

1. PRESTATIEBESCHERMING

1.1 INLEIDING

De technologische ontwikkelingen staan niet stil en gaan aan het intellectuele eigendomsrecht ook niet onopgemerkt voorbij. Die ontwikkelingen en de daarmee gemoeid zijnde economische belangen brengen met zich dat een toenemend beroep op bescherming voor nieuwe prestaties gedaan wordt.¹ Daarbij blijkt dat het oude vertrouwde instrumentarium van de verschillende intellectuele eigendoms*wetten* in een aantal gevallen slechts moeizaam bescherming kan bieden aan de nieuwe prestaties die zich aandienen. De vraag rijst dan of *niet* door een intellectuele eigendoms*wet* beschermde prestaties op grond van het ongeschreven recht een vergelijkbare bescherming kunnen genieten. Deze problematiek wordt tegenwoordig met het begrip *prestatiebescherming*² aangeduid.

De kwestie is steeds actueler geworden naarmate het diensten- en informatietijdperk verder is ingetreden. Allerhande technologische ontwikkelingen hebben nieuwe immateriële voorwerpen voortgebracht en tevens de productie- en exploitatiemogelijkheden van — zowel bestaande als nieuwe - prestaties aanzienlijk uitgebreid.³ Als gevolg daarvan is het economisch zwaartepunt van de productie van lichamelijke voorwerpen verschoven in de richting van het produceren en exploiteren van immateriële voorwerpen.⁴

De jurisprudentie laat zien dat de (kort geding-)rechter zich meer en meer voor de vraag geplaatst ziet of hij aanspraken op bescherming voor nieuwe prestaties dient te honoreren. Het betreft vorderingen van eisers van diverse pluiimage, zoals organisatoren van voetbalwedstrijden, exploitanten van abonneetelevisiesystemen, uitgevers van tekstedities en samenstellers van nieuwsrubrieken.⁵ Deze prestaties

1 Vgl. *Teijl/Holzauer*, 1991, p. 7.

2 Zie ook: *Spoor/Verkade*, 1993, nr 224 e.v.

3 Vgl. *Cohen Jehoram*, AMR 1985, p. 43-45; Informatierecht/AMI 1986, p. 3; *Van Lingen*, 1986 (preadvies), p. 52; *Grosheide*, 1986, p. 115-117; *Gerbrandy*, 1988, p. 4; *Teijl/Holzauer*, 1991, p. 7; *Spoor/Verkade*, 1993, nr 7.

4 Zie bijv.: Green paper on copyright and the challenge of Technology - Copyright issues requiring immediate action, Europese Commissie, 1988, COM (88) 172; Kamerstukken, 21244, nr 3, p. 2 e.v.; *Cohen Jehoram*, Informatierecht/AMI 1989, p. 91.

5 Zie o.m.: Hof Arnhem, 18 januari 1972, NJ 1972, 297 (*DGG/Kusters*); Pres. Den Haag, 20 januari 1985, KG 1986, 92 (*FilmNet I*); HR 23 oktober 1987, NJ 1988, 310 (*KNVB/NOS*); HR 20 november 1987, NJ 1988, 311 (*Staat/Den Ouden*); Pres. Haarlem, 10 juli 1987, IER 1987, p. 99 (*NVPI/Music Rent*); HR 24 februari 1989, NJ 1989, 701 (*Elvis Presley*); Pres. Utrecht, 21 januari 1988, Informatierecht/AMI 1988, p. 81 (*ANP/Stadsomroep Amersfoort*); HR 5 april 1991, NJ 1991, 819 (*Elvis Presley II*); Hof Amsterdam, 2 mei 1991, Mediaforum, Bijlage [3], 1991-9, p. 73 (*Ten Electronics/Esselte [FilmNet III]*).

hebben gemeen dat zij met behulp van de moderne technieken op relatief eenvoudige wijze en op grote schaal te exploiteren zijn.

Deze technologische en economische ontwikkelingen brengen met zich dat het recht zich als ordenend instrument voor het maatschappelijk verkeer eveneens dient te ontwikkelen, nu het oude vertrouwde instrumentarium van de bestaande intellectuele eigendoms wetten op een aantal van deze nieuwe fenomenen niet steeds adequaat toepasbaar lijkt.⁶

Het ziet er naar uit dat de wetgever er voor kiest deze vraag per deelgebied, waarmee hij onder druk van maatschappelijke stromingen of internationale ontwikkelingen geconfronteerd wordt, te beantwoorden.⁷ Zo verwierven de filmproducenten een aantal artikelen in de Auteurswet bij de wetwijziging in 1985. Voor uitvoerend kunstenaars, grammofoonplatenmaatschappijen en omroeporganisaties is per 1 juli 1993 de Wet op de Naburige Rechten in werking getreden.⁸ De topografie van halfgeleiders ('de chip') heeft onderdak gekregen in een aparte wet, onder druk van de Amerikaanse opstelling terzake van bescherming van buitenlanders onder de Amerikaanse Semiconductor Chip Protection Act.⁹ Aan het fenomeen gebruiksmodellen werd een wetsontwerp gewijd, dat inmiddels in de ijskast is beland.¹⁰ Het (sier)model wordt sedert 1975 beschermd binnen het kader van de 'Eenvormige Beneluxwet inzake Tekeningen of Modellen', dat een rigide deponeringseis heeft ingevoerd.¹¹ Voor computerprogramma's werd een oplossing gezocht door ze te vermelden in de opsomming van artikel 10, eerste lid, van de Auteurswet 1912. Een eerste wetsontwerp werd, na uitvoerige discussies in de literatuur, op dit punt ingetrokken in afwachting van de ontwikkelingen op EG-niveau. Na de totstandkoming van een EG-Richtlijn heeft een nieuw wetsontwerp het licht gezien.¹²

