

Repliceren in IE-zaken

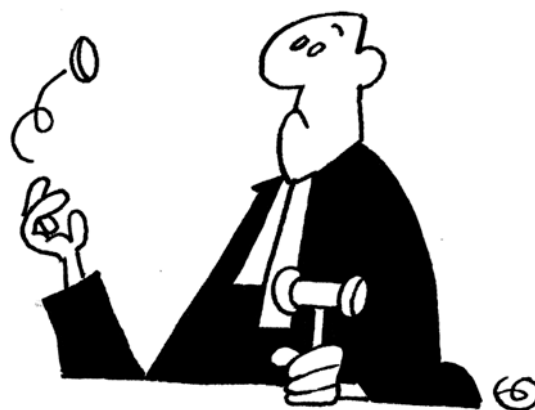
Dirk Visser*

In het vorige nummer van dit blad heeft Jan Brinkhof uitgebreid en kritisch gereageerd¹ op mijn boekje 'Motiveren in IE-zaken'.² Brinkhof reageert ook op mijn oratie,³ op mijn 'Veldonderzoek' onder IE-rechters⁴ en de theoretische beschouwing die daarbij hoort⁵ en op mijn boekje 'Te intellectuele eigendom'.⁶ Ik ga hier niet uitgebreid in op wat Brinkhof zegt over door mij *gesignaleerde* (let op: niet *bepleitte*) 'basisemoties'. Op Brinkhof's kritiek op wat hij ziet als onverantwoorde simplificatie en het op één hoop gooien van verschillende IE rechten ga ik hier helemaal niet in. Op die beide onderwerpen kom ik graag in één of meer afzonderlijke artikelen terug. In deze repliek beperk ik mij tot een reactie op wat Brinkhof schrijft over 'Motiveren in IE-zaken'.

Ten aanzien van 'Motiveren in IE-zaken' moet ik beginnen en zou ik misschien kunnen volstaan met een verduidelijking. Hoofdstukken 2 tot en met 9 van dit boekje kunnen op twee manieren worden geïnterpreteerd. Zij kunnen gelezen worden als een handleiding voor het 'cassatie-proof' maken, oftewel volgens de laatste stand van de rechtspraak motiveren van een beslissing in een eenvoudige – lijkt het te veel? – IE-zaak, ongeacht of tot inbreuk wordt geconcludeerd of niet. Deze hoofdstukken kunnen echter ook gelezen worden en zijn ook bedoeld als aanklacht tegen de vaagheid en subjectiviteit van deze criteria en daarmee tegen de nietszeggendheid van de motivering van de gemiddelde IE-beslissing. 'Motiveren in IE-zaken' is daarmee ook een oproep tot discussie over die vaagheid en subjectiviteit. In hoofdstuk 8 over 'Omgaan met publieksonderzoek en andere bewijsmiddelen' ligt de nadruk sterk op de geringe waarde die bewijsmiddelen zoals publieksonderzoeken in de IE-rechtspraak lijken te hebben. Dat hoofdstuk had even goed de titel 'Negeren

van bewijsmiddelen' mee kunnen krijgen. Als men de rechtspraak en het 'Veldonderzoek' leest, komt ook dat hoofdstuk dicht in de buurt van de realiteit.

Ik heb de indruk dat veel lezers het boekje hebben opgevat als een praktische handleiding, zonder dat zij er enige bijgedachten bij hadden. Dat vind ik niet erg. Volgens mij staat er niets in dat onjuist is. Alleen ontbreekt het normatieve element ten aanzien van de beslissing. *Waarom* zou je beslissen zoals je doet? Voor Brinkhof is het ook aanleiding om de door mij in andere publicaties gesignaleerde basisemoties erbij te halen. Hij suggereert dat ik *aanbeveel* op grond van die basisemoties te beslissen.



Motiveren en beslissen

Brinkhof lijkt grote moeite te hebben met het onderscheid dat ik maak tussen motiveren en beslissen. In hoofdstuk 1 van 'Motiveren' herhaal ik grotendeels wat ik eerder schreef in 'De rechterlijke beslissing'.⁷ Hierin bespreek ik wat Telders⁸ en Nieuwenhuis⁹ over de verhouding tussen beslissen en motiveren hebben gezegd. Ik neem daarbij ook een provocerende stelling in. *Stel* dat een beslissing door middel van het opgooien van een muntje tot stand *zou zijn* gekomen, maar vervolgens overtuigend *zou zijn* gemotiveerd. We zouden daar prima mee kunnen leven, vooral als we niet weten dat het zo is gegaan. Ik zeg niet dat het zo gaat, noch dat het zo zou moeten gaan. Het enige dat ik zeg, volgens mij mét Telders en Nieuwenhuis, is dat beslissen en motiveren twee verschillende dingen zijn. Door Telders wordt dat aangeduid als 'vroom bedrog'. Telders en Nieuwenhuis zeggen niets over 'basisemoties'. Ik doe dat in 'Motiveren' ook niet. In dat boekje komen de woorden emotie of gevoel niet eens voor. Ik zeg daarin juist helemaal niets over hoe de echte beslissing tot stand komt of tot stand zou moeten komen. Dat is volgens mij ook wat Brinkhof het meest dwars zit.

