvA 1939), eveneens kenbaar uit de Bregstein-intrederede van Verkade.

25 HR 11 november 1937, NJ 1937, 1096, m.nt. E.M. Meijers (*Kerkhoff & Co/Parfumerie Florence*).

want anders verstart de concurrentie, en die concurrentie heb je nodig om prijsopdrijving te voorkomen. Bregstein heeft daarna behoorlijk gelijk gekregen, maar dan wel van de Europese rechters, en niet van de Nederlandse rechters, en zeker niet van het Benelux Gerechtshof.

Afbeelding 5



Dus die Duitse ervaringen en Bregstein (die al in 1957 was overleden, maar die ik dus postuum als leermeester beschouw) hebben mij inderdaad in die richting getrokken. Een paar jaar geleden heb ik de ingebonden verzameling van zijn gestencilde collegeverslagen cadeau gekregen. Bregstein is uit een hotelraam gevallen tijdens een vakantie op Sicilië en was op slag dood, hij was toen nog best jong. De faculteit in Amsterdam was dus in diepe rouw en zijn weduwe en zijn assistenten hebben toen de uitgetypte versie van zijn collegedictaten gebundeld voor het nageslacht. Dat waren Schoordijk en Löwenstein, die later zelf hoogleraar zijn geworden.

Met *Sabel/Puma*²⁶ is dat weer een beetje recht getrokken?

Ja, een beetje, iets te weinig, die slinger is daarna nog heen en weer gegaan.

Een ander voorbeeld is de uitputting. Als jouw recht niet is uitgeput, dan wordt het merk een maatregel van gelijke werking als een importheffing in de zin van artikel 30 VWEU. Dat was niet de bedoeling, maar dat is het wel geworden. Helaas is het HvJ EU in *Silhouette/Hartlauer* niet meegegaan met de wereldwijde uitputting en heeft het Fort Europa beschermd.²⁷ Of dat het gevolg is geweest van een succesvolle lobby weet ik niet, maar het heeft mij wel verbaasd. Wij hadden in de Benelux van oudsher wereldwijde uitputting, en wat dat betreft zijn wij er met de harmonisering op achteruitgegaan. Wij hebben natuurlijk de

merkfabrikanten, de Philipsen en de Unilevers, die voor Fort Europa waren, maar de detaillisten wilden wereldwijde uitputting.

Hoe kijk je dan aan tegen het beschermen van de merkhouder tegen geografische verschillen in inkoopkracht die tot uiteenlopende prijsvorming leiden?

Dat is natuurlijk de rechtvaardiging voor Fort Europa, maar ik vind niet dat je daar het merkenrecht voor moet gaan inzetten, want daar is het niet voor bedoeld. Het octrooirecht voorziet van oudsher in nationale uitputting om de nationale industrie te beschermen, maar dat was vroeger in vrijwel geen enkel nationaal merkenrecht het geval. Als er prijsverschillen zijn, moet je dat maar onder parlementaire controle regelen via importheffingen en niet via het merkenrecht. Ten tweede kan een producent die op de lokale koopkracht afgestemde prijsdifferentiatie wil toepassen werken met verschillende merken: het A-merk in de welvarende landen, het B-merk in minder welvarende landen en het C-merk in de armste landen. Bij wereldwijde uitputting kun je dan in een welvarend land worden geconfronteerd met jouw eigen C-merk, maar dan moet je maar investeren in het imago van jouw A-merk. Dat vind ik logischer en gezonder dan het werken met EU-uitputting.

Dat uitbollen, is dat iets wat de wetgever in de hand heeft gewerkt, of iets wat de rechter doet?

De advocaten voor eisers hebben dat gedaan, en de rechters zijn daar soms te gemakkelijk in meegegaan. Het beste voorbeeld daarvan is *Claeryn/Klarein*.²⁸ Dat was natuurlijk zálíg pleiten, die borrel met een zeepsmaak,²⁹ voor al die oudere heren in rode toga's van het Benelux Gerechtshof, maar de uitkomst was niet goed.