6 Dat de actualiteit van deze vraag slechts relatief is, blijkt uit de noot van *Meijers* bij het *Holeproof Hosiery*-arrest van de Hoge Raad uit 1929 (HR 28 juni 1929, NJ 1929, 1750), waarin deze vraag reeds in verband het merkenrecht speelde. Daarover merkte *Meijers* op: *Aldus wordt art. 1401 BW gebruikt om dezelfde bescherming te verlenen als de Merkenwet zich ten doel stelt, echter op een veel ruimere basis dan laatstgenoemde wet. Het is het eerste begin van een verschijnsel dat men ook in andere landen kan waarnemen. Naast Merkenwet, Wet op den Handelsnaam, Auteurswet en Octrooiwet, blijft het algemeene artikel der onrechtmatige daad zijn waarde behouden en kan gebruikt worden om deze wetten aan te vullen.*

7 Vgl. *Hugenholtz*, Informatierecht/AMI 1986, p. 38 en *Verkade*, O.M., 1986, p. 63.

8 *Spoor/Verkade*, 1993, nr. 339-364.

9 Vgl. Informatierecht/AMI 1986, p. 23-38 (Chips-special) en *Frensel*, 1988, p. 59 e.v.

10 Zie: Brief Staatssecretaris van Economische Zaken d.d. 18 augustus 1988, Kamerstukken 19534, nr 12. *Smorenburg*, BIE 1992, p. 243 en *Verkade*, BIE 1992, p. 246.

11 Zie daarover *Verkade*, 1985, nr 183 en *Steinhauser*, BIE 1985, p. 247-251.

12 Kamerstukken 22531. Zie ook: *Verkade*, Computerrecht 1992, p. 86.

Het is echter twijfelachtig of deze 'ad hoc'-benadering uiteindelijk in staat zal blijken het gehele zich aandienende probleemgebied op juridisch aanvaardbare wijze het hoofd te bieden. Miskent deze benadering via 'techniek- en tijdgebonden wetjes'¹³ niet te zeer dat het recht géén hap-snap-aangelegenheid is? Kenmerkend voor *het recht* is immers dat — waar mogelijk — moet worden uitgegaan van algemene rechtsbeginselen, die het gelijke in uiteenlopende casusposities onderkennen en ten aanzien van dit gelijke een eenduidige en rechtvaardige oplossing aanreiken.¹⁴

Een aanknopingspunt voor een meer generalistische benadering lijkt gevonden te kunnen worden in het arrest van de Hoge Raad van 27 juni 1986 inzake *Decca/Holland Nautic*.¹⁵ In dat arrest volstond de Hoge Raad niet met een behandeling van de in die procedure spelende casuspositie, maar liet hij zich in meer algemene termen over dit onderwerp uit. De Hoge Raad overwoog dat bij gebreke van een (wettelijk) absoluut recht voor het verlenen van een vergelijkbare bescherming via het recht van de ongeoorloofde mededinging *in beginsel* tenminste vereist is dat geprofitteerd wordt van een prestatie van dien aard dat zij op *één lijn* te stellen valt met die, welke toekenning van een dergelijk recht *rechtvaardigen*. Tevens gaf de Hoge Raad aan dat in dit verband *terughoudendheid* geboden is. In deze overwegingen klinkt een generalistische benadering door, waarbij met name aansluiting gezocht dient te worden bij het *systeem* van de intellectueel eigendomsrechten.

1.2 PRESTATIEBESCHERMING

Prestatiebescherming ziet op de problematiek van *het eventueel aan niet door een intellectuele eigendomswet beschermde prestaties verlenen van een daarmee vergelijkbare bescherming*. Deze omschrijving van het begrip prestatiebescherming sluit aan bij de jurisprudentie van de Hoge Raad.¹⁶ Die spreekt in zijn arresten over het bieden van *een bescherming die niet wezenlijk verschilt van — of vergelijkbaar is met — de bescherming die geboden wordt wanneer men zich op schending van een absoluut recht van intellectuele eigendom zou kunnen beroepen*.¹⁷ Volgens deze jurisprudentie dient als uitgangspunt te worden genomen dat wanneer van het toekennen van een *vergelijkbare bescherming* sprake zou zijn *terughoudendheid*

13 De term is van *Hugenholtz*, *Informatierecht/AMI* 1986, p. 38.

14 Zoals *Barendrecht* (1992, p. 12 en p. 248) wordt de kwaliteit van het recht en de rechtsontwikkeling ook gediend door het trachten te formuleren van zo algemeen mogelijk geldende, scherpe normen, zodat ook om die reden een meer generalistische benadering op zijn plaats is.

