

De mens als hoofdrolspeler in het auteurs- en octrooirecht

Floor van der Lecq & Jorn Torenbosch*

Het auteurs- en octrooirecht beschermen bij uitstek creatieve voortbrengselen van de menselijke geest. In dit artikel wordt de rol van de menselijke geest in het auteursrecht en het octrooirecht ontleed en gekoppeld aan de dubbele beschermingsratio die aan deze intellectuele-eigendomsrechten ten grondslag ligt.



1 Inleiding

Het intellectuele-eigendomsrecht (IE-recht) is een veelomvattend rechtsgebied. Het rechtsgebied valt uiteen in verschillende

soorten IE-rechten, zoals het auteursrecht, het octrooirecht, het merkenrecht en het modellenrecht. Aan de meeste IE-rechten ligt een dubbele ratio ten grondslag: een billijkheids- en een utiliteitsratio.¹ De billijkheidsratio houdt in dat de creatieve arbeid van de maker die tot de intellectuele schepping heeft geleid, bescherming verdient. De utiliteitsratio ziet op het stimuleren van maatschappelijke vooruitgang: omdat IE-rechten een tijdelijk monopolie creëren, worden mensen gestimuleerd om te innoveren. Op deze innovatie kan de maatschappij als een geheel voortbouwen, al dan niet na het verstrijken van het tijdelijk monopolie van de IE-rechthebbende.

Elk IE-recht kent zijn eigen voorwerp van bescherming, beschermingsvoorwaarden en exploitatierechten. In dit artikel

bespreken wij twee IE-rechten die bij uitstek creatieve voortbrengselen van de menselijke geest beschermen: het auteursrecht en het octrooirecht.² We zullen deze twee IE-rechten niet uitputtend of volledig behandelen, maar beperken ons tot een inleidende verkenning van beide rechten. De voorwaarden voor auteurs- en octrooirechtelijke bescherming naar huidig recht staan centraal. In het verlengde hiervan worden ook besproken de exploitatierechten die aan deze bescherming zijn verbonden. In het bijzonder lichten wij uit hoe de menselijke geest en zijn creativiteit in deze voorwaarden en exploitatierechten tot uiting komt.

Aan de meeste IE-rechten ligt een dubbele ratio ten grondslag: een billijkheids- en een utiliteitsratio

2 Het auteursrecht

Ook de grondslag van het auteursrecht is gelegen in de billijkheids- en de utiliteitsratio. De billijkheidsratio is het meest

* Mr. F. van der Lecq en mr. J.R. Torenbosch zijn beiden docent recht, innovatie en technologie aan de Universiteit Utrecht.

1 M. de Cock Buning & R.W. de Bruin, 'Big data en het intellectuele eigendom', in: P.H. Blok, *Big data en het recht* (Monografieën Recht en Informatietechnologie 10), Den Haag: Sdu 2017, p. 85. Deze ratio's gelden niet in het merkenrecht, waar veel meer overwegingen van marktwerking een rol spelen.

2 De keuze om het auteursrecht en het octrooirecht te behandelen is vooral ingegeven door het feit dat deze twee IE-rechten veel voorkomen in de praktijk. Naast deze twee rechten bestaan natuurlijk nog andere IE-rechten die ook voortbrengselen van de menselijke geest beschermen, zoals o.a. het kwekersrecht, het tekeningen- en modellenrecht, het tekeningen- en modellenrecht, het topografierecht en naburige rechten. Vanwege de omvang van dit artikel behandelen wij deze andere rechten niet.

gemakkelijk te verklaren: zonder de auteur zou het voortbrengsel dat hij in het leven heeft geroepen, niet bestaan. Het is daarom niet meer dan redelijk dat hij daarvan ook de vruchten mag plukken. De utiliteitsratio ziet er in het auteursrecht op dat de investeringen van de maker worden beschermd, zodat makers worden gestimuleerd om te innoveren en te creëren. De utiliteitsratio heeft ook maatschappelijke componenten: omdat makers door de bescherming van het auteursrecht worden gestimuleerd om te creëren, wordt eveneens het scheppen van werken door anderen in de maatschappij bevorderd. Een andere maatschappelijke component is dat iedereen in de maatschappij zich mag laten inspireren door andermans werk, hetgeen vooruitgang stimuleert.³

Een boek (het *corpus mechanicum*) is níét beschermd door het auteursrecht, maar het verhaal in een boek (het *corpus mysticum*) is dat wél. Dat alleen het *corpus mysticum* in het auteursrecht is beschermd heeft een aantal belangrijke gevolgen

De bescherming van creatieve voortbrengselen van de menselijke geest staat, zoals gezegd, centraal in het auteursrecht. Indien aan alle vereisten is voldaan, beschermt het auteursrecht namelijk de geestelijke schepping van de auteur. Deze geestelijke schepping van de auteur noemt men ook wel het *corpus mysticum*, de onlichamelijke schepping. Veelal is het *corpus mysticum* vastgelegd in een stoffelijk object: het *corpus mechanicum*. Het *corpus mysticum* en het *corpus mechanicum* dienen goed van elkaar te worden onderscheiden, aangezien enkel het *corpus mysticum* door het auteursrecht wordt beschermd. Zo is een boek zelf (het *corpus mechanicum*) níét beschermd door het auteursrecht, maar is het verhaal in een boek (het *corpus mysticum*) dat wél. Dat alleen het *corpus mysticum* in het auteursrecht is beschermd heeft een aantal belangrijke gevolgen. Zo is het voor auteursrechtelijke

bescherming niet noodzakelijk dat de geestelijke schepping (bijvoorbeeld een verhaal) is vastgelegd in een stoffelijk object (bijvoorbeeld een boek). Ook een spontaan bedacht verhaal – denk bijvoorbeeld aan stand-up comedy – kan auteursrechtelijk beschermd zijn, aangezien het spontaan bedachte verhaal het *corpus mysticum* betreft. Zodra een ‘werk’ (zie par. 2.1) van een auteur waarneembaar is geuit, is het auteursrechtelijk beschermd. Het gaat er met andere woorden om dat het werk tot uitdrukking is gebracht. Zo is een creatief verhaal in iemands hoofd niet auteursrechtelijk beschermd, maar zodra dit verhaal wordt opgeschreven of voorgelezen is het wel beschermd. Bovendien is de geestelijk vader van het *corpus mysticum* degene aan wie het auteursrecht in beginsel toekomt, ook in het geval hij niet degene is die het werk feitelijk vastlegt.⁴ Zo drukt de uitgeverij doorgaans het boek, maar is het de auteur van het boek, de geestelijk vader van het verhaal dat in het boek is vastgelegd, die het auteursrecht verkrijgt.

2.1 Het werkbegrip

Zoals hiervoor kort ter sprake kwam, komen alleen werken voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking. Volgens artikel 1 Auteurswet (Aw) moet het gaan om werken van letterkunde, wetenschap of kunst. Artikel 10 Aw geeft een lijst van wat allemaal een werk van letterkunde, wetenschap of kunst kan zijn, bijvoorbeeld boeken, (mondelinge) voordrachten en film- en fotowerken. Ook buiten de categorieën letterkunde, wetenschap of kunst kan iets kwalificeren als een werk; de lijst van werken uit artikel 10 Aw is namelijk niet limitatief. Het feit dat een voortbrengsel wordt genoemd in artikel 10 Aw betekent nog niet dat het aldus bescherming van het auteursrecht geniet.

