

Intellectuele Eigendom en Reclamerecht, Van de brug af gezien Kroniek van wetgeving, jurisprudentie en literatuur 2008

Kroniek van wetgeving, jurisprudentie en literatuur 2008

Inhoudsopgave

I.	Algemeen (F.W. Grosheide)
II.	Auteursrecht (F.W. Grosheide, J.M.B. Seignette)
III.	Databankenrecht (M. de Cock Buning)
IV.	Octrooirecht (R.E.P. de Ranitz)
V.	Modellenrecht (H.M.H. Speyart)
VI.	Merkenrecht (Ch. Gielen)
VII.	Handelsnaamrecht (Ch. Gielen)
VIII.	Kwekersrecht (Ch. Gielen)
IX.	Geneesmiddelenrecht (E.H. Hoogenraad)
X.	Reclamerecht (E.H. Hoogenraad)
XI.	Rechtshandhaving en procesrecht (E.J. Numann)

I Algemeen (F.W. Grosheide)

Ter inleiding

Geheel in lijn met de internationaal en nationaal steeds maar toenemende betekenis - zie de Inleiding op vorige kronieken - van intellectuele eigendomsrechten in het maatschappelijk leven en de daarmee verbonden commerciële rechtspraktijk, groeit ook de aandacht van regelgevende overheden voor dit rechtsgebied en dijt in het bijzonder de rechtspraak *in casu* op niet eerder vertoonde wijze uit. Ter onderbouwing van het voorgaande volsta ik met verwijzing naar de *internetsites* Boek 9 en IEPT. [\[1\]](#)

Die ontwikkeling veroorzaakt niet slechts ademnood onder specialisten op het intellectuele eigendomsgebied (het is eenvoudig onmogelijk geworden om ie-generalist te zijn), het betekent ook dat meer dan ooit in een kroniek als de onderhavige keuzes moeten worden gemaakt waaraan wel, waaraan niet aandacht te besteden. Het maken van die keuzes wordt - een geluk bij een ongeluk - vergemakkelijkt juist door het bestaan van de eerder genoemde *internetsites* die immers, zeker in combinatie met elkaar, voor wie dat wil een compleet beeld bieden van wat zich in een verslagjaar als 2008 op het gebied van het intellectuele eigendomsrecht allemaal heeft afgespeeld.

Literatuur

- Ch. Gielen (red.), *Kort begrip van het intellectuele eigendomsrecht*, Deventer: Kluwer 2008.
- R.W. Holzhauser, *Intellectuele eigendom*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008.

II Auteursrecht (F.W. Grosheide en J.M.B. Seignette)

Algemeen (F.W. Grosheide)

In de pas met de inleidende opmerkingen past het te signaleren dat het verslagjaar een overvloed aan informatie heeft opgeleverd: veel reguleringsvoorstellen vanwege de overheid, meer dan 125 rechterlijke uitspraken en, zij het wat minder dan anders, een aanmerkelijke hoeveelheid, vooral in tijdschriften en feestbundels opgeslagen, literatuur.

Wetgeving [\[2\]](#)

Europees

Gedagtekend 3 januari 2008 heeft de Europese Commissie (EC) een Mededeling inzake creatieve *online*-inhoud in de interne markt gepubliceerd. [\[3\]](#) Onder *online gedistribueerde creatieve content* verstaat de EC: audiovisuele producties (films, televisieprogramma's, muziekstukken en radioprogramma's), *games*, teksten, inhoud ten behoeve van het onderwijs en *user generated content*, voor zover deze via internet en satelliet verspreid worden. Met de Mededeling wordt gereageerd op de voortgeschreden technische ontwikkeling en de toenemende beschikbaarheid van breedbandinternet waardoor betere mogelijkheden voor verbreiding van en toegang tot creatieve *online*-inhoud ontstaat. De EC wil een en ander stimuleren door gebruik te maken van de schaalvoordelen en de culturele diversiteit die de interne markt biedt. Nederland verwelkomt de Mededeling en steunt de door de EC gekozen benadering ten aanzien van *creative online-content*.