15 HR 27 juni 1986, NJ 1987, 191 (*Decca/Holland Nautic*).

16 HR 27 juni 1986, NJ 1987, 191 (*Decca/Holland Nautic*); HR 23 oktober 1987, NJ 1988, 310 (*KNVB/NOS*); HR 20 november 1987, NJ 1988, 311 (*Staat/Den Ouden*); HR 24 februari 1989, NJ 1989, 701 (*Elvis Presley*).

17 Vgl. HR 27 juni 1986, NJ 1987, 191 (*Decca/Holland Nautic*). Evenzo in HR 23 oktober 1987, NJ 1988, 310 (*KNVB/NOS*).

geboden is en de betrokken prestatie als een zogeheten *éénlijnsprestatie*¹⁸ moet kunnen worden aangemerkt.

De vraag rijst uiteraard wanneer een bescherming vergelijkbaar is met de aan een intellectueel eigendomsrecht ontleende bescherming.

1.3 PRESTATIEBESCHERMING: PROFITEREN VAN ANDERMANS PRESTATIE

Kenmerkend voor prestatiebescherming lijkt mij in ieder geval dat de al dan niet toe te kennen bescherming betrekking heeft op het enkele profiteren van andermans prestatie. Of men andermans prestatie nu exploiteert of louter daaraan aanhaakt kan op deze plaats nog in het midden blijven.¹⁹ Van belang is echter dat allerhande *bijkomende omstandigheden*, die op zichzelf reeds onrechtmatig kunnen zijn — zoals het uitlokken van wanprestatie of misleiding — niet aan de orde zijn, althans niet van doorslaggevende betekenis zijn, zodat steeds de vraag speelt in hoeverre de enkele omstandigheid dat men profijt trekt van andermans inspanningen al dan niet onrechtmatig is.

Dat dit een bijzonder kenmerk is van datgene wat men als prestatiebescherming kan omschrijven, wordt naar mijn mening ook door de overwegingen van de Hoge Raad in het *Decca*- en het *KNVB*-arrest geïllustreerd. Alvorens in die arresten de specifieke, op prestatiebescherming betrekking hebbende, overwegingen te formuleren bakende de Hoge Raad het te beoordelen terrein eerst nader af.

In het *Decca*-arrest²⁰ onderstreepte de Hoge Raad dat het handelen van Holland Nautic door het Hof Arnhem niet onrechtmatig was geoordeeld uit hoofde van de wijze waarop de ontvangers waren geconstrueerd. Daarmee gaf de Hoge Raad aan dat de zaak geen betrekking had op een mogelijk geval van afhandig maken van know-how of bedrijfsgeheimen,²¹ welke omstandigheid op zichzelf grond voor onrechtmatigheid kan zijn.

De Hoge Raad verwees vervolgens uitdrukkelijk naar zijn eerdere overweging in dat arrest dat de radio-ontvangers van Holland Nautic géén inbreuk maken op enig aan Decca toekomend absoluut recht en dat evenmin sprake is van ongeoorloofde nabootsing van Decca-ontvangers. De jurisprudentie over het nodeloos verwarringwekkend nabootsen van produkten was derhalve evenmin aan de orde.

Vervolgens werd vooropgesteld dat het handelen van Holland Nautic evenmin onrechtmatig was geoordeeld uit hoofde van de wijze waarop de ontvangers werden

18 Het begrip 'éénlijnsprestatie' is geïntroduceerd door *Wichers Hoeth* in zijn noot onder *KNVB/NOS- en Staat/Den Ouden* (NJ 1988, 311).

19 Zie omtrent het onderscheid tussen *exploiteren* en *aanhaken aan* nader § 4.3.1 t/m § 4.3.4 en § 6.3.

20 Zie daaromtrent nader § 7.1.4.

21 De Hoge Raad overwoog elders in het arrest ook expliciet dat de voor de constructie van het toestel benodigde gegevens in het publiek domein waren.

verhandeld, zodat evenmin sprake was van onrechtmatigheid op grond van bijvoorbeeld het nodeloos verwarringwekkend nabootsen van onderscheidingsmiddelen. Na aldus vooropgesteld te hebben dat deze categorieën van onrechtmatig handelen niet aan de orde waren, benadrukte de Hoge Raad dat het handelen van Holland Nautic door het Hof Arnhem onrechtmatig was geoordeeld *uitsluitend omdat Holland Nautic bij dat verhandelen profiteerde* van het bestaan van het Decca-systeem. Na het gebied op deze wijze te hebben teruggebracht tot het enkele profiteren van andermans prestatie, overwoog de Hoge Raad direct daarop dat de omstandigheid dat van andermans prestatie geprofiteerd wordt — conform vaste rechtspraak — *op zichzelf niet in strijd is met de zorgvuldigheid* die een concurrent in het maatschappelijk verkeer betaamt, *óók niet als daardoor nadeel wordt toegebracht*.²²

In het KNVB-arrest herhaalde de Hoge Raad deze 'afbakenings-exercitie'. Bij de behandeling van de cassatiemiddelen stelde de Hoge Raad voorop dat het ging om de vraag *in hoeverre, kort samengevat, de exploitatie van wedstrijden, als door de KNVB georganiseerd, rechtens bescherming vindt tegen uitzendingen als hier aan de orde, in geval het betalen van een redelijke vergoeding wordt geweigerd*.