Voor bescherming is te allen tijde doorslaggevend of een voortbrengsel voldoet aan de vereisten van de ‘werktoets’. De werktoets houdt volgens de Hoge Raad in dat een voortbrengsel auteursrechtelijk beschermd is indien het i) een eigen oorspronkelijk karakter heeft met ii) een persoonlijk stempel van de maker (EOK&PS).⁵ Van een eigen oorspronkelijk karakter is sprake als het voortbrengsel niet ontleend is aan een ander werk.⁶ Een persoonlijk stempel is aanwezig als sprake is van scheppende *menselijke*

3 J.H. Spoor, D.W.F. Verkade & D.J.G. Visser, *Auteursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 10 e.v.

4 Hierop zijn uitzonderingen, zie uitgebreid Spoor, Verkade & Visser 2019, p. 27 e.v.

5 Vgl. HR 4 januari 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0104, AA19920031, m.nt. H. Cohen Jehoram (*Van Dale/Romme*).

6 Vgl. HR 30 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2153, AA20080819, m.nt. P.B. Hugenholtz (*Endstra*), r.o. 4.5.1.

arbeid van de maker en dus van creatieve keuzes.⁷ Dit impliceert volgens de Hoge Raad dat het persoonlijk stempel van de maker een voortbrengsel is van de menselijke geest.⁸ Hier komt het menselijkegeestbegrip expliciet tot uitdrukking bij de werktoets. Zodra is voldaan aan deze toets ontstaat het auteursrecht van rechtswege. Het recht vervalt zeventig jaar na het overlijden van de maker.⁹

Sinds het baanbrekende *Infopaq*-arrest¹⁰ van het Hof van Justitie van de Europese Unie is het werkbegrip een autonoom Unierechtelijk begrip, zodat sindsdien het hof het rechtscollege is dat bepaalt wanneer sprake is van een werk.¹¹ Volgens het hof is sprake van een werk wanneer het betrokken voortbrengsel een eigen intellectuele schepping (EIS) van de maker ervan is.¹² Dit houdt in dat de maker van het werk zijn persoonlijkheid met creatieve keuzes tot uiting heeft gebracht, waardoor iets oorspronkelijks is geschapen. In het *Heksenkaas*-arrest formuleert het hof een tweede vereiste. Voordat een voortbrengsel kan worden gekwalificeerd als werk moet het voorwerp van auteursrechtelijke bescherming voldoende nauwkeurig en objectief kunnen worden geïdentificeerd.¹³ Vanwege dit laatste vereiste is het (tot op heden) niet mogelijk om smaak en geur auteursrechtelijk te beschermen.¹⁴

Sinds het baanbrekende *Infopaq*-arrest van het Hof van Justitie is het werkbegrip een autonoom Unierechtelijk begrip, zodat sindsdien het hof het rechtscollege is dat bepaalt wanneer sprake is van een werk

Een werk hoeft niet bewust te worden geschapen. De vraag of sprake is van EOK&PS of EIS moet worden beoordeeld aan de hand van het voortbrengsel zelf.¹⁵ Het is niet van belang of de maker bewust een werk heeft willen scheppen of bewust creatieve keuzes heeft gemaakt. Ook creatieve voortbrengselen van de menselijke geest die onbewust tot stand zijn gekomen, kunnen door het auteursrecht worden beschermd.

Een aantal voortbrengselen van de menselijke geest komt niet voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking. Zo kan een stijl, trend of mode *an sich* niet auteursrechtelijk worden beschermd.¹⁶ Ook strekt het auteursrecht zich niet uit tot de bescherming van ideeën, omdat in het auteursrecht alleen de *uitwerking* van ideeën beschermingswaardig wordt geacht.¹⁷ Ideeën, stijl, trend of mode hebben zonder uitwerking immers geen persoonlijk stempel van de auteur.

Tevens kan een voortbrengsel niet auteursrechtelijk worden beschermd, indien het voorwerp *uitsluitend* technisch is bepaald.¹⁸ Een werk dient immers oorspronkelijk te zijn. Als een voorwerp uitsluitend technisch is bepaald, zijn de verschillende manieren om een idee uit te werken zodanig beperkt dat het idee samenvalt met de uitdrukking ervan.¹⁹ Hoewel bescherming voor uitsluitend technisch bepaalde voorwerpen via het auteursrecht dus niet mogelijk is, komen dergelijke voortbrengselen mogelijk wel voor octrooirechtelijke bescherming in aanmerking (zie uitgebreid vanaf par. 3). Het voorgaande betekent overigens niet dat een voorwerp met technische functies nooit auteursrechtelijk kan worden beschermd. Doorslaggevend blijft de vraag of creatieve keuzes zijn gemaakt, ook als een voortbrengsel (ten dele) wordt vormgegeven door technische overwegingen. Zo is bijvoorbeeld de vormgeving van een stoel ten dele ingegeven door technische overwegingen (de stoel moet in balans zijn, een zitvlak hebben, ondersteuning aan de rug bieden, etc.), maar dit betekent niet dat een stoel niet auteursrechtelijk beschermd kan zijn. Zodra de maker buiten de technische functie van de stoel creatieve keuzes maakt, komt het ontwerp van de stoel voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking.

Als een voortbrengsel auteursrechtelijk is beschermd, krijgt de maker uit wiens geest dit voortbrengsel is voortgekomen van rechtswege een tweetal exploitatierechten: het recht om het werk openbaar te maken en het recht om het werk te verveelvoudigen. Het openbaarmakingsrecht ziet op het recht van de maker om het werk beschikbaar te stellen aan het publiek. Het openbaarmakingsrecht is een koepelbegrip waaronder verschillende soorten van openbaar maken

