

Intellectuele eigendom

Monografieën BW

Losdelig handboek over het burgerlijk recht

onder redactie van:

Prof. mr. I. Giesen

Hoogleraar privaatrecht Universiteit Utrecht en raadsheer-plaatsvervanger in het Gerechtshof te 's-Hertogenbosch

Prof. mr. T. Hartlief

Advocaat-Generaal bij de Hoge Raad en deeltijd-hoogleraar privaatrecht aan de Universiteit Maastricht

Prof. dr. V. Mak

Hoogleraar Nederlands en Europees Verbintenissenrecht Universiteit van Tilburg

Prof. mr. A.C. van Schaick

Advocaat te Tilburg, hoogleraar privaatrechtelijke rechtshandhaving en rechtsvergelijking Universiteit van Tilburg en raadsheer-plaatsvervanger in het Gerechtshof te Amsterdam

Prof. mr. drs. C.H. Sieburgh

Raadsheer in de Hoge Raad en hoogleraar burgerlijk recht Radboud Universiteit Nijmegen

Oud-redactieleden:

Prof. mr. C.J.H. Brunner †

Prof. mr. A.S. Hartkamp

Mr. P. Neleman

Mr. M.J.P. Verburgh †

Prof. mr. J.B.M. Vranken

De deeltjes van het 'losdelig' handboek Monografieën BW vormen gezamenlijk een compleet en onderling samenhangend commentaar op het (nieuwe) burgerlijk recht. Die volledigheid en onderlinge samenhang worden bewerkstelligd en bewaakt door de redactie van de reeks. Dit handboek blijft actueel doordat elk deeltje afzonderlijk herdrukt wordt zodra belangrijke nieuwe ontwikkelingen in het rechtsgebied in kwestie dit noodzakelijk maken. Behalve door deze opzet onderscheidt dit 'losdelig' handboek zich ook door zijn inhoud van andere series en handboeken over het (nieuwe) burgerlijk recht. Waar mogelijk wordt getracht door het verschaffen van kwantitatieve, sociaaleconomische en rechtssociologische gegevens inzicht te geven in de maatschappelijke betekenis van het beschreven complex van rechtsregels.

Daarnaast wordt aandacht besteed aan rechtsvergelijking, voornamelijk om reliëf en perspectief aan het eigen recht te geven, maar ook om de lezer die in het buitenlandse recht als zodanig geïnteresseerd is met zijn naspeuringen op weg te helpen.

MONOGRAFIEËN BW

A32 Intellectuele eigendom

Prof. mr. F.W. Grosheide

Tweede druk

 Wolters Kluwer

Deventer – 2018

Citeerwijze:

VERKORT: Grosheide, *Intellectuele eigendom* (Mon. BW nr. A32) 2018

VOLLEDIG: F.W. Grosheide, *Intellectuele eigendom* (Monografieën BW nr. A32), Deventer: Wolters Kluwer 2018.

ISBN 978 90 13 13533 6

E-book 978 90 13 13534 3

NUR 827-705

Omslag: Bert Arts bNO

© Wolters Kluwer, 2018

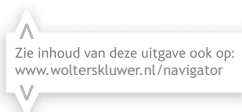
Alle rechten in deze uitgave zijn voorbehouden aan Wolters Kluwer Nederland B.V. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enige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

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16h t/m 16m Auteurswet jo. Besluit van 27 november 2002, *Stb.* 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht te Hoofddorp (Postbus 3051, 2130 KB).

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

Wolters Kluwer legt de gegevens van abonnees vast voor de uitvoering van de (abonnements)overeenkomst. De gegevens kunnen door Wolters Kluwer, of zorgvuldig geselecteerde derden, worden gebruikt om u te informeren over relevante producten en diensten. Indien u hier bezwaar tegen heeft, kunt u contact met ons opnemen.

Op al onze aanbiedingen en overeenkomsten zijn van toepassing de Algemene Voorwaarden van Wolters Kluwer, gedeponereerd ter griffie van de Rechtbank te Amsterdam op 8 augustus 2007 onder depotnummer 127/2007. Deze vindt u op www.wolterskluwer.nl of kunt u opvragen bij onze klantenservice.



NAVIGATOR

VOORWOORD

Het is van meet af aan het vaste voornemen van E.M. Meijers geweest om ook de intellectuele eigendom op te nemen in het door hem te ontwerpen Nieuw Burgerlijk Wetboek. Dat was voor hem zelfs een principiële kwestie, overtuigd als hij was dat de intellectuele eigendom deel uitmaakt van het burgerlijk recht (*Handelingen II* 1952/53, p. 2915). Dat Meijers' voornemen nog steeds niet is uitgevoerd, komt niet – zoals uit deze monografie zal blijken – omdat het burgerlijkrechtelijk gehalte van de intellectuele eigendom in de loop der tijd zou zijn gedaald. Integendeel, zoals nog eens werd onderstreept door de benoeming van regeringscommissaris voor Boek 9 J.J. Brinkhof in 1994 (vaststelling van de begroting van de uitgaven en de ontvangsten van het Ministerie van Justitie (VI) voor het jaar 1995, *Kamerstukken II* 1994/95, 23 900 VI, nr. 24).

En ook al is dit regeringscommissariaat inmiddels voortijdig geëindigd met de publicatie van een tussenbalans (Brinkhof 1997), dit betekent niet dat voor een monografie over de intellectuele eigendom in de reeks Monografieën BW geen plaats (meer) zou zijn. Immers, blijkens *Handelingen II* 2010/11 (te raadplegen op <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/h-tk-20102011-3-12.html>) heeft de dan overigens demissionaire Minister van Justitie E.J. Hirsch Ballin op een vraag naar de toekomst van het Boek 9-project onlangs het volgende geantwoord: “Waar is Boek 9 dan gebleven? Boek 9, waar de vraagpunten van Meijers rond 1950 over gingen, is nog steeds in gedachte en ligt nog steeds in de voornemens – die herbevestig ik bij deze gelegenheid graag – voor de totstandkoming van een volledige codificatie van het burgerlijk recht.” Daaraan wordt weliswaar toegevoegd dat het intellectuele-eigendomsrecht in de zestig jaar die sedert Meijers' vraagpuntenlijst zijn verstreken, veel internationaler en vooral Europeser (denk aan de implementatie van Richtlijnen) is geworden, hetgeen consequenties heeft voor de mogelijkheid om bepaalde kwesties (bijv. heffingen op gegevensdragers) nationaal te regelen. Maar vervolgens wordt het auteurscontractenrecht genoemd als een voorbeeld van een onderwerp dat in Boek 9 zou passen.