Op 16 juli 2008 presenteerde de EC het Groenboek in de kenniseconomie. Daarbij zit de bedoeling voor om binnen de EU een discussie op gang te brengen over de manier waarop binnen een internetomgeving kennis voor onderwijs, onderzoek en wetenschap onder handhaving van een hoog auteursrechtelijk beschermingsniveau optimaal kan worden verspreid. Het Groenboek bevat 25 vragen over verschillende onderwerpen waarop tot 30 november 2008 door belanghebbenden kon worden gereageerd. [\[4\]](#) Uit de door Nederland gegeven reactie zijn onder meer de volgende punten vermeldenswaard:

- zelfregulering verdient de voorkeur; regelend optreden is vooral aangewezen in de (niet in het Groenboek besproken) gevallen van een ongelijkwaardige positie van de contractspartijen;
- het bestaande, niet-verplichte karakter van de 20 beperkingen uit de Auteursrechtlijn leidt tot versnippering van het auteursrecht, negatieve repercussies voor de interne markt en vermijdbare belemmeringen voor grensoverschrijdende informatie-uitwisseling;
- bepleit wordt de invoering van een wettelijke regeling voor zogeheten verweesde werken;
- het sluiten van licentieregelingen tussen de wetenschappelijke en onderzoeksgemeenschap en uitgevers is de meest voor de hand liggende wijze van exploitatie van informatie. [\[5\]](#)

Tot veel (voortdurende) commotie binnen en buiten het EU-parlement heeft voorts geleid het voornemen van EU-commissaris McCreevy om de duur van de beschermingstermijn van naburige rechten in navolging van de VS en vanuit de gedachte dat dit bevorderlijk is voor de economische positie van componisten en musici bij Richtlijn te verlengen van 50 tot 95 jaar. [\[6\]](#)

Nationaal

Bij brief van 29 mei 2008 heeft de Minister van Justitie de Tweede Kamer ingelicht over de prioritering van de wetgevende activiteiten op het gebied van het auteursrecht. De meeste urgentie blijken te hebben het thuishoofdossier en het dossier toezicht op collectieve beheersorganisaties (zie hierna onder Bijzonder). Verder bestaat het voornemen om het in voorbereiding zijnde voorontwerp auteurscontractenrecht najaar 2008 af te ronden en begin 2009 in consultatie te geven. [\[7\]](#)

Vermelding verdient ten slotte dat bij regeling van de Minister van Justitie van 28 juli 2008 is bepaald dat de Auteurswet 1912 in het vervolg dient te worden aangeduid als Auteurswet.

Rechtspraak

Europees

In het *Promusicae/Telefonica*-arrest van het HvJ EG staan zowel het verzoek om een prejudiciële uitspraak inzake de uitleg van de Richtlijn elektronische handel centraal als de Auteursrechtlijn en de Handhavingsrichtlijn en enkele bepalingen uit het EU Grondrechten Handvest ter zake van de verplichting van ISP's om alle verkeers- en locatiegegevens met betrekking tot internetgebruik en mobiele telefonie af te geven in het kader van een civiele procedure ter zake auteursrechtinbreuk. Promusicae heeft verzocht om Telefonica te gelasten de identiteit en het adres te verstrekken van bepaalde personen aan wie zij internettoegang verschaft en van wie het IP-adres en de datum en het uur waarop zij met het internet verbonden zijn geweest, bekend is. Volgens Promusicae gebruiken deze personen het zogenaamde *peer-to-peer*-programma KaZaA, dat dient voor het uitwisselen van bestanden, en verlenen zij via de gedeelde map van hun *personal computer* toegang tot muzieknummers waarvan de exploitatierechten toebehoren aan leden van Promusicae. Het HvJ EG oordeelt (onder 70) dat in een geval als het onderhavige de lidstaten niet gehouden zijn de verplichting op te leggen om ter verzekering van de doeltreffende bescherming van het auteursrecht in het kader van een civiele procedure persoonsgegevens te verstrekken. Aan die principiële uitspraak voegt het HvJ EG echter nog de volgende, tamelijk elusieve overwegingen toe. De lidstaten dienen er krachtens het Gemeenschapsrecht bij de omzetting van de desbetreffende richtlijnen, en idem de rechterlijke instanties bij de toepassing ervan wel acht op te slaan dat zij zich baseren op een uitlegging daarvan die het mogelijk maakt een juist evenwicht tussen de verschillende door de communautaire rechtsorde beschermde grondrechten of andere algemene beginselen van gemeenschapsrecht zoals het evenredigheidsbeginsel, te verzekeren. [\[8\]](#)