- 7 Hetgeen niet het geval is indien de gemaakte keuzes zo banaal en triviaal zijn, dat daarachter geen creatieve arbeid van welke aard dan ook valt aan te wijzen.
- 8 HR 30 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2153, AA20080819, m.nt. P.B. Hugenholtz (*Endstra*), r.o. 4.5.1.
- 9 Zie art. 37 lid 1 Aw.
- 10 HvJ EU 16 juli 2009, ECLI:EU:C:2009:465, NJ 2011/288, m.nt. P.B. Hugenholtz (*Infopaq*).
- 11 De werktoets van de Hoge Raad (EOK&PS) komt in wezen op hetzelfde neer als de werktoets van het Hof van Justitie (EIS). Vgl. HR 12 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY1532, NJ 2013/502, m.nt. P.B. Hugenholtz (*Stokke / Fikso*), r.o. 4.2.
- 12 Het werkbegrip is geharmoniseerd voor alle type voortbrengselen. Landen als Portugal, Italië en Duitsland gingen lang ervan uit dat het werkbegrip ten aanzien van gebruiksvoorwerpen niet geharmoniseerd was. Deze opvatting heeft het Hof van Justitie expliciet afgewezen in het *Cofemel*-arrest (HvJ EU 12 september 2019, ECLI:EU:C:2019:721, NJ 2020/90, m.nt. J.H. Spoor (*Cofemel*)).
- 13 HvJ EU 13 november 2018, ECLI:EU:C:2018:899, AA20190390, m.nt. D.J.G. Visser (*Heksenkaas*).
- 14 Hierbij dient evenwel te worden opgemerkt dat de Hoge Raad in 2006 de geurstof van een parfum auteursrechtelijk heeft beschermd (HR 16 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU8940, NJ 2006/585, m.nt. J.H. Spoor (*Lancôme / Kecofa*)). Dit arrest van de Hoge Raad is sinds het *Heksenkaas*-arrest definitief geen geldend recht meer.
- 15 HR 30 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2153, AA20080819, m.nt. P.B. Hugenholtz (*Endstra*), r.o. 4.5.2.
- 16 Vgl. HR 29 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8661, NJ 2013/504, m.nt. P.B. Hugenholtz (*Broeren / Dujsens*) en HR 29 december 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1942, NJ 1996/546, m.nt. D.W.F. Verkade (*Decaux / Mediamax*). Hoewel stijl, trend en mode op zichzelf dus niet kunnen worden beschermd, kan de keuze voor bijv. een bepaalde stijl wel bijdragen aan het maken van creatieve keuzes. Zo kan het gebruik van bijzonder materiaal op zichzelf niet auteursrechtelijk worden beschermd, maar is het wel mogelijk dat hierdoor eerder sprake is van een voorwerp met een eigen karakter dat de creatieve keuzes van de maker belichaamt.
- 17 Zie art. 2 van het WIPO-verdrag (Verdrag van de Wereldorganisatie voor de intellectuele eigendom inzake auteursrecht).
- 18 HvJ EU 11 juni 2020, ECLI:EU:C:2020:461, RvdW 2020/971 (*Brompton Bicycle*).
- 19 HvJ EU 11 juni 2020, ECLI:EU:C:2020:461, RvdW 2020/971 (*Brompton Bicycle*); HvJ EU 22 december 2010, ECLI:EU:C:2010:816, NJ 2011/289, m.nt. P.B. Hugenholtz (*BSA*).

- 20 Omwille van de lengte van dit artikel bespreken wij niet de twee andere vormen van openbaar maken, te weten het recht om het werk te doen verschijnen en het recht om het werk te verbreiden. Zie voor een bespreking van deze door ons onbesproken gelaten openbaarmakingsrechten o.a. Spoor, Verkade & Visser 2019, p. 177 e.v.
- 21 Vgl. HvJ EU 22 januari 2015, ECLI:EU:C:2015:27, *NJ* 2016/205, m.nt. J.H. Spoor (*Art & Allposters/Pictoright*).
- 22 Zie art. 4 lid 2 Arl en 12a Aw.
- 23 Dit in tegenstelling tot software, dat onder het regime van de Software-richtlijn valt. Vgl. HvJ EU 3 juli 2012, EU:C:2012:407, *NJ* 2013/118, m.nt. P.B. Hugenholtz (*UsedSoft*).
- 24 HvJ EU 19 december 2019, ECLI:EU:C:2019:1111, *Computerrecht* 2020/133, m.nt. J.R. Torenbosch & J.J.H. Vos (*Tom Kabinet*).
- 25 Omwille van de lengte van dit artikel laten wij een bespreking van de niet-geharmoniseerde vorm van immaterieel openbaar maken achterwege. Zie hierover uitgebreid bijv. Spoor, Verkade & Visser 2019, p. 246 e.v.
- 26 Tekenend voor deze onduidelijkheid zijn de bewoordingen van Koelman: 'Uw annotator moet bekennen dat hij het Hof niet meer kan volgen.' Vgl. K.J. Koelman, annotatie bij HvJ EU 14 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:456, *AMI* 2017/4 (*The Pirate Bay*). Zelfs A-G Szpunar erkent dat de rechtspraak op het gebied van de mededeling aan het publiek onoverzichtelijk is, al spreekt hij genuanceerder van 'omvangrijke, maar noodzakelijkerwijs versnipperde rechtspraak'. Vgl. concl. A-G Szpunar 15 april 2020, ECLI:EU:C:2020:4, bij HvJ EU 2 april 2020, ECLI:EU:C:2020:268 (*Autoradio*), par. 1.
- 27 Deze korte schets doet niet volledig recht aan de complexiteit. Voor een uitgebreidere bespreking van de mededeling aan het publiek kan bijvoorbeeld worden geraadpleegd: A.A. Quaadvlieg, 'De mededeling aan het publiek', *IER* 2018/52 en Spoor, Verkade & Visser 2019, p. 228-245.
- 28 Of het bewerkingsrecht is geharmoniseerd is een actueel discussiepunt in de literatuur. De meeste auteurs, bijv. Visser en Quaadvlieg, zijn van mening dat het bewerkingsrecht tot op heden nog niet is geharmoniseerd, maar dat het in de lijn der verwachting ligt dat dit uiteindelijk wel gaat gebeuren. Vgl. D.J.G. Visser, 'Is het auteursrechtelijke bewerkingsrecht Europees geharmoniseerd?', *IEF* 19003 en A.A. Quaadvlieg, 'Een onjuiste toepassing van de totaalindruk', *BIE* 2019/28. Hier kan echter anders over worden gedacht, vgl. M.R.F. Senfleben, annotatie bij: HvJ EU 29 juli 2019, ECLI:EU:C:2019:624, *AMI* 2019/10 (*Pelham*).
- 29 Vgl. HvJ EU 16 juli 2009, ECLI:EU:C:2009:465, *NJ* 2011/288, m.nt. P.B. Hugenholtz (*Infopaq*).

vallen. Bovendien krijgt de schepper van het werk een aantal zogeheten persoonlijkheidsrechten.

2.2 Het openbaarmakingsrecht

De twee belangrijkste vormen van openbaar maken zijn het distributierecht en de immateriële openbaarmaking.²⁰ Het distributierecht behelst het uitsluitende recht van de auteur om elke vorm van distributie onder het publiek van het origineel van zijn werken of kopieën daarvan, door verkoop of anderszins, toe te staan of te verbieden (art. 4 lid 1 Auteursrecht-richtlijn (Arl)). Het distributierecht ziet aldus op de materiële exploitatie van een werk (het *corpus mechanicum*), bijvoorbeeld de verkoop van een (fysiek) boek.

Het staat iemand die een boek koopt vrij om dit boek te verkopen. Het distributierecht is het enige recht van de auteur dat aan uitputting onderhevig is en beperkt zich expliciet tot fysieke exemplaren waarin een werk wordt belichaamd

Zodra een werk in fysieke vorm met toestemming van de auteur in het economisch verkeer van de Europese Economische Ruimte is gebracht, kan de auteur zich niet verzetten tegen de wederverkoop van dit (specifieke) werk.²¹ Deze begrenzing van het distributierecht heet uitputting.²² Dit betekent dat het iemand die een boek koopt vrijstaat om dit boek te verkopen op bijvoorbeeld Marktplaats. Het distributierecht is het enige recht van de auteur dat aan uitputting onderhevig is en beperkt zich (onder de Arl²³) expliciet tot fysieke exemplaren waarin een werk wordt belichaamd.²⁴ Met andere woorden: alleen het recht om het *corpus mechanicum* (het lichamelijke object) te distribueren kan uitputten. Dit houdt in dat het een koper van een cd vrijstaat deze specifieke cd te verkopen op Marktplaats, maar dat hij deze cd níet ten gehore mag brengen op bijvoorbeeld YouTube. Het ten gehore brengen van de cd is namelijk een andere vorm van openbaar maken die niet kan uitputten (zie hierna).

