

3:83(3) BW en de kenniseconomie

Het gelijkschakelen van ongeschreven intellectuele eigendomsrechten met octrooien en auteursrecht kan innovatie belemmeren en markten verstarren.

W. Dolfsma*

Het ministerie van Justitie wil lid 3 van artikel 83 uit boek 3 van het Burgerlijk Wetboek schrappen. Hiermee worden ongeschreven intellectueel eigendomsrechten overdraagbaar. Het ministerie stelt dat lid 3 investeringen belemmert, activa van bedrijven bevest en financieringsmogelijkheden beperkt omdat het verkoop en verpanding van die rechten tot een uitzondering maakt¹. Nederland loopt hierdoor achterop in de kenniseconomie.

Het gaat om een diverse groep 'rechten': domeinnamen, televisieformats, goodwill, sportrechten, portretrecht en de knowhow van een medewerker behoren ertoe.

Het advies van de Commissie Auteursrecht om lid 3 te handhaven, wordt met het voornemen van het ministerie gevoeglijk terzijde geschoven².

Voor een niet-jurist wekt deze discussie al snel een hoogst esoterische indruk. Het debat op deze vierkante millimeter van het recht heeft echter potentieel verstrekende gevolgen. Schrappen van lid 3 vergroot het private kennisdomein ten koste van het publieke en dat heeft economische consequenties die nog onvoldoende belicht zijn.

Eigendomsrechten

Artikel 83 bepaalt de overdraagbaarheid van eigendom, beperkte rechten en vorderingsrechten. Deze rechten zijn in principe overdraagbaar, zo stellen leden 1 en 2, tenzij de wetgever anders beslist. Lid 3 draait deze situatie echter om voor een aantal ongeschreven intellectueel eigendomsrechten: die zijn niet overdraagbaar, tenzij de wetgever dat toestaat. Het schrappen van lid 3 creëert derhalve een wezenlijk andere situatie – ongeschreven intellectuele eigendomsrechten worden gelijkgeschakeld met bijvoorbeeld octrooien en auteursrecht.

Hoewel het om ongeschreven intellectuele eigendomsrechten gaat, is er toch een zekere mate van bescherming. Bij inbreuk door een concrete andere partij kan een vordering uit onrechtmatige daad plaatsvinden. Dit betekent dat de 'rechthebbende' de rechter kan vragen voor de geleden schade als gevolg van de inbreuk vergoed te worden. De schadevergoeding die hierbij geëist kan worden, vertegenwoordigt een economische waarde. Deze waarde is echter geen marktwaarde, omdat zij dan en slechts dan tot uitdrukking komt wanneer een concrete derde partij die *inbreuk* maakt voor het gerecht gedaagd wordt. Het is aan de 'rechthebbende' om te bewijzen dat een andere partij inbreuk heeft gemaakt. Door het schrappen van lid 3 zal de waarde van ongeschreven intellectuele eigendomsrechten los komen te staan van een concrete actie van een concrete ander die inbreuk maakt en zal daarmee daadwerkelijk een marktwaarde vertegenwoordigen.

Immateriële activa

Schrappen van lid 3 verhoogt de identificeerbaarheid van bedoelde 'rechten'. De wetgever bepaalt dat zij nu niet alleen tegen-

over een concrete andere partij die inbreuk maakt een waarde vertegenwoordigen, maar tegenover iedere willekeurige marktpartij. Dit betekent inderdaad dat financieringsmogelijkheden voor bedrijven verruimd worden, dat verkoop en verpanding mogelijk wordt en dat de prikkel om in de ontwikkeling van deze activa te investeren groter zal zijn.

Echter, met het schrappen van lid 3 vallen deze 'rechten' onder de noemer van de 'immateriële activa' volgens de *International Accounting Standards Board*. De boekhoudregels die deze raad opstelt, dienen binnen enkele jaren door alle bedrijven in Europa te worden opgevolgd. In standaard nummer 38 wordt gesteld dat dergelijke activa gewaardeerd tegen historische kosten of tegen 'redelijke marktwaarde' ('fair value') op de balans moeten staan. Bedrijven zullen mede vanuit welbegrepen eigenbelang de waarde van hun immateriële activa kapitaliseren.

De waarde van immateriële activa als octrooien en auteursrechten is moeilijk vast te stellen en fluctueert relatief sterker dan die van materiële activa. Dit geldt in versterkte mate voor de ongeschreven intellectuele eigendomsrechten³. De boekwaarde en de winstcijfers van ondernemingen zullen meer gaan schommelen en dit zorgt voor sterker fluctuerende beurskoersen. Hiermee wordt de volatiliteit op de financiële markten groter. Omdat ontwikkelingen

1. Zie ook D.C.J.A. van Engelen, *Overdraagbaarheid van 'alle rechten'*, *NJB*, 23 februari 2001, blz. 333-338.

2. Commissie Auteursrecht, *Advies over het concept-voorstel tot wijziging van artikel 83 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de verhandelbaarheid van vermogensrechten*, Den Haag, december 2001.

3. B. Lev, *Intangibles*, Brookings Institute, New York, 2001, en W. Dolfsma, *Onderzoek en ontwikkeling activeren*, *ESB*, 13 april 2001, blz. 330-331.

* De auteur is verbonden aan de Erasmus Universiteit Rotterdam en aan de Universiteit Maastricht.
w.dolfsma@fbk.eur.nl

op de beurzen zo sterk verweven zijn met andere elementen in onze economie (waaronder pensioenen en hypotheeken), zal het schrappen van lid 3 de risico's binnen het economisch systeem vergroten.