Na het te beoordelen terrein op deze wijze te hebben afgebakend tot het door de NOS profiteren van het bestaan van de KNVB-prestatie, stelde de Hoge Raad vervolgens — evenals in het Decca-arrest — voorop dat uitgangspunt dient te zijn *dat het enkele feit dat de NOS of de zendgemachtigden voor wie zij mede optreedt, door hun uitzendingen profiteren van het de door de KNVB georganiseerde wedstrijden, op zichzelf nog niet in strijd is met de zorgvuldigheid die de NOS, onderscheidenlijk die zendgemachtigden, jegens de KNVB en de clubs in het maatschappelijk verkeer betaamt, ook niet voor zover de KNVB of de clubs door die uitzendingen nadeel zouden lijden*.

Kenmerkend voor prestatiebescherming is derhalve de vraag in hoeverre bescherming verleend kan worden tegen het enkele profiteren van andermans prestatie. Vervolgens rijst dan de vraag of die gevraagde bescherming vergelijkbaar is met de door een intellectueel eigendomsrecht geboden bescherming.

22 Vgl. HR 5 maart 1943, NJ 1943, 264 (*Hamea*); HR 26 juni 1953, NJ 1954, 90 (*Hyster Karry Krane*); HR 23 juni 1961, NJ 1961, 423 (*Leesportefeuille*); HR 16 januari 1970, NJ 1970, 220, (*Ja Zuster, Nee Zuster*). Zie ook: *Verkade*, O.M., 1986, Hfdst IX en *Martens*, O.D., VI, nr 100 e.v.

1.4 ONGESCHREVEN INTELLECTUELE EIGENDOMSRECHTEN

Indien men de vraag dient te beantwoorden of een bescherming vergelijkbaar is met de door een intellectueel eigendomsrecht geboden bescherming lijkt een nader onderzoek naar het wezenlijke van de door een intellectueel eigendomsrecht geboden bescherming op zijn plaats.²³ Ook zonder het wezenlijke van de door een intellectueel eigendomsrecht geboden bescherming nader af te bakenen, is het echter duidelijk dat van *vergelijkbaarheid* in ieder geval sprake is, wanneer de bescherming *identiek* is aan de door een intellectueel eigendomsrecht geboden bescherming. Prestatiebescherming ziet op het verlenen van bescherming op grond van *ongeschreven recht*. Derhalve rijst de vraag in hoeverre *ongeschreven intellectuele eigendomsrechten* door de rechter kunnen worden erkend.

Dit brengt derhalve met zich dat de vraag beantwoord moet worden of ongeschreven intellectuele eigendomsrechten überhaupt door de rechter in het leven kunnen worden geroepen. Wanneer dat namelijk niet mogelijk blijkt te zijn, zou dat betekenen dat prestatiebescherming nog slechts zou kunnen spelen bij die gevallen waarin de eventueel te verlenen bescherming slechts vergelijkbaar is met — maar niet gelijk aan — de door een intellectueel eigendomsrecht geboden bescherming.

1.4.1 ONGESCHREVEN INTELLECTUELE EIGENDOMSRECHTEN IN DE LITERATUUR

In de literatuur is door verschillende schrijvers het standpunt ingenomen dat subjectieve vermogensrechten — en dan in het bijzonder exclusieve rechten — slechts aan de wet ontleend zouden kunnen worden.²⁴ De daarvoor aangedragen argumenten zijn naar mijn mening echter weinig overtuigend.

In de vorige eeuw waren *Heemskerk* en *Freseman Viëtor* van mening dat 'de' intellectuele eigendom een wettelijke basis behoeftte, omdat bij deze vorm van eigendom geen bezit mogelijk was en de schending ervan geen diefstal opleverde.²⁵ In deze opvatting klinkt — afgezien van het legisme — nog door dat men in de vorige eeuw de intellectuele eigendom en de eigendom op materiële zaken niet als twee verschillende juridische concepten zag. Sedert het eind van de vorige eeuw is het echter gemeengoed dat men weliswaar spreekt over intellectuele of industriële eigendom, maar dat men deze eigendom geheel los moet zien van de eigendom op stoffelijke voorwerpen. Daarmee zijn deze bezwaren evenzeer achterhaald.