Een tweede belangrijke vorm van openbaarmaking is de zogeheten immateriële openbaarmaking. Zoals de term reeds doet vermoeden, ziet deze vorm van openbaar maken op de immateriële exploitatie van een werk in de brede zin van het woord. Hieronder valt onder meer het tentoonstellen van werken, het ten gehore brengen van muziek en het uitvoeren van voorstellingen. De immateriële openbaarmaking is voor een deel Europees geharmoniseerd. Niet geharmoniseerd is de immateriële openbaarmaking waarbij het publiek op de plaats van oorsprong aanwezig is, bijvoorbeeld bij een live concert.²⁵ Wel geharmoniseerd is de immateriële openbaarmaking waarbij het publiek níet aanwezig is op de plaats van oorsprong van de mededeling, bijvoorbeeld bij het volgen van een concert via een livestream. De Europese wetgever noemt deze vorm van immaterieel openbaar maken de 'mededeling aan het publiek'. Wanneer sprake is van zo'n mededeling aan het publiek is uiterst complex. Dit komt met name door de grote hoeveelheid, soms moeilijk te volgen,²⁶ jurisprudentie van het Hof van Justitie.²⁷ Het hangt van de omstandigheden van het geval af of sprake is van een mededeling aan het publiek; het hof oordeelt steevast dat het begrip 'mededeling aan het publiek' een geïndividualiseerde beoordeling vergt.

2.3 Het verveelvoudigingsrecht

Het tweede exploitatierecht van de auteur is het recht om zijn werk te verveelvoudigen, zo volgt uit artikel 1 en artikel 13 Aw. Ook hier zijn weer twee vormen te onderscheiden. Het verveelvoudigingsrecht omvat namelijk zowel het recht van de auteur om reproducties van zijn werk te maken als het recht om zijn werk te bewerken. Het reproductierecht is geharmoniseerd in artikel 2 Arl. Het bewerkingsrecht is (nog) niet Europees geharmoniseerd.²⁸ Van een reproductie is sprake wanneer herkenbaar auteursrechtelijk beschermde trekken zijn overgenomen van een exemplaar waarin het werk is belichaamd. Dit wordt ook wel het ontleningscriterium genoemd. Overname van een deel van een exemplaar, een zogeheten gedeeltelijke reproductie, is ook een inbreuk op het reproductierecht.²⁹ Zo is het overnemen van het gehele verhaal uit een boek een auteursrechtinbreuk, maar kan ook de overname van één hoofdstuk uit een boek al een auteursrechtinbreuk zijn.

Het bewerkingsrecht is ietwat complexer dan het reproductierecht. In het bijzonder bij voorwerpen van toegepaste kunst wil de rechter nogal eens het zogeheten totaalindrukkencriterium gebruiken.³⁰ Dit houdt in dat de rechter de totaalindrukken van het werk en het beweerdelijk inbreukmakende voortbrengsel vergelijkt om te bezien of sprake is van een inbreuk.³¹ Dit neemt overigens niet weg dat ook bij het totaalindrukkencriterium de overname van auteursrechtelijk beschermde trekken beslissend is bij de inbreukvraag.³² Het totaalindrukkencriterium is in wezen niet meer dan een methodiek om de rechter te helpen bij de inbreukvraag.³³

2.4 Persoonlijksrechten

De auteur van een werk krijgt naast exploitatierechten ook een aantal persoonlijkheidsrechten. Artikel 25 Aw noemt i) het recht van de auteur zich te verzetten tegen openbaarmaking van het werk zonder vermelding van zijn naam of andere aanduiding als maker; ii) het recht zich te verzetten tegen de openbaarmaking van het werk onder een andere naam dan de zijne, alsmede tegen het aanbrengen van enige wijziging in de benaming van het werk of in de aanduiding van de maker; iii) het recht zich te verzetten tegen elke andere wijziging in het werk; en iv) het recht zich te verzetten tegen elke misvorming, verminking of andere aantasting van het werk die nadeel zou kunnen toebrengen aan de eer of de naam van de maker of aan zijn waarde in deze hoedanigheid. Deze persoonlijkheidsrechten bestaan om de persoonlijke band die de maker met zijn werk heeft te waarborgen, opdat de auteur zijn geesteskind kan beschermen. De persoonlijkheidsrechten hebben dus een duidelijke connectie met de menselijke geest en het voortbrengsel dat daaruit is voortgekomen.

2.5 Beperkingen op het auteursrecht

Minstens zo belangrijk als de exploitatierechten zijn de beperkingen op deze rechten. In het oog springende beperkingen zijn het citaatrecht en de parodie-exceptie.³⁴ De beperkingen staan limitatief opgesomd in de Aw en moeten in beginsel restrictief worden uitgelegd. De beperkingen moeten aan de andere kant wel zo worden uitgelegd dat hun nuttige werking niet wordt weggenomen: het doel achter de beperking moet te allen tijde

in acht worden genomen.³⁵ Verder geldt dat geen enkele beperking de zogeheten driestappentoets mag doorkruisen. Deze toets houdt in dat een beperking slechts mag worden toegepast als het i) om een bepaald bijzonder gebruik gaat, ii) geen afbreuk wordt gedaan aan de normale exploitatie van de rechthebbende, en iii) de wettige belangen van de rechthebbende niet onredelijk worden geschaad.³⁶

Octrooien kunnen tal van uitvindingen beschermen. Denk hierbij niet alleen aan octrooien op vaccins en vingerafdruksensoren van mobiele telefoons, maar ook aan octrooien op dagelijkse gebruiksvoorwerpen als nietmachines, blenders en ritssluitingen

3 Het octrooirecht

Een octrooi geeft het exclusieve recht om een uitvinding twintig jaar lang commercieel toe te passen. Octrooien kunnen tal van uitvindingen beschermen. Denk hierbij niet alleen aan octrooien op vaccins, communicatietechnologieën voor zelfrijdende auto's en vingerafdruksensoren van mobiele telefoons, maar ook aan octrooien op dagelijkse gebruiksvoorwerpen als nietmachines, blenders en ritssluitingen.

Net als in het auteursrecht liggen ook in het octrooirecht de billijkheids- en de utiliteitsratio ten grondslag aan de bescherming. De billijkheidsgrondslag in het octrooirecht leidt tot een exclusief recht voor de octrooihouder om de uitvinding toe te passen. Dit exploitatierecht van de octrooihouder leidt nog veel meer dan bij het auteursrecht tot een monopolie. Het octrooirecht is namelijk een nog grotere uitzondering op de mededingingsvrijheid. Op die manier worden de creatieve arbeid en tijd die de uitvinder in de uitvinding heeft gestoken beschermd, alsmede het geld dat hij erin heeft geïnvesteerd.