Brinkhof heeft het artikel van Telders erbij gehaald omdat hij zich niet kon voorstellen dat de 'serieuze en rechtschappen' Telders zou spreken over een rechter die

* D.J.G. Visser is hoogleraar IE in Leiden en advocaat in Amsterdam.

1 Jan Brinkhof, 'Over motiveren in IE-zaken, de kernvraag en basisemoties', BIE 2011, p. 284-295.
 2 Dirk J.G. Visser, *Motiveren in IE-zaken, Een handleiding voor het motiveren van een beslissing in een eenvoudige IE-zaak*, deLex, 2011.
 3 D.J.G. Visser, *Het ABC van iedere IE-inbreuk, Het belang van de rest van de markt*, Boom Juridische uitgevers, Den Haag 2004, hierna aangeduid als 'Het ABC'.
 4 Dirk Visser, 'Beslissen in IE-zaken, Verslag van een veldonderzoek', NJB 2008, p. 1918-1926, hierna aangeduid als 'Beslissen in IE-zaken'; Dirk Visser & Gerrit de Jager, *Te intellectuele eigendom, De morele basisemoties van de IE*, deLex 2010, hierna aangeduid als 'Te intellectuele eigendom'.
 5 Dirk Visser, 'De rechterlijke beslissing (in IE-zaken)', (hierna aangeduid als 'De rechterlijke beslissing'), als IEF 8189 te vinden op www.ieforum.nl (16 september 2009);
 6 Dirk Visser & Gerrit de Jager, *Te intellectuele eigendom, De morele basisemoties van de IE*, deLex 2010, hierna aangeduid als 'Te intellectuele eigendom'.

7 Dirk Visser, 'De rechterlijke beslissing (in IE-zaken)', IEF 8189 (16 september 2009).
 8 B.M. Telders, *Rechtspraak en logica*, De Gids 1937, p. 103-112, Verzamelde geschriften I, Den Haag 1947, p. 159-167.
 9 J.H. Nieuwenhuis, *Legitimatie en heuristiek van het rechterlijk oordeel*, RM Themis 1976, p. 494-515.

voor zijn beslissing een muntje opgooit en vervolgens een motivering opschrijft voor de door het toeval bepaalde uitkomst. Daar spreekt Telders inderdaad niet over, maar dat heb ik ook niet gezegd. Wat Telders wel zegt is dat de weergave van de motivering geen weergave is van de gedachtegang van de rechter. Brinkhof komt vervolgens met een citaat over de noodzaak dat de rechter naar eer en geweten ‘wat den inhoud betreft’ zo objectief mogelijk beslist én ‘naar den vorm’ ‘een logische, begrijpelijke, dus te controleren gedachtegang’ als motivering opschrijft in de vorm van major x minor = beslissing. Telders zegt daarover ook:¹⁰

“Wat hierbij dan echter van belang is, is dat opnieuw niet de syllogistische *vorm* der redeneering maar de betrekkelijk willekeurige – formuleering van den major het wezen der rechterlijke werkzaamheid uitmaakt. Hoe die major zal luiden, is niet a priori te zeggen. De rechtswetenschap beschikt over een aantal modellen – evenveel als er zgn. “methoden van wetsinterpretatie” zijn aan te wijzen – en kan die op schier eindeloze wijze combineren. De keuze uit al die mogelijke majores wordt echter door den rechter steeds op logisch niet te controoleeren wijze gedaan. Persoonlijke aanleg of voorkeur, beïnvloeding door een op klemmende wijze voorgedragen pleidooi neiging om tot een billijke oplossing – d.i. tot een als “rechtvaardig” gevoelde conclusie – te geraken en talloze ander factoren zullen daarbij een rol spelen. Op een syllogistische redeneering steunt die keuze echter nooit!”

Merk op dat Telders hier spreekt van “een als “rechtvaardig” *gevoelde* conclusie” en “beïnvloeding door een op klemmende wijze voorgedragen pleidooi”.



Prof. Mr. B.M. Telders

Aan het slot van hoofdstuk 1 schrijf ik dat iedereen het er over eens lijkt dat er wel een wisselwerking bestaat tussen het vinden enerzijds en het motiveren en legitimeren anderzijds. Brinkhof merkt terecht op: “Van die wisselwerking horen wij niet meer”. Inderdaad, vanaf hoofdstuk 2 laat ik die wisselwerking weg, terwijl ik ge-

10 A.w. p. 165-166.

loof dat die er wel is. Met Brinkhof en Scholten blij ik namelijk wel degelijk van mening “dat het van zo groot belang is, dat de werkelijke gronden, die de rechter bewogen, in de uitspraak worden vermeld, dat hij zich niet met dooddoeners of clichés tevreden stelt”.¹¹ Met ‘motiveren’ heb ik willen betogen dat de criteria van de IE weinig meer zijn dan ‘dooddoeners of clichés’ die niet weergeven wat ‘de werkelijke gronden’ zijn ‘die de rechter bewogen’. Tegelijkertijd heb ik een praktische handleiding geschreven voor het juiste gebruik van de meest recente criteria van de IE, die rechters én advocaten *moeten* gebruiken (‘er lippendienst aan bewijzen’) omdat hun beslissing anders door appelrechters, de Hoge Raad, annotatoren en de gespecialiseerde IE-advocaten als ‘onjuist’ wordt vernietigd, verworpen of bekritiseerd.

