

**Maastricht University**

---

**From the Selected Works of Severin de Wit**

---

Fall October 10, 2005

**Morgen Nu (in: Jubileum nummer  
IER, 2005)**

Severin de Wit



Available at: [https://works.bepress.com/severin\\_dewit/18/](https://works.bepress.com/severin_dewit/18/)

Severin de Wit



Severin de Wit is advocaat bij Simmons & Simons.

Jubilea hebben met necrologieën gemeen dat er een sentimentele behoefte bestaat terug te kijken. Daarbij doet zich een interessant verschijnsel voor, dat naarmate de gebeurtenis verder weg in de historie ligt, de herinnering zoeter is. Comfortabel is de gedachte aan een overzichtelijk kleinschalig rechtsgebied, beheerst door een select gezelschap van juristen, een overzichtelijk aantal arresten van Hoge Raad en BenGH, een zekere – al dan niet vermeende – voortrekkersrol van Nederland, resp. de Benelux-landen en een gestaag groeiende studentenpopulatie die IE als keuzevak kiest. De botsing tussen *Open Source*-culturen en de traditionele beschermingsprotagonisten, de proliferatie van het auteursrecht, de oplevende belangstelling voor de relatie tussen IE en mededinging en de onzekerheid of octrooien nu echt innovatie stimuleren, zijn fenomenen van de laatste jaren. Van een eerste ontwerp Europees Gemeenschapsmerk hadden slechts een handvol *intimi* enige weet, TRIPs was nog in de maak en de in 1975 door Brussel in gang gezette discussie over een *Gemeenschapsoctrooi* was gesmoord in tegenstellingen en discussies over welke talen een dergelijk *Europees* gemeenschapsoctrooi zou beheersen. De eerste jaren na de oprichting van *IER* in 1985 kenmerken zich door een grote belangstelling van Brussel voor de mogelijke belemmeringen van de interstaatse handel. *Richtlijnen* verdienen de voorkeur van de Europese wetgever boven verordeningen, waarbij de Lid-Staten immers hun eigen wetgevende vrijheden behouden en slechts hoeven ‘aan te passen’. Voor de Benelux, ervaren in *transnationaal IE-recht*, waren dit slechts *déjà-vu*-exercities en interessant zijn de – achteraf gezien nogal hooghartige – commentaren van Beneluxers dat ‘hun’ Benelux-IE-wetten veel van wat Brussel wenst, al bevatte.<sup>2</sup>

In 1985 is er nog geen kritiek op het IE-bolwerk te horen. Als er al iemand het lef heeft kritische geluiden te laten horen, ook al is die nog redelijk mild van toon, denk aan die van de helaas te vroeg overleden Peter Kaufmann, wordt die al gauw afgedaan als exorbitant en

vijandig. Kaufmann wist zich met zijn kritiek tot risee van de IE-wereld te maken. De eerste vijftien jaren van het bestaan van *IER* kenmerken zich door een zekere gezapigheid en een vrijwel geheel door *positivisme*- door waarneembare feiten – gedreven toepassing van het IE-recht. Van *Open Source*, *Creative Commons* en *Patent Trolls*<sup>3</sup> heeft dan nog niemand gehoord, laat staan dat men stilstaat bij de gevolgen die dat heeft voor de IE-praktijkuitoefening. De *inhoud* en niet het *effect* van de IE-monopolies beheersen de kolommen van *IER* in het eerste decennium. Midden jaren 80 is de IE-gemeenschap nog maar net bijgekomen van de schok die Koopmans veroorzaakte door in *Themis* over IE-rechten als ‘*mini-monopolies*’ te spreken. Dat gaat recentelijk wel even anders: de Amerikaanse FTC (Federal Trade Commission) en het ministerie van Justitie (DoJ) organiseren in 2003 uitgebreide hoorzittingen om de relatie te onderzoeken tussen IE en mededinging en schuwen daarbij vragen over de ‘*maxi-monopolies*’ niet.<sup>4</sup> De komst van *IER* in 1985 is getoetst vanuit ontevredenheid over de snelheid en wijze waarop IE-rechtspraak tot dan toe verscheen in het toen nog enige IE-tijdschrift dat het volledige IE dekte, het *BIE*. Het publiceerde een uitspraak pas wanneer die in kracht van gewijsde ging. Zodoende kon het jaren duren voordat van een uitspraak kennis kon worden genomen. *IER* ambieerde dat te veranderen en IE ‘levendiger’ te maken, onder meer door het opnemen van afbeeldingen – jawel, in *kleur*! – van de verpakkingen en producten die onderwerp zijn van inbreukacties. Dat is gelukt, tenminste als de concurrentie een goede graadmeter voor succes is. Nu is de inkt van een uitspraak amper droog of die is al kenbaar via allerlei internet nieuwskanalen maar ook via moderne IE-*weblogs* zoals *biPLog.com*, *IPCENTER.info*, *IPKat.com* en *Boek9.nl*.