De utiliteitsgrondslag staat in het octrooirecht meer op de voorgrond dan in het auteursrecht. In ruil voor het monopolie dat de octrooihouder met zijn octrooi verkrijgt, moet hij bij de aanvraag alle voor de

³⁰ Vgl. HR 12 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY1532, NJ 2013/502, m.nt. P.B. Hugenholtz (*Stokke / Fikso*). Het totaalindrukkencriterium wordt echter niet uitsluitend toegepast op voorwerpen van toegepaste kunst. Vgl. HR 29 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE8456, IER 2003/17, m.nt. F.W. Grosheide (*Una Voce Particolare*), waarbij het ging om de inbreukvraag ten aanzien van een auteursrechtelijk beschermd format. Vgl. ook hof Amsterdam 6 november 2003, ECLI:NL:GHAMS:2003:AN7646, IER 2004/20, m.nt. M. de Cock Buning (*Tanja Grotter / Harry Potter*), waar het totaalindrukkencriterium werd toegepast op een plot van een verhaal.

³¹ Het totaalindrukkencriterium is omstreden. Vgl. J.H. Spoor, 'Hoezo, totaalindrukken?', in: N.A.N.M. van Eijk & P.B. Hugenholtz, *Dommering Bundel*, Amsterdam: Otto Cramwinckel Uitgeverij 2008, p. 321-322.

³² Al gaat de rechter hierbij nog wel eens de mist in, vgl. hof Amsterdam 15 mei 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1617 (*Diwar / 4Udesigned*) en de zeer kritische noot van A.A. Quaedvlieg bij dit arrest in *BIE* 2019/28.

³³ Zie in deze zin M.R. de Zwaan, 'De totaalindruk: onjuist maar niet onbruikbaar', *AMT* 2016, afl. 5, p. 113-120.

³⁴ Zie uitgebreid over de beperkingen in het auteursrecht Spoor, Verkade & Visser 2019, p. 253 e.v. Vgl. HvJ EU 29 juli 2019, ECLI:EU:C:2019:625, AA20190887, m.nt. D.J.G. Visser (*Spiegel Online*) en HR 26 juni 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0647, NJ 1993/205, m.nt. D.W.F. Verkade (*Damave / Trouw*) voor het citaatrecht. Vgl. HvJ EU 3 september 2014, ECLI:EU:C:2014:2132, NJ 2016/351, m.nt. P.B. Hugenholtz (*Deckmyn*) voor de parodie-exceptie.

³⁵ Vgl. HvJ EU 29 juli 2019, ECLI:EU:C:2019:623, AA20190887, m.nt. D.J.G. Visser (*Funke Medien*) en HvJ EU 29 juli 2019, ECLI:EU:C:2019:625, AA20190887, m.nt. D.J.G. Visser (*Spiegel Online*).

³⁶ Zie in het bijzonder erg uitgebreid over de driestappentoets M.R.F. Senfleben, *Copyright, limitations and the three-step test* (diss. Amsterdam UvA), Den Haag: Kluwer Law International 2004.

uitvinding relevante informatie openbaar maken. Deze informatie wordt opgeslagen in een octrooidatabase en is publiekelijk beschikbaar. Dit maakt deze database een zeer nuttige bron van informatie voor de rest van de wereld. Omdat eenieder kan voortbouwen op deze informatie, wordt de innovatie gestimuleerd.

Op grond van het Europees Octrooi-verdrag (EOV) kan een Europees octrooi worden verleend.³⁷ Een octrooi dient te worden aangevraagd en ontstaat in tegenstelling tot het auteursrecht niet vanzelf. Het Europese octrooi valt na verlening uiteen in nationale octrooien. Het is aan de octrooihouder of hij het octrooi in alle bij het EOV aangesloten landen wil aanvragen, of slechts in een aantal daarvan. Deze nationale octrooien worden naar nationaal recht behandeld, voor zover het EOV niet anders bepaalt. Een groot deel van het octrooirecht is derhalve Europees geharmoniseerd. Het EOV bepaalt zowel de geldigheidseisen als de bescherming van het Europees octrooi. Dit maakt het EOV de belangrijkste rechtsbron voor het Nederlandse octrooirecht.³⁸ Het nationale octrooirecht, dat in Nederland is neergelegd in de Rijksoctrooiwet (ROW), is daarom minder van belang.

In artikel 52 lid 1 EOV worden de meeste materiële eisen genoemd waaraan een octrooi moet voldoen. Het moet gaan om i) uitvindingen, op alle gebieden van de technologie, die ii) nieuw zijn, iii) op uitvindingswerkzaamheid berusten en iv) industrieel toepasbaar zijn.³⁹ Voorts bepaalt artikel 83 EOV dat een uitvinding v) nawerkbaar moet zijn. Een uitvinding moet aan al deze eisen voldoen om voor bescherming in aanmerking te komen. Omdat dit artikel focust op de creatieve voortbrengselen van de menselijke geest, wordt aan de eerste drie vereisten de meeste aandacht gewijd.

3.1 Uitvinding

Hoewel het begrip 'uitvinding' niet is gedefinieerd,⁴⁰ wordt in artikel 52 lid 2 EOV wel aangegeven wat in ieder geval geen uitvinding is. Hierbij gaat het om zaken die enig technisch karakter ontberen. Denk bijvoorbeeld aan een ontdekking;⁴¹ dat is het vinden van een nieuwe eigenschap van iets wat reeds bestaat. Een ontdekking is geen voortbrengsel van de menselijke geest maar van de natuur, en komt daarom niet voor octrooirechtelijke

bescherming in aanmerking. De ontdekking van röntgenstralen is daarom niet octrooieerbaar. Een apparaat dat met röntgenstralen foto's kan maken, kan daarentegen wel octrooieerbaar zijn. Verder bevat artikel 53 EOV een aantal uitzonderingen waarvoor geen octrooi wordt verleend. Onder meer uitvindingen in strijd met de openbare orde en de goede zeden, alsmede uitvindingen die betrekking hebben op planten- en dierenrassen zijn door de wetgever uitgesloten van octrooieerbaarheid. Bescherming van dergelijke uitvindingen wordt namelijk onwenselijk geacht. Zo werd lange tijd geleden een onveilige smeltdraad geweigerd als octrooi wegens strijdigheid met de openbare orde.⁴² Een belangrijk uitgangspunt in het octrooirecht is voorts dat abstracte ideeën *an sich* niet voor octrooirechtelijke bescherming in aanmerking komen. Immers, als abstracte ideeën door het octrooirecht kunnen worden beschermd, wordt het voor de samenleving erg moeilijk om voort te bouwen op die abstracte ideeën zonder inbreuk te maken op het octrooirecht. Deze beperking houdt dus verband met de utiliteitsratio.

Een ontdekking is geen voortbrengsel van de menselijke geest maar van de natuur, en komt daarom niet voor octrooirechtelijke bescherming in aanmerking

Hoewel nu duidelijk is wat in ieder geval geen uitvinding kan zijn, is het van groot belang om te weten wat wél een uitvinding is. De Europeesrechtelijke rechtspraak kleurt dit begrip verder in.⁴³ Ook in de rechtspraak komt naar voren dat de uitvinding technisch van aard moet zijn.⁴⁴ Meer specifiek moet sprake zijn van een technische bijdrage.⁴⁵ Van een dergelijke technische bijdrage is sprake als een *menselijke* ingreep in natuurkrachten een bepaald resultaat tot gevolg heeft.⁴⁶ Niet-menselijke ingrepen kunnen (tot op heden) níét tot een uitvinding leiden die door een octrooi kan worden beschermd. Zo zijn recentelijk octrooien aangevraagd voor uitvindingen die door artificiële intelligentie zijn gedaan, maar deze aanvragen zijn afgewezen omdat het geen voortbrengselen van de menselijke geest

37 Inmiddels zijn liefst 38 landen aangesloten bij het EOV. Dit betekent dat naast de Europese landen ook niet-Europese landen bij het verdrag zijn aangesloten.