Hoe dit verder ook zij, het groeiende belang van het intellectuele-eigendomsrecht voor normering en instrumentering van wat is gaan heten de informatiemaatschappij, en de onverminderd intrigerende vraag naar de verhouding van de intellectuele eigendom tot het burgerlijk recht rechtvaardigen een deel in deze reeks nog alleszins. En dit temeer nu in de nieuwe opzet van de zogeheten Asser-serie tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht *mirabile dictu* een deel 9-I* *Auteursrecht* en een deel 9-II* *Merkenrecht* zijn opgenomen. Daarbij sluit aan dat blijkens de actuele stand van het codificatieproject in het Burgerlijk Wetboek een Boek 10 is opgenomen voor het internationaal privaatrecht, hetgeen lijkt te impliceren dat Boek 9 gereserveerd blijft voor het intellectuele-eigendomsrecht.

Tot besluit: een speciaal woord van dank past op deze plaats aan mr. Netty van Buren-Dee (Molengraaff Instituut voor Privaatrecht) voor haar bijzondere, acribische redactionele

verrichtingen om deze monografie naar inhoud en vorm presentabel te maken. Voorts komt veel dank toe aan mr. Roeland de Bruin (Molengraaff Instituut voor Privaatrecht/CIER) en mr. Peter Ras (juridisch medewerker Van Doorne Advocaten Amsterdam) voor hun inspanningen met betrekking tot de voorbereidende werkzaamheden tot deze monografie.

Het manuscript is afgesloten per 1 februari 2011.

F.W. Grosheide

Amsterdam/Utrecht 2011

Voorwoord bij de tweede druk

Vijf jaar geleden verscheen de eerste druk van deze monografie. In die eerste druk lag het accent op beantwoording van de vraag of – zoals destijds voorzien door Meijers en sindsdien bepleit door onder meer Hirsch Ballin – nog steeds behoefte bestond aan incorporering van de intellectuele eigendom in het BW. Sedert de eerste druk hebben de internationale, en daarvan in het bijzonder de Europese ontwikkelingen genoodzaakt tot talloze aanpassingen van het Nederlandse intellectuele-eigendomsrecht. Het accent is in deze tweede druk dan ook verlegd van een beschouwing over de mogelijke incorporering van de intellectuele eigendom in het BW, naar het antwoord op de vraag of, ook onafhankelijk daarvan, de prominente Europese ontwikkelingen op dit rechtsgebied wellicht in de weg staan aan een integratie van het Nederlandse intellectuele-eigendomsrecht in het burgerlijk recht.

Bovendien heeft nadere overdenking van opzet en uitwerking van de eerste druk ertoe gebracht verschillende onderdelen van de monografie grondig te herzien.

Het resultaat levert een in vele opzichten nieuwe publicatie op.

Veel dank komt toe aan mr. Roland Wigman, advocaat te Amsterdam, voor zijn redactionele bijstand bij het tot stand brengen van deze tweede druk.

Regelgeving en rechtspraak en daarop betrekking hebbende literatuur zijn bijgewerkt tot 1 juli 2017.

F.W. Grosheide

Amsterdam 2017

INHOUDSOPGAVE

Voorwoord / V

Enkele afkortingen / IX

HOOFDSTUK 1

Inleiding / 1

- 1 Opzet / 1
- 2 Begripsvorming en terminologie / 2
- 3 Internationale context / 4
- 4 Afbakening van rechtsgebieden / 8
- 5 Balans / 10

HOOFDSTUK 2

Intellectuele eigendom en burgerlijk recht – Systematiek / 13

- 6 Rechtsvorming in de 19de eeuw: gescheiden rechtsontwikkeling / 13
- 7 Rechtsvorming in de eerste helft van de 20ste eeuw: bevestiging status quo / 15
- 8 Rechtsvorming in het laatste kwart van de 20ste eeuw: opportuniteit als maatstaf / 16
- 9 Balans / 18

HOOFDSTUK 3

Vormen van intellectuele eigendom – Dogmatiek / 21

- 10 Rechtsgrond en rechtskarakter / 21
- 11 Traditionele vormen / 25
- 12 Nieuwe vormen / 30
- 13 Ongeoorloofde mededinging / 33
- 14 Samenloop / 43
- 15 Balans / 46

HOOFDSTUK 4

Intellectuele eigendom en burgerlijk recht – Techniek / 49

- 16 Belangen / 49
- 17 Rechtsuitoefening algemeen / 51

- 18 Rechtsuitoefening specifiek / 57
- 19 Handhaving / 64
- 20 Exploitatie / 72
- 21 Balans / 82

HOOFDSTUK 5

Intellectuele eigendom en (her)codificatie / 85

- 22 Boek 9: Meijers' visie en aanpak / 85
- 23 Meijers' benadering ter discussie / 87
- 24 Debat gesloten en heropend / 89
- 25 Actualiteit / 92
- 26 Balans / 93

HOOFDSTUK 6

Intellectuele eigendom in de 21ste eeuw / 97

- 27 Slotbeschouwing / 97

Literatuurregister / 103

Boeken/bijdragen in boeken/losbladige uitgaven/rapporten / 103
Tijdschriftartikelen/voordrachten / 120

Rechtspraakregister / 131

Artikelenregister / 135

Trefwoordenregister / 141

Monografieën BW / 145

ENKELE AFKORTINGEN

AA	Ars Aequi
ACTA	Anti-Counterfeiting Trade Agreement
A-G	Advocaat-generaal
ALAI	Association littéraire et artistique internationale
AMI	Informatierecht AMI Tijdschrift voor auteurs-, media- en informatierecht (voortzetting van AMR)
AMR	Auteursrecht Tijdschrift voor auteurs-, media- & informatierecht
ARI	Auteursrechtrichtlijn
Aw	Auteurswet (1912)
BC	Berner Conventie 1886
Benelux	Samentrekking van België, Nederland en Luxemburg, sedert 2010 Benelux Unie
BenGH	Benelux-Gerechtshof
Bie	Berichten industriële eigendom
BIE	Bijblad bij de Industriële Eigendom
BiotechRL	Biotechrichtlijn 98/44
BMW	Eenvormige Beneluxwet op de merken
BTMV	Benelux-verdrag inzake tekeningen of modellen
BTMW	Eenvormige Beneluxwet inzake tekeningen of modellen
BuPo	Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten
BVIE	Benelux-verdrag inzake de intellectuele eigendom
BW	Burgerlijk Wetboek
CISG	Convention of International Sale of Goods
CompRL	Computerprogramma's richtlijn
CR	Tijdschrift voor Informatica, Telecommunicatie en Recht
CvG	Conventie van Genève
CvR	Conventie van Rome
DbRL	Databankrichtlijn
DCFR	Draft Common Frame of Reference
Dw	Databankenwet
EC	Europese Commissie
EER	Europese Economische Ruimte
EEX	EG-Executieverdrag
EG	Europese Gemeenschap(pen)
EG-Verdrag	Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens

EIPR	European Intellectual Property Review
EOB	Europees Octroobureau
EOV	Europees Octrooiverdrag
EU	Europese Unie
EVRM	Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden
GMeVo	Gemeenschapsmerken Verordening
GModVo	Gemeenschapsmodellen Verordening
GOV	Gemeenschapsoctrooiverdrag
GRUR (Int.)	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Internationaler Teil)
Handvest	Handvest van de grondrechten van de Europese Unie
Hf	Gerechtshof
HhRL	Handhavingsrichtlijn
Hnw	Handelsnaamwet
HR	Hoge Raad
HvJ EG	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen
HvJ EU	Hof van Justitie van de Europese Unie
i.e.	intellectuele eigendom
IER	Intellectuele eigendom en reclamerecht
IP-Suppl.	UNCITRAL IP-Supplement
IVBPR	Internationaal verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten
IVESC	Internationaal verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten
Jur.	Jurisprudentie Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen
KB	Koninklijk Besluit
KG	Kort Geding
LG	UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions
LUVI	Loi Uniforme sur la formation des contrats de Vente Internationale des objets mobiliers corporels
Mf	Mediaforum
ModRL	Modellenrichtlijn
MRI	Merkenrichtlijn
MvA	Memorie van antwoord
MvT	Memorie van toelichting
MvV	Maandblad voor Vermogensrecht
MW	Mededingingswet
NBW	Nieuw Burgerlijk Wetboek
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NTBR	Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht
NTER	Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht
OMPI	Organisation Mondiale pour la protection de la Propriété Intellectuelle
OR	Octrooiraad
PbEG	Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen

PbEU	Publicatieblad van de Europese Unie
PCT	Verdrag tot samenwerking inzake octrooien (Patent Cooperation Treaty)
Pr1	Eerste Protocol EVRM
Pres.	President van de rechtbank
Rb.	Rechtbank
RMThemis	Rechtsgeleerd Magazijn Themis
ROW 1910	Rijksoctrooiwet 1910
ROW (1995)	Rijksoctrooiwet 1995
Rv	Wetboek van burgerlijke rechtsvordering
RvdW	Rechtspraak van de Week
RvE	Raad van Europa
SEW	Sociaal Economische Wetgeving (Tijdschrift voor Europees en economisch recht)
Stb.	Staatsblad
TM	Toelichting Meijers
TopRL	Topografierichtlijn
TopW	Topografiëenwet
Trb.	Tractatenblad
TRIPS-V	Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights
TVVS	Maandblad voor ondernemingsrecht en rechtspersonen
Tw	Topografiewet
UAC	Universele Auteursrecht Conventie
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
UNESCO	United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization
UPOV	Unie Verdrag tot bescherming van kweekprodukten
UvP	Unieverdrag van Parijs 1883
UVRM	Universele verklaring van de rechten van de mens
VvA	Vereniging voor Auteursrecht
VWEU	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie
Vzr.	Voorzieningenrechter
WHO	Wereldhandelsorganisatie
WIPO	World Intellectual Property Organization
WIPO AV	WIPO Auteursrechtverdrag
WIPO V	Verdrag tot oprichting van de Wereldorganisatie voor de Intellectuele Eigendom 1967
WNR	Wet op de naburige rechten
WODC	Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum (Ministerie van Justitie)
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
WvK	Wetboek van Koophandel
ZPW	Zaaizaad- en Plantgoedwet

HOOFDSTUK 1

Inleiding

1 Opzet

Handboeken over burgerlijk recht plegen vrijwel geen, en zo al, dan slechts incidenteel, aandacht te besteden aan de intellectuele eigendom (hierna ook aangeduid als i.e.). Volstaan wordt gewoonlijk met te wijzen op het bijzondere karakter van dit rechtsgebied als onderdeel van het vermogensrecht en dit waar het uitkomt met een voorbeeld te illustreren (zo onder meer bij overdracht, zekerheid of beslag). Het onderwerp wordt traditioneel ondergebracht bij het handelsrecht, maar ook daar veelal alleen inleidend behandeld, waarbij dan soms het auteursrecht nog weer wordt uitgezonderd.

Reeds De Beaufort 1909, p. 77, signaleerde de *status aparte* van het auteursrecht: “Wel kan niemand ontkennen, dat het auteursrecht, zoals dat nu eenmaal in de wet is geregeld, tot het privaatrecht behoort; doch men schijnt het toch nog steeds als iets buitenafs te beschouwen. In de voornaamste handboeken over ons burgerlijk recht vindt men er meestal slechts terloops enige opmerkingen aan gewijd, die dan nog hoofdzakelijk moeten strekken om aan te toonen, dat het geen eigendom is; eene eigen plaats in het rechtssysteem keurt men het blijkbaar nog niet waardig.” Zie voorts onder meer Meijers 1947 en Van Nieuwenhoven Helbach c.s. 1989, p. 1, het auteursrecht uitdrukkelijk buiten beschouwing latend in hun aan de industriële eigendom en het mededingingsrecht gewijde commentaar; Gielen (red.), *Kort Begrip* 2017, p. 1-2. Anders uitdrukkelijk Verkade 1986, p. 7-8, en Gielen 1994. Vergelijk Holzhauser 2005, p. 15, die spreekt van het recht met betrekking tot intellectuele rechten; Geerts 2017 (nr. 2), tot de intellectuele eigendom ook het mededingingsrecht rekenend.

De intellectuele eigendom wordt bijgevolg hoofdzakelijk in daaraan gewijde monografieën behandeld. Maar dat mag niet uit het oog doen verliezen dat het uit rechtssystematisch en rechtsdogmatisch oogpunt wel degelijk om privaatrecht gaat in de daaraan onder vigeur van het BW van 1992 te geven betekenis. Privaatrecht dus in de betekenis van burgerlijk recht, mede omvattend dat wat in het systeem van het BW en het WvK van 1838 werd aangeduid als burgerlijk recht en handelsrecht.

Het onderscheid tussen burgerlijk recht en handelsrecht moge dan met het nieuwe BW rechtssystematisch (geheel) en rechtsdogmatisch (ten dele) zijn afgeschaft, hier wordt de mening gedeeld van diegenen die stellen dat daarmee de rechtswerkelijkheid geweld wordt aangedaan. Bovendien lost integratie van beide rechtsgebieden als gevolg van de ‘verhandelsrechtelijking’ (Vranken) van het burgerlijk recht zoals deze de achterliggende decennia heeft plaatsgevonden en door het huidige BW wordt weerspiegeld, de klaarblijkelijke tegenstelling alleen maar optisch op. Iets anders is – en dat lijkt de waarschuwing van Molengraaff in 1883 tegen accentuering van de tegenstelling in te houden – dat tussen burgerlijk recht en handelsrecht, speciaal waar het de algemene beginselen betreft, een hechte band bestaat. Maar dat laat onverlet dat bijvoorbeeld de status van contractspartijen of de aard van een transactie ertoe kan leiden die beginselen op een autonome manier toe te passen.

Zie Molengraaff 1978-I. Zie voorts over de samensmelting van burgerlijk recht en handelsrecht Vranken 1988; Klomp 1998; Klomp e.a. 2000; Hartkamp 2010, nr. 12.

