

**De Europese uitdaging
voor rechtspraak, rechtswetenschap en onderwijs**

**afscheidsrede
uitgesproken op 27 januari 2010**

door

**Jan Brinkhof
hoogleraar in het recht van de industriële eigendom
Universiteit van Utrecht**

Dat u de moeite hebt genomen naar mij te komen luisteren, stel ik bijzonder op prijs.

1989/1945

Ongeveer twintig jaar geleden stond ik hier ook. Het was in mei 1989. Ik sprak toen mijn rede uit bij de aanvaarding van het ambt van bijzonder hoogleraar in het recht van de industriële eigendom.

1989 was een heel bijzonder jaar. Natuurlijk niet vanwege mijn rede, maar vanwege de bijzondere gebeurtenissen in Europa. Oost Europa om precies te zijn. Ik som er een aantal op. Gorbatsjov kondigde de verlaging van de defensiebegroting aan met ruim 14%. In de DDR en Hongarije zou men de strijdkrachten aanzienlijk gaan verminderen. De Sovjet-Unie maakte een begin met de terugtrekking van troepen en tanks uit de DDR. De Hongaarse grenspolitie startte met het slopen van de versperringen langs de grens met Oostenrijk. In een kettingreactie deden zich ingrijpende veranderingen voor. In Polen dwong de vakbond Solidariteit de communistische regering door middel van stakingen en onderhandelingen tot vrije verkiezingen. De Volksrepubliek Hongarije werd opgeheven. Op 9 november viel de Berlijnse Muur. In Bulgarije werd Zjivkov afgezet als partijleider. In Tsjechoslowakije gaf de communistische partij haar monopolie-positie op. Bij de verkiezingen op 29 december werd Havel gekozen tot president van Tsjechoslowakije, de man die als dissident nog in februari van dat jaar was veroordeeld tot negen maanden cel. In Roemenië slaat Ceaușescu op de vlucht. Dit alles betekende voor deze landen het

einde van de Tweede Wereldoorlog.¹ Sindsdien is Duitsland herenigd en behoren Polen, Hongarije, Tsjechië, Slowakije, Bulgarije en Roemenië tot de Europese Unie.

Drie maanden voor het einde van die oorlog ben ik geboren. Aan die oorlog heb ik uiteraard geen herinneringen. Maar die verschrikkelijke oorlog en de systematische moord in Europa op meer dan 6 miljoen Joodse burgers en vele anderen, heeft mijn ideeën, idealen en studiekeuze bepaald. Beelden van een beruchte, schreeuwende en intimiderende Nazi-rechter tegenover een angstige, waarschijnlijk gemartelde verdachte in de film over het proces van Neurenberg die ik als adolescent zag, hadden een diepe indruk op mij gemaakt.² Toen ik mijn keuze voor een studie moest maken redeneerde ik: Op het terrein van het recht moet nog veel verbeteren; met de natuurwetenschappen zal het wel goed komen; ik moet me inzetten voor het recht. Het klinkt me nu pedant in de oren, maar zo was het.

Over Europa, Nederlandse zelfingenomenheid, ontkenning en ontwaken

In 1989 sprak ik over Europees octrooirecht.³ Vandaag spreek ik over Europa. Wat ik daarover ga zeggen is gebaseerd op de ervaringen die ik de afgelopen 20 jaar als rechter, advocaat en onderzoeker heb opgedaan bij de beoefening van het octrooirecht. Het octrooirecht is een wat afgelegen hoekje in de tuin van het recht. Daar komen weinig juristen. Dat is jammer. Dat kleine gebied is juridisch en economisch interessant. De laatste dertig jaar is dit rechtsgebied in sterke mate geëuropeaniseerd. Ik denk dat de betekenis van de ontwikkelingen van het Europese octrooirecht zich uitstrekt tot buiten dat rechtsgebied. Het Europese octrooirecht kan men zien als een fascinerende proeftuin waar grensoverschrijdende rechterlijke samenwerking in Europa van de grond is gekomen.

Ik heb mij gerealiseerd dat de keuze van de titel van mijn verhaal niet zonder risico is. Voorafgaande aan de Europese verkiezingen vorig jaar, was in de Nederlandse kranten te lezen dat alleen al het uitspreken van het woord 'Europa' in een TV programma onmiddellijk leidde tot zappedrag. Het woord 'Europa' in een kop in de krant was voor de lezer voldoende aanleiding het artikel niet te lezen. Waarom dan toch gekozen voor Europa? Ten eerste omdat Europa een realiteit is die niet verdwijnt als wij daarover in Nederland zwijgen. Maar belangrijker: omdat Europa in heel veel opzichten fascinerend is vanuit historisch, cultureel en economisch perspectief. En speciaal voor de Nederlandse juristen van vandaag en morgen. Europa biedt mogelijkheden de kwaliteit van wetgeving, bestuur, rechtspraak, onderzoek en onderwijs in de lidstaten te

¹ In zijn indrukwekkende boek *Postwar* (2005) over de naoorlogse geschiedenis schrijft Tony Judt (p. 2) over 1989: 'Europe's future would look very different – and so, too, would its past. In retrospect the years 1945-89 would now come to be seen not as the threshold of a new epoch but rather as an interim age: a post-war parenthesis, the unfinished business of a conflict that ended in 1945 but whose epilogue had lasted for another half century. Whatever shape Europe was to take in the years to come, the familiar, tidy story of what had gone before had changed for ever.'

² Ik neem aan dat het om de beruchte Roland Freisler ging. Daarover recent: Derk Venema, *Rechtspraak als staatsterreur*, *Ars Aequi* februari 2010, p. 128.

³ *Europees Octrooirecht, internationale normen, nationale regeltoepassing*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1989.

verbeteren. Het Europese gehalte van het in Nederland geldende recht is inmiddels zoveel groter geworden dat de traditionele wijze waarop in Nederland recht wordt gesproken, het juridisch onderwijs is ingericht en onderzoek wordt verricht, beter zou moeten aansluiten bij de Europese realiteit. Daarover wil ik het met u hebben. Ik hoop dat de inzichten waartoe ik ben gekomen, van enig nut kunnen zijn voor degenen die op andere terreinen van het recht werkzaam zijn.

Door toeval ben ik mij meer dan 25 jaar geleden met octrooirecht gaan bezighouden. Aanvankelijk als rechter, korte tijd later ook als hoogleraar en vanaf 2000 als advocaat en hoogleraar. Toen ik ermee begon wist ik van het vak vrijwel niets.

Tijdens mijn studie ben ik opgeleid door docenten die geworteld waren in de Nederlandse rechtscultuur. Onze studie was sterk georiënteerd op de Nederlandse rechtsorde.⁴ De arresten van de Hoge Raad stonden centraal. Aan de orde kwam ook dat er in Europa verschillende rechtsculturen waren en dat rechtsvergelijking interessant kon zijn. Uiteraard werd aandacht besteed aan wat ik kort zal aanduiden als het Europese project: de samenwerking tussen Europese landen, en dan met name de Europese integratie op economisch gebied. En natuurlijk ook aan het Europese Verdrag voor de rechten van de mens. Maar dat dit alles in Nederland zou kunnen, laat staan: moeten, leiden tot zeer ingrijpende veranderingen van het recht, werd er niet bij gezegd. Onbewust gingen wij ervan uit dat wij in Nederland wat betreft het recht alsmede de wijze waarop recht werd gesproken en gedoceerd, in de best denkbare wereld leefden. Er werd wel eens gesproken over de Amsterdamse, Leidse en Utrechtse school, maar ik herinner mij niet dat een docent ooit sprak over een opmerkelijke beslissing van de House of Lords, het Bundesgerichtshof of de Cour de Cassation. Het bleef bij de vermelding in voetnoten in handboeken dat rechters in het buitenland er precies zo over dachten als onze Hoge Raad, of misschien anders. Uiteindelijk was Nederland de maat.

⁴ Maar er waren mogelijkheden voor andere perspectieven. Met vreugde denk ik terug aan het keuzevak 'Volksrecht en rechtsontwikkeling in niet-Westerse samenlevingen'. Daar kwam met name aan de orde hoe samenlevingen zonder geschreven wetten, beroepsrechters, advocaten, deurwaarders en gevangenen, geschillen van – in onze terminologie – juridische aard oplossen. En natuurlijk ook aan het toentertijd verplichte vak Romeins recht. Dat alles leidde tot een andere blik op het geldende recht. Na mijn afstuderen was ik een jaar of zes docent Romeins recht. Tijdens de eerste werkgroep met eerstejaars studenten discussieerden wij twee uur lang over de volgende tekst van Alfenus uit de Digesten (D. 19, 5, 23):

Duo secundum Tiberim cum ambularent, alter eorum ei, qui secum ambulabat, rogatus anulum ostendit, ut respiceret: illi excidit anulus et in Tiberim devolutus est. respondit posse agi cum eo in factum actione.

In de vertaling van J.E. Spruit en P.J. Verdam, Corpus Iuris Civilis III, Walburg Pers, Zutphen, en Sdu, 's-Gravenhage, 1996:

Terwijl twee mensen langs de Tiber wandelden, liet de een de ander die met hem meewandelde op diens verzoek een ring zien met de bedoeling dat deze hem goed zou bekijken. De ring ontglipte aan zijn metgezel en rolde naar beneden, de Tiber in. Het advies luidde dat tegen hem een op de feiten toegesneden actie ingesteld kan worden.

Nu pas realiseer ik mij ten volle dat wij de studenten toen vooral vertrouwd maakten met de Romeinse methode van juridisch denken: niet denken vanuit regels maar vanuit gevallen. Die methode wijkt af van wat bij de bestudering van het burgerlijk recht in continentaal Europa gangbaar is. Die methode is vergelijkbaar met die in Engeland wordt toegepast.

Een zekere zelfingenomenheid was en is ons, Nederlandse juristen, niet vreemd. Zo konden wij ons bijvoorbeeld niet voorstellen dat Europese regels op het terrein van het merkenrecht⁵ en de mensenrechten⁶ ons zouden dwingen onze traditionele opvattingen en regels prijs te geven. Ik herinner mij nog levendig een studiemiddag op ons Molengraaff Instituut over de mogelijke gevolgen van de TRIPs Agreement⁷ voor het Nederlandse kort geding. Over de vraag of dit verdrag ons verplichtte de kort geding-praktijk in zaken van intellectuele eigendom te wijzigen, viel nauwelijks te spreken. De deelnemers aan de studiemiddag: advocaten, rechters en juristen van het Ministerie van Justitie, waren vrijwel unaniem van mening dat het kort geding kon blijven zoals het was: het was geen voorlopige maatregel in de zin van artikel 50(6) TRIPs Agreement. Op een kort geding hoefde dus geen bodemprocedure te volgen. Het kort geding was onze nationale trots; het kon niet op één lijn worden gesteld met voorlopige maatregelen in andere landen. Vrij algemeen was de opvatting dat de kwaliteit van een vonnis in kort geding nauwelijks onder deed voor die van een vonnis in een bodemprocedure. Wij gingen ervan uit dat wij daarmee voorop liepen in Europa. Later moest het Europese Hof van Justitie er aan te pas komen om ons duidelijk te maken dat het kort geding minder bijzonder was dan wij steeds hadden aangenomen.⁸ Zelfs na uitspraken van Europese rechters bleken Nederlandse rechters er soms moeite mee te hebben zich daarbij neer te leggen.⁹ Tekenend voor de houding tegenover Europa is ook dat in raadkamer door een rechter wel eens het woord ‘Euro-chicane’ in de mond werd genomen als advocaten zich hadden beroepen op Europese regels. Daarmee werd aangegeven dat de advocaten kennelijk geen echt goede argument hadden.

Enigszins gechargeerd samengevat zou men kunnen zeggen dat wij in Nederland nogal lang ‘in denial’ waren als het erom ging de impact van het Europese recht op ons recht juist in te schatten.

Dat gold in ieder geval ook voor mijzelf. Het blijkt uit mijn eerste artikel over een octrooirechtelijk onderwerp in 1986.¹⁰ Het ging over de beschermingsomvang van octrooien. Ik had toen teveel ontzag voor de meningen van de specialisten – wanneer leren wij dit eens af?– en liet mij op het verkeerde been zetten door de Memorie van

⁵ HvJEG 11 november 1997 (*Sabel / Puma*), NJ 1998, 523.