23 Zie daarover nader hoofdstuk 4.

24 Voor een overzicht, zie: *Jansen*, O.D., I, nr 38.

25 Vgl. *Heemskerk*, 1856, p. 39 en *Freseman Viëtor*, 1868, p. 17-34.

De opstelling van *Molengraaff* is niet direct duidelijk. In zijn beroemde beschouwing in het *Rechtsgeleerd Magazijn* van 1887 toont hij zich een tegenstander van het verlenen van uitsluitende rechten op de (handels)naam, maar zijn bezwaren lijken vooral gegrond te zijn op zijn opvatting dat dergelijke rechten te verstrekkende gevolgen zouden hebben en dat in de rechtspraktijk geen behoefte aan dergelijke rechten zou bestaan.²⁶ Bij de bespreking van de erkenning door de rechtspraak van dergelijke rechten plaatste hij de cynische kanttekening dat in sommige uitspraken van een wettelijk beginsel gewag wordt gemaakt, waarnaar hij tevergeefs gezocht heeft.²⁷ Deze opmerking heeft echter slechts een terloops karakter en wordt niet verder uitgewerkt. Principiële bezwaren tegen de mogelijkheid van ongeschreven exclusieve rechten worden door hem echter niet naar voren gebracht, zodat men *Molengraaff* waarschijnlijk niet mag aanmerken als een principieel tegenstander van ongeschreven exclusieve rechten.²⁸

Verschillende schrijvers hebben zich expliciet uitgesproken tegen het toekennen van ongeschreven exclusieve rechten. Zo stelde *Josephus Jitta* in zijn preadvies aan de Nederlandse Juristen-Vereniging van 1903 enkel dat een wettelijke erkenning nodig zou zijn, zonder daar echter verder op in te gaan.²⁹

Telders volstond evenzeer met de opmerking dat subjectieve rechten — in de zin van exclusieve rechten — steeds door de wet erkend dienen te zijn, zonder daar een motivering voor te geven.³⁰

In zijn handboek over het octrooirecht stipte *Drucker* de kwestie slechts aan, waarbij hij de mogelijkheid van een erkenning van octrooirechten binnen het kader van het ongeschreven recht echter niet leek uit te sluiten.³¹

26 Vgl. *Molengraaff*, RM 1887, p. 380 e.v. Zie hierover ook *Drucker*, RM 1931, p. 305 e.v.

27 *Molengraaff*, RM 1887, p. 382: *Opvallend is de soberheid die de motivering van dit uitsluitend recht kenmerkt. Wanneer het niet eenvoudig wordt gesteld als een feit, wordt ons hoogstens medegedeeld dat het 'een algemeen beginsel van vigerend burgerlijk recht is', of wel aan het gemene recht ontleend is, of 'dat de Nederlandsche wetgeving het als rechtsbeginsel aanneemt', of iets dergelijks. Slechts eenmaal vinden wij bovendien een beroep gedaan op art. 30 W.v.K. (...). Toch ware duidelijker aanwijzing van de plaats waar dit zoo vérstrekkend beginsel in onze wetgeving wordt gevonden geenszins overbodig; wij althans moeten bekennen haar nog niet ontdekt te hebben.*

28 De plaatsing van *Molengraaff* in het kamp der tegenstanders door *Jansen* (O.D., I, nr 38) lijkt mij dan ook niet geheel terecht.

29 *Josephus Jitta*, preadvies NJV 1903, p. 69: *Ik sta tegenover de Fransche opvatting niet bepaald vijandig, maar m.i. is de aanspraak op een uitsluitend gebruik, zoolang de wet die niet maakt tot een recht een wijsgeerige aanspraak en meer niet.*

30 *Telders*, Verzameld Werk, VI, p. 166 (Meijers-bundel, 1935, p. 620).

31 *Drucker*, 1924, p. 49: *Een octrooirecht zonder meer voortvloeiende uit algemene rechtsbeginselen schijnt nooit te zijn aangenomen. Volgens het moderne recht berust het octrooirecht steeds op erkenning bij een wet. Het octrooirecht berust ook ten onzent op de solide basis ener wettelijke regeling; de erkenning van het octrooirecht is dus voor ons positief recht niet afhankelijk van de vraag of zulk een recht uit algemeene rechtsbeginselen kan worden afgeleid.*

Gerbrandy stelde zich in zijn dissertatie op het standpunt dat een exclusief recht pas bestaat als de wet zegt dat het bestaat, waarbij hij overwegende betekenis toekende aan de omstandigheid dat een absoluut recht een duidelijke afbakening door de wetgever zou behoeven.³²

Van der Grinten stelde in zijn noot onder het *Scrabble*- en het *Druksabak*-arrest dat de bescherming tegen nabootsing op een wettelijk voorschrift diende te berusten. Hij was van mening dat er geen natuurlijk recht op bescherming bestaat en dat de vraag of al dan niet bescherming verleend dient te worden een kwestie van economische politiek is.³³