Is er een probleem dat bij IE-wetgeving de rechtheb-bendenlobby succesvoller is dan andere lobby's, bijvoorbeeld van de consument?

Zeker. De gevestigde industrie kan de beste lobbyisten en advocaten betalen, dus zowel richting departement als in de rechtszaal zijn die opbollingsverschijnselen deels toe te schrijven aan financiële machtsverhoudingen. En soms trappen de wetgever en de rechter er te gemakkelijk in. Drion heeft zelfs nog met zoveel woorden in dit verband gewaarschuwd voor een te grote invloed van rechterplaatsvervangers uit grote kantoren, die meer aan de kant van de rechthebbenden staan. Hij was een kritisch mens.

Is er volgens jou sprake van foto-auteursrecht-trollen? Is dat een voorbeeld van opbollen?

Nee, dat vind ik op dit moment nog geen opbollen. Charlotte, jij hebt daar met Dirk Visser en Bram Bogaerts een

26 HvJ EG 11 november, ECLI:EU:C:1997:528, C-251/95, NJ 1998, 523, m.nt. D.W.F. Verkade, IER 1997/54, m.nt. C. Gielen, BIE 1998/9, SEW 1998, p. 352, m.nt. H.M.H. Speyart (*Sabel/Puma*).

27 HvJ EG 16 juli 1998, ECLI:EU:C:1998:374, C-355/96, NJ 1999, 392, m.nt. D.W.F. Verkade, BIE 2000/13, IER 1998/35, m.nt. E.J. Arkenbout, AA 1999, p. 61, m.nt. H. Cohen Jehoram (*Silhouette/Hartlauer*).

28 BenGH 1 maart 1975, A 74/1, NJ 1975, 472, m.nt. L. Wichers Hoeth, BIE 1975, p. 183 (*Colgate Palmolive/Bols*).

29 D.J.G. Visser, *Een borrel met een zeepsmaak: ruzies over merken*, Utrecht: Kwadraat 1993.

verhelderend artikel over geschreven.³⁰ Het gaat bij trollen om organisaties die zich opwerpen als belangenbehartiger voor tekstschrijvers of fotografen, en die bij inbreuken als een soort van veredelde deurwaarderskantoren te werk gaan en inbreuksommaties gaan sturen, met allemaal extra posten. Wat men daar vordert staat soms op gespannen voet met het gewone schadevergoedingsrecht van Boek 6 BW, dus dat heb ik er op tegen. Maar het gaat mij te ver om, net als een Belgische rechter dat onlangs heeft gedaan, zo'n entiteit niet-ontvankelijk te verklaren omdat zij "trollengedrag" vertoont, of om op grond van misbruik van recht de vordering af te wijzen. Dat vind ik onzin en dat vindt het HvJ EU ook: je hebt als rechthebbende het recht om een inbreukverbod te vorderen, maar dat hoeft niet: als je dat beter uitkomt kun je alleen schadevergoeding vragen.³¹ Iets anders is natuurlijk als iemand, net als in die zaak bij het HvJ EU, bij internetproviders louter en alleen de NAW-gegevens van pornofilmdownloaders opvraagt, om die met sommaties onder druk te kunnen zetten. Dáár is het auteursrecht niet voor bedoeld, maar dat is ook niet wat de Burafo doet.