Vorverständnis

Volgens Brinkhof bepleit ik: “eerst een gevoelsmatige beslissing nemen, dan zoeken naar de toverformules en zo nodig de feiten daaraan wat aanpassen”. Aldus geformuleerd klinkt dat wat merkwaardig. Zo werkt het natuurlijk niet en dat bepleit ik ook niet. Hoe het volgens mij wel werkt heb ik uitgebreid besproken in ‘De rechterlijke beslissing’.¹² Daaruit herhaal ik hier alleen de belangrijkste punten. Scholten zegt er over:

“[Wij mogen] nu niet gaan zeggen, dat het rechtsgevoel de uitspraak dicteert en dat dan de teksten erbij worden gezocht. Ook de rechter, die intuïtief, onmiddellijk nadat een zaak hem is voorgelegd, de beslissing “ziet”, ook al weet hij nog niet precies, hoe hij haar zal motiveren, gebruikt in die intuïtieve kijk zijn rechtskennis – zijn gehele ervaring”.¹³

De rechtskennis van de rechter zit in de Vorverständnis¹⁴ waarmee de rechter de zaak tegemoet treedt. In *Een theorie over rechterlijke beslissingen* uit 1977¹⁵ doen Crombag, de Wijkerslooth en Cohen¹⁶ verslag van interessant onderzoek naar allerlei aspecten van het geheugen en van enkele experimenten in verband met de psychologie en de methodologie van rechterlijk beslissen. Deze auteurs komen onder andere tot de conclusie “dat wanneer Esser constateert, dat rechters geconfronteerd met een hun voorgelegd juridisch dispuut, niet volgens de regels van de ‘akademische Methodenlehre’ van problemen naar oplossing redeneren, maar zich op grond van hun ‘Vorverständnis’ vrijwel onmiddellijk een beeld van de oplossing vormen, die zij pas daarna met juridische argumenten proberen te onderbouwen, wij dit een juiste, zij het nog vage, weergave achten van wat er psychologisch gebeurt. Sterker, wij zijn op grond van denkpsychologische overwegingen,

11 P. Scholten, *Algemeen deel*, 1974 (1931), p. 131.

12 Dirk Visser, ‘De rechterlijke beslissing (in IE-zaken)’, IEF 8189 (16 september 2009).

13 P. Scholten, *Algemeen deel*, 1974 (1931), p. 132.

14 Zie: J. Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, 1972 (1970), p. 43.

15 H.F.M. Crombag, J.L. de Wijkerslooth en M.J. Cohen, *Een theorie over rechterlijke beslissingen*, H.D. Tjeenk Willink, 1977.

16 De huidige factieleider van de PvdA in de Tweede Kamer.

[...] van mening dat iets anders niet mogelijk is".¹⁷ Ook komen deze auteurs tot de conclusie dat de 'Vorverständnis' van de rechter moet berusten op zijn kennis van het juridische systeem en vooral op zijn ervaring met het hanteren ervan.

Vervolgens wordt de rechter geconfronteerd met feiten die hem op een bepaalde manier worden gepresenteerd. Op dat moment komt hij tot een gevoelsmatig oordeel. Dat is onvermijdelijk. Het wordt ook door de meeste rechters die ik heb gesproken onderschreven. Daarna gaat hij dat gevoelsmatig oordeel proberen te verwoorden met de criteria van regelgeving en rechtspraak. Het kan zijn dat dat niet op een enigszins logische wijze lukt en dan moet hij zijn oordeel bijstellen. Het is echter ook zo dat hij bij de beschrijving van de feiten de mogelijkheid heeft om naar zijn oordeel toe te schrijven. En dat gebeurt ook vrijwel altijd. Daar hoeft je geen rechters voor te interviewen, daarvoor hoeft je alleen veel vonnissen en arresten voor te lezen. Dat is ook niet zo vreemd, omdat een vonnis daarmee overtuigender overkomt: het oordeel lijkt als vanzelf uit de feiten voort te vloeien. Brinkhof noemt dit in zijn reactie bij herhaling een verwerpelijke 'manipulatie van de feiten' waar ik toe zou oproepen. Maar is het niet de onvermijdelijke selectie en kwalificatie van de feiten? Telders zegt daarover in hetzelfde artikel:¹⁸

"Geen wonder dus, dat velen in dit op bepaalde wijze beschrijven, d.i. in de *qualificatie* der feiten, het wezen der rechterlijke functie hebben gezien. Met het kwalificeren der feiten op de in de – hier dus reeds vóóronderstelde – rechtsnorm bedoelde wijze, is in wezen ook het resultaat (het dictum) gegeven. Tot dit dictum te 'concludeeren' is dan immers nog slechts een bezigheid, die bijna door een automaat zoude kunnen worden verricht".