38 Om die reden wordt in dit artikel hoofdzakelijk verwezen naar de artikelen uit het EOV. In de ROW zijn een aantal gelijklopende artikelen opgenomen, waardoor op die plekken kan worden verwezen naar *T&C Intellectuele Eigendom* van de ROW. Indien enkel het nationale recht van toepassing is, wordt verwezen naar de artikelen uit de ROW.

39 Een vereiste dat wij niet apart behandelen, is de eis dat een octrooi 'plausibel' moet zijn. Dit vereiste is relatief nieuw en is ontwikkeld in de rechtspraak van het EOB. Zie hierover uitgebreid bijv. H.J. Pot, 'Plausibiliteit in het octrooirecht', *BIE* 2017, afl. 3, p. 89, en J.H.J. den Hartog, 'Reactie op artikel over plausibiliteit in het octrooirecht van Jan Pot', *BIE* 2017, afl. 3, p. 97.

40 Vgl. EOB 15 november 2006, ECLI:EP:BA:2006:T015404.20061115 (*Duns Licensing Associates*), r.o. 6.

41 Zie art. 52 lid 2 sub a EOV.

42 Octrooiraad (Afd. van Beroep) 21 februari 1944, *BIE* 1946/57. Vgl. G.J.H.M. Mom, 'Goede zeden en openbare orde in het intellectueel eigendomsrecht', www.ivir.nl/nl/publicaties, par. 2.1.

43 P.G.F.A. Geerts e.a., *Kort begrip van het intellectuele eigendomsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 42.

44 De Cock Buning & De Bruin 2017, p. 108-109; EOB 15 november 2006, ECLI:EP:BA:2006:T015404.20061115 (*Duns Licensing Associates*), r.o. 7-8.

45 Vgl. EOB 15 november 2006, ECLI:EP:BA:2006:T015404.20061115 (*Duns Licensing Associates*), r.o. 8. Het EOB spreekt daar van 'technical teaching'.

46 Vgl. EOB 9 december 2010, ECLI:EP:BA:2010:G000108.20101209 (*Tomatoes/Israël*), r.o. 6.4.2. Het EOB spreekt daar van 'human intervention, to bring about a result by utilising the forces of nature, pertains to the core of what an invention is understood to be'.

zijn.⁴⁷ Bij het uitvindingsbegrip komt deze menselijke component dus expliciet tot uitdrukking.

3.2 Nieuwheid

De tweede eis voor octrooierbaarheid is dat een uitvinding nieuw moet zijn.⁴⁸ Een uitvinding is nieuw als deze geen deel uitmaakt van de stand van de techniek. Deze stand van de techniek is een breed gedefinieerd begrip dat ziet op alles wat op het moment van de octrooiaanvraag openbaar toegankelijk is gemaakt door schriftelijke of mondelinge beschrijving, door toepassing of op enige andere wijze. Als een uitvinding op het moment van de octrooiaanvraag nog niet openbaar toegankelijk is gemaakt, maakt het nog geen deel uit van de stand van de techniek en is deze dus nieuw.

De tweede eis voor octrooierbaarheid is dat een uitvinding nieuw moet zijn. Het vereiste van nieuwheid sluit nauw aan bij de creatieve component van de voortbrengselen van de menselijke geest en dus bij de billijkheidsratio

Het vereiste van nieuwheid sluit nauw aan bij de creatieve component van de voortbrengselen van de menselijke geest en dus bij de billijkheidsratio. De stand van de techniek ziet op alles wat waar ook ter wereld openbaar toegankelijk is geworden, ongeacht in welke taal of op welke wijze dat is gebeurd.⁴⁹ Het betreft dus een absoluut vereiste. Wat in een specifiek geval tot de stand van de techniek behoort, is sterk afhankelijk van het desbetreffende vakgebied. Het gaat bij de nieuwheid niet om wat de desbetreffende uitvinder wel of niet wist, maar om wat hij theoretisch gezien had kunnen weten. Zo gaat een verhaal rond dat ooit een Nederlandse octrooiaanvraag is geweigerd omdat de uitvinding voor het bergen van een schip reeds in een *Donald Duck*-aflevering was geopenbaard en dus deel uitmaakte van de stand van de techniek.⁵⁰ Omdat dit nieuwheidsvereiste negatief is geformuleerd wordt uitgegaan van nieuwheid, tenzij het tegendeel blijkt. Van dit tegendeel is

slechts sprake als álle voor de uitvinding relevante informatie uit één eerdere openbaarmaking volgt. Eerdere publicaties zijn nieuwheidsschadelijk indien de technische kenmerken van de uitvinding voor de vakman (zie par. 3.3) direct en ondubbelzinnig kenbaar zijn.⁵¹ Zo werd een octrooi dat betrekking had op de behandeling van multiple sclerose nietig verklaard omdat de in het octrooi beschreven onderzoeksresultaten eerder op een congres waren geopenbaard.⁵²

3.3 Inventiviteit

Ten derde dient een uitvinding inventief te zijn. Evenals het nieuwheidsvereiste is ook het inventiviteitsvereiste een absoluut criterium, waarbij niet van belang is of de uitvinder zelf inventief is geweest. Inventief betekent hier dat de uitvinding niet op een voor de vakman voor de hand liggende wijze uit de stand van de techniek volgt. De bedoelde vakman is een fictieve persoon, die wordt geacht werkervaring te hebben op het relevante gebied. De vakman heeft geen creatief vermogen en is geen expert, maar heeft wel de algemene vakkennis paraat. Omdat het relevante gebied van alles kan zijn (zie par. 3.4), verschilt de algemene vakkennis van de vakman van geval tot geval.⁵³ De vakman is kortom degene aan wie het aan een uitvinding ten grondslag liggende probleem zou worden voorgelegd.⁵⁴ Al hetgeen de vakman niet voorziet is creatief en voldoende inventief. Uit de eisen van nieuwheid en inventiviteit volgt daarom dat voortbrengselen voldoende creatief dienen te zijn, voordat ze voor octrooirechtelijke bescherming in aanmerking komen.

Zoals gezegd is een uitvinding niet nieuw wanneer álle voor de uitvinding relevante informatie uit één eerdere openbaarmaking volgt. Veelal is de relevante informatie afzonderlijk beschreven in verschillende stukken. Het is bij de inventiviteit dan de vraag of het voor de hand ligt dat de vakman deze stukken combineert om tot een oplossing te komen. Om tot een enigszins voorspelbare uitleg te komen over wat nu als voor de vakman voor de hand liggend kwalificeert, hebben octrooiverlenende instanties en de rechtspraak regels ontwikkeld. Hierbij wordt veelal gebruik gemaakt van de probleemoplossingsbenadering (*problem-solution approach*, PSA). Dit is een hulpmiddel om achteraf te kunnen bepalen of een octrooiaanvraag op het mo-

47 EOB (onderzoeksbureau) 27 januari 2020, beslissingen tot weigering van octrooiaanvragen voor door artificiële intelligentie gedane uitvindingen EP18275163 en EP18275174. Vgl. ook de annotatie bij deze beslissingen van Th.C.J.A. van Engelen, 'Artificiële intelligentie en octrooi – een oplossing voor een niet bestaand probleem?', AA 2020, afl. 5, p. 484-489 (AA20200484).