Zo'n Burafo vraagt allicht wél teveel: de *permission machine*. De trant is dan: als ik rechthebbende ben, en ik word gepasseerd, wie verbiedt mij dan om hoog in te zetten? En hoog inzetten kan betekenen dat ik niet alleen de gebruikelijke licentievergoeding vorder, maar ook een opslag en opsporingskosten, en dat ik dreig met de volledige proceskosten. De opsporingskosten en de volledige proceskosten bij IE-zaken passen in de wettelijke systematiek (artikel 6:96 lid 2 onder b BW en artikel 1019h Rv). Voor de opslag geldt dat niet, maar de benadering is daar dat de normale licentievergoeding kan worden voorbehouden aan diegenen, die netjes van tevoren om toestemming vragen en betalen. Dat hoeft de rechter niet allemaal te honoreren, maar het gaat mij te ver om dat als misbruik van recht aan te merken. Daar zou de Hoge Raad, die het schadevergoedingsrecht naar mijn mening laat zwemmen, een uitspraak over kunnen doen. Dat het bij artikel 27a Aw niet én winstafdracht én schadevergoeding kan zijn, dat weten wij wel, maar hoe een auteursrechtsschadevergoedingsvordering kan of moet worden opgebouwd, bijvoorbeeld als het gaat over die opslag, daarover bestaat geen rechts-eenheid.

Wat vind jij van de EU-harmonisatie en van de opkomst van eenvormige Unierechten?

Ik begin als het mag eerst met de Benelux, want die kwam eerst.

Dat initiatief uit de jaren '70 van een Benelux merken- en modellenrecht was schattig, maar je kunt je achteraf afvragen waar het eigenlijk voor nodig was, wie daar op zat te wachten. In de naoorlogse context was het nuttig om

samen als kleintjes in Europa op te trekken, maar uitgerend op merken- en modellengebied was dat niet echt noodzakelijk. Het modellenrecht was een puinhoop en zal dat altijd blijven. Die touwtrekkerij met die verschillende regimes: het auteursrecht wat maar niet wil ophouden terwijl er een speciaal regime voor modellen is, én de vormmerken, én in Nederland ook nog de slaafse nabootsing. Waarom wij in de Benelux het modellenrecht moesten harmoniseren weet ik niet. Verder is er, als ik het goed heb, alleen Benelux-wetgeving op het gebied van trekvoegels en dwangsommen.

Het Beneluxverdrag kwam in 2010 na 50 jaar tot een einde, dus daaraan voorafgaand moest worden besloten of het wél of niet verlengd zou worden. Rond die tijd is onder andere in *SEW* gediscussieerd over de vraag of wij daar niet mee zouden moeten ophouden, mede in het licht van het feit dat wij nu de EU hebben. Daarbij kwam ook aan de orde de vraag of het Benelux Gerechtshof nog nodig is. Het kan weliswaar geen kwaad, maar het kost veel tijd. Er bestaan ook veel eengemaakte rechtsstelsels zonder hoogste uitleggingsrechter, zoals bijvoorbeeld in het transportrecht, met de *Hague-Visby Rules* en ander verdragenrecht. Het kan daar dus voorkomen dat de Noorse rechter die regels anders uitlegt dan de Franse rechter, maar is dat nou zo erg? Zo had het met het Benelux-recht ook kunnen gaan: hoe erg is het als het Belgische Hof van Cassatie een dwangsomregeling anders uitlegt dan onze Hoge Raad? Bij het merken- en modellenrecht kun je je er iets meer bij voorstellen, maar inmiddels is dat voor 95% Europees geharmoniseerd, en moet het Benelux Gerechtshof vragen van uitleg doorverwijzen naar het HvJ EU. Dat is al een paar keer is gebeurd, waarmee dat hof tot een belachelijk tussenstation is verworden. Rond 2010 is daar over nagedacht, maar men vond het moeilijk om het Benelux Gerechtshof dan maar aan de dijk te zetten. Daarna zijn de rechtstreekse beroepen van beslissingen van het BBIE op een tweede kamer ingevoerd, met hoger beroep bij een eerste kamer.