Het probleem is dat de criteria van de IE zo weinig houvast bieden en zo veel vage en subjectieve kwalificaties bevatten dat de rechter er vaak alle kanten mee uit kan. Daarom hebben deze formules enerzijds weinig invloed op het 'Vorverständnis' en het rechtsgevoel en hebben anderzijds weinig corrigerende werking als de rechter zijn gevoelsmatige beslissing probeert op te schrijven.

Uiterst vaag en elastisch

Met het boekje 'Motiveren' heb ik niet willen betogen dat feitenrechters eerst op basis van hun 'basisemoties' een beslissing moeten nemen en vervolgens hun motivering daar aan moeten aanpassen. Wél heb ik nogmaals duidelijk willen maken dat de criteria van de IE weinig tot geen houvast bieden voor de beslissing, omdat je er alle kanten mee uit kan. In mijn oratie en aan het slot van 'motiveren' citeer ik de noot van Verkade onder Decaux/Mediamax:¹⁹

17 T.a.p. p. 19.

18 T.a.p. p. 161.

19 HR 29 december 1995, NJ 1996, 546 (Decaux/Mediamax; stadsmeubilair).

'Bij hun stellingnamen omtrent de aan- of afwezigheid van een te grote gelijkenis, zullen advocaten naar vermogen lippendienst moeten bewijzen aan de onderscheiden inbreukregels en subcriteria voor bescherming van produktvormgeving (Aw, BTMW, BMW, onrechtmatige daad). Evenzo de feitenrechters'.

Naar Brinkhof's mening "ligt in deze woorden besloten dat Verkade ernstig twijfelt aan de hanteerbaarheid en overtuigingskracht van de jurisprudentiële criteria voor het motiveren van beslissingen". Natuurlijk ligt dat in de woorden van Verkade besloten! En Brinkhof merkt daarover op "Hij heeft hier zeker een punt". Volgens mij heeft Verkade niet slechts 'een punt', maar is deze terechte constatering potentieel dodelijk voor de geloofwaardigheid van het hele bouwwerk van IE-formules en subcriteria. Verkade vraagt zich aan het slot van de bewuste noot af "Is het nog wel uit te leggen?". *Uit te leggen* is het m.i. wel, al is het nogal ingewikkeld en verandert het steeds. Uitleggen is wat ik in hoofdstukken 2 tot en met 7 van 'Motiveren' heb gedaan. *Hanteerbaar* is het in die zin ook nog wel dat je er als advocaat of rechter braaf lippendienst aan kan bewijzen. Maar *overtuigingskracht* heeft het inderdaad totaal niet. Het zijn loze frasen die iedereen herhaalt, etikettes die iedereen braaf op plakt.

Het is veelzeggend dat de criteria waar Verkade het in 1996 over had al weer vervangen zijn door nieuwe. De 'totaalindrukken' van Decaux/Mediamax zijn er nog, maar de 'ondergeschikte verschillen' van het oude Benelux-modellenrecht zijn vervangen door 'geen andere algemene indruk' bij de 'geïnformeerde gebruiker' van de BVIE, de Modellenrichtlijn en de Modellenverordening. Inmiddels heeft het Hof van Justitie EU op 20 oktober 2011 in zijn eerste modellenrechtelijke zaak, PepsiCo/Grupo Promer Mon Graphic, zijn licht laten schijnen over het begrip 'geïnformeerde gebruiker'.²⁰

Waarom is een object auteursrechtelijk beschermd? Omdat het 'het persoonlijk stempel van de maker draagt'. '[D]at betekent dat sprake moet zijn van een vorm die het resultaat is van scheppende menselijke arbeid en dus van creatieve keuzes, en die aldus voortbrengsel is van de menselijke geest. Daarbuiten valt in elk geval al hetgeen een vorm heeft die zo banaal of triviaal is, dat daarachter geen creatieve arbeid van welke aard ook valt aan te wijzen'.²¹ (Het is creatief als het creatief is. 'Darbuiten valt in elk geval al hetgeen' helemaal niet creatief is omdat het helemaal niet creatief is). Dat geldt sinds 2008. Maar inmiddels heeft het al

20 HvJ EU 20 oktober 2011, C-281/10 P, IEF 10374 (PepsiCo/Grupo Promer Mon Graphic). Een 'geïnformeerde gebruiker' is "een gebruiker die niet slechts gemiddeld, maar in hoge mate aandachtig is, hetzij door zijn persoonlijke ervaring, hetzij door zijn uitgebreide kennis van de betrokken sector." Dat leidt er toe "dat de geïnformeerde gebruiker in casu een kind van ongeveer vijf à tien jaar oud kan zijn óf de marketingdirecteur van een onderneming die voortbrengselen vervaardigt waarvoor reclame wordt gemaakt door „pogs”, „rappers” of „tazos” [de categorie waartoe litigieuze modellen behoren, DV] aan te bieden".