Exclusiviteit

Wanneer nu de ongeschreven intellectuele eigendomsrechten die onder lid 3 bedoeld zijn gelijkgeschaard worden met de bestaande rechten (lid 3 wordt geschrapt), dan is het aan de andere partij die kennis of een product ontwikkeld heeft om aan te tonen dat zij niets bestaands gebruikt heeft. Het is niet langer aan de partij wiens positie geschaad is te bewijzen dat de ander haar informatie of kennis daadwerkelijk heeft gebruikt bij de ontwikkeling van een nieuw product of nieuwe kennis. Wanneer iemand onafhankelijk (ongeveer) dezelfde kennis ontwikkelt, kan zij dat niet langer zonder meer gebruiken zonder voor een rechtszaak te hoeven vrezen.

Schrappen vergroot de mogelijkheden voor bestaande, vooral grotere private spelers exclusiviteit te claimen voor het gebruik van bepaalde intellectuele objecten. Andere spelers kunnen verplicht worden een royalty voor het gebruik van bestaande kennis te betalen, of hen kan het gebruik ervan verboden worden. Meer dan voorheen zal voor het gebruik van

bestaand materiaal in een nieuw product betaald moeten worden aan een rechthebbende.

De kosten voor partijen die een nieuw product ontwikkelen stijgt ook doordat zij meer moeten investeren in het achterhalen of mogelijke bestaande rechtsposities geschaad worden – nieuwe vruchten van het intellect bouwen immers in vele gevallen voort op reeds bestaande intellectuele producten, hoewel niet altijd duidelijk is of een product überhaupt beschermd is en wie de rechten bezit. Dit betekent een verhoging van de kosten om nieuwe kennis en producten te ontwikkelen en daarmee wordt de basis voor economische groei aangetast⁴. Een economie is juist gebaat bij het stimuleren van productinnovaties – deze dragen relatief veel bij aan groei van het nationaal product en de werkgelegenheid⁵.

Weliswaar betekent handhaven van lid 3 dat bestaande partijen geconfronteerd worden met een mate van onzekerheid, maar het zijn juist kleine en nieuwe bedrijven die voor de meeste innovaties zorgen⁶. Het zijn ook de kleine en de nieuwe bedrijven die van onduidelijkheid en onzekerheid die lid 3 nu veroorzaakt, gebruik kunnen maken. In de Verenigde Staten werden met name kleine softwarebedrijven benadeeld toen het octrooirecht uitgebreid werd en ook software ging beschermen⁷. Een en ander heeft vooral te maken met de kosten verbonden aan het controleren en juridisch aanpakken van inbreuk aan de ene kant en het strategisch gebruik van intellectuele eigendomsposities aan de andere kant waar relatief grotere bedrijven in het voordeel zijn⁸.

Markten verstarren

Met het schrappen van lid 3 aan een aantal markten *ceteris paribus* meer rigide worden. Voor met name de arbeidsmarkt kan het een vergaande vorm van verstarring betekenen. Meer nog dan door non-concurrentiebedingen in arbeidscontracten kunnen werknemers gebonden worden aan hun

werkgever. Zij moeten niet alleen beloven kennis niet elders zo in te zetten dat het de ex-werkgever schaadt, maar misschien zelfs de ex-werkgever schadeloosstellen. De scheidende werknemer neemt immers een eigendom mee (knowhow, bijvoorbeeld) waarover de ex-werkgever de rechten zou hebben.

Wanneer een werkgever een 'recht' kan claimen op knowhow of op bedrijfsgeheimen die één van zijn medewerkers bij zich draagt, zal hij beter in staat zijn het vertrek van deze werknemer tegen te gaan. Met het schrappen van lid 3 verschuift de bewijslast van de werkgever naar de werknemer. Het is nu aan de werknemer om aan te tonen dat de werkgever onterecht claimt dat de werknemer een intellectueel object mee zou nemen wanneer hij overstapt naar een ander bedrijf. Meer dan het geval is bij non-concurrentie bedingen, verstart wettelijke erkenning van deze aan de persoon gebonden 'rechten' de arbeidsmarkt.

Conclusie

Schrappen van lid 3 uit artikel 83, boek 3 van het Burgerlijk Wetboek lijkt onschuldig. Er zijn echter belangrijke redenen om te overwegen of het lid gehandhaafd moet blijven. Schrappen verhoogt enerzijds de volatiliteit op financiële markten en maakt anderzijds een aantal markten, waaronder de arbeidsmarkt, meer rigide. Is te verwachten dat de wetgever het lid kan schrappen en toch deze genoemde nadelige gevolgen van het verruimen van het intellectuele eigendomsrecht kan voorkomen? Wellicht. Maar dat zou ongetwijfeld middels ad hoc maatregelen zijn die eenvoudig aangevochten kunnen worden omdat zij rechtsongelijkheid creëren. Lid 3 van artikel 83 uit het derde boek BW kan beter gehandhaafd blijven.

Wilfred Dolfsma

4. J. Mokyr, *The gifts of Athena*, Princeton University Press, 2002.
5. C. Edquist, L. Hommen en M. McKelvey, Product versus process innovation, productivity growth and employment, in: A. Reati en J. Mitchie (red.), *Employment, technology, and economic needs*, Edward Elgar, Cheltenham, 1998, blz. 128-152.
6. G. van der Panne en A. Kleinknecht, Van Stanford naar Zandvoort, *ESB*, 16 mei 2003, blz. 236-238. Voor een algemener argument in deze lijn, zie: W.J. Baumol, *The free-market innovation machine*, Princeton University Press, 2002.
7. National Academy of Sciences, *The digital dilemma: intellectual property in the information age*, National Academy Press, Washington, 2000.
8. O. Granstrand, *The economics and management of intellectual property*, Edward Elgar, Cheltenham, 1999.