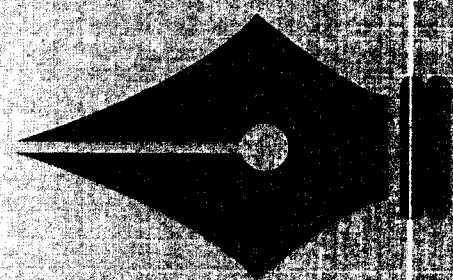


# Spoor zoeken

## Ten geleide bij dit aan Jaap Spoor gewijde nummer

Marcel de Zwaan

Mr. M.R. de Zwaan is partner bij Bremer & De Zwaan te Amsterdam en voorzitter van de redactie van dit tijdschrift.



*‘Streng is mijn hand maar lieflijk mijn gemoeie’*

*‘Gavelsteen (Raspolie) te Amsterdam’*

Welke IE-jurist zou destijds niet geprikkeld zijn door de tot nadenken stemmende kritische beschouwing van voormalig A-G en oud-rechter in het Europese Hof van Justitie Koopmans over de toename van minimonopolies van de intellectuele eigendom in ons op mededingingsvrijheid gebaseerde bestel?<sup>1</sup> In ieder geval zal Jaap Spoor zich aangesproken hebben gevoeld door de bekendste zin uit het betoog van Koopmans: “Het treintje van de intellectuele eigendom, eenmaal op de rails gezet stommelt dus uit eigen kracht een heel eind verder zonder dat iemand zich afvraagt waar de reis naar toe gaat.” In zijn fameuze oratie enkele jaren na het appel van Koopmans, *De gestage groei van merk, werk en uitvinding*, koos Spoor weliswaar een ander vertrekpunt, te weten de verruiming in de loop der tijd van het beschermingsobject, maar zijn beschouwing was gebaseerd op dezelfde waarneming en zorg over het alsmear uitdijende intellectuele eigendomsrecht.<sup>2</sup> Spoor bleek deze zorg over de gestaag groeiende werken overigens zo serieus genomen te hebben dat de redactie flink heeft moeten zoeken om de artikelen te vinden die hij gedurende zijn veertig (!) jarige redactielidmaatschap had geschreven. De bescheiden oogst doet evenwel niets af aan de grote waardering voor zijn scherpzinnige en niet zelden onderkoeld humoristische inbreng en inzet vanaf de oprichting van dit blad, die niet alleen resulteerde in belangwekkende annotaties, maar die ook bestond uit een zeer actieve en inhoudelijke deelname aan de redactievergaderingen waaraan, in de loop der jaren, menig auteur en mederedacteur steun en wijsheid heeft mogen ontleen. De scherpte van zijn observaties en de bescheiden zachtmoedigheid waarmee hij deze te berde bracht, riepen bij de redactie het motto in herinnering dat boven deze inleiding is vermeld.

Maar waar gaat het treintje van de intellectuele eigendom naartoe nu we Spoorloos zijn? Wie de aannames en analyses van Koopmans<sup>3</sup> en Spoor leest, raakt doordrongen van het volslagen ontbreken van een soeverein scheppende hand die een samenhangend juridisch systeem heeft ontworpen, of alsnog kan ontwerpen. Dit gemis is uiteraard niet beperkt tot het auteursrecht, tot het stelsel van intellectuele eigendomsrechten, of zelfs tot het civiele recht in zijn geheel; wat we hebben en altijd zullen houden is een ratjetoe van regelgeving en rechtersrecht, ontstaan en zich ontwikkelend door een veelheid van maatschappelijke krachten op nationaal en internationaal niveau.<sup>4</sup> Een complex van krachten dat zich maar bitter weinig aantrekt van een consistente doctrine of van het bewaren van het evenwicht tussen mededingings- en uitingvrijheid en de minimonopolies van de intellectuele eigendom. Het eenmaal door dit complexe krachten spel gevormde recht werkt bovendien minder ordenend dan we wel zouden willen; wetten blijven bijvoorbeeld soms een dode letter of hebben juist een averechts effect, rechters geven niet zelden toe aan menselijke in plaats van ‘mededingings’impulsen om iets verdienstelijks te belonen en iets parasiterends te veroordelen en ga zo maar door. Tot overmaat van ramp gaat ten slotte zelfs de niet-juridische werkelijkheid gewoon haar eigen gang. In dit verband citeer ik graag Antoon Quaedvliegs artikel ‘Beschermingsdrift: een studie naar feiten en achtergronden rond sweat of the brow- of prestatiebescherming’.<sup>5</sup> Hij schrijft even beeldend als verbouwereerd: “Ondanks het adagium van mededinging breidt de bescherming zich allerwegen uit. Soms geschiedt dat op wettelijke wijze (chips, naburige rechten), soms ook blijkt de roep om bescherming opeens spontaan te galmen in het hart van rechters of de mond van branches. Met name de rechter

1 T. Koopmans, ‘Mini-monopolies’, *RM Themis* 1983, p. 342-344.

2 J.H. Spoor, *De gestage groei van merk, werk en uitvinding*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990.

3 In dit verband moet ook de terugblik van Koopmans tien jaar na diens geruchtmakende bijdrage worden genoemd: ‘Intellectuele eigendom, economie en politiek’, *AMI* 1994, afl. 6, p. 107-111.