Daarmee kom ik bij de Europese integratie, jullie eigenlijke vraag. Ik ben best een Europees enthousiasteling, die het mooi vindt dat ons recht Europees geharmoniseerd is. Mijn lieve vader was een zeer bevlogen Europese idealist, voor de oorlog al en ook na de oorlog, en daar neem ik helemaal geen gas van terug. En als je ziet hoe het Benelux Gerechtshof er met de Beneluxwetgeving vandoor is gegaan, deels niet in de meest geslaagde richting, *Klarein/Claeryn* noemde ik al, dan ben je des te meer blij dat er EU-harmonisatie is gekomen, met een Europees hof dat af en toe ook wat gas terugneemt van die opbolling, zoals in *Puma/Sabel*.

Wij durven dan nauwelijks meer te vragen wat jij van het BBIE vindt.

Je moet met een Benelux-registratiestelsel wel een Benelux-bureau hebben. Wat ik van de Beneluxmodellenwet vind heb ik al gezegd, die is met name overbodig gewor-

30 D.J.G. Visser, C. Vrendenburg & B. Bogaerts, 'Auteursrecht-trollen: Hoe ze te herkennen en hoe ze te bestrijden', *AMI* 2020/5, p. 141.

31 HvJ EU 17 juni 2021, ECLI:EU:C:2021:492, C-597/19, *IER* 2021/30, m.nt. L.E. Dijkman (*Mircom/Telenet*).

den door de invoering van de Gemeenschapsmodellenverordening. Je kunt niet met goed fatsoen een cliënt adviseren om een Beneluxmodel te deponeren, je hebt al het niet-ingeschreven Uniemodel en voor ongeveer hetzelfde geld kunt je het in Alicante deponeren! Het Benelux-modellenbureau dreigde failliet te gaan en is daarom met het Beneluxmerkenbureau gefuseerd tot wat nu het BBIE heet. Aan de merkenkant heeft dat bureau vrijwel altijd goed gewerkt. Ik had een enorm hoge pet op van de vorige directeur, Edmond Simon: dat was een kanjer, zoals die de boel op poten heeft gezet en betrokken was bij nieuwe wetgeving. Hij had volgens mij geen juridische opleiding, maar was haarscherp en heeft destijds heel goed leiding gegeven aan de invoering van de weigering op absolute en relatieve gronden. Je hoort mij geen kwaad woord zeggen over het BBIE, behalve dan dat het Benelux-modellenrecht dood is.

Wat vind jij van de kwaliteit van de Uniewetgeving?

Die is doorgaans goed, behalve, soms, gezwollen taal in de overwegingen van de considerans. De wetgeving zelf vind ik doorgaans goed tot zeer goed.

Wat is jouw oordeel over de Unierechter?

Ik lees te weinig arresten van het Gerecht om daar een mening over te hebben. De arresten van het Hof vind ik doorgaans heel goed, al zijn er natuurlijk soms missers. Zij hebben ongelooflijk goede A-G's, zoals heel vroeger Jacobs, recent Jääskinen, en nu Szpunar, dat was en is een feest om te lezen. Ik heb een warm plekje voor de vergelijkende reclame, die nogal eens op gespannen voet staat met het merkenrecht, en de arresten van het Hof op dat gebied, het zijn er inmiddels zo'n stuk of twaalf, waaronder *Toshiba/Katun*,³² (andere) *Hartlauer*³³ en *Teekanne*,³⁴ vind ik allemaal prachtig. Het is niet zo dat de uitkomst van die arresten vanzelfsprekend was, ook niet in het licht van het vrije verkeer van goederen en de Unierechtelijke mededingingsregels: dan nog moest er een afweging worden gemaakt. Het moet nog altijd op een fatsoenlijke manier gebeuren, en zonder misleiding, anders is het importverbod nog steeds gerechtvaardigd. Dat moest natuurlijk geharmoniseerd worden, maar waar je vervolgens de grens trekt, hoe gauw je misleiding aanneemt, is niet eenvoudig. *Toshiba/Katun* is daar een goed voorbeeld van. Dat was de eerste vergelijkende reclamezaak voor het HvJ EU en de A-G, de Franse *diehard* Léger, was tegen vergelijkende reclame alleen op prijs.³⁵ Alleen op prijs vergelijken? Dat kan toch niet, dan wordt de consument toch sowieso misleid omdat die vergelijking niets zegt over kwaliteit? Maar het Hof is daar niet in meegegaan: je hoeft niét alle