⁶ EHRM 23 oktober 1985 (*Bentham*). Dit arrest noopte de Nederlandse overheid tot de instelling van onafhankelijke bestuursrechtspraak.

⁷ Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, Annex 1C of the Agreement Establishing the World Trade Organization, signed in Marrakesh, Morocco on 15 April 1994. De TRIPs Agreement en de daarop geënte Richtlijn 2004/48/EG van 29 april 2004 betreffende de handhaving van intellectuele eigendom hebben geleid tot in de invoering van Titel 15 in Boek 3 Wetboek van burgerlijke rechtsvordering, artikelen 1019-1019i. Zie in dit verband Art. 1019i, lid 3.

⁸ HvJEG 16 juni 1998 (*Hermès / FHT*), NJ 1999, 240 (met noten van Verkade, Snijders en Alkema). Zie daarover mijn bijdrage ‘Lessen uit de Europese toetsing van het kort geding’ in: Van Nederlands naar Europees procesrecht?!, Liber amicorum Paul Meijknecht, Kluwer Deventer 2000, p. 37 e.v.

⁹ In strijd met de bedoeling van artikel 50(6) werd aanvankelijk door rechters regelmatig bepaald dat de termijn voor het aanspannen van een bodemprocedure pas inging nadat het kort geding vonnis onherroepelijk was geworden. Bovendien was de termijn vele malen langer dan dertig dagen zoals genoemd in de TRIPs Agreement. Een en ander stond op gespannen voet met de tekst en bedoeling van deze bepaling.

¹⁰ ‘Legt de Nederlandse rechter octrooien te ruim uit?’, BIE 1986, blz. 140-143.

Toelichting bij de wet tot aanpassing van de octrooiwet aan het Verdrag van Straatsburg gericht op harmonisatie van de nationale octrooiwetten.¹¹ In die Memorie is te lezen dat de bepaling over de beschermingsomvang van octrooien ‘vrijwel in overeenstemming is met de in het Koninkrijk gevestigde opvatting.’ Die oude Nederlandse opvatting was dat de bescherming werd bepaald door het wezen van de uitvinding.¹² Dat van deze opvatting – die overeenkwam met die in Duitsland – in het Verdrag van Straatsburg en in het Europees Octrooiverdrag juist afstand was genomen, ontging mij toen. In deze beide verdragen is bepaald dat de beschermingsomvang wordt bepaald door de (‘terms of the’) claims. Ik had dus de Europese dimensie miskend.

Duitsland en Engeland als voorbeelden voor een Europese benadering

Ik had toen beter moeten weten. Vanaf 1982 hield ik mij als rechter met octrooirecht bezig. In dat jaar had ik in München de eerste Conferentie van Europese octrooirechters bijgewoond en in 1984¹³ de tweede conferentie in Straatsburg¹⁴. De gedachte achter deze conferenties is simpel. In 1977 was het Europees Octrooiverdrag in werking getreden.¹⁵ Op 1 januari 1978 opende het Europees Octrooibureau in München zijn poorten. Wie voor zijn uitvinding octrooibeschermt wenste in een of meer van de verdragsluitende staten, hoefde niet langer in elke staat een aanvraag in te dienen overeenkomstig de in elke staat geldende regels, maar kon volstaan met een enkele aanvraag bij het Europees Octrooibureau. Aldaar werd de Europese aanvraag beoordeeld overeenkomstig de regels van het Verdrag en het Uitvoeringsreglement. Werd de aanvraag gehonoreerd dan verkreeg men een Europees octrooi. In de gangbare beeldspraak is een Europees octrooi

¹¹ Verdrag van Straatsburg van 27 november 1963 betreffende de eenmaking van enige beginselen van het octrooirecht, dat pas op 3 december 1987 voor het Koninkrijk in werking is getreden. De Hoge Raad – en ook de Advocaat-Generaal die voor zijn conclusie steun vond bij ‘de meeste auteurs’ – maakte dezelfde fout in het eerste arrest waarin hij moest oordelen over de beschermingsomvang van octrooien na de inwerkingtreding van het Europees Octrooiverdrag en de opneming van de bepaling over de beschermingsomvang (art. 30 lid 2) in de Rijksoctrooiwet 1910 ter implementatie van art. 8 lid 3 van het Verdrag van Straatsburg: HR 27 januari 1989, NJ 1989, 506 (*Meyn / Stork*) met noot van Wichers Hoeth. En dat gebeurde – nota bene – na het indrukwekkende proefschrift van A.P. Pieroen, *Beschermingsomvang van octrooien in Nederland, Duitsland en Engeland*, Deventer 1988, waarin Pieroen aantoonde dat genoemd art. 8 lid 3 en art. 69 van het Europees Octrooiverdrag op dezelfde wijze verstaan dienen te worden en dat Nederland uit de pas liep. De Hoge Raad maakte toen een valse start. Zie mijn bijdrage ‘Is de leer van het wezen een anachronisme?’ in: *Noten bij Noten (Liber amicorum ter herinnering aan Mr L. Wichers Hoeth)*, Tjeenk Willink Zwolle 1990, p. 11 e.v. In HR 13 januari 1995, NJ 1995, 391 (met noot van Verkade), *Ars Aequi* 1995, 511 (met noot van mij) (*Ciba Geigy / Oté*) stelde de Hoge Raad de koers bij. Zie ook HR 7 september 2007, NJ 2007, 466 (*Lely / Delaval*) waarin de Hoge Raad over *Ciba Geigy / Oté* zegt dat daarin tot uitdrukking is gebracht dat het wezen niet langer uitgangspunt is, doch een gezichtspunt, ‘tegenover de letterlijke tekst.’ Het Hof Den Haag had in zijn arrest van 9 december 1981, NJ 1983, 110 overwogen dat de genoemde zinsnede in de memorie van toelichting niet meer was dan een mening van de opstellers van de memorie, die niet bepalend is voor de uitleg van een bepaling in de wet die de implementatie vormt van een verdragsbepaling. Die overweging was juist. Vergelijk: J. Kropholler, *Internationales Einheitsrecht – Allgemeine Lehren*, Tübingen 1975, p. 240.

¹² Die opvatting heeft haar oorsprong in HR 20 juni 1930, NJ 1930, p. 1217 (*Philips / Tasseron*) met noot van Scholten.

¹³ Over deze conferenties: Gert Kolle en Dieter Stauder, *Symposia europäischer Patentrichter*, GRUR 2001, 955. De voordrachten zijn te vinden in IIC 1983, p. 707 e.v. en in: GRUR Int. 1983, p. 195 e.v.

¹⁴ De voordrachten zijn te vinden in IIC 1985, p. 283 e.v. en in: GRUR Int. 1985, p. 229 e.v.

¹⁵ Oorspronkelijk voor 7 landen. Thans zijn er 36 Lid Staten.

een bundeloctrooi. Dat wil zeggen dat men daarmee octrooien verkreeg voor alle verdragsluitende staten die men in de aanvraag had aangewezen. Het Europese octrooi heeft in elke Staat waarvoor het is verleend, dezelfde rechtsgevolgen en is onderworpen aan dezelfde bepalingen als een nationaal octrooi dat in die Staat is verleend, voor zover dit Verdrag niet anders bepaalt.¹⁶ De betekenis van die laatste voorwaarde is veel belangrijker dan men geneigd is te denken. In de praktijk komt het erop neer dat de nationale rechters die na de verlening over Europese octrooien moeten beslissen, ten aanzien van de belangrijkste octrooirechtelijke kwesties: geldigheid en inbreuk, de eenvormige bepalingen van het Europees octrooiverdrag moeten toepassen. Deze bepalingen hebben betrekking op de voorwaarden voor octrooiering (octrooieerbare materie,¹⁷ nieuwheid,¹⁸ uitvindingshoogte,¹⁹ industriële toepasbaarheid,²⁰ nawerkbaarheid²¹), de beschermingsomvang van octrooien,²² de voorwaarden voor wijzigingen²³ en de nietigheidsgronden.²⁴

Het spreekt voor zich dat het Europese octrooisysteem zoals dat in het leven is geroepen door het Europees Octrooiverdrag, schipbreuk lijdt als de nationale rechters enerzijds en de instanties binnen het Europees Octrooibureau (zoals de Examining Divisions, Opposition Divisions, Boards of Appeal en de Enlarged Board of Appeal) anderzijds dezelfde verdragsbepalingen verschillend uitleggen en toepassen. Hetzelfde gebeurt als de nationale rechters in de Verdragsstaten deze bepalingen afwijkend uitleggen en toepassen. Dat kan er immers toe leiden dat in identieke zaken onderling afwijkende beslissingen worden genomen. De eenheid van het Europese octrooi gaat dan verloren. En dat staat op gespannen voet met wat de verdragsluitende Staten met het verdrag beoogden.

Een hoogste rechter die in Europa het laatste woord spreekt en voor rechtseenheid zorgt, ontbreekt op het gebied van het octrooirecht. Het is daarom de taak van de nationale rechters en Boards of Appeal binnen het Europees Octrooibureau ervoor te zorgen dat de door het Europees Octrooiverdrag beoogde eenvormigheid van uitleg en toepassing tot stand komt. Wat ligt – met de wetenschap van nu – dan meer voor de hand dan de nationale rechters regelmatig bijeen te brengen en hen met elkaar en met de instanties van het Europees Octrooibureau van gedachten te laten wisselen? Aldus kan men het risico van uiteenlopende interpretaties en uitkomsten helpen verkleinen. Het lijkt voor de hand liggend zoiets te doen. Toch heb ik nooit gehoord dat iets vergelijkbaars is gebeurd op andere terreinen van het recht waar verdragen eenvormig recht in het leven hebben geroepen. Voor het Europese octrooirecht hebben Kurt Haertel, die aan de wieg heeft gestaan van het Europees Octrooiverdrag, en Karl-Friedrich Beier, toenmalig directeur van het Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum in München, dit briljante idee

¹⁶ Europees Octrooiverdrag artikel 2 lid 2.

¹⁷ Europees Octrooiverdrag art. 52-53.

¹⁸ Europees Octrooiverdrag artikelen 54-55.

¹⁹ Europees Octrooiverdrag art. 56.

²⁰ Europees Octrooiverdrag art. 57.

²¹ Europees Octrooiverdrag art. 83.

²² Europees Octrooiverdrag art. 69 en het Protocol inzake de uitleg van artikel 69.

²³ Europees Octrooiverdrag art. 123.

²⁴ Europees Octrooiverdrag art. 138.

bedacht en daaraan uitvoering gegeven. Elke twee jaar vanaf 1982 vindt een dergelijke conferentie plaats. Aan 10 conferenties heb ik mogen deelnemen. Mijn ogen zijn daar – toegegeven: geleidelijk – geopend voor de Europese dimensie van het octrooirecht.²⁵ En ik heb er vrienden aan overgehouden.

Voor nationale rechters die de taak hebben samen met de Boards of Appeal van het Europese Octrooiverdrag te komen tot eenvormige uitleg en toepassing van de eenvormige bepalingen, kon de nationale traditie uiteraard niet meer zaligmakend zijn.²⁶ Hun perspectief moest veranderen. Zij konden niet volstaan uitsluitend te kijken naar de beslissingen van de eigen nationale (hogere) rechters. Zij moesten ook ‘opzij’ kijken naar de uitspraken van de rechters in de andere verdragsstaten en de uitspraken van de Boards of Appeal.²⁷ Men zou kunnen zeggen dat alle nationale octrooirechters als het ware deel uitmaken van een virtuele Europese rechterlijke macht voor de beslechting van octrooigeschillen. Gezamenlijk hebben zij de taak het verdrag op uniforme wijze uit te leggen en toe te passen.²⁸

Voor de zogenaamde lagere rechter kan dit in de praktijk wel eens problemen opleveren. Hoe moet een nationale rechter beslissen als hij van mening is dat zijn eigen hoogste rechter een uitleg van een bepaling van eenvormig recht heeft gegeven die afwijkt van de in de andere verdragsluitende Staten algemeen aanvaarde uitleg? Wat heeft dan voorrang: de verplichting uit het verdrag het doel van het verdrag te realiseren²⁹ of de nationale praktijk dat de lagere rechter zich conformeert aan de hoogste nationale rechter? Ik zou menen dat het verdrag prevaleert.³⁰ Ik heb over dat dilemma eens gesproken met Mr. Martens, de toenmalige president van de Hoge Raad. Hij adviseerde mij te doen wat ik

²⁵ Zie mijn oratie genoemd in noot 2.