21 HR 30 mei 2008, LJN BC2153, NJ 2008, 556 (Endstra/Nieuw Amsterdam; De Endstra Tapes), ov. 4.5.1.

weer afgedaan. Inmiddels moet een werk “oorspronkelijk zijn in die zin dat het gaat om een eigen intellectuele schepping van de auteur ervan”. Dat heeft het Hof van Justitie EU het meest recent bevestigd in zijn Premier League-arrest van 4 oktober 2011.²²

Waarom is er sprake van auteursrechtinbreuk? Omdat er sprake is van een werk “dat in zodanige mate de auteursrechtelijk beschermde trekken van het eerdere werk vertoont dat de totaalindrukken die de beide werken maken te weinig verschillen voor het oordeel dat het eerstbedoelde werk als een zelfstandig werk kan worden aangemerkt”.²³ (Het lijkt te veel als het te weinig verschilt). Binnenkort komt er waarschijnlijk een nieuw Europees criterium.²⁴ Het is allemaal even vaag en subjectief. Maar het komt steeds terug in alle lagere vonnissen. Iedereen slikt het voor zoete koek. Waarom? Mogelijk omdat het niet anders kán. Misschien hebben rechters in kort geding geen tijd om uitgebreider te motiveren. Maar gerechtshoven die in de regel meer tijd kunnen nemen, doen het ook. Misschien is de oorzaak dat het instrumentarium dat wetgeving, hogere rechtspraak en wetenschap de rechters aanreiken domweg te vaag is. Dat geldt niet alleen voor de IE-criteria, maar bijvoorbeeld ook voor het bekende slaafse nabootsings-criterium van het Hyster Karry Krane-arrest.²⁵ Ook dit criterium is, om met Van der Grinten te spreken, ‘uiterst vaag en elastisch’.²⁶

‘Laat de wetenschap blijven zoeken naar sterker meetbare houvasten’. ‘Om steeds weer van een ander etiketje te voorzien dat in feite dezelfde emotie is, zal het IE-recht niet veel verder brengen.’, aldus één van de rechters in het ‘veldonderzoek’.²⁷ Maar zijn er ‘sterker meetbare houvasten’? De pogingen daartoe zijn de publieksonderzoeken. Maar die worden door rechters juist met grote argwaan bekeken en heel vaak om verschillende redenen af geserveerd. Zie hoofdstuk 8 van ‘Motiveren’.

Hoge mate van subjectiviteit

Brinkhof constateert terecht dat ik poneer dat het oordeel over IE-inbreuk “in hoge mate subjectief” is. Hij trekt daaruit de conclusie dat ik wil zeggen “dat de uitkomst van een ‘eenvoudig IE-geschil’ afhankelijk is van de persoonlijke voorkeur van de rechter”. “De uitkomst van een ‘eenvoudig IE-geschil’ is dus afhankelijk van de rechter bij wie de eiser de zaak aanbrengt. Als dit juist is, is sprake van een treurige situatie. Van “Het gelijke,

gelijk!” is dan per definitie geen sprake”.²⁸ Brinkhof neemt aan “dat iedereen van mening zal zijn dat het hoogst ongewenst is dat de uitslag van een procedure afhangt van de persoon van de rechter. Als het waar is dat het oordeel over wel of geen inbreuk “hoogst subjectief” is, dan is er iets mis. De regels en/of de rechters deugen dan niet”. Ondertussen besteedt Brinkhof in een intermezzo aandacht aan het fenomeen ‘forumshopping’.²⁹ Daarin, met name in zijn voetnoot 31, maakt hij zelf haarfijn duidelijk dat deze wat hem betreft ‘treurige situatie’ inderdaad bestaat. De ‘persoonlijke voorkeur’ van de rechter in een bepaald geval bestaat inderdaad en heeft invloed op de beslissing. Dat is ook de overtuiging van de advocatuur en van Brinkhof, anders bestond het verschijnsel forumshopping immers niet.

Vervolgens vermoedt Brinkhof dat ik eigenlijk een probleem heb met vage normen. Vage normen leiden vaak tot gemakzuchtige overwegingen. Brinkhof constateert echter terecht dat vage normen deels onvermijdelijk zijn en dat ze wel enige richting geven. Vervolgens gaat het erom hoe vage normen concreet worden ingevuld. “Het kwaad zit niet zo zeer in de vage normen als wel in de toepassing ervan door de feitenrechters”, aldus Brinkhof. Of is het zo dat feitenrechters veel te weinig, of te veel tegenstrijdige, aanknopingspunten krijgen om die vage normen mee in te vullen? Of zijn er te veel vage normen die in verschillende richtingen wijzen? Beslissingen in IE-zaken zijn dus naar mijn overtuiging inderdaad in hoge mate subjectief. En mogelijk hebben we daar maar mee te leven. Dan is het volgens mij zinnig om onderzoek te doen naar de rechtsgevoelens die spelen wanneer rechters naar eer en geweten tot een zo goed mogelijke beslissing komen in een IE-zaak. Welke rechtsgevoelens leven er op het gebied van de IE? Dat zijn onder andere die basisemoties, die ik in mijn oratie, in het veldonderzoek en in ‘Te intellectuele eigendom’ onderscheid. Inderdaad op grond van die interviews met rechters en op grond van het lezen van veel vonnissen en arresten en eigen ervaring in de IE-praktijk.