Al is er dan – vrij naar De Beaufort – voldoende aanleiding om de intellectuele eigendom zijn eigen plaats te wijzen binnen het geheel van het burgerlijk recht, daarmee is nog niet gezegd wat daarvoor binnen de reeks Monografieën BW de meest aangewezen manier is. Dat lijkt om een aantal redenen niet te zijn een inhoudelijke bespreking van het materiële recht van de verschillende onderdelen van de intellectuele eigendom. Ook al kan een inhoudelijke toelichting op de afzonderlijke i.e.-rechtsgebieden niet geheel worden gemist, het moet naar het hier ingenomen standpunt toch vooral gaan om een zowel externe als interne systematische en dogmatische afstemming van de intellectuele eigendom op het burgerlijk recht in het algemeen, en van de afzonderlijke onderdelen van de intellectuele eigendom op elkaar. Die afstemming is van belang zowel wanneer de intellectuele eigendom ooit geheel of ten dele in het BW zou worden geïncorporeerd als wanneer dat niet het geval is. Vragen echter die te maken hebben met de concrete toepassing van het auteursrecht, het octrooirecht of het merkenrecht en waaraan geen algemene burgerlijkrechtelijke aspecten verbonden zijn, vallen buiten het bestek van deze monografie.

Zie voor een beknopt inleidend overzicht van het Nederlandse materiële recht met betrekking tot de intellectuele eigendom dat zich goed naast deze monografie laat lezen Geerts 2017.

Bij de uitwerking van die centraal te stellen externe en interne systematische en dogmatische afstemming wordt een gedeeltelijk cursorische (hoofdstuk 3), gedeeltelijk thematische (hoofdstuk 4) benadering gevolgd, een en ander voorafgegaan door een historische plaatsbepaling (hoofdstuk 2), en afgerond met een beschouwing over de wenselijkheid en de mogelijkheid van het alsnog invoeren van een speciaal aan de intellectuele eigendom te wijden Boek 9 BW (hoofdstuk 5).

Vanwege het exemplarische karakter van het auteursrecht, het octrooirecht en het merkenrecht voor de overige onderdelen van de intellectuele eigendom zal in het vervolg van deze monografie, tenzij uitdrukkelijk anders wordt aangegeven, telkens aan deze drie onderdelen worden gerefereerd wanneer in algemene zin wordt gesproken over intellectuele eigendom.

2 Begripsvorming en terminologie

Binnen het systeem van het burgerlijk recht vallen de intellectuele eigendom als geheel en de daartoe behorende intellectuele-eigendomsrechten afzonderlijk onder respectievelijk het objectieve vermogensrecht in de zin van Boek 3 BW en de absolute subjectieve vermogensrechten in de zin van art. 3:6 BW. De term 'intellectuele eigendom' is generiek; eronder vallen:

- het auteursrecht, geregeld in de Auteurswet (Aw);
- de naburige rechten, geregeld in de Wet op de naburige rechten (WNR);
- het octrooirecht, sedert 2004 geregeld in de Rijsoctrooiwet 1995 (ROW);
- het kwekersrecht, geregeld in de Zaaizaad- en Plantgoedwet (ZPW);
- het merkenrecht en tekeningen of modellenrecht, geregeld in het Benelux-verdrag inzake de intellectuele eigendom (BVIE).
- het handelsnaamrecht, geregeld in de Handelsnaamwet (Hnw);
- het topografieënrecht, geregeld in de Wet op de topografieën van halfgeleiderproducten (Tw);

- het recht met betrekking tot databanken, geregeld in de Databankenwet (Dw).

Bovenstaande opsomming is in overeenstemming met de catalogus van rechten waarop de eerste en nog steeds kaderstellende internationale regelgeving van de intellectuele eigendom in het Unieverdrag van Parijs 1883 (UvP) en de Berner Conventie 1886 (BC) betrekking heeft, en spoort met desbetreffende Europeesrechtelijke regelgeving.

Voorts dient voor ogen te worden gehouden dat de intellectuele eigendom een hecht verband vormt met het recht inzake de ongeoorloofde mededinging – zie over de relatie tussen intellectuele eigendom en ongeoorloofde mededinging hoofdstuk 3, nr. 12. In dit verband verdient vermelding dat het in Nederland lange tijd gebruikelijk is geweest om een onderscheid te maken tussen de intellectuele eigendom en de industriële eigendom, om reden van het inmiddels verlaten standpunt dat alleen het industriële eigendomsrecht mede betrokken zou zijn op de concurrentiestrijd, terwijl het auteursrecht zich niet in de eerste plaats op de belangen van het bedrijfsleven zou richten – zie hoofdstuk 3, nr. 9 (Rechtsgrond en rechtskarakter).

Zie bijvoorbeeld nog Wichers Hoeth 1966, p. x.

De term 'intellectuele eigendom' is zowel internationaal als nationaal ingeburgerd. Dit geldt om te beginnen voor het gebruik van de term 'intellectuele eigendom' voor het gehele gebied van de in deze monografie te behandelen exclusieve rechten. Die term is voor het eerst in zijn actuele betekenis geïntroduceerd door het Verdrag tot oprichting van de Wereldorganisatie voor de Intellectuele Eigendom 1967 (WIPO-V). Daarmee werd het tot dan toe op de voet van respectievelijk het UvP en de BC gemaakte onderscheid tussen industriële eigendom en intellectuele eigendom opgeheven.

In art. 2 (viii) WIPO-V wordt de term 'intellectuele eigendom' gebruikt als overkoepelende aanduiding voor het auteursrecht en de industriële-eigendomsrechten in de ruimste zin en dusdoende mede omvattende de ongeoorloofde mededinging. Zie voorts WIPO 1997, p. 3-5. Het moet overigens worden betwijfeld of de door het WIPO V (art. 2 (viii)) en het UvP (art. 1 jo. art. 10bis) genoemde ongeoorloofde mededinging zowel als de door het in nr. 3 te bespreken TRIPS-V (art. 1 jo. art. 22-23 en art. 39) genoemde geografische aanduidingen en bedrijfsgeheimen naar Europees en Nederlands recht ook onder de term 'intellectuele eigendom' (moeten) vallen. Binnen de EU bestaat gelijkelijke onduidelijkheid over het toepassingsbereik van de Antipiraterij Verordening en de Handhavingsrichtlijn. Zie Cottier & Véron 2014.

De rangschikking van de betreffende Nederlandse wetgeving is dan ook niet willekeurig. Onder de industriële eigendom valt ook *sui generis*-wetgeving zoals het recht met betrekking tot topografieën en databanken – zie daarover nader hoofdstuk 3, nr. 12 (Nieuwe vormen).