²⁶ Vergelijk Karl Bruchhausen, GRUR 1988, p. 8: ‘Wenn man sich in allen mehr als fünfzehn Staaten Europas, in denen das neue einheitliche Recht gilt, auf die historischen Wurzeln in den einzelnen Staaten berufen würde, dann wird nichts aus der europäischen Rechtseinheit.’

²⁷ Vergelijk Court of Appeal in *Gale’s Application* [1991] RPC p. 305, op p. 322; House of Lords in *Merrell Dow Pharmaceutical Inc. v. H.N. Norton & Co, Ltd* [1996] RPC p. 76, op p. 82; Mr. Justice Kitchin van de High Court (London) in *Astron Clinica Limited and others v. The Comptroller* (25 Januari 2008) onder 50; Court of Appeal in *Actavis UK Limited v. Merck & Co Inc* [21 mei 2008] onder 45, 46, 96-108; Ullmann/Grabinski in: Benkard EPÜ (2002), Präambel, Rd. 8; Rogge in: Benkard EPÜ (2002), Artikel 138, Rd 7; Enlarged Board of Appeal 5 December 1984, G 5/83, *Official Journal EPO* 1985, p. 64 § 17-18; Singer/Stauder (Schennen), European Patent Convention (2003), Art. 138 Note 16. Zie voor Nederland: Pieroen, o.c., p. 93. Hij is van mening dat de bepalingen over de beschermingsomvang in het Verdrag van Straatsburg en in het Europese Octrooiverdrag als inhoudelijk gelijke bepalingen van eenvormig recht moeten worden beschouwd. Hij voegt daaraan toe: ‘Dit betekent dat de nationale rechters bij het vaststellen van de beschermingsomvang van nationale en Europese octrooien deze bepalingen (en het Protocol) niet onafhankelijk van hetgeen in andere lidstaten gebeurt mogen uitleggen en hanteren. Zij mogen dus niet uitsluitend op de eigen nationale opvattingen terugvallen.’

²⁸ Vergelijk de recente studie van Stefan Luginbühl, Uniform interpretation of European Patent Law with a special view on the creation of a common patent court, doctoral thesis, Universiteit Utrecht 11 september 2009.

²⁹ Naar analogie van het *principle of loyalty*: Art. 4 lid 3 Verdrag betreffende de Europese Unie (was: Art. 10 EG-Verdrag).

³⁰ Lord Justice Jacob in *Actavis UK Limited v. Merck & Co Inc* [21 mei 2008] vraagt zich onder 85-108 af of in zijn land de *stare decisis* regel zou moeten wijken ingeval van ‘a settled interpretation given by the Boards of Appeal of the EPO’.

voor juist hield. Wel raadde hij mij aan in een toekomstig vonnis uit te leggen waarom werd afgeweken van de beslissing van de Hoge Raad. Dat advies leek mij juist.

Spectaculair was de beslissing van de High Court in Londen in de zaak *John Wyeth's Application*³¹ betreffende een octrooiaanvraag voor een tweede medische indicatie. De High Court volgde de beslissing van de Enlarged Board of Appeal van het Europese Octrooibureau en aanvaardde een zogenaamde Swiss type claim, hoewel volgens de Court de 'better view' was dat van nieuwheid geen sprake was en de claim dus nietig was. Paterson zegt hierover: 'The entire basis of this judgment was "the desirability of achieving conformity" under the EPC and the corresponding provisions of the 1977 U.K. Act (such conformity being expressly recognised in section 130(7) of the Act).'³² De wetgever in Engeland³³ had veel duidelijker dan de eerder genoemde Nederlandse Memorie van Toelichting tot uitdrukking gebracht dat het Europese Octrooiverdrag de leidraad diende te zijn.

In 1986 moest het Bundesgerichtshof voor de eerste keer beoordelen of de traditionele Duitse leer betreffende de beschermingsomvang (bescherming van de zogenaamde 'allgemeine Erfindungsgedanke') na de implementatie van het Verdrag van Straatsburg en het Europese Octrooiverdrag nog gold. De hoogste Duitse rechter nam toen meteen duidelijk afstand van deze leer omdat deze onverenigbaar was met het eenvormige Europese recht.³⁴

Vergelijking van Nederland met Duitsland en Nederland

Wij kunnen vaststellen dat de lagere en de hoogste rechters in zowel Duitsland als Engeland vanaf het begin een open, naar buiten gerichte houding hebben gehad. Zij hebben zich steeds gericht op de verdragen en waren bereid hun eigen traditionele opvattingen ter discussie te stellen en zo nodig op te geven.³⁵ Zij waren niet 'in denial'. Zij aanvaardden dat de verdragen én de beslissingen van buitenlandse rechters, de Boards of Appeal en de Enlarged Board of Appeal relevant zijn voor hun beslissingen. De House of Lords had er een paar jaar geleden geen moeite mee in een zaak waarin in Engeland en Nederland dezelfde vraag aan de orde was, tot de conclusie te komen dat de High Court en de Court of Appeal verkeerd hadden geoordeeld en onze Haagse rechtbank – de namen van de rechters worden in de beslissing genoemd – het bij het rechte eind had.³⁶

³¹ *John Wyeth and Brother Ltd / Schering A.G.'s Applications*, in *Official Journal EPO* 1986, 175; [1985] RPC 545.

³² Gerald Paterson, *The European Patent System*, second edition, Sweet & Maxwell London 2001, I-64.

³³ Ik gebruik de aanduiding Engeland zoals het in Nederland gebruikelijk is. 'Engeland' betekent dan meestal het Verenigd Koninkrijk. In verband met rechtspraak betekent 'Engels' echter dat het gaat om beslissingen van de High Court, de Court of Appeals en de House of Lords. Vanaf 1 oktober 2009 is de Supreme Court in de plaats gekomen van de House of Lords.

³⁴ BGH 29 april 1986, GRUR 1986, 803 e.v. (*Formstein*).

³⁵ Zo moet het ook als het om eenvormig recht gaat. Vergelijk: U.P. Gruber, *Methoden des internationalen Einheitsrecht*, Tübingen 2004, p. 79: 'Ein einheitlicher Gesetzestext allein führt noch nicht dazu, dass einheitliches Recht geschaffen wird. Maßgeblich ist, dass dieser Gesetzestext auch im Rahmen der praktischen Rechtsanwendung einheitlich angewendet wird. Andernfalls besteht die erzielte Einheitlichkeit nur in einer "Textfassade", nicht in einer tatsächlichen inhaltlichen Übereinstimmung.'

³⁶ House of Lords 9 juli 2008 (*Conor v. Angiotech*).

In Nederland was bij de gerechten aanvankelijk heel weinig bereidheid afstand te nemen van de traditionele, Nederlandse opvattingen. Geleidelijk is bij de lagere rechters het besef doorgedrongen dat zij zich moesten richten op de verdragen en dat zij de beslissingen van de buitenlandse gerechten en de Boards of Appeal in aanmerking dienden te nemen.

Helaas heeft de Hoge Raad tot nu toe geen voorttrekkersrol gespeeld zoals blijkt uit een analyse van een twintigtal arresten op het gebied van het octrooirecht van 1990 tot en met 2007.³⁷ Van een ‘desire for harmonisation’ – zo duidelijk waarneembaar in de beslissingen van Duitse en Engelse rechters – blijkt uit zijn arresten niets.³⁸ Een recent arrest van de Hoge Raad bevat een heldere overweging over de uitleg van eenvormig recht.³⁹ In dit geval ging het om het CMR-verdrag, het verdrag dat betrekking heeft op internationaal vervoer van goederen over de weg.⁴⁰ Een dergelijke overweging over het eenvormige octrooirecht wordt tot nu toe node gemist.

De voordelen van het ontbreken van een hoogste rechter die het laatste woord spreekt

Het ontbreken van een hoogste Europese rechter op het terrein van het octrooirecht heeft zeker nadelen. Het zal langer duren voordat eenvormigheid tot stand komt. Maar er zijn ook voordelen.

Advocaten en rechters in de verdragsluitende staten moeten zich nu zelf verdiepen in de beslissingen van buitenlandse rechters. Zij kunnen niet volstaan met het voorleggen van een vraag die dan voor hen door een ‘echte’ Europese rechter wordt beantwoord.

In Nederland verkeren wij in een gunstige positie. De octrooirechters in onze buurlanden behoren tot de beste in Europa. Het is een voordeel dat wij hun beslissingen in de oorspronkelijke taal kunnen lezen. Dat kost zeker in het begin wel moeite. Juridisch Duits en Engels verschilt van de taal in kranten en boeken. Maar wie de moeite neemt, wordt beloond. Door zelf die beslissingen te lezen vergroot men de kennis van het Europese octrooirecht. Aan de uitspraken kan men argumenten ontleenen die in de Nederlandse procedures te gebruiken zijn. Het niveau van de octrooirechtspraak in Nederland kan

³⁷ ‘Over 20 arresten van de Hoge Raad op het gebied van het octrooirecht en over 13 annotaties en 7 conclusies van Verkade’, BIE 2008, p. 112 e.v.

³⁸ Daarover Jan Brinkhof, Over ‘The Desire For Harmonisation’ en ‘The Avenue To Disunity’ – Zit de Nederlandse octrooirechtspraak wel op het juiste spoor?, in: ‘Een eigen, oorspronkelijk karakter’, Liber Amicorum Jaap Spoor, Uitgeverij DeLex 2007, p. 11 e.v.; Jan Brinkhof, ‘On Enforcement of European Patents and the “Desire for Harmonisation”-Factor’, in: ‘Patentrecht’, Festschrift für Thomas Reimann zum 65. Geburtstag, Carl Heymanns Verlag, Köln 2009, p. 25 e.v.

³⁹ HR 18 december 2009, LJN BI6315, RvdW 2010, 29 (*Fortis / Uni-Data*): De Hoge Raad overwoog: 3.4 Het middel betreft een vraag van uitleg van art. 32 CMR, derhalve van eenvormig privaatrecht, die dient te worden beantwoord aan de hand van de maatstaven van de art. 31 en 32 van het Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht van 1969, Trb. 1972, 51 (vgl. o.m. HR 29 juni 1990, nr. 13672, NJ 1992, 106 en HR 21 februari 1997, nr. 16216, NJ 1998, 416).

⁴⁰ CMR is de afkorting van Convention relative au contrat de transport international de marchandises par route.

door de bestudering van de beslissingen van Duitse en Engelse rechters worden verhoogd.

De laatste jaren kunnen wij vaststellen dat in octrooi-procedures bij rechtbank en gerechtshof in Den Haag steeds vaker beslissingen van de Grote Kamer van Beroep en de Afdelingen van Beroep van het Europese Octrooibureau alsmede beslissingen van buitenlandse rechters aan de orde komen. Soms blijft het bij de vermelding dat beslissingen elders gelijklopend of afwijkend zijn. Maar het komt ook voor – dat lijkt mij noodzakelijk – dat de rechters overwegen waarom zij tot dezelfde beslissing komen of daarvan afwijken. Aandacht schenken aan beslissingen van buitenlandse rechters en Boards of Appeal bevordert zonder twijfel de eenvormige uitleg en toepassing van het Europese octrooirecht.

Extra voordelen: kijken, vergelijken en verbeteren.