Maeijer heeft zich eveneens op het standpunt gesteld dat subjectieve rechten — in de zin van exclusieve rechten — niet buiten een wettelijk kader kunnen bestaan. Daarbij lijkt hij vooral betekenis toe te kennen aan de omstandigheid dat naar zijn oordeel aan het tot subjectief recht 'verheffen' van een vermogensbelang een bewuste keuze van de wetgever ten grondslag zou liggen. Deze keuze zou zowel positief als negatief zijn, in die zin dat slechts de wél wettelijk erkende prestaties beschermingswaardig zouden zijn bevonden en de niet wettelijk beschermde prestaties daarvan bewust zouden zijn uitgesloten.³⁴ Dit zou bovendien in het bijzonder opgaan voor het gebied van de mededinging, omdat op dat terrein het algemeen belang, naast de belangen van partijen, een grote rol speelt.³⁵

32 Gerbrandy, 1946, p. 217-218: *Met andere woorden: bestaat dit recht pas als de wet zegt dat het bestaat? De vraag is bevestigend te beantwoorden. Reeds in hoofdstuk II, 9 werd er op gewezen dat het subjectieve recht slechts denkbaar is binnen het kader van een rechtsorde. Het is die laatste die omvang en grenzen van het recht vaststelt, het afgrenst tegen rechten en bevoegdheden van anderen, en die den rechthebbende zijn plaats in de samenleving aanwijst. Het subjectieve recht moet een bepaalde, afgepaste, vorm ontvangen, er moet iets geformuleerd, iets onder woorden gebracht, iets vastgelegd zijn. Dat daarmee niet voor eens en voor altijd de inhoud van het recht bepaald is, is een andere zaak. De voorwaarde die hier gesteld wordt om van een subjectief absoluut recht te spreken is trouwens wel op meer dan theorie gebaseerd. Wie een absoluut recht heeft, heeft een enorme macht. Het is van belang dat absolute rechten niet zoo maar hier en daar uit de aarde opschieten.*

33 Van der Grinten, AA 1960-1961, p. 22: *Doch wel meen ik, dat bescherming tegen nabootsing van stoffelijke voorwerpen niet moet worden gezocht in de algemene norm van het maatschappelijk behoren, doch in een daarop gericht wettelijk voorschrift. Een 'natuurlijk' recht op bescherming is er niet. Overwegingen van maatschappelijke doelmatigheid zullen bij de regeling de doorslag moeten geven, gelijk ook bij de totstandkoming van de Octrooiwet is geschied. De vraag, of en hoeverre nabootsing moet worden tegengegaan is naar mijn mening primair een kwestie van economische politiek, waarbij economische overwegingen moeten gelden. De nabootsing zou ik op zichzelf als rechtens indifferente willen aanmerken.*

34 Maeijer, 1965, p. 217: *Ik meen dat in ons privaatrechtelijk systeem op het gebied van de mededinging alleen die subjectieve vermogensrechten bestaan die in bijzondere wettelijke regelingen als hiervoor aangeduid hun erkenning hebben gevonden. Slechts de in deze rechten belichaamde vermogensbelangen heeft de wetgever bewust op een hoger 'boven afweging verheven' plan willen brengen. Deze keuze van de wetgever dient te worden gerespecteerd: ook in die zin, dat vermogensbelangen die in de ogen van de wetgever niet voor verheffing tot subjectief recht in aanmerking kwamen, niet alsnog door de rechter als zodanig kunnen worden erkend. Ook in zoverre doet het primaat van de wetgever zich gelden.*

35 Maeijer, 1965, p. 215.

1.4.2 COMMENTAAR

Aan *Gerbrandy* kan men toegeven dat intellectuele eigendomsrechten een zekere afbakening behoeven en dat zij aan relatief gedetailleerde beperkingen onderworpen dienen te zijn, maar daarmee is niet gezegd dat wetgeving noodzakelijk is. De rechtspraak is immers evenzeer in staat om de inhoud en omvang van een recht in kaart te brengen. De noodzaak van afbakening door de wetgever lijkt overigens ook in de opvattingen van *Gerbrandy* een relatieve, omdat hij wel vrede heeft met het scheppen van absolute rechten wanneer de rechter een wettelijke regeling kan toepassen door een extensieve of analogische interpretatie.³⁶

De stelling van *Van der Grinten* dat niet van een natuurlijk recht of aanspraak op bescherming gesproken kan worden, zou naar mijn mening in een beperking van rechtsbescherming resulteren, welke zich niet goed laat rechtvaardigen. Van geheel het recht inzake de ongeoorloofde mededinging kan men immers stellen dat daarbij economische overwegingen c.q. de maatschappelijke doelmatigheid van grote betekenis is, en behoort te zijn, maar dit brengt niet met zich dat om die reden de rechter geen bescherming zou mogen verlenen bij gebreke van een wettelijke grondslag. Het *Lindenbaum/Cohen*-arrest betrof juist de doorbreking van onder meer dit standpunt dat in de daaraan voorafgaande periode sedert 1883 door de Hoge Raad — geïnspireerd door zijn voorzitter *Eyssel* — steeds was beleden.³⁷