Wat stelt Brinkhof er tegenover?

Natuurlijk staat het Brinkhof vrij om te stellen dat die basisemoties niet bestaan of dat ik het bestaan ervan niet of onvoldoende bewezen heb. Maar wat stelt Brinkhof er tegenover?

“Het gaat niet om morele normen; it’s about the economy. Sommige IE rechten zijn er voor de ordening van de concurrentie en de transparantie van de markt (merkenrecht, handelsnaamrecht, ongeoorloofde mededinging), andere IE rechten zijn vooral instrumenten van economisch beleid, middelen ter stimulering van de (technologische) innovatie (octrooirecht, kwekersrecht, modellenrecht), zulks *vanuit de overtuiging dat innovatie goed is* voor (de concurrentiekracht van) de economie” (*curs. toegevoegd DV*).³⁰

22 HvJ EU 4 oktober 2011, C-403/08 en C-429/08, IEF 10286, ov. 97 (Premier League).

23 HR 29 november 2002, NJ 2003, 17, TBR 2003, p. 224 m.nt. Quanjel-Schreurs, AMI 2003, p. 15 m.nt. Visser (Accordo/Tros).

24 Mogelijk al vóór eind 2011 in de Painer-zaak, C-145/10, waarin de AG op 12 april 2011 concludeerde, zie IEF 9575.

25 HR 26 juni 1953, NJ 1954, 90 m.nt. Houwing, BIE 1953, p. 113: Er is sprake van slaafse nabootsing ‘indien men zonder aan de deugdelijkheid en bruikbaarheid [van het product] afbreuk te doen op bepaalde punten evengoed voor een anderen weg had kunnen kiezen en men door dit na te laten verwarring sticht’.

26 W.C.L. van der Grinten, Ars Aequi X, oktober 1960, p. 24.

27 ‘Veldonderzoek’, p. 1924.

28 Brinkhof, BIE 2011, p. 288.

29 Brinkhof, BIE 2011, p. 288-289.

30 Brinkhof, BIE 2011, p. 295.

“[D]e overtuiging dat innovatie goed is”. Waarin verschilt deze constatering van de in mijn oratie benoemde basisemotie “vernieuwen is goed”? Brinkhof gebruikt de aanduiding ‘overtuiging’ en dat klinkt gewichtiger en objectiever dan emotie. Rechtseconomen twijfelen hoeveel octrooirecht tot meer vernieuwing leidt en per saldo goed is voor de economie.³¹ Het klinkt intuïtief aanmerkelijk, maar het is uiteindelijk ook een ‘geloof’ of een gevoel. Brinkhof concludeert zelf echter: “Met ‘moraliteit’ of ‘basisemoties’ heeft dit rechtsgebied dus weinig te maken”. Hoezo? Iedere beslissing vergt een emotie.³² En iedere juridische beslissing vergt een moreel-emotionele overtuiging dat die beslissing ‘juist’ is.³³

Waarom is ‘ordering van de concurrentie’ nodig? Omdat we geen ‘oneerlijke concurrentie’ willen. Het misleiden of in verwarring brengen van de consument is onwenselijk omdat het oneerlijk is ten opzichte van de consument. Maar ook ten opzichte van de concurrent. Het voeren van andermans handelsnaam of merk leidt tot profiteren van andermans inspanningen of investeringen of ‘oogsten waar men niet heeft gezaaid’.

Propaganda en bedrog

“Wie aan de ene kant het hele scala van IE-rechten verbindt met woorden als inventief, creatief en onderscheidend en aan de andere kant vermeende inbreuk aanduidt met woorden als slaafs, klakkeloos nabootsen, plagiëren en parasiteren is met propaganda bezig. Dit is pas bedrog”.³⁴

‘Slaafse nabootsing’ is een gebruikelijke omschrijving van een onrechtmatig geachte vorm van mededinging. ‘Klakkeloos’ (nabootsen) is een aanduiding die de Hoge Raad gebruikt in het raamuitzetter-arrest.³⁵ Plagiaat is overnemen van werk zonder bronvermelding. Parasite-

31 W.H. Landes en R.A. Posner, *The economic structure of intellectual property law*, The Belknap Press, 2003, met name hoofdstuk 11, “The economics of Patent Law.