Maar er is meer. Het bestuderen van beslissingen van buitenlandse rechters heeft niet alleen gevolgen voor de kwaliteit van de octrooirechtspraak. Het effect is groter dan het nut voor de beoefening van het octrooirecht. Wie buitenlandse vonnissen leest zal onvermijdelijk vergelijkingen maken met het eigen recht en met de wijze waarop buitenlandse rechters te werk gaan: hoe motiveren de buitenlandse rechters?, hoe gaan zij met bewijskwesies om?, worden getuigen ter zitting gehoord?, worden onafhankelijke deskundigen benoemd, of volstaan de rechters met rapporten van door de partijen zelf ingeschakelde deskundigen?, hoe lang duren de procedures?, hoe snel is er een beslissing in hoger beroep?, en hoe snel is er een beslissing van de hoogste rechter?, heeft men altijd recht op hoger beroep en op een beslissing door de hoogste rechter?, wat is de omvang van het hoger beroep: komen alle vragen opnieuw aan de orde?, kunnen in appèl nieuwe argumenten worden aangevoerd?, is de uitleg van claims voor de hoogste rechter een feitelijke vraag of een rechtsvraag? Uiteindelijk kan men niet om de vraag heen of het buitenlandse procesrecht, de wijze van procederen en de kwaliteit van de motivering van de beslissingen in een aantal opzichten niet beter zijn dan in Nederland. En als men deze vraag bevestigend beantwoordt, zal men gaan streven naar verbetering. De Europeanisering stimuleert de verbetering van de kwaliteit van procedures.

Na de eerste fase die gekenmerkt is door een naar binnen gekeerde houding met de oriëntatie op uitsluitend de Nederlandse rechtspraak, en de tweede fase waarin de Nederlandse rechter over de grenzen kijkt om het eenvormige recht inhoud te geven, stelt men in de derde fase vragen die veel verder gaan dan het octrooirecht. Ik schets hier in feite mijn eigen ontwikkeling. Na het kijken naar en vergelijken met buitenlandse rechtspraak komt dus het evalueren van de verschillen en het streven naar verbeteringen. Wij kijken dan niet alleen of wij het op het terrein van het octrooirecht goed doen, maar ook of het proces- en bewijsrecht voor verbetering vatbaar zijn, en of wellicht vonnissen beter gemotiveerd kunnen worden. De vraag is niet te vermijden of wij in Nederland op het gebied van het civiele recht in het vergelijkend onderzoek in Europa goed scoren. Het stellen van die vraag kan leiden tot verbetering.

Over concurrentie

En nu ik dit woord ‘scoren’ gebruik, komt een beeld op dat misschien helpt om te verduidelijken wat ik bedoel. De eerste fase is als de nationale voetbalcompetitie waarin alleen Nederlandse spelers actief zijn. In de nationale competitie word je kampioen als je beter bent dan de andere Nederlandse clubs. Het is niet erg relevant of men in andere landen het spel anders of beter speelt. Hoewel een beetje slimme coach wedstrijden in het buitenland zal gaan bekijken om ideeën op te doen. Zo was de situatie voordat het profvoetbal in Nederland werd geïntroduceerd. In Nederland startte de profvoetbalcompetitie pas in 1954. In 1955 werden voor het eerst het Europacup I kampioenschap georganiseerd, de voorloper van de Champions League. Alleen de nationale kampioenen mochten daaraan deelnemen. Vanaf dat moment is voor potentiële kampioenen niet meer de nationale competitie de maat, maar de Europese competitie. De potentiële nationale kampioenen gaan zich op de beste teams in Europa richten. Als gevolg daarvan is het niveau van vele nationale competities omhoog gegaan. Over één ding zijn mijn oud collega Lord Justice Jacob en ik het in ieder geval altijd eens geweest: Arsenal speelde vóór de komst van Dennis Bergkamp aanzienlijk minder goed dan met Bergkamp, onder leiding van de Franse coach Wenger.

Weet u nog wat de Fosbury flop is? Dat is een hoogspringtechniek. Ik herinner me nog goed dat de Amerikaan Fosbury tijdens de Olympische Spelen in Mexico in 1968 als enige deze nieuwe springtechniek toepaste en daarmee meteen een gouden medaille won. Ik wist niet wat ik zag. Hij ging met zijn rug over de lat, terwijl tot dan toe de rolsprong gebruikelijk was waarbij men met de buik als het ware over de lat rolt. Na de Spelen werd de Fosbury flop de dominante techniek omdat men daarmee grotere hoogten bereikt.

We kunnen ook vergelijkingen maken met de natuurwetenschappen, of de orkestwereld. Daar hanteert men een mondiale maatstaf. Het Nederlandse Concertgebouworkest meet zich aan de Berliner Philharmoniker, de Wiener Philharmoniker, London Symphony Orchestra en Chicago Symphony Orchestra.

Ik verbaas mij erover dat deze attitude: kijken, vergelijken en proberen bij de beste te horen, niet bij rechtscolleges lijkt te bestaan. Is dat misschien omdat zij niet beducht hoeven te zijn voor concurrentie? Dat zou naar mijn mening een misvatting zijn.

Op het gebied van de octrooirechtspraak lijkt zich feitelijk een markt te ontwikkelen. Dat hangt samen met de aard van het Europees octrooi. Na verlening moet de strijd over geldigheid van het octrooi – afgezien van oppositie bij het Europees Octrooibureau binnen negen maanden na verlening – en inbreuk voor nationale rechters worden uitgevochten. Het is ongebruikelijk in alle landen waarin het Europese octrooi geldt, procedures te starten. In de praktijk procederen de grote ondernemingen eerst in twee of drie jurisdicties. Als de uitkomsten van die procedures in één richting wijzen, zal het niet nodig zijn ook in andere landen te gaan procederen. In het algemeen zal dan een schikking tot stand komen. Internationaal opererende ondernemingen plegen goed na te denken over de strategie van het procederen. Kwaliteit van de rechters en advocaten, de

kosten, de voorspelbaarheid, de snelheid e.d. spelen een belangrijke rol bij de keuze van het forum.⁴¹

Alweer een aantal jaren terug zijn de Engelse octrooi-procedures verbeterd. De Engelse advocaten en rechters houden de ontwikkelingen in 'Europa', dat wil in dit verband zeggen: het vaste land, zeer goed in de gaten. Toen zij bespeurden dat de duur van de procedures in Engeland ongunstig afstak bij die in Duitsland en Nederland, hebben zij maatregelen genomen om deze te versnellen. Zij hebben het aantal zittingsdagen gereduceerd en de discovery ingeperkt. Ik denk dat momenteel octrooi-procedures in alle drie instanties nergens zo snel verlopen als in Engeland. Dat laatste wordt natuurlijk ook bevorderd door het feit dat zij geen *de novo* appel kennen. Nog steeds zijn de kosten van procedures in Engeland erg hoog in vergelijking met die in Duitsland en Nederland, maar vanwege de onmiskenbare kwaliteit van de rechtspleging kiezen de grote ondernemingen vaak voor procederen in Engeland.

Is het toeval dat de Engelse rechters de ontwikkelingen elders in Europa – en trouwens ook in de Verenigde Staten – goed in de gaten houden? Zou de verklaring kunnen zijn dat hun achtergrond anders is dan die van de continentale rechters? Engelse rechters zijn niet goed vergelijkbaar met vele continentale rechters die vrijwel direct na hun afstuderen worden opgenomen in de rechterlijke macht en daar carrière maken.⁴² In Engeland wordt men pas rechter nadat men in de rechtspraktijk heeft bewezen tot de beste juristen te behoren. Door hun ervaringen als barrister weten zij wat concurrentie is.⁴³

Buiten het octrooirecht is er ook een markt voor rechtspleging met inbegrip van arbitrage. In hoeveel contracten is niet bepaald dat Engels recht van toepassing is en dat geschillen worden voorgelegd aan Engelse rechters?

Wat kan beter in Nederland?

⁴¹ In de Europese Unie wordt opnieuw gedacht over een Patents Court. Zie Draft Agreement on the European and Community Patents Court + Draft Statute (Brussels, 23 March 2009) (DOC 7928/09), Proposal for a Council Regulation on the Community patent (Brussels, 27 November 2009) (DOC 16113/09) en Conclusions on an enhanced patent system in Europe (Brussels, 4 December 2009). Het is de bedoeling dat een European and European Union Patents Court (EEUPC) tot stand komt met een Court of First Instance en een Court of Appeal. Het Court of First Instance bestaat uit een Central Division en mogelijk Regional en Local Divisions. Natuurlijk zullen de Lidstaten het eens moeten worden over de plaats waar het Court of Appeal en de Central Division van het Court of First Instance zullen worden gevestigd. Zou Nederland meedoen in deze strijd?

⁴² Of dit model nog steeds wenselijk is, lijkt me het overdenken waard. Los van het gevaar van het ontstaan van een naar binnen gerichte groep, rijst de vraag of de kwaliteit van de rechterlijke macht in Nederland niet gediend is met een andere recrutering.

⁴³ De Engelsen meten veelvuldig hun prestaties met die van anderen. In 2009 kwam een parlementaire commissie van beide huizen met de Law Lord Hoffmann naar Nederland om te onderzoeken of zij iets konden leren van het gebruik van fietsen. Zie <http://www.bikebiz.com/news/30521/UK-to-get-Dutch-style-CyclePoint-shops> en bekijk het filmpje door study tour aan te klikken. De geïnteresseerdheid in de wereld buiten Engeland blijkt ook uit de radio uitzendingen van de BBC World Service. Die zijn van een ongeëvenaard hoog niveau.

Ten aanzien van een drietal onderwerpen wil ik kort stilstaan bij de vraag of wij in Nederland vooruitgang kunnen boeken.

De rechtspraak van de Hoge Raad.

Omdat ik in de loop der jaren nogal wat beslissingen van het Duitse Bundesgerichtshof en de vroegere House of Lords grondig heb bestudeerd en onder de indruk ben gekomen van de kwaliteit daarvan, zal ik de Hoge Raad vergelijken met deze buitenlandse colleges. Kwaliteit definieer ik in termen van overtuigingskracht en consistentie.

Ik zeg bij voorbaat dat het om een vergelijking van appels met peren gaat.

In verhouding tot de omvang van het Bundesgerichtshof heeft de Hoge Raad een heel kleine bezetting. De Hoge Raad is daarentegen veel groter dan de Supreme Court in Engeland, die in oktober 2009 in de plaats is gekomen van de Appellate Committee van de House of Lords. De Hoge Raad doet per jaar in ongeveer 500 zaken uitspraak in civiele zaken. In al die zaken hebben advocaten-generaal een conclusie genomen. De civiele sector wordt gevormd door 11 rechters. Iedere week staan ongeveer 30 zaken op de agenda voor raadkameroverleg. Het totale aantal beslissingen (dus niet alleen civiele zaken) van de House of Lords in 2008 bedroeg ruim 70. Het aantal Law Lords was 12. Supreme Court noch Bundesgerichtshof kennen het fenomeen van de advocaat-generaal.

De productie van de civiele kamer van de Hoge Raad is, gemeten aan het aantal rechters, zeer indrukwekkend. De rechters behoren tot de beste civilisten van ons land. Desalniettemin begrijp ik niet hoe zij zoveel werk kunnen verzetten. Houden zij nog wel tijd over voor bezinning en het nauwgezet bestuderen van buitenlandse beslissingen?

In een interview in NRC-Handelsblad van 27 augustus 1988 zei Mr. Ras, de toenmalige President van de Hoge Raad, dat de Britten tijdens een vergadering van de presidenten van alle hoogste rechtscolleges in de lidstaten van de EG hem hadden gezegd dat de Hoge Raad op de verkeerde weg was.

Ik geloof dat de Britten gelijk hadden. Naar mijn mening is het recht te ingewikkeld geworden om zoveel zaken met zo weinig rechters in zo korte tijd af te doen. De vraag komt bovendien op of dit moordende tempo het plezier in het werk niet doet afnemen. Is het aantrekkelijk kluizenaar te worden in de Kazernestraat in Den Haag?

Op het gebied van het octrooirecht heb ik 20 arresten van de Hoge Raad geanalyseerd die zijn geweest in de periode van 1995 tot en met 2007.⁴⁴ Op basis van die analyse was ik kritisch over de kwaliteit. In mijn evaluatie merkte ik op dat de Hoge Raad nauwelijks betekenis had toegekend aan de grote veranderingen van het octrooirecht in de jaren 60 en 70 van de vorige eeuw. In die jaren is door verdragen eenvormig recht in het leven geroepen. Ik stelde vast:

⁴⁴ Over 20 arresten van de Hoge Raad op het gebied van het octrooirecht en over 13 annotaties en 7 conclusies van Verkade, BIE 2008, p. 112 e.v.