De overweging van *Maeijer* dat het algemeen belang van betekenis is op het gebied van mededingingsrecht is zeker waar. Evenzeer kan men stellen dat aan het introduceren van een intellectuele eigendomswet een bewuste keuze — zowel een positieve als een negatieve — van de wetgever ten grondslag kan liggen. De (her)introductie van octrooiwetgeving in 1912 — na een octrooieloos tijdperk vanaf

36 Vgl. *Gerbrandy*, 1946, p. 185: *Maar ook de rechter kan, zij het niet zonder wettelijke basis, een subjectief recht vormen. Hij deed het, door het onomlijnde bevoegdheidscomplex van den eersten gebruiker van een merk zóóals de wet dat omschreef, uit te bouwen tot een subjectief recht in vollen omvang. Hij zou het (aangenomen dat er wettelijke basis voor is) wederom kunnen doen door b.v. de handelszaak (inclusief den goodwill) als een zelfstandig rechtsobject te erkennen, waardoor den mogelijkheid van een eigendomsrecht daarop, van verkoop, misschien ook van verpanding daarvan, open zou komen.*

37 Vgl. *Van Maanen*, 1986, p. 136-146; *Eyssel*, Themis 1911, p. 568 en Themis 1913, p. 464. Deze jurisprudentie culmineerde op het gebied van de mededinging in het mede door *Eyssel* gewezen arrest van 6 januari 1905 inzake *Singer/Ivens* (W. 8163). Meer in het algemeen beleefde deze leer 'zijn hoogtepunt' in het arrest van 10 juni 1910 (W. 9038, *Zuthense Waterleiding*).

1869 — vormt daarvan een goed voorbeeld.³⁸ Men kan echter naar mijn mening moeilijk stellen dat op het gehele terrein van de mededinging sprake is van een welbewust — laat staan continue — beleid van de wetgever, zodat uit de omstandigheid dat een bepaalde prestatie niet onder het bereik van een bepaalde wet valt moeilijk kan worden afgeleid dat de wetgever dat bewust zo gewild of bedoeld heeft. Het zijn veeleer politieke invloeden, economische belangen en 'de luimen van de dag' die bepalen welke prestaties zich op een bepaald moment in de aandacht van de wetgever mogen verheugen. De historie van het ontwerp voor een Gebruiksmodellenwet, dat inmiddels in de ijskast is verdwenen zonder dat daaruit een goed- of afkeuring van beschermenswaardigheid kan worden afgeleid, lijkt in dit opzicht illustratief.³⁹ De lange tijd, die de wetgever nodig had om naburige rechten voor uitvoerende kunstenaars, producenten van grammofoonplaten en omroeporganisaties ter hand te nemen — hetgeen in de daaraan voorafgaande periode evenmin mag worden opgevat als een keuze om deze prestaties niet beschermenswaardig te achten — spreekt in dit verband eveneens boekdelen.⁴⁰

De verschillende argumenten tegen het verlenen van ongeschreven exclusieve rechten overtuigen derhalve niet, althans niet voldoende om het erkennen van dergelijke rechten op zichzelf niet mogelijk te achten. De verschillende naar voren gebrachte argumenten geven echter wèl aan dat aan het verlenen van ongeschreven exclusieve rechten de nodige bezwaren verbonden *kunnen* zijn. Deze mogen dan niet voldoende zijn om de mogelijkheid tot het toekennen van zulke rechten uit te sluiten, maar zij rechtvaardigen wel dat enige terughoudendheid op zijn plaats is, omdat de rechter moeilijker een afgepast recht, met in achtneming van alle vereiste 'checks and balances', in het leven kan roepen dan de wetgever.⁴¹

Gesteld kan derhalve worden dat exclusieve rechten binnen het kader van het ongeschreven recht toegekend kunnen worden, maar dat daarbij enige aanknopingspunten met een wettelijke norm welkom — zij het niet strikt noodzakelijk — zijn.

38 Zie o.m. *Gerzon*, 1986 en *Hoyng*, 1988, p. 107-113.

39 Zie Kamerstukken 19534. De beslissing om het wetsontwerp in de ijskast te zetten werd ingegeven door de mogelijke macro-economische implicaties welke aan de invoering verbonden zouden zijn, zonder dat men daaraan verder enige betekenis terzake van de beschermenswaardigheid mag verbinden. Zie: Brief Staatssecretaris van Economische Zaken d.d. 18 augustus 1988, Kamerstukken 19534, nr 12. Vgl. ook: *Verkade*, O.M., 1986, p. 63, noot 17; *Smorenburg*, BIE 1992, p. 423; *Verkade*, BIE 1992, p. 246.

40 Zie daarover nader § 3.3.4 t/m § 3.3.6.

41 Zie het *Decca*-arrest (HR 27 juni 1986, NJ 1987, 191) waarin de Hoge Raad aangaf dat 'terughoudendheid' past bij het verlenen van prestatiebescherming. Zie daarover uitgebreid Hoofdstuk 6.