Het gebruik van de term 'intellectuele eigendom' levert voor Nederland een terminologisch probleem op, nu sedert de invoering van het huidige BW de term 'eigendom' uitsluitend betrekking heeft op stoffelijke voorwerpen. Zie art. 3:2 jo. art. 5:1 BW. Zaken zijn aldus de voor menselijke beheersing vatbare stoffelijke objecten. Eigendom in de daar gebezigde zin ziet bijgevolg uitsluitend op het meest omvattende recht dat een mens op een zaak kan hebben. Daarmee valt het rechtsobject van de intellectuele eigendom nadrukkelijk buiten het beschermingsbereik van de 'gewone' eigendom. Het is echter onwaarschijnlijk dat het binnen de cultuur van de intellectuele eigendom gangbare juridische spraakgebruik zich zal laten verdrijven door deze particulariteit van de NBW-wetgever, zoals Verkade 1992, p. 4, terecht opmerkt.

Mogelijk ter voorkoming van dit terminologische probleem is door Meijers 1948 destijds als aanduiding van de desbetreffende rechten de term 'rechten op voortbrengselen van de geest' voorgesteld. Die term heeft echter geen ingang gevonden. In de begripsvorming van het BW zijn i.e.-rechten dus vermogensrechten die behoren tot de categorie goederen uit art. 3:1 BW. Zie over dit alles nader hoofdstuk 3, nr. 9 (Rechtsgrond en rechtskarakter), en hoofdstuk 5.

Koumantos 1997, p. 40, wijst erop dat de term '*intellectual property*' in internationaal verband oorspronkelijk alleen werd gebruikt voor auteursrecht, octrooirecht en merkenrecht. Daarbij stond als gemeenschappelijk kenmerk centraal het onstoffelijke, immateriële karakter van deze rechten. Dit centrale kenmerk maakte het mogelijk, aldus Koumantos, om de term, hij schrijft het 'concept', te verbreden: "This enlargement extends the concept to (a) rights which already existed but were not systematically categorized and (b) rights newly recognized as a result of technological development – where the object of a right transcends tangible support, that right is (or should be) in the concept of intellectual property."

Het intellectuele-eigendomsrecht bestaat in beginsel alleen bij gratie van het geschreven internationale en nationale recht. Voor aanvullende werking op basis van het ongeschreven recht bestaat dan ook slechts beperkte ruimte vanwege het beginsel van de negatieve reflexwerking – zie daarover nader hoofdstuk 3, nr. 13 (Ongeoorloofde mededinging).

3 Internationale context

De intellectuele eigendom kan niet worden besproken zonder daarbij de internationale context te betrekken waarin toekenning en uitoefening daarvan plaatsvinden. En dit zowel op mondiaal als op Europees niveau.

Zie bijvoorbeeld Hesse 2002; WIPO 1997; Quaadvlieg 2007; Visser & van der Kooij 2013 (sprekend van 'rechtsvinding in een meerlagige rechtsorde'); Cottier & Véron 2014.

De grondslagen voor het internationale raamwerk van de intellectuele eigendom zijn gelegd in de 19de eeuw met de totstandkoming van het Unieverdrag van Parijs (UvP) en de Berner Conventie (BC). Sedertdien zijn deze verdragen vele malen gewijzigd en aangepast aan nieuwe ontwikkelingen, terwijl bovendien verschillende andere verdragen op mondiaal en regionaal niveau tot stand zijn gekomen zoals de Universele Auteursrecht Conventie (UAC) en het verdrag inzake Traderelated aspects of intellectual property rights (TRIPS-V). Ook komt voor een combinatie van mondiaal en regionaal recht, zoals op het gebied van het octrooirecht waar het Verdrag tot samenwerking inzake octrooien (Samenwerkingsverdrag, ook Patent Cooperation Treaty (PCT) genoemd) en het Europees Octrooiverdrag (EOV), opgevolgd door de nog niet inwerking getreden Verordening unitair octrooi (VUO, voor de handhaving waarvan een Eengemaakt Octrooigerecht (ook: Unified Patent Court (UPC)) bevoegd zal zijn) leidend zijn. In feite is op dit moment sprake van een complex geheel van deels mondiale, deels regionale internationale regelgeving.

Deze complexiteit wordt voor Europese regelgeving nog vergroot doordat op deelgebieden (zoals het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) van de Raad van Europa (RvE), en regelgeving welke is afgekomen binnen de EU of de Benelux), eigen, afzonderlijke rechtspraak bestaat van respectievelijk het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM), het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) en het Benelux-Gerechtshof (BenGH). Regelgeving en rechtspraak die elkaar weer kunnen overlappen dan wel met

elkaar kunnen samenlopen, zoals op het gebied van de grondrechten, waarvoor niet slechts het EVRM en het EHRM van belang zijn, maar op grond van art. 17(2) en 52 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (Handvest) niet minder de Europese Commissie (EC) en het HvJ EU hun stempel drukken. Een en ander komt nader ter sprake in de opvolgende hoofdstukken en nummers, in het bijzonder in hoofdstuk 2, nr. 7 (Rechtsvorming), hoofdstuk 3, nr. 14 (Samenloop), hoofdstuk 4, nr. 19 (Handhaving), hoofdstuk 5, nr. 25 (Actualiteit) en hoofdstuk 6, nr. 27 (Slotbeschouwing).

Algemene informatie over regelgeving met betrekking tot de bescherming van intellectuele eigendomsrechten in de EU is te vinden op de internetpagina Intellectual Property van de Europese Commissie, op de internetpagina Intellectuele eigendomsrechten van de website Uw Europa, en op de website Rijksoverheid.nl onder Bescherming intellectueel eigendom.

De betekenis van het feit dat de intellectuele eigendom is ingebed in een internationale context is, dat daardoor de speelruimte voor de Nederlandse wetgever en de Nederlandse rechter om eigen wegen te gaan is beperkt. Het is daarom van belang enkele hoofdpunten te noemen waarop zowel de toekenning als de uitoefening van de intellectuele eigendom is onttrokken aan, dan wel is geclausuleerd door internationale regelgeving c.a.

– *Toekenning; assimilatie, minimumbescherming en meestbegunstiging*

De toekenning van rechten is aan de orde daar waar verdragen (o.a. art. 2 UvP, art. 5 BC, art. 3 TRIPS-V) dwingend voorschrijven dat onderdanen van andere lidstaten gelijk behandeld moeten worden als de eigen onderdanen en wel op basis van een even dwingend voorgeschreven minimaal beschermingsniveau. Lidstaten zijn gerechtigd een hoger beschermingsniveau dan voorgeschreven door een verdrag aan te houden en zijn dan verplicht dat hogere niveau ook aan onderdanen van andere lidstaten aan te bieden. Het TRIPS-V kent behalve het assimilatiebeginsel (ook: gelijkheidsbeginsel of nationale behandeling) nog het beginsel van de bevoorrechte handelspartij (ook: meestbegunstigingsbeginsel): onderdanen van de overige lidstaten krijgen dezelfde handelsvoordelen met betrekking tot hun intellectuele-eigendomsrechten als een lidstaat toekent aan de onderdanen van enige andere lidstaat (art. 4).