*Opvallend is het onverkort blijven vasthouden aan eenmaal gemaakte keuzes. Er komen nieuwe arresten bij in de vijver van de Nederlandse octrooirechtspraak, maar het water beweegt niet en lijkt niet in verbinding te staan met de stromen gevormd door de rechtspraak van het Europese Octrooibureau en van de rechters in de andere verdragssluitende staten.*⁴⁵

Mijn conclusie luidde:

*Wie uitspraken van Duitse en Engelse octrooirechters leest, kan er niet om heen dat, gemeten aan de kwaliteit daarvan, de uitspraken van de Hoge Raad in kwalitatief opzicht voor verbetering vatbaar zijn. De motivering van de Hoge Raad is over het algemeen tamelijk schraal. Niet blijkt dat de Hoge Raad kennis heeft genomen van buitenlandse rechtspraak. Uit de arresten valt niet op te maken dat de Hoge Raad belang hecht aan wat buiten de grenzen gebeurt. De Hoge Raad spreidt bepaald niet ten toon dat hij streeft naar eenvormige uitleg en eenvormige toepassing van Europese regels. Gelet hierop lijkt het onwaarschijnlijk dat buitenlandse rechters die dezelfde eenvormige regels moeten toepassen, zich door Nederlandse rechtspraak zullen laten inspireren.*⁴⁶

Ik herhaal: de vergelijking is natuurlijk niet eerlijk. De rechters van de Hoge Raad valt weinig te verwijten. Mijn bezwaren zijn dus uitsluitend gericht tegen het systeem. De rechters staan voor een onmogelijke opgave en maken er het beste van. Voor hun prestaties heb ik groot respect. Maar het systeem is niet goed. Het is onverantwoord de rechters met zoveel werk op te zadelen. De vraag dringt zich op of hun talenten en inspanningen niet beter kunnen worden benut.

In februari 2008 verscheen het rapport ‘Versterking van de cassatierechtspraak’ van de commissie normstellende rol Hoge Raad⁴⁷. De voorzitter van deze commissie is Mr. Hammerstein, lid van de civiele kamer van de Hoge Raad. Het rapport moet een antwoord geven op de vraag hoe de overbelasting van de Hoge Raad kan worden verlicht.⁴⁸

Onder het kopje ‘De taken van de Hoge Raad’ is te lezen⁴⁹:

De Hoge Raad dient, mede op basis van een goede voorlichting door het Parket, richting te geven aan de rechtsontwikkeling en de rechtseenheid en de rechtszekerheid te bevorderen door het beantwoorden van rechtsvragen in concrete zaken op basis van een grondige analyse van regelgeving, jurisprudentie en doctrine, met inbegrip van Europeesrechtelijke en internationale aspecten.

⁴⁵ Over 20 arresten, p. 133.

⁴⁶ Over 20 arresten, p. 134.

⁴⁷ Waarom heeft deze commissie deze saaie, weinig zeggende naam?

⁴⁸ Het probleem is niet nieuw. In 1978 discussieerde de Nederlandse Juristen-Vereniging over de preadviezen van J.L.W. Sillevius Smitt en G.J. Wiarda over de vraag: ‘Dient de regeling van cassatie in burgerlijke zaken te worden gewijzigd en zo ja, in hoeverre en op welke wijze?’

⁴⁹ Versterking van de cassatierechtspraak, Rapport van de commissie normstellende rol Hoge Raad, februari 2008, p. 9-10. Het rapport is te vinden op www.rechtspraak.nl.

Dit is een ambitieuze taak. Ik ben het hiermee graag eens. De commissie stelt voor in de wet een selectiemogelijkheid op te nemen om een schifting te maken tussen zaken die er in cassatie toe doen en zaken waarvoor dat niet geldt. Naar verwachting zou dit – zo heb ik begrepen – kunnen leiden tot een reductie van het aantal zaken met ongeveer 30%.

Ik vrees dat deze reductie onvoldoende zal zijn om de zojuist besproken taak adequaat te vervullen. Zijn we niet teveel gefixeerd op de kwantitatieve output? Zijn minder uitspraken maar van een hogere kwaliteit niet wat wij nodig hebben?

Op het gebied van het octrooirecht spelen de Duitse en Engelse rechters de belangrijkste rol in Europa. De wijze waarop de rechtspraak in die landen is georganiseerd, verschilt onderling aanzienlijk. Wij hebben nog steeds het Franse model dat verschilt van het Engelse en Duitse model. Ik stel vast dat de motivering van de Duitse en Engelse rechters grondiger en meer open is dan die van de Franse Cour de Cassation. Met ‘open’ bedoel ik dat in de motivering de argumenten voor en tegen aan de orde komen en er aandacht is voor de wereld buiten de nationale rechterlijke macht. In Duitse vonnissen wordt verwezen naar rechtsgeleerde literatuur en buitenlandse beslissingen; in Engelse beslissingen komen uitspraken voor van rechters waar ook ter wereld gedaan⁵⁰, terwijl ook wel wordt verwezen naar geschriften van auteurs, ook van nog levende.⁵¹ De openheid van Engelse rechters manifesteert zich ook hierin dat elke rechter zijn oordeel geeft.⁵² Zij stellen zich daarmee bloot aan kritiek. Het Franse model is daarentegen gesloten. In de beslissingen zijn geen verwijzingen opgenomen naar buitenlandse

⁵⁰ Vergelijk het mooie citaat van Lord Steyn in *McFarlane v. Tayside Health Board* (2000 SC (HL) 15), opgenomen in Jan Smits, *Omstreden rechtswetenschap*, Boom Juridische uitgevers, Den Haag 2009, p. 116: ‘The discipline of comparative law does not aim at a poll of solutions adopted in different countries. It has the different and inestimable value of sharpening our focus on the weight of competing considerations.’ In de Verenigde Staten hebben de rechters niet deze open instelling. Zie daarover Smits, p. 118-119, die verwijst naar uitspraken van Antonin Scalia van de Supreme Court. In het Britse Gemenebest plegen rechters zich echter wel te laten inspireren door argumenten gebruikt door hun buitenlandse collega’s, aldus Smits, p. 128-129.

⁵¹ Deze open instelling is in continentaal Europa grotendeels verloren gegaan als gevolg van de nationale codificaties. Smits, o.c., p. 129, wijst erop dat de nadruk op argumenten ook de kern was van de gemeenschappelijke Europese rechtstraditie van het *ius commune*. Ik citeer: ‘Het *ius commune* heeft nooit gezocht naar uniformiteit van regels, maar werd gekenmerkt door een methode waarbij uit een niet scherp afgebakend reservoir van regels, beginselen en argumenten werd geput om de beste uitkomst in concreto te bereiken. Zo werd het Romeinse recht niet als bron gebruikt omdat daartoe een autoritair opgelegde plicht bestond, maar vanwege het besef dat de daarin aanwezige oplossingen inlichtende waarde hadden voor het in concreto te beslissen geval. Zodra de eigentijdse bronnen beter konden bijdragen aan het doel de beste uitkomst te vinden, kregen die dan ook voorrang boven het gereciperde Romeinse recht. Hiermee was deze methode bij uitstek Europees: er is immers geen enkele reden om aan te nemen dat argumenten die elders naar voren zijn gebracht van minder belang zouden zijn dan die uit eigen land.’ Bij mij kwam de vraag op of dit inzicht onbewust mede ten grondslag heeft gelegen aan mijn scepsis over de wenselijkheid van de codificatie van het recht van de intellectuele eigendom in Boek 9 van het Burgerlijk Wetboek? Zie daarover: *Codificatie van het recht van de intellectuele eigendom* (?), NJB 1994, blz. 771-779, en: *De codificatie van de rechten van de intellectuele eigendom in Boek 9 Burgerlijk Wetboek. Een tussenbalans*, BIE 1997, p. 279-284.

⁵² Een mooi voorbeeld is House of Lords 25 februari 2009 *Generics v. Lundbeck*, waarin rechters voor verschillende benaderingen kiezen en in hun betogen met elkaar van gedachten wisselen. Het lezen van dit soort beslissingen is een genot.

uitspraken. De lagere Franse rechters zouden zelfs de bepalingen van het Europese octrooiverdrag niet mogen noemen, maar uitsluitend de in de Franse Code geïmplementeerde bepalingen. De motivering is kort en nogal apodictisch. Bij de Franse rechters denken we aan Montesquieu die over de taak van de rechter zei: '*Les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce la parole de la loi; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur.*'⁵³ Rechters als levenloze wezens. Past dat in onze tijd? In ieder geval niet wanneer eenvormig recht aan de orde is en een rechter ontbreekt die het laatste woord spreekt. Dan zullen de rechters elkaar moeten proberen te overtuigen. Discussie is dan onontbeerlijk.

Een groter contrast dan tussen Franse en Angelsaksische rechters is nauwelijks mogelijk. De Engelse rechters zijn naar mijn gevoel ook flexibeler dan de Nederlandse rechters. Voordat in Nederland wordt teruggekomen op een foute of een te ongenueanceerde beslissing zijn er eerst kleine tussenstapjes nodig. Het kan dan jaren duren voordat de rechtspraak op een beter spoor zit. Ik denk hier aan de *Meyn / Stork*-zaak op het terrein van het octrooirecht en aan de *Haviltex*-zaak⁵⁴ over de uitleg van overeenkomsten.

Omdat het Duitse model zeer waarschijnlijk vanwege de kosten en de twijfel over de vraag of het reservoir van juristen waaruit geput moet worden voor geschikte kandidaten, in Nederland wel groot genoeg is, zou het voor de hand liggen te onderzoeken of het Engelse model voor de kwaliteit van de cassatierechtspraak voor Nederland niet aantrekkelijk is.⁵⁵ Het aantal zaken zou dan drastisch moeten worden teruggebracht. De overblijvende zaken zou de Hoge Raad dan grondiger kunnen behandelen. Daarbij hoort uiteraard een zitting waar de partijen een toelichting kunnen geven en de rechters vragen kunnen stellen. Het is in het buitenland moeilijk uit te leggen dat zittingen van de Hoge Raad zeer uitzonderlijk zijn. De conclusie van de advocaat-generaal schaffen we af. Daarover waren Cleveringa en Paul Scholten het lang geleden al eens. Dat doen wij niet omdat de conclusie van de advocaat-generaal waardeloos is. Integendeel. Het probleem is dat de Hoge Raad zelden expliciet overweegt waarmee hij instemt en waarover hij anders denkt. Het debat ontbreekt. De advocaten-generaal kunnen daarom beter als rechter de Hoge Raad gaan versterken. Zij zijn gewend argumenten te ontwikkelen en zichtbaar af te wegen. En natuurlijk scheppen we eindelijk ruimte voor *dissenting opinions*.⁵⁶ De

⁵³ De l'esprit des lois, I.XI, ch. VI.

⁵⁴ HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 met noot van Brunner. Daarover: Jan Brinkhof, 'Over de uitleg van overeenkomsten en octrooien', in: *Contracteren internationaal, Liber Amicorum Willem Grosheide*, Boom Den Haag 2006, p. 137 e.v.

⁵⁵ H.E. Ras, 'Aspecten van het werklustprobleem in de civiele sector van de Hoge Raad', in: *Een goede procesorde, Liber Amicorum Mr. W.L. Haardt*, Deventer 1983, p. 181 e.v., maakt melding van een vergelijkend onderzoek van de Fransman André Tunc ('La cour suprême idéale, une enquête comparative', *Revue internationale de droit comparé*, 1978, p. 5-486). Tunc is een overtuigd voorstander van het in de common-law-landen vigerende verlofstelsel. Ik vrees dat hij in eigen land een roepende in de woestijn is gebleven. De juridische werkelijkheid is in Europa sterk veranderd. Het zou wel heel merkwaardig zijn indien de wijze waarop de hoogste rechters zijn georganiseerd en werken, zelfs geen heroverweging verdient.