Illustratief in dit verband lijkt mij de verandering in het standpunt van *J.C. van Oven*. In een artikel in het Nederlands Juristenblad van 1936⁴² had hij zich op het standpunt gesteld dat een wettelijke basis voor een absoluut recht noodzakelijk was. In zijn preadvies voor de Broederschap van Candidaat-Notarissen van 1953, waarin hij een exclusief subjectief recht op goodwill bepleitte, liet hij dit standpunt echter varen en erkende de mogelijkheid tot het creëren van ongeschreven absolute rechten, zij het dat hij een analoge wetstoepassing wel wenselijk achtte.⁴³

De jurisprudentie leert dat de rechter ongeschreven absolute subjectieve vermogensrechten ook zeer wel bestaanbaar acht. Een belangrijk voorbeeld van een door de rechter ontwikkeld absoluut recht vormt de onder het oude BW tot stand gekomen *fiduciaire eigendom*.⁴⁴ Dit zekerheidsrecht, dat onder het oude BW van grote betekenis was, vond zijn grondslag enkel in de erkenning ervan door de rechtspraak.⁴⁵ Ondanks deze 'informele basis' voor dit recht van de fiduciaire eigenaar, was hier sprake van een volwaardig absoluut recht dat tegenover derden geldend gemaakt kon worden. In geval van een faillissement nam de fiduciaire eigenaar bijv. eenzelfde plaats in als de houder van het wettelijk geregeld pandrecht.⁴⁶ Bij de invulling van dit buiten-wettelijk recht maakte de rechter gebruik van het geschreven recht door de bepalingen van het pandrecht en de eigendom naar analogie toe te passen.⁴⁷

In het algemeen kan men waarschijnlijk stellen dat de rechter de mogelijkheid van een analoge wetstoepassing preferereert bij het toekennen van ongeschreven rechten.⁴⁸ Dit blijkt ook uit de recente jurisprudentie inzake prestatiebescherming.

42 NJB 1936, p. 207.

43 Preadvies 1953, p. 27: *Intussen kan ik mij voorstellen, dat sommigen ondanks alles bedenkingen blijven houden omdat dit absolute recht in de wet geen grondslag vindt. Ik zelf schreef in het straks geciteerde artikel van 1936 (p. 207): 'absolute rechten hebben toch wel éénig wettelijk fundament van noode', en inderdaad schijnt zo'n fundament niet gemakkelijk te vinden. Toch kan ook deze bedenking ons niet weerhouden: men moet het zoeken langs 'de weg der analogie'. Zoals het BW en bijzondere wetten absolute rechten uitdrukkelijk hebben erkend (of gecreëerd) en geregeld; zoals de wet het absolute eigendomsrecht niet beperkt hield tot dat van lichamelijke zaken; zo kan de rechtsvorming buiten de wet absolute rechten naar ongeschreven recht scheppen, indien deze naar verkeersopvatting bestaan, absolute rechten, in het leven geroepen naar analogie van door de wet uitdrukkelijk erkende. Wil men hier niet aan, zeer wel, dan vermijde men de term en behelpe zich met een epithon als 'oneigenlijk' of een praefix als 'quasi' zoals boven reeds werd omschreven.*

44 Fiduciaire eigendom is onder het tegenwoordige BW niet meer mogelijk. Zie art.: 3:84 lid 3 BW.

45 HR 25 januari 1929, NJ 1929, 616 (*Bierbrouwerij*-arrest). Vgl. *Asser-Mijnssen*, 3-III, 1986, p. 141 e.v.; *Gerbrandy*, 1946, p. 185.

46 Zie: vorige noot en HR 3 januari 1941, NJ 1941, 470 (*Boerenleenbank/Los*); HR 22 mei 1953, NJ 1954, 189 (*Sio*); HR 6 maart 1970, NJ 1970, 433 (*Pluvier*); HR 7 maart 1975, NJ 1976, 91 (*Van Gend & Loos*).

47 De omstandigheid dat de fiduciaire eigendom naar huidig BW niet meer bestaat is in dit verband niet van belang, daar dit niet zijn oorzaak vindt in de omstandigheid dat de wetgever een *ongeschreven* absoluut recht niet mogelijk of ongewenst achtte.

48 Vgl. *Jansen*, O.D., I, nr 38.

In het *Decca*-arrest gaf de Hoge Raad aan dat prestatiebescherming mogelijk is, maar dat daarbij terughoudendheid past, om vervolgens in het *KNVB/NOS*- en het *Staat-/Den Ouden*-arrest niet tot het toekennen van bescherming over te gaan, mogelijk bij gebreke aan een relatief eenvoudig naar analogie toe te passen wettelijk regime.⁴⁹ In het *Elvis Presley*-arrest⁵⁰ daarentegen werd een dergelijk recht van de uitvoerend kunstenaar wèl erkend, waarschijnlijk omdat daarbij gebruik kon worden gemaakt van de Verdragen van Rome en Genève.

49 HR 27 juni 1986, NJ 1987, 191 (*Decca/Holland Nautic*); HR 23 oktober 1987, NJ 1988, 310, (*KNVB/NOS*); HR 20 november 1987, NJ 1988, 311, (*Staat/Den Ouden*).

50 HR 24 februari 1989, NJ 1989, 701 (*Elvis Presley*).