32 Zie het citaat voorin *‘Te intellectuele eigendom’*: “Emotions occupy a central role; it is well known that, rather than being the antithesis of rationality, emotions aid human reasoning. People can reason and deliberate as much as they want, but, as neuroscientists have found, if there are no emotions attached to the various options in front of them, they will never reach a decision or conviction (Damasio 1994). This is critical for moral choice, because if anything morality involves strong convictions. These convictions don’t – or rather can’t – come about through cool rationality: they require caring about others and powerful “gut feelings” about right and wrong”. Frans de Waal, *Primates and Philosophers, how morality evolved*, Princeton University Press 2006 (p. 18). (Damasio 1994: A. Damasio, *Descartes’ Error: Emotion, Reason and the Human Brain*, New York, Putnam 1994).

33 Zie ook Scholten en Telders in eerder genoemde publicaties.

34 Brinkhof, BIE 2011, p. 295.

35 HR 31 mei 1991, NJ 1992, 391 m.nt. Verkade (Borsumij/Stenman; Raamuitzetter). Aan het slot van r.o. 3.9 overweegt de Hoge Raad: “Een beperking van de bescherming als door het onderdeel voorgestaan, die tot gevolg zou hebben dat een concurrent na afloop van een octrooi niet alleen de uitvinding van zijn concurrent mag toepassen maar ook het model van diens produkt *onnoedig* (en in het onderhavige geval, naar het hof heeft vastgesteld, opzettelijk *klakkeloos*) zou mogen nabootsen om daarmee ongestraft bij het publiek de indruk te wekken dat die nabootsing van de uitvinder afkomstig is, is dan ook niet in het belang van een eerlijke mededinging” (curs. toegevoegd, DV).

ren is een andere manier om ‘ongerechtvaardigd voordeel trekken’ (uit reputatie of onderscheidend vermogen van een bekend merk) aan te duiden. Synoniemen zijn ‘aanhaken’, ‘kielzog varen’, ‘coat tail riding’ of ‘free riding’, ‘Trittbrettfahren’ en ‘parasitisme’, bekend uit de rechtspraak van het HvJ EU.³⁶ In Frankrijk bestaat de ‘concurrency parasitaire’ als onderdeel van de ‘concurrency deloyale’. Volgens Brinkhof is het gebruik van deze termen en het met elkaar in verband brengen ervan ‘propaganda’ en ‘bedrog’. Het zij zo.

Grondnorm

“In de EU – en dus ook in Nederland – is het uitgangspunt de vrijheid van concurrentie. Namaken, imiteren, overnemen van ideeën, het is allemaal in beginsel geoorloofd tenzij er speciale regels zijn die dit verbieden. Alle IE rechten hebben effecten op de mededinging. Zij beperken immers de mededingingsvrijheid, die in Europa de ‘grondnorm’ is.”³⁷

Volgens Brinkhof is mededingingsvrijheid de Europese ‘grondnorm’. Dat is inderdaad traditioneel de ‘herschende Meinung’,³⁸ de mantra die in de literatuur en de hogere rechtspraak is terug te vinden. Nabootsingsvrijheid is de regel en IE-rechten zijn de uitzondering. Brinkhof gelooft daar heilig in, evenals de meeste IE-academici en alle Angelsaksische juristen. Maar daarmee is ook dat een (diepgeworteld) rechtsgevoel.

Brinkhof zegt ook: Alle IE rechten hebben effecten op de mededinging. “Soms verschaffen zij – in economische zin – ‘monopolies’. Het exclusieve karakter van IE rechten is bijzonder aantrekkelijk. Daarin is de stimulans gelegen om innovatief en creatief te zijn; het kan leiden tot de gedroomde monopolies”.³⁹ Wat wil Brinkhof daarmee zeggen? Zijn die ‘gedroomde monopolies’ wenselijk? Biedt het merkenrecht niet ook (gedroomde) monopolies en is daar niet ook een stimulans gelegen om in bekende merken te investeren? Wanneer een beschrijvende, maar bekend geworden domeinnaam via het handelsnaamrecht wordt ‘gemonopoliseerd’, leidt dat dan ook niet tot een gedroomd monopolie?

Maar nog belangrijker: wat is de feitenrechter er mee geholpen dat deze monopolies steeds beperkingen op de grondnorm van de mededingingsvrijheid zijn, wanneer hij in een concreet geval moet beslissen of iets inbreuk is of niet?

Is Brinkhof anti-IE?

“IE-zaken gaan bijna altijd over het al dan niet uitspreken van inbreukverboden. De beslissing daarover raakt

36 Zie bijvoorbeeld: HvJ EU 22 september 2011, C-323/09, IEF 10209 (Interflora), dictum sub 2. In de Nederlandse versie wordt ‘ongerechtvaardigd voordeel trekken’ omschreven als ‘aanhaken’. In de Engelse versie staat ‘free-riding’, in de Duitse ‘Trittbrettfahren’ en in de Franse ‘parasitisme’.