48 Zie art. 54 EOV.

49 Zie voor een uitgebreider overzicht van de wijzen waarop uitvindingen openbaar gemaakt kunnen worden bijv. J.H.J. den Hartog, in: *T&C Intellectuele Eigendom*, art. 4 ROW, aant. 6.

50 A. Engelfriet, 'Kan een prior art generator alle patenten ongeldig maken?', *Ius Mentis* 6 mei 2016, <https://blog.iusmentis.com/>.

51 Vgl. Rb. Den Haag 29 september 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:7089, *BIE* 2020/19, m.nt. R.M. Kleemans (*Biogen c.s./Richter*), r.o. 5.21-5.22.

52 Rb. Den Haag 12 juli 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:7628, *IEF* 16948 (*Swiss Pharma/Biogen*).

53 L. Bently e.a., *Intellectual Property Law*, Oxford: Oxford University Press 2018, p. 583; Geerts e.a. 2020, p. 43.

54 Den Hartog, in: *T&C Intellectuele Eigendom* 2019, art. 6 ROW, aant. 4.

ment van indiening voor de vakman voor de hand liggend was.⁵⁵ Onder meer het Europees Octrooibureau beschrijft de PSA als een driestappentoets.⁵⁶ Als eerste dient de meest nabije stand van de techniek te worden bepaald. Omdat de uitvinding inventief dient te zijn ten opzichte van alle relevante documenten uit de stand van de techniek, kan de meest nabije stand van de techniek uit meerdere documenten bestaan. Vervolgens wordt vastgesteld welk objectief technisch probleem de uitvinding poogt op te lossen. Ten slotte moet worden beoordeeld of de uitvinding op grond van de eerste twee stappen voor de vakman voor de hand liggend is. Het gaat erom of de vakman tot de uitvinding zou komen, en niet of hij er had kunnen komen. De vakman is immers niet creatief. Hoewel het de bedoeling van de PSA is de uitvinding niet met kennis achteraf te beoordelen, blijft *hindsight* een reëel risico.⁵⁷

Een oplossing ligt doorgaans voor de hand, wanneer de meest nabije stand van de techniek een verwijzing bevat naar de oplossing, of als deze stand van de techniek wordt gecombineerd met algemene vakkennis en die combinatie tot de oplossing leidt. In de rechtspraak is geoordeeld dat een uitvinding inventiviteit ontbeert als routinematig onderzoek wordt gedaan met een redelijke succesverwachting.⁵⁸

Hiervan is met name sprake bij farmaceutische octrooien. Zo werd bijvoorbeeld een octrooi voor de behandeling van seksuele disfuncties vernietigd vanwege een gebrek aan inventiviteit, omdat hierbij slechts een nieuwe dosering van een reeds bekend geneesmiddel werd gebruikt.⁵⁹ Dit werd door de rechter omschreven als ‘het uitlopen van een *“one-way-street”*’.⁶⁰ Daarentegen kan een aantal omstandigheden eraan bijdragen dat wél sprake is van inventiviteit, bijvoorbeeld als met een uitvinding een lang gevoelde behoefte wordt vervuld, als een uitvinding een onverwacht technisch effect heeft of als met een uitvinding een vooroordeel of moeilijkheid wordt overwonnen, omdat de stand van de techniek in een andere richting wees.⁶¹ In al deze gevallen is het voortbrengsel van de menselijke geest immers voldoende creatief.

3.4 Industriële toepasbaarheid & nawerkbaarheid

Tot slot dient een uitvinding industrieel toepasbaar en nawerkbaar te zijn.⁶² Van industriële toepasbaarheid is sprake als de

uitvinding kan worden toegepast op enig industrieel gebied, de landbouw inclusief. Deze omschrijving is ruim en scheidt beschermbare uitvindingen van onmogelijke of puur esthetische uitvindingen. Aangezien een uitvinding doorgaans een probleem oplost dat reeds langere tijd wordt gevoeld, is deze horde geen al te hoge om te nemen. Nawerkbaarheid houdt in dat een uitvinding zodanig duidelijk en volledig moet zijn geopenbaard in de aanvraag, dat zij door de vakman kan worden toegepast. Als de uitvinding slechts kan worden toegepast met kennis die na de aanvraagdatum is vergaard, leidt de aanvraag niet tot een geldig octrooi.

In geval van twee dezelfde uitvindingen is de octrooihouder niet per definitie degene die het eerst de uitvinding doet. Het feit dat de aanvrager het octrooi verkrijgt, betekent ook dat de aanvrager niet de daadwerkelijke uitvinder hoeft te zijn

3.5 De octrooihouder en zijn rechten

De uitvinder die het eerst de aanvraag doet, verwerft het octrooirecht.⁶³ In geval van twee dezelfde uitvindingen is de octrooihouder dus niet per definitie degene die het eerst de uitvinding doet. Het feit dat de aanvrager het octrooi verkrijgt, betekent ook dat de aanvrager niet de daadwerkelijke uitvinder hoeft te zijn. Wel heeft de uitvinder op grond van artikel 62 EOv het recht om als zodanig te worden vermeld. Aan de octrooihouder zijn een aantal handelingen voorbehouden. Hieronder vallen, afhankelijk van de vraag of de uitvinding een voortbrengsel of een werkwijze betreft, onder meer het vervaardigen, het verhandelen en het gebruiken van de uitvinding.⁶⁴ Bij een voortbrengsel moet gedacht worden aan fysieke uitvindingen als machines, werktuigen en stoffen, terwijl methoden, recepten en productieprocessen als werkwijze kwalificeren.⁶⁵ Wanneer een commerciële partij één van deze voornoemde handelingen verricht zonder toestemming van de octrooihouder, is sprake van een inbreuk.⁶⁶

⁵⁵ Hoewel in o.a. HR 3 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2900, AA20150049, m.nt. Th.C.J.A. van Engelen (*Leo Pharma / Sandoz*) is geoordeeld dat de PSA niet dé methode, maar slechts één methode is om vast te stellen wat voor de vakman voor de hand liggend is, wordt de PSA vrijwel altijd toegepast.

⁵⁶ Zie de *Guidelines for Examination in the European Patent Office*, Part G, Chapter VII – Inventive step.

⁵⁷ Vgl. hof Den Haag 17 september 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:2648 (*Novartis / Teva*), r.o. 4.13. Vgl. ook Th.C.J.A. van Engelen, ‘De “problem-solution-approach” in het octrooirecht: een non-fictie gedachte-experiment’, AA 2015, afl. 1, p. 49-54 (AA20150049). Zie verder voor de vraag wat *hindsight* is J.H.J. den Hartog, ‘Inventiviteit, de stand van zaken rond de probleem en oplossing aanpak’, *BIE* 2011/82.

⁵⁸ Vgl. EOB 5 maart 1997, ECLI:EP:BA:1997:T018793.19970305 (*Vaccines / Genentech*), r.o. 21.

⁵⁹ Rb. Den Haag 14 maart 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:2668, *Bijblad bij De Industriële Eigendom* 2018, afl. 3 (*Teva / Icos*).