*IER* ontstond uit een kritische houding tegenover het destijds bestaande tijdschriftenaanbod. Het bracht concurrentie in de markt en daardoor kwaliteitsverbetering. Wat zal ons de volgende 20 jaar *IER* brengen? Het antwoord daarop is intrinsiek verbonden met de vraag hoe de traditionele uitgeverijen de toekomst tegemoet zullen treden. Gaat men dezelfde kant op als de muziek (en nu ook de film)industrie die, geconfronteerd met massaal downloaden van muziek via *P2P* en *file sharing*-netwerken, niet haar businessmodel aanpast aan de nieuwe werkelijkheid maar in plaats daarvan een oud recept uit de kast haalt door in rechte de ‘inbreukmakers’ te bestrijden met een beroep op auteursrechten? De voortekenen zijn in dit verband ongunstig. Vernieuwing in de wijze waarop we kennis nemen van informatie die voorheen slechts in boekvorm beschikbaar is stuit op verzet van het uitgeversestablishment. Recente pogingen van Google om in een nieuw project – ‘Google Library Scanning Project’ – universiteitsboeken te scannen en via

\* Citeerwijze: Severin de Wit, ‘Morgen Nu’, *IER* 2005, 60.

1. Naar: *Tomorrow Now, Envisioning the Next Fifty Years* van Bruce Sterling, New York: Random House.
2. Zie mijn bijdrage ‘Europeanisering van het Benelux merkenrecht’, in: *Intellectuele eigenaardigheden* (Bremer-bundel), Deventer: Kluwer 1998, p. 259-274.
3. Naar de trollen in Gebroeders Grimm – vervaarlijk uitzierende creaturen – die zich onder bruggen verstoppen en zodra zich een passant meldt, de weg versperst en zijn slachtoffer slechts na betaling van een som geld doorlaat. In Amerikaanse octrooiliteratuur gebruikt als beeld voor de octrooihouder zonder eigen bedrijf die onder inroeping van zijn kwetsieuzen papieren uitvinding, licenties afdwingt.
4. Zie eindrapport: *To Promote Innovation: The Proper Balance of Competition and Patent Law and Policy*, a Report by the Federal Trade Commission, October 2003.

de zoekmachines van Google toegankelijk te maken, stuiten op massaal verzet van de Associatie van Universiteitsuitgevers. Ook de digitalisering van *IER* – de pogingen van *IER* om de *hard copy* van *IER* te verbinden aan een moderner en meer uitdagend aanbod van IE-online, een initiatief dat reeds in 1999 vorm kreeg door instelling van een heuse ‘webredactie’ – is nooit goed van de grond gekomen. Belangrijkste reden, behalve gebrek aan durf en creativiteit, is dat uitgevers nog niet toe zijn aan een meer ‘non proprietary’ wijze van verspreiding van IE-kennis. We zouden – ook in de wereld van boeken- en tijdschriftuitgevers – een nieuwe *Steve Jobs* nodig hebben. Zijn onlinemuziekwinkel *iTunes* zorgde voor een revolutionaire doorbraak in de vastgeroeste businessmodellen van de muziekuitgeverijen (halverwege 2005 zijn al 500 miljoen muzieknummers gedownload!). Ook Creative Commons-voorvechters als *Lawrence Lessig* zorgen ervoor dat we IE niet (meer) tot ons nemen op de wijze waarop we dat de afgelopen twintig jaar hebben gedaan. We zullen ons met grote voortvarendheid moeten afvragen of de klassieke rol die we IE toedichten, nog wel opgaat. Lessigs oproepen auteurswetten, net als overigens de andere IE-wetten, ‘op te schonen’ zodat we niet alleen *minder* rechten creëren in plaats van meer, maar ook duidelijker voor ogen krijgen wat wel en wat niet beschermbaar behoort te zijn, vindt steeds meer gehoor, ook in Europa. *Open source* en *science commons* zijn benaderingen die niet slechts toepassing vinden in softwareontwikkeling maar ook in de biotechnologie.<sup>5</sup> Jammer genoeg wordt open source en de uitdagingen die het biedt in Nederland en Europa – vooral in de kringen van het klassieke IE-recht, zoals het octrooirecht – nog te veel geassocieerd met een eenentwintigste-eeuwse variant van de *Flower Power*. Het lijkt een gevaarlijke onderschatting van de maatschappelijke onvrede over het functioneren van intellectuele eigendoms wetten. Het Amerikaanse technologie tijdschrift *Wired* wijdde er in juni 2004 een speciale bijdrage aan, *The Free and the Unfree*, en had het in dit verband over een ‘clash of cultures’. Geheel in stijl met het thema van het *IER*-lustrum valt te lezen:

*‘Creators of an idea deserve protection for a set period of time so that they may gainfully exploit their work. Such protections, whether through copyright or patents, have enabled great innovation; we wouldn’t have antibiotics or Apple or Avril Lavigne<sup>6</sup> if the brains behind them weren’t allowed to capitalize on their successes. But it’s not easy to tell at what point protecting yesterday’s innovation is holding back tomorrow’s.’*