De beginselen van assimilatie en minimumbescherming beïnvloeden dus inhoud en omvang van de nationale bescherming van intellectuele-eigendomsrechten. Tot het terrein van toekenning van intellectuele-eigendomsrechten moeten ook worden gerekend verdragsbepalingen en bijbehorende rechtspraak ter zake van de mogelijkheid om bij een verdrag gegarandeerde rechten nationaalrechtelijk te beperken (bijv. art. 9 lid 2 BC, art. 10 WIPO-AV). Dergelijke restricties komen ook voor in EG- en EU-regelgeving (bijvoorbeeld art. 13 DbRL, dat ruimte lijkt te bieden voor aanvullende beperkingen op die welke art. 9 toelaat met betrekking tot het zogeheten *sui generis* extractie- en hergebruikrecht; art. 5 ARI dat op één beperking na een limitatieve serie facultatieve restricties mogelijk maakt op het exclusieve verveelvoudigingsrecht).

– *Bestaan; uitoefening; handhaving; uitputting en specifieke voorwerp*

Voor het bestaan en de uitoefening van intellectuele-eigendomsrechten is van belang de Europeesrechtelijke notie die inhoudt dat intellectuele-eigendomsrechten niet mogen worden uitgeoefend in strijd met wat hun kern, dat wil zeggen hun specifieke voorwerp,

inhoudt. De zogeheten specifiekevoorwerpjurisprudentie heeft het Hof van Justitie EG (thans Hof van Justitie EU) ontwikkeld bij de uitleg van art. 36 EG-Verdrag (thans art. 36 VWEU). Uit dit artikel wordt afgeleid dat het vrije verkeer van goederen kan worden beperkt, mits die beperkingen gerechtvaardigd zijn uit hoofde van de 'industriële en intellectuele eigendom'. Het Hof maakt daarbij onderscheid tussen *het bestaan* van intellectuele-eigendomsrechten en *de uitoefening* ervan. Met het bestaan van die rechten laat het EG-Verdrag zich niet in, maar de uitoefening kan ongeoorloofd zijn, indien zij niet wordt gerechtvaardigd door het 'specifieke voorwerp' van het desbetreffende intellectuele-eigendomsrecht. Het Hof gebruikt het concept 'specifieke voorwerp' van een intellectueel-eigendomsrecht dus om daarmee te verwijzen naar een bepaald intrinsiek aspect van het recht, dat niet mag worden aangetast door het vrije verkeer van goederen. Ten aanzien van verschillende intellectuele-eigendomsrechten heeft het Hof aangegeven wat onder het specifieke voorwerp ervan moet worden verstaan. Het onderscheid tussen bestaan en uitoefening van een i.e.-recht vult de ruimte die de rechtspraak van het Hof bij toepassing van art. 36 EG-Verdrag (thans art. 36 VWEU) aan de nationale wetgever en de nationale rechter heeft gelaten bij het inrichten van het eigen intellectuele-eigendomsrecht. De notie 'specifieke voorwerp' is in de literatuur omstreden, maar wordt door het Hof in constante jurisprudentie toegepast. Zie bijvoorbeeld HvJ EG 31 oktober 1974, *BIE* 1975/1, p. 19-26 (*Centrafarm/Winthrop*), ter zake van merken tot het specifieke voorwerp van het merkenrecht rekenend het merk te gebruiken voor het als eerste in het verkeer brengen van een product en de merkgerechtigde aldus beschermend tegen concurrenten die van de positie en de reputatie van het merk misbruik zouden willen maken door van dit merk valselijk voorziene producten te verkopen. En voorts op dezelfde dag HvJ EG 31 oktober 1974, *NJ* 1975/58; *BIE* 1975/1, p. 5-19 (*Centrafarm/Sterling Drug*), het specifieke voorwerp van het octrooirecht omschrijvend als het recht van de octrooihouder om een geoctrooieerd product als eerste in het verkeer te brengen, alsmede het recht om zich tegen elke vorm van namaak te verzetten. Ook in het auteursrecht komt in de rechtspraak van het Hof verwijzing naar het specifieke voorwerp incidenteel voor. Zo in HvJ EU 3 juli 2012, *AMI* 2013/2, p. 76-83 (*UsedSoft/Oracle*), in rechtsoverweging 62 ter zake van het distributierecht in het auteursrecht oordelend dat dit recht moet worden beperkt tot hetgeen noodzakelijk is voor het behoud van het specifieke voorwerp van de betrokken industriële eigendom (sic!, FWG); zie daarover Senftleben 2013 en Grosheide 2013. Zie voorts in algemene zin Gielen (red.), *Kort Begrip* 2017, nr. 8, p 9; Geerts 2015, p. 24-26.

De handhaving van intellectuele-eigendomsrechten is een belangrijk onderdeel van het TRIPS-V (deel III). De lidstaten zijn gehouden hun procesrecht en sanctioneringsinstrumenten in overeenstemming te brengen met de voorschriften van dit verdrag. Dit heeft ertoe geleid dat Nederland speciale voorzieningen heeft getroffen voor de afstemming op elkaar van kortgeding- en bodemprocedure in intellectuele-eigendomszaken. Het verdrag heeft voorts de EU geïnspireerd tot het afkondigen van de Handhavingsrichtlijn (HhRL), binnen welke raamwerk beperkte ruimte bestaat voor eigen nationaalrechtelijke regels, bijvoorbeeld ter zake van de sanctionering van inbreuken (zie art. 16). Betrokken op uitoefening en handhaving van beide is de zogeheten driestappentoets: rechtsuitoefening en dus handhaving van intellectuele-eigendomsrechten is ook in geval van toepasselijke beperkingen slechts mogelijk in bepaalde bijzondere gevallen, mits geen afbreuk wordt gedaan aan de normale exploitatie van het recht, en de gerechtvaardigde belangen van

de rechthebbende niet worden geschaad. Zie nader hoofdstuk 4, nr. 18 (Rechtsuitoefening specifiek). De handhaving van intellectuele eigendomsrechten kan onder omstandigheden ook afstuiten op een afweging van belangen vanuit grondrechtelijk perspectief. Zie nader hoofdstuk 4, nr. 19 (Handhaving).

Uitputting – nader te bespreken in hoofdstuk 4, nr. 18 – houdt op het gebied van de intellectuele eigendom in dat onder bepaalde, specifiek aangegeven omstandigheden een intellectueel-eigendomsrecht niet meer kan worden uitgeoefend. Wannéér zich echter uitputting voordoet, is een omstrede kwestie die bijvoorbeeld in het kader van de onderhandelingen over het TRIPS-V niet kon worden opgelost (zie art. 6). Uitputting is ook nadrukkelijk aan de orde in Europese regelgeving, zoals die op het gebied van auteursrecht, naburige rechten en merkenrecht.