⁵⁶ Dissenting opinions stimuleren de scherpte van argumenten. Rechterlijke beslissingen zijn het resultaat van de discussie en keuze van argumenten. De vroegere President van de Hoge Raad S. Royer was geen voorstander van dissenting opinions. Hij wees er in dit verband op dat de mogelijkheid van dissenting opinions in de Verenigde Staten gecreëerd was om luiheid van rechters tegen te gaan. In Nederland vormde

kwaliteit van de beslissingen zal ongetwijfeld toenemen. De Hoge Raad kan dan een rol in Europa spelen. Indien prejudiciële vragen van uitleg moeten worden gesteld, zal de Hoge Raad bijvoorbeeld niet moeten volstaan met het voorleggen van die vragen aan het Europese Hof, maar zal hij argumenten geven voor mogelijke antwoorden. Wat zou het dan spannend worden.

Terzijde: het Europese Hof van Justitie ondervindt mijns inziens ook de last van het Franse model. De beslissingen zijn zuinig gemotiveerd. Ook daar zijn de rechters overbelast. De antwoorden op prejudiciële vragen laten daarom veel te lang op zich wachten. Op het gebied van het gemeenschapsmerkenrecht lukt het het Hof tot nu toe niet heldere lijnen uit te zetten, waarschijnlijk omdat specialisten op het gebied van het merkenrecht ontbreken.⁵⁷

luitheid van rechters naar zijn mening echter geen probleem. Ik ontleen dit aan NRC Handelsblad van 26 februari 2010, pagina 7. In 1973 beraadslaagde de Nederlandse Juristen-Vereniging – 210 leden waren aanwezig – over de preadviezen van H. Drion en O. De Savornin Lohman. De meerderheid achtte het wenselijk deze mogelijkheid te openen. I. Kisch merkte toen onder andere op (Handelingen 1973 der Nederlandse Juristen-Vereniging, deel 2, p. 33): ‘Voor zichzelf spreekt, meen ik, het argument dat, wanneer de meningen van twee ervaren juristen zich aan elkaar afslijpen, een meer bezonnen, een minder subjectief gekleurd, dus een meer gezaghebbend afwijkend oordeel wordt bereikt.’ En H.U. Jesserun d’Oliveira, (Handelingen 1973 der Nederlandse Juristen-Vereniging, deel 2, p. 53): ‘Door het toelaten van de dissent ontstaat de kans, dat deze rechtsontwikkelingsfunctie zal worden geactiveerd op terreinen die nu onder de dwang van raadkamergeheim niet uit de verf komen.’ Recent over dissenting opinion: A. Soeteman, Rechtsgeleerde waarheid, afscheidsrede, VU Amsterdam, 2009 (te vinden op www.rechten.vu.nl). Hij is voorstander. Zie de reactie op deze rede van J. Th. Degenkamp, Waarom ‘rechtsgeleerde waarheid’, waaruit blijkt dat Degenkamp het in rechtspolitiek opzicht graag eens is met het openbaar maken van concurring en dissenting opinions, *Ars Aequi* januari 2010, p. 50 met een nawoord van A. Soeteman, p. 53. Vergelijk Smits, o.c., p. 144: ‘... een systeem van *concurring* en *dissenting opinions* leidt tot betere argumentatie door de (hoogste) rechter’. Concurring en dissenting opinions passen in de wijze waarop Romeinse juristen het recht ontwikkelden. De klassieke juristen waarschuwden tegen rechtsvinding door deductie uit regels. Zie Franz Wieacker, *Vom Römischen Recht*, Tweede druk, Stuttgart 1961, p. 7-8, 141 e.v., en Paulus D. 50, 17, 1:

Regula est, quae rem quae est breviter enarrat. non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fit. per regulam igitur brevis rerum narratio traditur, et, ut ait Sabinus, quasi causae coniectio est, quasi simul cum in aliquo vitiata est, perdit officium suum.

In de vertaling van L. De Ligt en A.J.B Sirks, *Corpus Iuris Civilis III*, Walburg Pers, Zutphen, en Sdu, ’s-Gravenhage, 1996:

Een rechtsregel is een formulering die beknopt aangeeft hoe een zaak ligt. Het recht moet niet aan de regel ontleend worden, maar op grond van het geldende recht dient een regel te worden geformuleerd. Door middel van een rechtsregel wordt dus een korte beschrijving van feiten gegeven en naar Sabinus zegt is zo’n regel als het ware een samenvatting die, zodra zij in enig opzicht tekortschiet, haar werking verliest.

Zie voorts Peter Stein, *Regulae Iuris*, Edinburgh University Press, 1966. Bij de juristen van de Common Law heeft de waarschuwing van Paulus gehoor gevonden. De aantrekkelijkheid van de Engelse rechtspraak wordt naar mijn mening bepaald door de methode waarop de rechters tot hun beslissingen komen: de zichtbare afweging van argumenten en belangen. Het Engelse materiële recht is nauwelijks beïnvloed door het Romeinse recht, maar de methode van rechtsvinding vertoont grote gelijkenis met die van de Romeinse juristen uit de klassieke periode.

⁵⁷ Zie recent over het ontbreken van heldere lijnen: Tobias Cohen Jehoram, *Het Benelux merkenrecht in Europees perspectief*, dissertatie Utrecht 2009. Mede gelet op de samenstelling van het Hof van Justitie is het de vraag of dit hof in de toekomst een rol kan spelen op het terrein van het octrooirecht.

Wat mij betreft zou de Commissie normstellende rol Hoge Raad dus best met wat ambitieuzere voorstellen mogen komen. Precies zoals de in 1988 aan de Hoge Raad toegekende bevoegdheid om cassatieberoepen met een verkorte motivering te verwerpen (artikel 81 Wet op de rechterlijke organisatie) zal naar verwachting de door de Commissie Hammerstein voorgestelde oplossing hoogstens gedurende enige jaren voor verlichting zorgen. Beter lijkt me de principiële keuze voor een ander systeem. Een systeem dat goed blijkt te werken in Engeland, de Verenigde Staten en Zweden. Is dit niet waaraan behoefte bestaat? En zou een dergelijk voorstel niet wervender zijn en op een groot politiek draagvlak kunnen rekenen? Een debat daarover verdient aanbeveling.

Vergis ik me als ik zeg dat er weinig dynamiek zit in de rechterlijke organisatie, het procesrecht, de organisatie van de rechtspraak en de wijze waarop vonnissen worden gemotiveerd? Ik zal niet beweren dat alles nog precies is zoals dat ongeveer 200 jaar geleden is ingevoerd, geheel naar het Franse model. Maar een grote gelijkenis is er nog wel. Tóen was ontegenzeggelijk sprake van modernisering, nu wekt een en ander de indruk van het meubilair uit die tijd.

Ik was kritisch. Maar u moet niet vergeten dat ik Nederland heb vergeleken met de landen die aan de top staan. U zou daardoor misschien een onjuist beeld krijgen van de positie van de Nederlandse octrooirechtspraak in Europa. Ter voorkoming daarvan wijs ik erop dat op lijstjes van buitenlandse advocatenkantoren Nederland de derde plaats inneemt. Blijkens hun beslissingen nemen de Engelse rechters hun Nederlandse collega's serieus. En dat alles zegt wat over de kwaliteit van de Nederlandse rechters. En ook, zo heb ik al eerder als rechter gezegd, over de kwaliteit van de Nederlandse octrooigemachtigden en advocaten. Want laten wij niet vergeten dat de kwaliteit van rechterlijke beslissingen mede wordt bepaald door de kwaliteit van octrooigemachtigden en advocaten. Verder signaleer ik dat er in 2009 een bijeenkomst is geweest van een rechter van de Hoge Raad en een aantal in het octrooirecht gespecialiseerde advocaten. Op die bijeenkomst werden in een open atmosfeer verschillende octrooirechtelijke onderwerpen besproken. Afsproken is dat hiermee wordt doorgegaan. Dit kan alleen maar worden toegejuicht.

Enkele opmerkingen over het juridisch onderwijs en het onderzoek

We kunnen er niet om heen dat het Departement Rechtsgeleerdheid van onze Faculteit met verschillende markten te maken heeft. Ik beperk me tot de Nederlandse markt voor studenten en de Nederlandse en Europese markt voor afgestudeerden.

Utrecht is voor studenten een aantrekkelijke stad. De rechtenstudie in Utrecht staat goed aangeschreven. Over het aantal studenten dat in Nederland voor de rechtenstudie in Utrecht kiest, hoeven wij ons meen ik geen zorgen te maken. Belangrijk is hoe het is gesteld met de Nederlandse en Europese markt voor afgestudeerden. Als de positie van in Utrecht afgestudeerde juristen minder goed zou zijn dan die van elders afgestudeerden, zou dat zorgwekkend zijn. Dat zou gevolgen kunnen hebben voor de keuze van studenten. Ik weet niet of wij over gegevens beschikken.

Gelet op de voortgaande Europeanisering lijkt het me verstandig te onderzoeken of wij voldoende aandacht besteden aan enerzijds het Europese recht en de Europese dimensie van vrijwel elk vak en anderzijds aan rechtsvergelijking en met name ook aan het Engelse en Duitse recht. Het is te verwachten dat de Nederlandse juristen steeds meer te maken krijgen met concurrentie van buitenlandse juristen.

De gewijzigde verhoudingen in Europa hebben ook gevolgen voor het onderzoek. Het juridisch wetenschappelijk onderzoek in Nederland zal in toenemende mate moeten gaan concurreren met dat in het buitenland. Zoals ik al eerder schreef verwacht ik dat in de toekomst de strijd om onderzoeksgelden en –plaatsen niet zal gaan tussen bijvoorbeeld Utrecht en Leiden, maar tussen Utrecht, Heidelberg en Oxford.⁵⁸ In de natuurwetenschappen is dit heel gewoon, in de rechtswetenschap zal dit ook gebeuren. Wij zullen internationaal aan de weg moeten timmeren.

Wie vanuit historisch perspectief naar het onderwijs en onderzoek kijkt, ontkomt niet aan de vaststelling dat sprake is van een enorme versnippering. Naast de traditionele hoofdvakken onderverdeeld naar de grote rechtsgebieden zijn er vele specialistische vakken bijgekomen met eigen leerstoelen. Het recht blijft zich vertakken. Dit is goed te zien bij mijn vak: het recht van de industriële eigendom. Het was ooit een onderdeel van het handelsrecht. Het kwam daar slechts marginaal aan de orde. Toen kwamen er leerstoelen voor intellectuele en industriële eigendom. Intellectuele eigendom had betrekking op auteursrecht en daarmee verwante gebieden. Industriële eigendom ging in de kern over octrooi-, merken- en modellenrecht. Nu zien we subspecialismen opkomen. Op advocatenkantoren is de tendens dat bijvoorbeeld de specialist op het terrein van het octrooirecht zich niet meer bezighoudt met het merkenrecht. De verklaring daarvoor is dat de stroom van regelgeving en rechtspraak – nationaal en Europees – steeds moeilijker te overzien is.

Specialisatie is onvermijdelijk. Maar moet deze al tijdens de studie ver worden doorgevoerd? En aan elke universiteit? Is het wenselijk dat studenten zich al heel snel gaan specialiseren? Ik denk dat het antwoord op deze vragen nee moet zijn. Het grootste gevaar is dat studenten die zich concentreren op een klein zijtakje, niet meer weten dat het takje gevoed wordt vanuit de wortels en gedragen wordt door de dikke stam van het recht met de grote zijtakken. Kennis van de wortels en de stam met de grote takken is essentieel.

Juristen hebben twee kerntaken:

- (i) regels maken voor de inrichting en organisatie van publieke en private lichamen en voor de werkzaamheden van die lichamen
- (ii) regels toepassen om geschillen op te lossen en besluiten te nemen.

En bij de uitoefening van die taken draait alles om taal: lezen, begrijpen, uitleggen, argumenteren, spreken en schrijven.

⁵⁸ J.J. Brinkhof, 'Revolutie en reactie', in: *Privaatrecht en Gros*, Intersentia Antwerpen-Groningen 1999, p. 207 e.v.

Is de rechtenstudie 'leuk'?