37 Brinkhof, BIE 2011, p. 295.

38 http://de.wikipedia.org/wiki/Herrschende_Meinung

39 Brinkhof, BIE 2011, p. 295.

de mededinging. Een verbod beperkt deze, terwijl een afwijzing de vrijheid van concurrentie bevestigt”.⁴⁰

Wat wil Brinkhof zeggen? Dat een verbod op grond van een IE-recht in beginsel ‘slecht’ is omdat de mededinging erdoor wordt beperkt? En dat een afwijzing van een verbod in beginsel ‘goed’ is omdat de vrijheid van concurrentie erdoor wordt bevestigd? Dit wekt de indruk dat er bij Brinkhof een anti-IE emotie leeft op basis van de grondnorm van de mededingingsvrijheid. Daar is niets mis mee. Maar het is de vraag hoe breed deze grondnorm in de (rechts)praktijk gedragen wordt. Mijn indruk is op grond van veel rechtspraak en op grond van de interviews met rechters, dat er *de facto* wel degelijk een grondnorm is ‘gij zult niet nodeloos nabootsen’. Weliswaar wordt regelmatig lippendienst bewezen aan de beweerdelijke hoofdregel dat nabootsen wel mag, maar vervolgens worden er meestal ‘bijkomende omstandigheden’ gevonden die een en ander in het voorliggende geval toch inbreukmakend of onrechtmatig maken. Daar is Brinkhof ongetwijfeld niet blij mee.

Hoe nu verder?

De IE-criteria zijn vaag en subjectief. Zij geven weinig tot geen houvast voor een beslissing. Daar is mogelijk niet zo veel aan te doen. Maar het is wel belangrijk om er steeds rekening mee te houden. De IE-gemeenschap loopt steeds het risico zich te verliezen in de eigen mandarijnenwetenschap.⁴¹ Dat dreigt vooral wanneer de *vorm* van de meest actuele criteria belangrijker wordt gevonden dan de *inhoud*, te weten of en hoe een beslissing nu echt verklaard of voorspeld kan worden. Daarom is het van belang om te blijven zoeken naar de factoren die *in de praktijk*, terecht of ten onrechte, van invloed zijn op de beslissing. Hoe ‘de rest van de markt’ eruit ziet is volgens mij het belangrijkste aanknopingspunt in de IE-praktijk.⁴² Opzet, of afwezigheid daarvan, speelt ook een grote rol.⁴³ Het diepgewortelde gevoel dat ‘free riders’ onsympathieke profiteurs zijn kan ook niet worden genegeerd.⁴⁴

Het blijft ook van belang om de IE regelmatig te ontdoen van alle ingewikkelde terminologie en subtiele verschillen. Daarbij kan het helpen de kernvragen die in de praktijk worden gesteld te benoemen. Bijvoorbeeld: ‘Lijkt het te veel?’⁴⁵

Intussen kunnen we ons troosten met de gedachte dat men in andere landen met hetzelfde probleem worstelt. In een recent boek over ‘Le Droit de la concurrence déloyale’ in Frankrijk kwam ik de volgende passage tegen:

“Comment les magistrats prennent-ils leur décision sur l’existence ou non d’un risque de confusion?”

Il s’agit d’un sujet complexe à exposer de manière claire car, pour l’essentiel, les décisions des magistrats sur ce point procèdent essentiellement de leur opinion à cet égard, opinion qui, en l’état actuel des pratiques judiciaires, est nécessairement fort subjective; en outre, les magistrats, pour expliciter leur décision, font parfois état de certains éléments d’appréciation alors que les raisons réelles de cette décision, plus intimes et plus difficiles à exposer de manière claire, sont en partie différentes.

Pour tenter de répondre un peu mieux à la question posée (sur laquelle on reviendra au paragraphe suivant), on peut indiquer qu’il est extrêmement rare que l’existence de ce risque soit effectivement démontrée de manière objective par les parties et que dès lors, *in fine*, les magistrats se prononcent essentiellement en fonction de leur **appréciation de l’intensité de la ressemblance** entre les deux produits : si cette intensité leur paraît anormale et fautive compte tenu du marché considéré, ils tendront à décider qu’un tel risque de confusion existe.”⁴⁶

Amsterdam, oktober 2011

40 Brinkhof, BIE 2011, p. 295.

41 ‘Te intellectuele eigendom’, p. 1.

42 ‘Het ABC’, p. 4 en 5.

43 ‘Te intellectuele eigendom’, p. 21.

44 ‘Te intellectuele eigendom’, p. 11-19. Zie ook: H. Gommer, *A biological theory of law*, Amazon 2011, met name hoofdstuk II en III.

45 ‘Het ABC’, p. 3, ‘Te intellectuele eigendom’, p. 1.

46 Michel Toporkoff, *Le Droit de la concurrence déloyale*, Gualino, Parijs 2010, p. 80 (cursief en vet in het origineel). Michel Toporkoff was o.a. ‘Président de la chambre consacrée à la concurrence déloyale du tribunal de commerce de Paris’ en hoofd juridische zaken van Nestlé in Frankrijk.