eigenschappen te vergelijken. Daar zit een willen achter en niet alleen een moeten, niet alleen rechtsvinding maar ook rechtsvorming: het Hof wilde blijkbaar vergelijking makkelijk maken, en je kunt daarom volstaan met een vergelijking op alleen één aspect. Dat was niet vanzelfsprekend, daar werd destijds in Frankrijk, Duitsland en België héél anders tegenaan gekeken. Maar een andere uitkomst zou meteen weer de dood zijn geweest voor de vergelijkende reclame, want je kunt nooit alle eigenschappen van twee producten met elkaar vergelijken. Met het gezwem van de Hoge Raad op dit punt³⁶ kon je ook niet voorspellen wat de president in Breda, of de president in Assen, of de president in Haarlem van jouw vergelijking zou vinden, of je misschien nog meer had moeten vergelijken, dus je liep altijd het risico van een verbod met rectificatie, en dan begon je er maar niet aan. Zó was de situatie in Nederland aan de vooravond van de inwerkingtreding van de Richtlijn vergelijkende reclame.³⁷

Wat vind jij van de stelling in sommige IE-kringen dat het UPC-stelsel zo veel mogelijk uit de klauwen van het HvJ EU moet worden gehouden, omdat het HvJ EU in het merken- en auteursrecht heeft laten zien niet met het IE-recht om te kunnen gaan?

(Lacht:) Geheel mee oneens. Ik ben blij met niet-gespecialiseerde rechters. Gespecialiseerde rechters lopen volgens mij eerder de kans om gepreoccupeerd te zijn in de richting van méér bescherming dan minder bescherming. Boven dat geharmoniseerd octrooirecht moet dus vooral nog een niet-gespecialiseerde hogere Europese rechter blijven: dat houdt de octrooirechters juist scherp! En ja, dat er af en toe iets misgaat, of de koers een beetje zigzagt, zoals in het auteursrecht bij de "mededeling aan het publiek", dat zij dan zo. Je zou hoogstens kunnen zeggen, bijv. in die zaken waarin het afspelen van muziek in een revalidatiecentrum niet geoorloofd was³⁸ en bij de tandarts wel,³⁹ dat het Hof meer zijn grenzen moet kennen en meer als cassatierechter moet optreden, die de feiten aan de feitenrechter overlaat. Je hebt dan het risico dat, net als binnen Nederland, de ene feitenrechter anders tegen dezelfde feiten aankijkt dan de andere feitenrechter: dat is dan jammer maar op cassatieniveau kan niet alles. Aan de andere kant staat de rechtspraak met betrekking tot de wezenlijke functies van het merkrecht, die ik juist prima rechtspraak vind: de aan een merk verbonden rechten moeten niet verder gaan dan datgene waar het merk voor

32 HvJ EG 25 oktober 2001, ECLI:EU:C:2001:566, C-112/99, NJ 2002, 142, m.nt. D.W.F. Verkade, IER 2002, nr. 8, p. 44, m.nt. J. Kabel (*Toshiba/Katun*).

33 HvJ EG 8 april 2003, ECLI:EU:C:2003:205, C-44/01, IER 2003/64, m.nt. J. Kabel (*Pippig/Hartlauer*).

34 HvJ EU 4 juni 2015, ECLI:EU:C:2015:361, C-195/14, IER 2015/53, m.nt. E.H. Hoogenraad (*Verbraucherzentrale/Teekanne*).