De rechtenstudie zelf zou je kunnen vergelijken met het leren van een taal. Zoals we weten is het leren van een taal niet altijd even leuk. Het vergt inspanning. Je moet de grammatica onder de knie krijgen en domweg woorden en uitdrukkingen leren. En dan komt het moeilijkste: de taal verstaan en spreken. Dat is tegelijk ook het leukste. Je kunt de rechtenstudie ook vergelijken met het leren bespelen van een muziekinstrument. Ook dan moet veel werk worden verzet dat niet onmiddellijk leuk is: leren noten lezen, toonladders oefenen, de motoriek van de vingers gaan beheersen of de ademhaling, eindeloos loopjes herhalen. En pas daarna wordt het leuk. Dan kun je muziek maken. En dat gaat steeds beter door veel te luisteren en veel te lezen. Je hebt zitvlees en doorzettingsvermogen nodig. Ik heb wel eens gehoord dat als je later in een orkest wil spelen je tenminste een bepaald aantal studie-uren moet hebben gemaakt. Bij de rechtenstudie is het niet anders. Ook hier gaat veel tijd zitten in het leren van de grammatica en de woorden. Daarna wordt het echt leuk. Of beter gezegd: intellectueel uitdagend en interessant. In het recht gaat het om belangrijke zaken voor de samenleving, ondernemingen en mensen.

Recht, taal en debat vormen een drie-eenheid. Ik zou willen bepleiten dat er in elk vak veel aandacht is voor analyse van juridische teksten en argumenteren.⁵⁹ En om studenten te enthousiasmeren zouden vaker artikelen en annotaties uit het voortreffelijke tijdschrift *Ars Aequi* bediscussieerd kunnen worden. Ik neem het nummer van januari van dit jaar als voorbeeld. Van de bijdrage van Ton Hartlief druipt het enthousiasme af. En dan is er het debat tussen Degenkamp en Soeteman en het mooie stuk van Ewoud Hondius over Lord Denning. Daarover zou toch tijdens het onderwijs gesproken moeten worden.

Op ons advocatenkantoor ontvangen wij regelmatig brieven van pas afgestudeerde juristen die graag advocaat willen worden. In het sollicitatiegesprek vragen wij de sollicitant die in zijn of haar brief geschreven heeft graag advocaat te willen worden, of er een arrest is van de Hoge Raad of van het Europese Hof van Justitie dat hem of haar bijzonder heeft geraakt, enthousiast heeft gemaakt of heftig heeft ontstemd. Het blijft dan vrijwel altijd stil. Is er dan misschien een juridisch artikel of boek waardoor hij of zij is getroffen?⁶⁰ Nee, ook dat niet.

⁵⁹ Vergelijk Jan Smits, o.c., p. 94: 'Ook in de rechtswetenschap geldt dat zelfs als er overeenstemming lijkt te zijn over de juistheid van een regel deze onophoudelijk moet worden bediscussieerd door de argumenten voor en tegen te analyseren. Het zou de dood in de pot voor de wetenschap zijn als het debat eindigde bij (beweerdelijke) overeenstemming over wat behoort.' Smits, o.c., p. 189: 'Ook in het onderwijs moeten dus conflicterende opvattingen over wat behoort voor het voetlicht worden gebracht. Dat betekent dat studenten vooral een *manier van denken* wordt aangeleerd.' Zijn inziens is het onderwijs te veel gericht op de inhoud. Dit is ongewenst omdat wij weten dat die snel verandert. Studenten moeten de methode leren. Hij is voorstander van een 'waarlijk Europese opleiding die in de *bachelor* recht in het algemeen centraal stelt en die eindigt met een *master* op het terrein van een nationaal rechtsstelsel.' (p. 190)

⁶⁰ H.J. Snijders, 'Eduard M. Meijers', in: *Ars Aequi* 2010, p. 44 e.v., schrijft (op p. 47-48) over de mildheid van Meijers als examiner. Van de emeritus-hoogleraar W.J. Slagter, een oud-leerling van Meijers, had hij gehoord dat Meijers aan Slagter tijdens het examen had gevraagd: "En heeft u nog een artikel gelezen?" 'Ja,' had Slagter geantwoord, 'artikel 1917 BW'. 'Oh,' had Meijers vriendelijke gezegd, 'maar ik bedoel niet een artikel uit het wetboek maar een artikel van een auteur'. Toch geslaagd voor het examen!" Ik voeg daar aan toe: en toch nog hoogleraar geworden."

Telkens opnieuw verraste mij het gebrek aan passie over rechterlijke beslissingen die voor praktijkjuristen de mogelijkheden van hun handelen bepalen. Allerlei vragen komen op: zijn arresten van de Hoge Raad en het Hof van Justitie misschien weinig enerverend?, zijn juridische artikelen saai?, krijgen studenten boeiende artikelen te lezen waarover tijdens de colleges wordt gediscussieerd?

Wat mogen de studenten van hun docenten verlangen? Dat weten we omdat we zelf leerling zijn geweest – en nog steeds zijn. Welke vakken vonden we leuk? Voor welke vakken wilden wij ons inspannen? Dat waren de vakken die werden gedoceerd door enthousiaste leraren die van hun vak hielden en eisen stelden. Zij zijn zo belangrijk.

De ouderen onder ons herinneren zich waarschijnlijk het TV programma Kunstgrepen van Pierre Janssen in de jaren 60. Die man was zo ‘begeistert’ over oude en moderne kunst. Hij leerde je kijken. Het zou nu niet meer mogen, vrees ik. Het programma zal wel te elitair zijn. En Isaac Stern, de grote violist die naar China ging na de Culturele revolutie. Op mijn netvlies staat zijn bezoek aan een muziekschool. Een klein meisje speelde een ingewikkeld muziekstuk. Alle noten werden foutloos gespeeld. Isaac luisterde aandachtig en toen het meisje klaar was, complimenteerde hij haar. Vervolgens pakte hij zijn viool en speelde hetzelfde stuk. Je zag de fonkeling in de ogen van het meisje. Ja, zo kon het ook. Noten werden muziek! En Adriaan van Dis die spannende gesprekken voerde met Nederlandse en buitenlandse schrijvers. Zijn enthousiasme droeg hij over op zijn publiek dat vervolgens – zo bleek uit de cijfers – boeken van die schrijvers ging lezen.

Pierre Janssen, Isaac Stern en Adriaan van Dis zijn onze voorbeelden. Onderwijs moet interactief zijn. Het gaat niet in de eerste plaats om te weten wat de Hoge Raad en het Europese Hof van Justitie hebben beslist. Het gaat om het leren analyseren en argumenteren.⁶¹

Wij lezen graag de puntige kleine artikelen van Nieuwenhuis,⁶² de opinion van Lord Hoffmann in de zaak *Kirin-Amgen v. Hoechst*,⁶³ de geschriften van H. Drion,⁶⁴ de conclusies van Advocaat-Generaal Leyten, Zwolve’s bewerking van C.Æ. Uniken Venema’s *Common Law & Civil Law*⁶⁵ enzovoort. Laten wij dit uitdragen en bespreken, zodat nooit meer een sollicitant geen enkel aansprekend arrest of artikel weet te noemen.

⁶¹ Tegenwoordig studeren nogal wat studenten een tijdje in het buitenland. Met hen spreek ik wel eens over hun ervaringen. Zij hebben altijd veel geleerd. Ik heb begrepen dat een groot verschil blijkt te bestaan tussen het onderwijs in Angelsaksische landen enerzijds en in landen als Frankrijk, Spanje en Italië anderzijds. Kort gezegd: in de Angelsaksische landen worden de studenten uitgedaagd zelf te denken terwijl zij in de prachtige landen in het zuiden van Europa vooral de opvattingen van de hoogleraren dienen te reproduceren.

⁶² Hans Nieuwenhuis, *Brief aan een jonge academisch gevormde vrouw*, Paris Zutphen 2009.

⁶³ House of Lords 21 oktober 2004.

⁶⁴ *Geschriften van H. Drion*, Kluwer Deventer 1982.

⁶⁵ Tjeenk Willink Zwolle 2000.

Graag wil ik in dit verband het boek van Jan Smits noemen dat ik met plezier las na het uitspreken van deze rede. Het heet: Omstreden rechtswetenschap, met als ondertitel: Over aard, methode en organisatie van de juridische discipline.⁶⁶ Het is een prachtig en stimulerend boek. Met bijna alles ben ik het eens. Zijn betoog sluit aan bij mijn ervaringen en opvattingen. In de noten heb ik enkele mij aansprekende verwijzingen opgenomen.

Tony Judt over Heine en de toekomst van Europa

Tot slot enkele hoopvolle woorden over Europa van de Britse historicus Tony Judt.

Judt⁶⁷ haalt Heinrich Heine (geboren in Düsseldorf in 1797 en gestorven in Parijs in 1856) aan die twee soorten patriottisme onderscheidde: het patriottisme van de Fransman en het patriottisme van de Duitser. Het patriottisme van de Fransman betekent dat zijn hart wordt verwarmd; met die warmte strekt en breidt zijn patriottisme zich zover uit dat zijn liefde niet meer alleen zijn naaste omarmt, maar heel Frankrijk, de hele beschaafde wereld. Het patriottisme van de Duitser betekent dat zijn hart samentrekt en krimpt zoals leer in de kou; een Duitser haat dan iedere vreemdeling en wil niet langer een wereldburger worden, een Europeaan, maar alleen een provinciale Duitser. Judt voegt hier aan toe dat het vandaag niet meer gaat over het Frankrijk en Duitsland uit het begin van de negentiende eeuw. Maar de keuze die door die twee soorten patriottisme wordt geboden, heeft heel direct betrekking op de hedendaagse situatie in Europa. Judt:

If the emerging Europe were to take a 'Germanic' turn, contracting 'like leather in the cold' to a defensive provincialism – an eventuality suggested by the referendums in France and the Netherlands in the spring of 2005, when clear majorities rejected the proposed European 'Constitution' – then the opportunity would be missed and the European Union would never transcend its functional origins. It would remain no more than the sum and highest common factor of its members' separate self-interests.

But if patriotism for Europe could find a way to reach beyond itself, to capture the spirit of Heine's idealized France, 'stretching and expanding to embrace the whole of the civilized world', then something more was now possible. The twentieth century – America's Century – had seen Europe plunge into the abyss. The old continent's recovery has been a slow and uncertain process. In some ways it would never be complete: America would have the biggest army and China would make more, and cheaper, goods. But neither America nor China has a serviceable model to propose for universal emulation. In spite of the horrors of their recent past – and in large measure because of them – it was Europeans who were now uniquely placed to offer the world some modest advice on how to avoid repeating their own mistakes. Few would have predicted it sixty years before, but the twenty-first century might yet belong to Europe.'

Afsluiting

⁶⁶ Zie noot 50.

⁶⁷ Judt, o.c., p. 799-800.

Ik sluit af met een aantal persoonlijke woorden.

Ik ben u allen dankbaar. Niet alleen omdat u vandaag de moeite hebt genomen naar Utrecht te komen. Maar vooral ook omdat ik u in mijn leven heb mogen ontmoeten.

Ik beschouw mezelf als een zondagskind. Ik heb veel geluk gehad en veel kansen gekregen. Vele goede mensen hebben mijn pad gekruist en mij verder geholpen. Door het hoofd van de lagere school ben ik op het gymnasium beland, wat vanuit mijn achtergrond gezien niet voor de hand lag. De vorig jaar overleden beste vriend uit mijn studententijd, heeft mijn ogen geopend voor de filmkunst en mijn oren nog wijder opengezet voor muziek. De president van de Haagse rechtbank Mr. Wijnholt heeft mij, toen ik nog rechter was, de kans gegeven hier in Utrecht hoogleraar te worden. Van de buitenlandse rechters heb ik zoveel mogen opsteken.

De studietijd in München heeft mij de stupiditeit doen inzien van de beoordeling van mensen op grond van afkomst en nationaliteit. De studietijd in Rome heeft mij niet alleen het belang van de historische dimensie doen inzien en beleven. In Italië heb ik de kleur en de warmte van het zuiden ervaren en gezien tot welke schoonheid de mensen in staat zijn: steden, tuinen, fontein, kerken, palazzi, fresco's, schilderijen en beeldhouwwerken. Alle zintuigen komen daar aan hun trekken. Uit Venetië stamt de oudst bekende octrooiwet. Deze is van 1474. Daar begreep men hoe men talenten van buiten aantrekt en behoudt: Bescherm hun prestaties. Dan blijven zij, en daarvan hebben we allemaal voordeel. Amsterdam had dezelfde open houding in de zeventiende eeuw. New York (Nieuw Amsterdam) en Londen nu.