Als ik twee wensen mag doen dan is het allereerst dat *IER* de aanzet gaat geven tot een discussie – hopelijk ook buiten Nederland in Europa gevoerd – over de vraag of het klassieke IE-recht zoals we dat de afgelopen twintig jaar hebben beoefend nog wel opgewassen is tegen vernieuwingen die zich om ons heen voltrekken. Of dat de IE-rechten nog wel doet wat we op universiteit leerden, namelijk dat auteurs- en octrooi-rechtelijke bescherming *nodig* is voor innovatie en creatieve ontwikkeling, dat een exclusief recht *conditio sine qua non* is voor innovatie en ontwikkeling. Daarmee

houdt verband mijn tweede wens, dat we *IER* (deels) Engelstalig kunnen gaan uitbrengen zodat we de kring waarbinnen we de discussie kunnen voeren, uitbreiden. Dat we hier niet over louter theoretische vraagstukken praten maar raken aan *real time issues* is aanschouwelijk te maken door op een recente en omvangrijke octrooi-inbreukzaak te wijzen: het bijna drie jaar durende internationale octrooigevecht tussen ASML, Europa’s grootste fabrikant van semi-conductorproductiemachines en één van de twee overgebleven – Japanse – concurrenten, Nikon. Is het vol te houden dat een octrooi nodig is om innovatie te stimuleren of verstikt het juist creativiteit en innovatie? ASML, één van Europa’s meest innovatieve industrieën en goed voor één van de hoogste R&D-budgetten in Europa (15% procent van de omzet wordt aan R&D besteed) kan erover meepraten. Zij kon haar commerciële voorsprong op de Japanse concurrentie verkrijgen *ondanks* een minimale octrooiering van haar uitvindingen (dus niet *dankzij* octrooiering). Nikon had een overvloed aan octrooien, vooral gericht op innovaties die Nikon niet maar ASML wel in praktijk bracht. Dat ASML het grootste bedrag ooit in Europa aan schadevergoeding heeft moeten betalen (145 miljoen) is het gevolg van *patent flooding* en het gevolg van een onderschatting van de betekenis van tijdige octrooiering van al gedane en toegepaste innovaties. Het is, anders dan sommigen wel suggereerden, *niet* het resultaat van *onvoldoende* innovatie dan wel *copycat*-gedrag van de Europese semi-conductor-industrie. Het omgekeerde is het geval. Nikon keek – anders dan ASML – goed wat de concurrentie deed, welke kant de R&D opging. Zij maakte slimmer gebruik van het octrooisysteem en investeerde in bescherming, ASML investeerde in R&D en in haar klanten en was daardoor in staat zich van een verliesgevende Philips-tak om te vormen tot een innovatief en commercieel succesvol bedrijf. De ASML-casus levert een fraai voorbeeld op van een geval waarbij innovatie plaatsvindt door een onderneming die octrooiering niet als een topprioriteit ziet maar inzet op een commerciële voorsprong in plaats van een *juridische* en daarbij de omgekeerde prioriteit van haar concurrent op het IE-terrein onderschat. Stimuleert octrooiering innovatie? Dit geval wijst erop dat er geen enkele correlatie bestaat tussen octrooiering en innovatie. Onderschatting van de betekenis van octrooien om eenmaal ingezette innovatie te ondersteunen, is echter duur betaald.

Ik wil eindigen waar wij als redactie van *IER* begonnen, namelijk met het volgende citaat uit het openingscommentaar van *IER* aflevering 1, jaargang 1:

*‘IER pretendeert in een behoefte te voorzien maar wil tevens die behoefte creëren. Het wil het begrip intellectuele eigendom in ruimere kring bekend maken en aldus de intellectuele bagage van de abonnees op dit punt uitbreiden. (...) Dit tijdschrift is nog niet het beste, aardigste en actueelste tijdschrift, maar pogingen in die richting worden ondernomen.’*

5. Recentelijk kondigde Biological Innovation for Open Society (BIOS) de lancering aan van een open source platform voor DNA-onderzoek.
6. Punk Princess, *SdW*.

Aan ruime bekendheid van IE-rechten en hun effecten is geen gebrek. Denk aan de breed gedragen discussie die losbarstte toen de Europese Commissie met zijn voorstel voor een richtlijn voor *Computer Implemented Inventions* kwam. Een heuse demonstratie op de Dam in Amsterdam, iets wat we niet meer hebben gezien sinds het begin van de vorige eeuw toen de oppositie te hoop

liep tegen de ontwerp *Rijksoctrooiwet 1910*. De groeiende kritiek op de rol van IE bij innovatie, en de hiervoor genoemde *open science*- en *open source*-ontwikkeling zullen voor *IER* de nieuwe uitdagingen zijn voor wat hopelijk een nieuwe, inspirerende periode van intellectuele eigendom zal worden.

**Nr. 61**

Lijkt het allemaal nu minder op elkaar dan vroeger?\*

Charles Gielen