35 Conclusie A-G Léger van 8 februari 2001, ECLI:EU:C:2001:80.

36 HR 29 maart 1985, ECLI:NL:HR:1985:AG4985, NJ 1985, 591, m.nt. L. Wiersma Hoeth, BIE 1985, p. 307, m.nt. E.A. van Nieuwenhoven Helbach (*Pokkon/Substral*). Zie, meer in het algemeen over de Nederlandse literatuur en rechtspraak met betrekking tot vergelijkende reclame pre-richtlijn p. 13 e.v. van de Bregstein-intrederede van Verkade (*Ongeoorloofde mededinging, marktmacht en marktomstandigheden*, Amsterdam: deLex 2011).

37 Richtlijn EG/97/55, gevolgd door Richtlijn 2006/114.

38 HvJ EU 31 mei 2016, C-117/15, ECLI:EU:C:2016:379, IER 2016/48 m.nt. M. Bronneman (*Reha Trading/GEMA*).

39 HvJ EU 15 maart 2012, ECLI:EU:C:2012:140, C-135/10, NJ 2013/197, m.nt. P.B. Hugenholtz onder 198, bespr. M. de Cock Buning in IER 2012/33 (*SCF/Del Corso*).

bedoeld is. Als ik kijk naar de merkenrechtelijke uitspraken van het Gerecht ben ik het meestal wel eens met de uitspraken waarin de weigering van een merk wegens te grote beschrijvendheid wordt bekrachtigd. Ik vind het wel goed dat het Gerecht strenger is dan wat wij in de Benelux gewend waren: ik denk dat wij in de Benelux meer merken hebben geaccepteerd dan wat in Alicante gangbaar was en is.

Wat vind jij van het niet onderzochte octrooi?

Dat is een gedrocht, daar moeten wij vanaf. Advocaat Rob Laret zei daarvan dat de verplichting om bij handhaving een nieuwheidsonderzoek over te leggen een verkapt vorm van griffierecht is.

Ik geloof niet in het argument dat dat niet onderzochte octrooi gunstig is voor het MKB. Het MKB wordt er altijd bij gesleept, maar ik vind dat het octrooirecht door de bank genomen bij uitstek gunstig is voor de grootindustrie en ongunstig voor de kleine ondernemer. Ik weet dat er voorbeelden zijn van kleine uitvinders die dankzij hun octrooi schatrijk zijn geworden, die komen natuurlijk wel voor, maar in de overgrote meerderheid gaat het toch om de grootindustrie die zich met de wet van de grote getallen octrooiafdelingen en achteraf waardeloos gebleken octrooiaanvragen kan veroorloven. Dít heeft baat bij octrooien, de kleine ondernemer niet. Dankzij dit systeem kunnen de grote jongens de kleine jongens van zich afhouden; het systeem werkt in het voordeel van de gevestigde grote marktpartijen.

Jij bent dus meer in het algemeen kritisch op het octrooirecht?

Ja. Ik geloof dat wij geen octrooirecht hadden moeten hebben. Mijn dochter Thalia heeft onlangs een leuk artikel in *De Correspondent* geschreven waarin zij aan de hand van een boek van een meneer Greer (*The Retro Future*) uitlegt dat wij uitgaan van de huidige situatie, maar dat wij ons bij wijze van denkoefening eigenlijk zouden moeten afvragen hoe wij het zouden doen als wij het over konden doen en nu voor het eerst zouden moeten beslissen. Als ik terugdenk aan het beroemde 19^e-eeuwse debat tussen economen in *The Economist* over het octrooirecht, vind ik het jammer dat Nederland in 1910 zijn octrooierechtloze tijdperk heeft beëindigd. Och wat was Philips destijds blij, met deze opportunistische keuze! In het compromis van 1910 was met het oog op geneesmiddelen gelukkig wel in de octrooiwet opgenomen dat voor een stof als zodanig geen octrooi wordt verleend, maar dat heeft de Hoge Raad helaas weggeredeneerd.⁴⁰ Spanje heeft het verbod op stof-octrooien lang volgehouden, tot de toetreding tot de EU in 1986. Volgens mij hadden de Spanjaarden gelijk.

⁴⁰ HR 15 april 1966, *NJ* 1966, 439, m.nt. L.J. Hijmans van den Bergh (*Hoechst/Nogepha*).