– *Rechtstreekse werking en richtlijnconforme uitleg; Francovich-aansprakelijkheid*

Internationaal recht in het algemeen richt zich in beginsel tot de nationale staten die zich daarbij door het sluiten van verdragen hebben aangesloten. Het internationale recht stelt zich in beginsel neutraal op ten aanzien van de wijze waarop de naleving van internationaalrechtelijke verplichtingen nationaalrechtelijk wordt verzekerd. Het nationale recht is vrij in de wijze waarop dit gebeurt. Zolang het maar nageleefd wordt, stelt het internationaal recht geen bijzondere eisen aan de wijze waarop dit geschiedt. Nationale staten verschillen dan ook op dit punt. Voor Nederland geldt dat het internationale recht in het algemeen zonder nadere transformatie in de eigen rechtsorde geldt (zogenoeten monisme; art. 93 Gw). Dergelijke internationale regelgeving is ook op het gebied van de intellectuele eigendom, ongeacht de wijze van incorporering daarvan in het nationale recht, rechtstreeks van toepassing. Dat is zo voor het UvP en de BC, en evenzeer voor zover het betreft bijzonder verdragsrecht (zoals op het gebied van het octrooirecht bijvoorbeeld het Europees Octrooiverdrag (EOV) inzake de octrooiverlening, waarmee de ROW 1995 in overeenstemming is gebracht). Binnen de EG/EU is dit het geval voor primaire wetgeving (zoals op het gebied van het merkenrecht bijvoorbeeld de Merkenverordening 2015). Gesproken wordt dan van rechtstreekse werking van het Europese recht.

Anders echter is de situatie wanneer harmonisatie van nationaal recht binnen de EU wordt nagestreefd met behulp van het richtlijninstrument. In een dergelijk geval is een bijzonder Europeesrechtelijk leerstuk van toepassing: richtlijnconforme uitleg door de nationale rechter. Zie onder meer Wissink 1999. Wissink omschrijft de problematiek als volgt (p. 2): “Als de richtlijn in het nationale recht is omgezet, moet het nationale recht vervolgens in overeenstemming daarmee worden uitgelegd en toegepast. Maar ook als de richtlijn niet tijdig of niet correct in het nationale recht is verwerkt, dient zij nog zoveel mogelijk tot haar recht te komen. Daartoe heeft het Europese recht handhavingsmechanismen ontwikkeld, waarvan de toepassing in handen van de nationale rechter ligt: directe werking, richtlijnconforme interpretatie en *Francovich*-aansprakelijkheid. De ratio van een en ander is de noodzaak van een uniforme toepassing van het EG-recht in de verschillende lidstaten en de effectieve bescherming van rechten die particulieren aan richtlijnen kunnen onttelen.” Opmerking verdient dat volgens vaste rechtspraak het nationale recht weliswaar richtlijnconform dient te worden uitgelegd, maar een dergelijke uitleg mag niet leiden tot een interpretatie die strijdig is met de tekst van de nationale

wet. Zie HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1780 (*Albron/FNV*), in r.o. 3.4.4 verwijzend naar HvJ EU 4 januari 2012, C-282/10 (*Dominguez*).

Van *Francovich*-aansprakelijkheid van de overheid jegens particulieren is sprake, indien een lidstaat niet voldoet aan de uit het verdragsrecht voortvloeiende verplichting om alle maatregelen te nemen die nodig zijn om het door een richtlijn voorgeschreven resultaat te bereiken en particulieren daardoor schade lijden; die schade moet worden vergoed, op voorwaarde dat (1) het door de richtlijn voorgeschreven resultaat de toekenning van rechten aan particulieren inhoudt; (2) de inhoud van die rechten op basis van de bepalingen van de richtlijn kan worden vastgesteld; (3) er een causaal verband bestaat tussen de schending van de op de staat rustende verplichting en de door de benadeelde personen geleden schade. Blijkens de literatuur is lange tijd op verschillende rechtsterreinen betrekkelijk snel door het Hof aansprakelijkheid aangenomen. Uit het *Peter Paul/Duitsland*-arrest (HvJ EG 12 oktober 2004, C-222/02, AB 2005, 17, m.nt. Widdershoven) wordt echter afgeleid dat de nieuwe, strengere lijn voor *Francovich*-aansprakelijkheid inhoudt dat met de geschonden norm specifiek beoogd moet zijn de belangen van individuen te beschermen, voordat er sprake kan zijn van 'rechten van particulieren' en een succesvolle aansprakelijkstelling.

Richtlijnconforme uitleg vraagt dus van de Nederlandse rechter dat hij zijn nationale recht, zowel ingeval dit door implementatie aan het Europese recht is aangepast als ingeval dit niet of niet juist is gebeurd, zo veel mogelijk uitlegt en toepast in het licht van de bewoordingen en het doel van toepasselijke Richtlijnen. Zie HvJ EG 13 november 1990, C-106/89, *Jur. I* 1990, p. I-4135 (*Marleasing*), en recenter HvJ EG 5 oktober 2004, C-397/01-C-403/01 (*Pfeiffer*), overwegende als volgt: "113. De nationale rechter moet (...) bij de toepassing van het nationale recht, en met name bij een speciaal ter uitvoering van een richtlijn vastgestelde nationale regeling, het nationale recht zoveel mogelijk uitleggen in het licht van de bewoordingen en het doel van de betrokken richtlijn (...)." Het EU-recht is dus in beginsel bepalend voor de inhoud van het Nederlandse i.e.-recht, zij het dat de grens is bereikt waar richtlijnconforme uitleg zou leiden tot uitspraken *contra legem*. Zie ook HR 19 juni 2009, LJN BH7602 (*Buma/Chellomedia*) en Hof 's-Gravenhage 15 november 2010, LJN B03980 (*Eyeworks/FTD*) met betrekking tot het auteursrecht. Daarbij vormt een speciaal probleem, ook op het gebied van de intellectuele eigendom, de al dan niet binnen het systeem van richtlijnconforme uitleg bestaande ruimte voor toepassing door de rechter van nationaal ongeschreven recht. In de Nederlandse situatie valt daarbij bijvoorbeeld te denken aan toepassing van de redelijkheid en billijkheid in verband met de beperkingen op het auteursrecht zoals aan de orde in HR 20 oktober 1995, *NJ* 1996/682; *IER* 1995/6, p. 223-229 (*Dior/Evora*). Dit arrest is echter gewezen voordat de ARI was ingevoerd en het staat dan ook niet vast of het zijn gelding heeft behouden, en wellicht reeds geen gelding had in een geval waarin het Europese recht uitgaat van een gesloten stelsel van beperkingen zoals in de Databankenrichtlijn (DbRL).

Zie Betlem 1994 en 2007; Hugenholtz 2000; Keus 2010; Besselink 2014; Asser/Hartkamp 3-I 2015.

4 Afbakening van rechtsgebieden

Er is allerlei regelgeving op aan de intellectuele eigendom in eigenlijke zin verwant gebied die in deze monografie niettemin ten principale buiten beschouwing blijft.