4 In Hugenholtz’ artikel ‘Over cumulatie gesproken’ (*BIE* 2000/7, p. 240-242) vinden we vergelijkbare kwalificaties met betrekking tot de verzameling van IE-regels.

5 A.A. Quaedvlieg, ‘Beschermingsdrift: een studie naar feiten en achtergronden rond sweat of the brow- of prestatiebescherming’, *BIE* 1996, nr. 1, p. 4-10.

heeft op talrijke terreinen bijgedragen aan het 'uitlubberen' van het object van bescherming van intellectuele eigendomsrechten. Dat gebeurde soms zelfs tegen de bedoeling van de wetgever in, zoals Spoor vaststelt in zijn oratie. Hij definieert dit als autonome processen. Het gaat kennelijk om een onstuitbare drang. (...) Maar het meest verbluffend is dat bescherming 'spontaan' ontstaan kan in bepaalde branches, zonder dat daar een (zekere) juridische basis voor is. Zo blijken voor het gebruik van T.V.-formats braaf royalties betaald te worden, ook al zouden naar Nederlands recht vraagtekens bij de bescherming gezet kunnen worden. (...)" Tja, die gekke werkelijkheid die zich niets gelegen laat liggen aan juridische realiteiten maar zich laat leiden door bijvoorbeeld beschikbaarheid en gemak. En dan die rechters die door elke opening van het vage begrippenkader glippen of gewoon de onnauwkeurigheid van de taal gebruiken om hun oordeel met het uitspreken van een alom aanvaarde toverformule of met behulp van het inroepen van de sacrale redelijkheid en billijkheid te legitimeren. Dat autonoom gevormde recht, dat met zijn taligheid en daarmee inherente vaagheid en flexibiliteit in niets lijkt op een exacte wetenschap; waar gaat dat nu naartoe?

In *Irrational Man* van Woody Allen vindt de uitgebluste filosofieprofessor zijn levenslust terug door een evident foute rechter te vermoorden en zo dreigend onrecht af te wenden.<sup>6</sup> Na het 'let's kill all the lawyers' van Shakespeare illustreren de analyse van Koopmans, de autonome processen van Spoor, de wanhoop van Quaadvlieg en ook de film van

Woody Allen (geen 'spoiler') dat 'kill all the honourable judges' ook bepaald geen oplossing is. En hoewel Allens wetenschapper 'veel filosofie afdoet als verbale masturbatie', ligt de oplossing voor de onbedoeld en onbeheersbaar uitdijende intellectuele eigendom natuurlijk ook niet in het vervangen van de veel te vage begrippen die het voorwerp van bescherming en het auteursrechtelijk domein onvoldoende afbakenen ('Spoor'), door de 'nullen en enen' waarin de digitale rechtspraak zich dadelijk zal thuis voelen. We zullen het in een weerbarstige werkelijkheid moeten doen met onze wijsheid en wilskracht en met de puntige woorden in het vinden waarvan Spoor een meester is.

In deze *AMICorum* wil de redactie daarom niet verder somberen, maar haar waardering voor prof. Jaap Spoor tot uitdrukking brengen met dit aan hem opgedragen nummer waarin gelukkig twee bemoedigende beschouwingen. Martin Senftleben gaat terug naar de gestage groei van merk, werk en uitvinding en vindt uit dat het EFTA-gerechtshof<sup>7</sup> tenminste één van de samenloopvraagstukken die door het inconsistente stelsel van IE-rechten wordt veroorzaakt behoorlijk oplost, te weten het op goede gronden buiten de deur houden van het merkenrecht op 'culturele creaties'. Ook Bernt Hugenholtz' bijdrage stemt optimistisch. Hij doorbreekt een taboe en heeft daarmee een verrassende vluchtweg naar voren ontdekt; na veertig jaar harmonisatie en het nakende einde van de Auteurswet kunnen de nationale barrières definitief worden opgeruimd en gaan wij op weg naar de Brusselse unificatie van het auteursrecht. Ode an die Freude!<sup>8</sup>

6 <http://www.imdb.com/title/tt3715320/>.

7 <http://www.eftacourt.int/the-court/jurisdiction-organisation/introduction>.

8 Misschien een goede aanleiding om de Europese hymne dan toch eindelijk aan te heffen? [https://europa.eu/european-union/about-eu/symbols/anthem\\_nl](https://europa.eu/european-union/about-eu/symbols/anthem_nl).