Vind jij dat met name de farmaceutische industrie te enthousiast met het IE-recht aan de haal is gegaan? In jouw bijdrage aan de vriendenbundel voor Ernst Numann, die een pastiche is van een noot bij een uitspraak in een farmazaak, kraak jij harde noten, bijvoorbeeld als het om evergreening gaat.⁴¹

Ja dat vind ik. Ik zei al dat het octrooirecht in het algemeen al een heel wankele basis heeft als het gaat om het leveren van een positieve bijdrage aan het welzijn van de maatschappij. Ik heb in die bijdrage, en eerder in mijn KNAW-verhandeling⁴² verwezen naar de bijdrage van Machlup aan de economendiscussie: nu het octrooirecht er is, zij het zo, maar als er geen octrooirecht zou bestaan zouden we het niet moeten invoeren.⁴³ Ja, als dat jouw basis is... In de farma-industrie vragen ondernemingen op grond van octrooi-exclusiviteit steeds vaker prijzen die buiten elke proportie zijn gestegen, met name voor zeldzame aandoeningen. Ik geloof niet in het argument dat octrooibescherming nodig is om nieuwe geneesmiddelen te ontwikkelen, mede met het oog op de proeven en de toelatingsprocedure: die zouden er heus ook wel via bijv. de academische ziekenhuizen zijn gekomen. Er wordt dan gezegd dat dat niet zo hard zou zijn gegaan, maar dat weet je niet.

Wat vind jij van het idee van Senftleben (Zeist AIPPI 2022) om bij het met betrekking tot één en hetzelfde voorwerp inroepen van gecumuleerde IE-rechten dan maar ook de uitzonderingen op die rechten te cumuleren?

Ik heb het nog niet helemaal doorgerekend, maar ik vind het een leuke, uitdagende stelling.

Wat vind jij van de veroordeling in de werkelijke proceskosten?

Dat was een succesvolle rechthebbendenlobby. Er is geen enkele reden waarom het IE-recht in dat opzicht anders zou moeten uitpakken dan, zeg, het burennrecht. Die lobbymacht van rechthebbenden zie je hier in Nederland ook. De regering heeft als adviescommissie de Commissie van Acht. Daarin zitten fabrikanten, advocaten en gemachtigden. De advocaten en de gemachtigden hebben geen reden om het niet met de fabrikanten eens te zijn: het zijn hun cliënten. De rechthebbenden zijn aan het woord en de potentiële gedaagden zitten niet aan tafel.

⁴¹ 'Concept Noot EJV bij HR 6 september 2040, *IER* 2042/1 (*Coronavaccin-octrooi*)', *IER* 2020/48 (Numann-bundel).

⁴² *Intellectuele eigendom: wetenschaps-stimulator?*, Amsterdam: KNAW 1997, Mededeling van de Afdeling Letterkunde, Nieuwe Reeks, Deel 60 No 6.

⁴³ F. Machlup, *An Economic Review of the Patent System*, Study # 15 of the Subcommittee on Patents, Trademarks and Copyright of the Committee on the Judiciary, US Senate, 85th Congress, 2nd Section, Washington DC 1958, p. 80.

Heeft de nieuwe IE-proceskostenregeling invloed gehad op de procespraktijk?

Dat heb ik niet meer meegemaakt. Wat ik wel weet is dat ik geen poot aan de grond heb gekregen in mijn pogingen als A-G om dat te matigen.

Ik vind het positief dat de rechterlijke macht met de indicatietarieven in IE-zaken een poging heeft gedaan om die kosten toch een beetje te maximeren, maar tot aan die maxima kan het een aanzuigende werking hebben, wat weer ongunstig is.

Hoe kijk jij terug op de Nederlandse IE-balie?