Willem Grosheide, mijn naaste collega, dank ik voor het opmerkelijke vertrouwen dat hij mij bij mijn aanstelling schonk. Wat had ik toen laten zien? Al die jaren hebben wij intensief samengewerkt. Hij heeft met zijn organisatie- en doorzettingsvermogen een fantastische omgeving gecreëerd: het Centrum voor Intellectueel Eigendomsrecht. Hij is degene geweest die met het idee van de CIER-lezingen is gekomen en het idee heeft uitgevoerd. Jaarlijks zijn er vier à vijf lezingen over actuele vragen van intellectuele eigendom die door mensen uit de praktijk worden bijgewoond en gewaardeerd. Voor hem heb ik grote bewondering. Zijn afscheidsrede ging over de vraag of er vooruitgang is in het burgerlijk recht.⁶⁸ Na 38 pagina's en 83 noten komt zijn antwoord: 'Ik kom, vrees ik, tot geen ander dan een zuinig antwoord: ja en nee, het hangt ervan af.' Dat is typisch Willem. Hij heeft me wel eens verteld dat een student zo boos was geworden toen hij een vergelijkbaar antwoord op een vraag gaf, dat zij nadat hij haar daartoe de gelegenheid had geboden, de collegezaal had verlaten. Natuurlijk had en heeft Willem gelijk. Recht is iets anders dan een rekensom. Serieuze rechtsvragen los je niet op met een rekenmachine.⁶⁹ Het gaat om overtuigende redeneringen.⁷⁰ Met Willem heb ik vele

⁶⁸ Willem Grosheide, *Vooruitgang in het burgerlijk recht?*, Boom Den Haag 2006.

⁶⁹ Smits, oc., p. 97: 'De werkelijke activiteit van de jurist bestaat erin om een keuze te maken uit de vaak tegenstrijdige opvattingen over wat rechtens is.'

⁷⁰ Voor zijn vraag over vooruitgang vond ik een inspirerend antwoord bij de Amerikaanse filosofe Susan Neiman (NRC Handelsblad – Opinie & Debat, 5-6 december 2009, p. 2-3). Ten aanzien van de vraag of er

gesprekken gevoerd die over zeer uiteenlopende onderwerpen gingen, en lang niet alle over het recht. Van de gesprekken heb ik genoten. Ik heb er veel van opgestoken.

Madeleine de Cock Buning is de voortreffelijke opvolger van Willem. Zij heeft vele kwaliteiten die ik mis. Ik noem haar grote organisatietalent. En zij is zo attent! Op ons vakgebied zoekt zij het evenwicht. Zij is niet in een van de bekende kampen te plaatsen. Zij is daarvoor te onafhankelijk. Zij denkt zelf na. Het Centrum voor Intellectuele Eigendom is blij met haar.

Met mijn opvolger Dick van Engelen ben ik bijzonder ingenomen. Met hem werk ik al jaren samen sinds hij bijzonder hoogleraar is. Terecht vindt hij dat onderwijs de belangrijkste taak is van een hoogleraar. Hij doceert vol overgave en met zichtbaar plezier. Hij weet de studenten uit de tent te lokken. Het is een plezier samen met hem voor de studenten te staan. Hij provoceert graag en houdt daarmee de studenten wakker. Dat is goed, ook al ben ik soms het lijdend voorwerp van zijn spot. In 2007 sprak hij zijn oratie uit. Deze had als titel: ‘Tijden veranderen: stilstaand ga je achteruit’.⁷¹ Is dit een antwoord op Willems vraag? Ik aarzel. Als de tijden veranderen, maar sprake is van achteruitgang, ga je dan niet als je blijft stilstaan, vooruit? Het geeft een goed gevoel dat nu ik eens kan provoceren zonder dat Dick wat kan terugzeggen.

Ten slotte een woord over mijn vrouw, Tonny. Ik zou graag op dezelfde manier tot haar spreken zoals Prins Claus dat eens deed tot zijn vrouw. Maar daar zou zij niet blij mee zijn. Daarom heel kort. Nogmaals, ik ben een zondagskind. Ik ervaar zoveel vreugde met haar, onze kinderen en kleinkinderen. Waar zou ik zijn zonder haar? Zij houdt mij bij de les en met beide benen op de grond.

Ik heb gezegd. Maar ... ik ben nog niet uitgesproken.

vooruitgang is, hoort men vaak twee mogelijke antwoorden: de vooruitgang voltrekt zich ofwel dankzij de kracht der noodzaak, ofwel in het geheel niet. Deze tweedeling is vals volgens Neiman. Er is een volmaakt redelijke derde mogelijkheid: vooruitgang is mogelijk, maar zeker niet noodzakelijk. Het is aan de individuele mens om deze te verwezenlijken. Zo beschouw ik de ‘uitvinding’ van het concept van de mensenrechten als vooruitgang. Die ‘uitvinding’ was niet onafwendbaar en is in de woorden van Neiman ook niet onomkeerbaar. Smits, o.c., p. 151 vindt de term ‘vooruitgang’ niet zo goed. De term impliceert naar zijn mening ‘dat verouderde inzichten definitief achter ons worden gelaten’. Hij geeft de voorkeur aan de neutrale term ‘evolutie’ die aangeeft hoe ontwikkeling in de rechtswetenschap plaatsvindt: ‘veranderingen vinden plaats in een proces van competitie waarin alleen de als best ervaren argumenten (of concepten of regels) overleven.’

⁷¹ Th.C.J.A. van Engelen, *Tijden veranderen: stilstaand ga je achteruit*, Boom Den Haag 2007.

Belangrijkste publicaties

On patents and human rights, Chapter 8 in: Intellectual Property and Human Rights, A Paradox, edited by Willem Grosheide, Edward Elgar, Cheltenham, UK, 2010, p. 140-154

On Enforcement of European Patents and the “Desire for harmonisation”-Factor, in: Patentrecht, Festschrift Thomas Reimann, Carl Heymanns Verlag 2009, p. 25-35

Over 20 arresten van de Hoge Raad op het gebied van het octrooirecht en over 13 annotaties en 7 conclusies van Verkade, BIE 2008, 112-137

Over ‘The Desire For Harmonisation’ en ‘The Avenue To Disunity’. Zit de Nederlandse octrooirechtspraak wel op het juiste spoor?, in: Spoorbundel (Een eigen, oorspronkelijk karakter), Opstellen aangeboden aan prof. mr. Jaap H. Spoor, red. D.J.G. Visser en D.W.F. Verkade, DeLex, Amsterdam 2007, p. 11-23

Over de uitleg van overeenkomsten en octrooien, in: De Cock Bunning, M., Brinkhof, J., Hondius, E.H. (red), Contracteren internationaal/Opstellen aangeboden aan prof. mr F.W. Grosheide bij gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar privaatrecht aan de Universiteit Utrecht, Den Haag: Boom, 2006, p. 145-170

Pure Coffee? On indirect infringement, in: Festschrift für Jochen Pagenberg, Carl Heymanns Verlag KG, Köln Berlin München 2006, p. 9-18

About tough traditions and disappointing Dutch developments, in: Interpretation of Patents in Europe, Application of Article 69 EPC (ed. Jochen Pagenberg and William Cornish), Carl Heymanns Verlag KG: Cologne/Berlin/Munich 2006, p. 165-197

Extent of Protection: Are The National Differences Eliminated?, in: “... und sie bewegt doch!”, Festschrift für Gert Kolle und Dieter Stauder, Carl Heymanns Verlag KG 2005, Köln Berlin München, p. 97-113

De uitleg en toepassing van Artikel 69 Europees Octrooiverdrag in Nederland. Over taaie nationale tradities (deel 1), BIE 2005, 351-360; (deel 2), BIE 2005, p. 407-414

Wish List in the Area of Patent Law, IIC 2004, p. 407-416

Wensen op het gebied van het octrooirecht, in: De vader van de gedachte. Bundel rechtsgeleerde opstellen over wenselijk recht ter gelegenheid van het 225-jarig bestaan van het genootschap ‘Door Tijd en Vlijt’, onder redactie van S. Dumoulin en E. Grabandt, Wolf Legal Publishers, Nijmegen 2003, p. 17-27 [Ook gepubliceerd in BIE 2003, 372-376]

Cross-border Injunction in Europe and Parallel Infringement, in: Enforcement of Intellectual Property Rights and Patent Litigation, Proceedings of the Symposium held from 10 to 14 September 2001, European Patent Office International Academy, EPOscript Volume 6, 2002, p. 517-524

Is there a European doctrine of equivalence?, IIC 2002, p. 911-923

Beslechting van octrooigeschillen in Europa. Over droom, werkelijkheid en verbeelding, BIE 2001, p. 436-439

Lessen uit de Europese toetsing van het kort geding?, in: Van Nederlands naar Europees procesrecht?!, BIE 2000, p. 382-386

Proeven met geneesmiddelen: de problematiek van de clinical trials, de situatie in Nederland, in: Octrooirecht en geneesmiddelen, Ed. Geertrui van Overwalle, CIR, Bruylant, Brussel 2000, p. 93-120

Revolutie en reactie, in: Privaatrecht *en Gros*, Opstellen aangeboden aan F.W. Grosheide, redactie J.M. van Buuren-Dee, M.C. van Gestel, E.H. Hondius, Antwerpen-Groningen 1999, p. 207-216

Merck II: A Missed Opportunity, in: Intellectual Property and Information Law, Essays in Honour of Herman Cohen Jehoram, The Hague-London-Boston 1998, p. 243-252

Uitputting in het octrooirecht: nationaal, Europees en internationaal, Molengrafica, Europees Privaatrecht 1997, Lelystad 1997, p. 169-228

The Conflict Between Article 123(2) and (3) EPC, IIC 1997, p. 833-842

De codificatie van de rechten van de intellectuele eigendom in Boek 9 Burgerlijk Wetboek. Een tussenbalans, BIE 1997, p. 279-284

Geht das grenzüberschreitende Verletzungsverbot im niederländischen einstweiligen Verfügungsverfahren zu weit?, GRUR Int. 1997, p. 489-497

The desirability, necessity and feasibility of cooperation between courts in the field of european patent law, in: The law and practice of the Enlarged Board of Appeal of the EPO during its first ten years, Carl Heymanns Verlag, Köln-Berlin-Bonn-München 1996, p. 49-55

Het begrip overeenstemming. Terugblikken en vooruitkijken, in: Een Kwart Eeuw Benelux-Merkenrecht, Den Haag 1996, p. 39-51

The revocation of European patents, IIC 1996, p. 225-235

Het grensoverschrijdend verbod in octrooizaken in kort geding, in: Molengrafica, Europees Privaatrecht 1995, Lelystad 1995, p. 225-261

Internationalisation of patent law, transborder injunctions and summary proceedings in the Netherlands, Texts on Intellectual Property, Volume 1 (1995), CEIPI, Strasbourg

Codificatie van het recht van de intellectuele eigendom (?), NJB 1994, blz. 771-779

(met M.D.B. Schutjens), De nietigverklaring van Europese octrooien, een onderzoek naar de regelingen en praktijk in Nederland en Duitsland, Molengrafica, Eenvormig en vergelijkend privaatrecht 1993, Lelystad 1993, p. 305-328

Processuele aspecten van de internationalisering van het octrooirecht, Molengrafica, Eenvormig en vergelijkend privaatrecht 1992, Lelystad 1992, p. 367-400

Some thoughts on equivalents, IIC 1991, p. 908-916

Is de leer van het wezen een anachronisme?, in: Noten bij noten, Ter herinnering aan Mr L. Wichers Hoeth, Zwolle 1990, p. 11-26

Over octrooirecht en economie, Ars Aequi 1990, p. 794-800

Symposien von europäischen Patentrichtern, Mitteilungen der deutschen Patentanwälte 1989, p. 131-133

Europees octrooirecht, internationale normen, nationale regeltoepassing (oratie), Zwolle 1989