⁶⁰ Rb. Den Haag 14 maart 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:2668, *Bijblad bij De Industriële Eigendom* 2018, afl. 3 (*Teva / Icos*), r.o. 4.24.

⁶¹ Vgl. Den Hartog, in: *T&C Intellectuele Eigendom* 2019, art. 6 ROW, aant. 7; Geerts e.a. 2020, p. 62.

⁶² Zie art. 57 EOv voor de industriële toepasbaarheid en art. 83 EOv voor de nawerkbaarheid.

⁶³ Zie art. 60 EOv.

⁶⁴ Zie art. 53 lid 1 sub a ROW voor de rechten bij voortbrengselen en sub b voor de rechten bij werkwijzen.

⁶⁵ Vgl. Geerts e.a. 2020, par. 45-46.

⁶⁶ Een en ander enkel voor zover de inbreukmakende handeling plaatsvindt in Nederland, en wanneer geen sprake is van zuiver privégebruik zonder commerciële bijbedoelingen.

3.6 De beschermingsomvang

Zoals gezegd bepaalt het EOV ook de beschermingsomvang.⁶⁷ Uit artikel 69 lid 1 EOV volgt dat de conclusies in de octrooiaanvraag bepalend zijn voor de beschermingsomvang. De conclusies bepalen namelijk welke specifieke voortbrengselen wel en niet onder het octrooi vallen. De betekenis van de conclusie(s) wordt vastgesteld op het moment van indiening (*ex tunc*) en niet op een later moment (*ex nunc*), omdat het niet de bedoeling is dat de beschermingsomvang in tijd aan verandering onderhevig is.⁶⁸ Deze conclusies kunnen echter uitleg behoeven, onder meer omdat van een uitvinder niet kan worden gevergd dat hij ten tijde van het opstellen van de octrooiaanvraag een sluitend overzicht heeft van alle toepassingsmogelijkheden van zijn uitvinding.⁶⁹ De beschrijving en de tekeningen dienen tot uitleg van de conclusies. Zij vormen de context, waarvan de conclusies niet los kunnen worden gezien.⁷⁰ Bij de uitleg van een octrooi is immers het perspectief van de gemiddelde vakman met zijn kennis van de stand van de techniek leidend.⁷¹

4 Afsluitende woorden: is het menselijke geestbegrip uit de fles?

Dit artikel leert dat het auteurs- en octrooirecht bij uitstek bescherming bieden aan creatieve voortbrengselen van de menselijke geest. Het vereiste van creativiteit is erg belangrijk. Slechts oorspronkelijke en creatieve werken komen voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking; ideeën, stijl, trend of mode *an sich* niet. Laatstgenoemde concepten kwalificeren misschien wel als voortbrengsel van de menselijke geest, maar ontberen een persoonlijk stempel. En juist deze persoonlijke uitwerking moet worden beschermd, zo volgt uit de billijkheidsratio. Ook in het octrooirecht worden

abstracte ideeën om diezelfde reden niet beschermd. Slechts in de octrooiaanvraag concreet uitgewerkte uitvindingen komen voor octrooirechtelijke bescherming in aanmerking, mits de uitvinding nieuw en inventief is. In deze twee vereisten komt het vereiste van creativiteit nadrukkelijk in het octrooirecht naar voren.

In het bijzonder het vereiste dat enkel voortbrengselen van de menselijke geest door IE-rechten worden beschermd, komt steeds meer ter discussie te staan door de opkomst van artificiële intelligentie

Voorts speelt ook de menselijke component een doorslaggevende rol. Zo zijn ontdekkingen niet octrooirechtelijk beschermd omdat het geen *menselijke* voortbrengselen zijn, en is ook het auteursrecht volgens de Hoge Raad voorbehouden aan voortbrengselen van de menselijke geest. Door dieren gemaakte foto's zijn om die reden niet auteursrechtelijk beschermd.⁷² Recht is echter voortdurend in beweging, meedeinend met de constante ontwikkeling van de maatschappij. Dit is voor het auteurs- en octrooirecht niet anders. In het bijzonder het vereiste dat enkel voortbrengselen van de menselijke geest door deze rechten worden beschermd, komt steeds meer ter discussie te staan door de opkomst van artificiële intelligentie. Is het nog wenselijk dat het auteurs- en octrooirecht vereisen dat het voortbrengsel voortkomt uit de menselijke geest, nu ook artificiële intelligentie in staat is om uitvindingen te doen en werken te maken?⁷³ Het is een actuele discussie en een ontwikkeling om nauwgezet te volgen.⁷⁴

67 Vgl. HR 13 januari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1609, AA19950511, m.nt. J.J. Brinkhof (*Ciba Geigy/Oté*).

68 Vgl. HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:816, AA20140743, m.nt. Th.C.J.A. van Engelen (*Medinol/Abbott*), r.o. 3.5.2.

69 Den Hartog, in: *T&C Intellectual Eigendom* 2019, art. 53 ROW, aant. 3a.

70 In het licht van de rechtszekerheid bepaalt art. 1 Protocol inzake de uitleg van Artikel 69 van het Europees Octrooi-verdrag dat bij de uitleg van het octrooigeschrift een middenweg moet worden gezocht tussen enerzijds de strikt taalkundige uitleg en anderzijds de uitleg waarbij de aan de bewoordingen ten grondslag liggende uitvindingsgedachte bepalend zou zijn. Het is in feite de Haviltexnorm in het octrooirecht. De Hoge Raad verzoekt beide uitersten op een soortgelijke manier. Vgl. HR 8 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:854, AA20190492, m.nt. Th.C.J.A. van Engelen (*Resolution/AstraZeneca*), r.o. 3.4.3. In Nederland is het lange tijd vaste rechtspraak geweest dat de uitvindingsgedachte het (enige) uitgangspunt was. Deze visie leidt tot een ruime(re) uitleg van het octrooi. Inmiddels is deze visie slechts één van de uitersten. Het andere uiterste, de taalkundige uitleg, leidt doorgaans tot een meer beperkte uitleg van het octrooi.

71 Vgl. HR 5 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:196, AA20160650, m.nt. Th.C.J.A. van Engelen (*Bayer/Sandoz*), r.o. 3.3.5 en HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:816, AA20140743, m.nt. Th.C.J.A. van Engelen (*Medinol/Abbott*), r.o. 3.4.2.

72 Vgl. bijv. het beroemde voorbeeld naar Amerikaans recht van de aap Naruto die een selfie maakte met een camera die hij had afgepakt van een fotograaf, United States Court of Appeal for the Ninth Circuit 23 april 2018, no. 16-15469 (*Naruto*). Vgl. ook M.P. Hooker, 'Naruto v. Slater: One Small Step for a Monkey, One Giant Lawsuit for Animal-Kind', *Wake Forest Law Review* (10) 2020, afl. 2, p. 15-31.

73 Vgl. B. Brouwer, 'Het einde van de intellectuele schepping', *IEF* 19004.

74 Vgl. recent o.a. P.H. Blok, 'Een alleenrecht op intelligentie', *IER* 2019/35 en R.W. de Bruin, 'Auteursrecht voor autonome creatieve systemen?', *AA* 2020, afl. 11, p. 992-994 (AA20200992).