Ik vond de *crossborder* verboden leuk gevonden, een leuke illustratie van waar wij als klein land groot in kunnen zijn, maar vraag mij ook af of wij onze hand niet hebben overspeeld. Als een voorzieningenrechter in Den Haag, of zelfs in Zwolle, op een achternamiddag ineens een verbod uitsprekt dat gebaseerd is op ons burgerlijk kortgedingrecht, dat uitblinkt in eenvoud, zonder de waarborgen die men misschien in andere landen gewend is, kan er bij gedaagden iets knappen. Stel dat er over ons een uitspraak zou worden gedaan door een *pretore* in Sicilië!

Wat is jouw indruk van de Nederlandse rechtspraak?

In het algemeen is die goed. Ik heb wel een kanttekening: is de toegang tot de rechter wel voldoende gewaarborgd, als het gaat om griffierechten en gefinancierde rechtsbijstand? Maar de kwaliteit is goed. De rechtbanken en hoven en ook de Hoge Raad doen goed werk. Er wordt meer met standaardblokken gewerkt, wat de kwaliteit van de uitspraken ten goede is gekomen. Daarna laat de rechter zijn verstand spreken. Dan komt er ook subjectief moment, maar de uitkomst verrast mij zelden. Rein-Jan Prins schrijft als buitenlandcorrespondent in het *Bijblad/Berichten IE* elk jaar een leuk verslag over Franse IE-uitspraken en daarin lees je soms over uitspraken waarin je denkt: hoe is het mogelijk! Dat komt in Nederland niet meer voor. Ik weet nog dat wij in de *BIE*-redactie vreselijk hebben gelachen om een merkenuitspraak van de Rotterdamse voorzieningenrechter ergens rond 1975 waaruit bleek dat noch de eiser, noch de gedaagde, noch de voorzieningenrechter wist dat er inmiddels een eenvormige Benelux-merkenwet was!

Er is een recent arrest van de strafkamer van de Hoge Raad waar ik mij over heb verbaasd. Dat ging over een bijkomende straf van het Hof Den Bosch voor een notoire en recidiverende oplichter: bij de samenvatting van het vonnis op rechtspraak.nl moest zijn portret worden weergegeven. Daar ging die meneer tegen in cassatie, en de A-G zegt dat kan zo niet: dat kan alleen als bijkomende straf in het arrest zelf, of anders niet. De Hoge Raad volgt hem en de annotator in *NJ* is het daarmee eens.⁴⁴ Maar nu komt het: er is een verscholen artikeltje in de Auteurswet, artikel 22, dat

hiervoor *geschréven* is: dat gaat over de bevoegdheid om door of vanwege de justitie afbeeldingen te publiceren in het belang van de openbare veiligheid. In *Spoor/Verkade/Visser* kun je lezen dat dat het portretrecht van betrokkene opzij zet. Maar én het Hof, én de A-G, én de Hoge Raad én de annotator van de *NJ* hebben daar niet aan gedacht. Dat is één uitspraak waar ik mij over verbaasd heb.

Zijn er nog leuke niet-IE-zaken die jij als A-G hebt behandeld?

Heel veel. Ik noem er één. De Hoge Raad heeft honderd jaar volgehouden dat als in een uitspraak "wijst af het meer of anders gevorderde" staat, dat een voldoende motivering is voor de afwijzing van niet-behandelde vorderingen. Ik heb een keer heel brutaal gezegd dat ik dat onzin vond, want dat was gewoon een ingesleten frase en er zijn gevallen waarin de rechter een vordering gewoon over het hoofd heeft gezien.⁴⁵ De Hoge Raad is daarin meegegaan, en dan heb je een leuke dag.⁴⁶

44 HR 21 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1888, *NJ* 2022/34, m.nt. J.M. ten Voorde (*Recidiverende oplichter*).

45 Conclusie van 6 februari 2009, ECLI:NL:PHR:2009:BH2465.

46 HR 10 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2465, *NJ* 2009, 183, *JBPr* 2009/25, m.nt. I.P.M. van den Nieuwendijk.