Dat is allereerst het geval met door WIPO voorbereide maar internationaal nog niet uitonderhandelde regelgeving op een wel besproken gebied of een aanverwant gebied, zoals bijvoorbeeld de bescherming van traditionele en inheemse kennis. Dat is voorts het geval met regelgeving ter zake van de nationale culturele identiteit, waarmee zich in internationaal verband onder meer de UNESCO bezighoudt.

Zie over de juridische bescherming van culturele identiteit Grosheide & Brinkhof 2002; verder onder meer Riley 2004; Yu 2008; WIPO 2009, www.wipo.int. Zie voor binnen het verband van UNESCO bestaande en in voorbereiding zijnde internationale regelgeving ter zake van de bescherming van culturele uitingen onder meer Craufurd Smith 2004; Grosheide 2008, p. 151-158; Belder 2014. Zie voorts Senftleben 2017 naar aanleiding van de *Vigeland*-uitspraak van het EFTA Gerechtshof (EFTA Gerechtshof 6 april 2017, zaak E-5/16, Municipality of Oslo (*Vigeland*)), concluderend p. 175, dat dit een mijlpaal is ten aanzien van de preservering van het publieke domein van culturele creaties (geen merkenrechtelijke bescherming voor van auteursrecht vrijgevallen werken).

Evenmin ten principale wordt besproken het recht met betrekking tot informatietechnologie, hoewel de band tussen dit zogeheten internetrecht en de intellectuele eigendom onmiskenbaar is.

Zie over dit rechtsgebied onder meer Van der Hof c.s. (red.) 2014; De Wit c.s. 2015.

Ten slotte valt ook buiten het bestek van deze monografie het communicatie- en mediarecht, dat wat betreft het nationale recht in Europa steeds meer gestalte krijgt in de context van de EU en de Raad van Europa. Voor beide rechtsgebieden geldt meer dan dat dit geldt voor de intellectuele eigendom in eigenlijke zin, dat sprake is van sterke vervlechting van privaatrechtelijke en publiekrechtelijke regelgeving. Het accent op die publiekrechtelijke insteek is aanleiding om beide rechtsgebieden buiten beschouwing te laten in deze primair aan de privaatrechtelijke bescherming van – in Meijers' terminologie – voortbrengselen van de geest gewijde monografie.

Zie over het communicatie- en mediarecht Grosheide & De Cock Buning 2007. Vervlechting van publiekrecht en auteursrecht is ook aan de orde bij de regelgeving van zogeheten normalisatiemen, waarover Elferink 1998.

Bij de buiten beschouwing te laten rechtsgebieden is meer nog dan bij de intellectuele eigendom in eigenlijke zin sprake van functionele rechtsgebieden. Rechtsgebieden waarbinnen men de stof niet dogmatisch indeelt, maar rangschikt vanuit de maatschappelijke werkelijkheid waarin de uitoefening van bepaalde activiteiten in relatie tot de uitoefening van bepaalde intellectuele-eigendomsrechten plaatsvindt. Aangezien echter bij dergelijke rechtsgebieden noch in objectieve noch in subjectieve zin kan worden gesproken van een onderdeel van de rechtsstof dat zich laat afzonderen als een consistent onderdeel van het positieve recht, vallen zij buiten het bestek van deze op systematiek en dogmatiek van de intellectuele eigendom betrokken monografie.

Al blijft de aangegeven regelgeving dan ook als zodanig buiten bespreking, dit sluit niet uit dat er incidenteel naar zal worden verwezen, waarmee wordt onderstreept dat de intellectuele eigendom in enge zin ook in verschillende opzichten kan worden gekwalificeerd als functioneel rechtsgebied. Bovendien doet het eerder geschrevene er niet aan af dat ook voor de intellectuele eigendom in eigenlijke zin geldt dat de daarop

toepasselijke regelgeving op allerlei punten mede van publiekrechtelijke aard is dan wel de directe invloed van publiekrecht ondergaat (zo onder meer in de verhouding tot het constitutionele recht, in het bijzonder de mensenrechten; bij voorgeschreven aanvraag- en toetsingsprocedures; ten aanzien van registers ter bescherming van derden; ter zake van strafrechtelijke sanctionering).

Ter afronding van dit nummer past een methodologische kanttekening. Bij een bespreking van de respectievelijke onderdelen van de intellectuele eigendom kan een horizontale dan wel een verticale benadering worden gekozen. In de eerste benadering ligt het accent op de overeenkomsten van de onderscheiden rechtsgebieden; in de tweede benadering worden de daartussen bestaande verschillen als vertrekpunt genomen. In deze monografie wordt – zoals in het bijzonder ter sprake komt in hoofdstuk 3, nr. 14, over samenloop van regiem – de horizontale benadering als uitgangspunt genomen.

5 Balans

In de achtereenvolgende nummers van dit hoofdstuk is een aantal onderwerpen besproken welke evenzovele uitgangspunten vormen die leidend zijn bij de benadering van de in de opvolgende hoofdstukken te bespreken materie. Samengevat, komt het daarbij op hoofdpunten op het volgende neer:

- met betrekking tot begripsvorming en terminologie wordt aangesloten bij wat internationaal (mondiaal en Europees) gebruikelijk is (systematiek);
- dit brengt mee dat bepaalde met de intellectuele eigendom samenhangende rechtsgebieden zoals het communicatie- en mediarecht en het ict-recht ten principale buiten beschouwing blijven;
- wat Nederland betreft wordt de intellectuele eigendom geacht deel uit te maken van het privaatrecht, nader het burgerlijk en daarvan in het bijzonder het vermogensrecht dat in de EU nauwelijks of niet is geharmoniseerd;
- het intellectuele-eigendomsrecht bestaat slechts bij gratie van de internationale of nationale regelgever: het is per definitie geschreven recht met vanwege het beginsel van de negatieve reflexwerking slechts beperkte ruimte voor aanvulling door het ongeschreven recht;
- de bespreking van de in deze monografie gekozen materie wordt in beginsel geïllustreerd aan de hand van voorbeelden uit het auteursrecht, het merkenrecht en het octrooirecht vanwege hun voor het gehele gebied van de intellectuele eigendom exemplarische karakter;
- voor ogen moet worden gehouden dat de intellectuele eigendom een hecht verband vormt met het recht inzake de ongeoorloofde mededinging – dit kan zowel een beperking als een uitbreiding meebrengen van aanvullende rechtsbescherming door het ongeschreven recht;
- de intellectuele eigendom kan niet worden besproken zonder daarbij de internationale context te betrekken waarin toekenning en uitoefening van i.e.-rechten plaatsvinden – en dit zowel op mondiaal als op Europees niveau;
- het Europese niveau is een complex geheel van regelgeving en rechtspraak waarin sprake is van verschillende ‘Europa’s’ die elkaar weer gedeeltelijk overlappen: het Europa van de RvE, het Europa van de EU, het Europa van het EOv;