Zie ook de brief van de Minister van Justitie aan de Voorzitter van de Tweede Kamer inzake de mogelijke beleidsimplicaties van het *Promusicae/Telefonica*-arrest. [\[9\]](#)

Nationaal

Het *Endstra*-arrest kan met recht ter zake van de auteursrechtelijke werktoets (of ook het originaliteitscriterium) een standaardarrest worden genoemd voor zover als dit voortbouwt op en nadere invulling geeft aan het *Van Dale/Romme*-arrest. ^[10] Geoordeeld wordt (onder 4.5.2) dat het persoonlijk stempel een kenmerk is dat uit het voortbrengsel zelf te kennen is zonder dat gesteld mag worden dat de maker bewust een werk heeft willen scheppen, en bewust creatieve keuzes heeft gemaakt, welke eis betrokkenen bovendien voor onoverkomelijke bewijsproblemen kan stellen. Om dezelfde reden kan niet worden geëist dat de maker bewust voor de vorm heeft gekozen die het werk heeft gekregen. Evenmin behoeft een schepping, om een werk in auteursrechtelijke zin te kunnen zijn, het karakter van een coherente creatie te hebben. Eerder (onder 4.5.1) is overwogen dat in het arrest *a quo* terecht de twee elementen uit de inbreuk-toets zoals verwoord in het *Van Dale/Romme*-arrest: persoonlijk stempel enerzijds, eigen, oorspronkelijk karakter anderzijds, van elkaar zijn onderscheiden. Persoonlijk stempel betekent dat sprake moet zijn van een vorm die het resultaat is van scheppende menselijke arbeid en dus van creatieve keuzes, en die aldus voortbrengsel is van de menselijke geest. Dit persoonlijk stempel ontbreekt in elk geval bij een vorm die zo banaal of triviaal is, dat daarachter geen creatieve arbeid van welke aard ook valt aan te wijzen. Eigen, oorspronkelijk karakter houdt, kort gezegd, in dat de vorm niet ontleend mag zijn aan die van een ander werk.

In het licht van de daarover bestaande controverse in de literatuur is bepaald verhelderend dat de Hoge Raad binnen de zogeheten eokps-toets nu een duidelijk onderscheid aanbrengt tussen de twee elementen waaruit die toets bestaat. Oordelend dat in het arrest *a quo* een onjuiste werktoets is gehanteerd, verwijst de Hoge Raad de zaak naar een ander hof om met inachtneming van de juiste werktoets opnieuw te bezien of de *Endstra*-tapes kwalificeren als auteursrechtelijk werk.

In zijn *AMI*-noot betoogt Senftleben met verschillende argumenten dat een dergelijke kwalificatie niet juist zou zijn en dat de door de Hoge Raad gegeven uitleg van de eokps-toets daartoe ook niet dwingt. Ik ben dat laatste met Senftleben eens met dien verstande en mits met de nu door de Hoge Raad geformuleerde werktoets ook is beoogd, en dit in afwijking van wat tot dusver de stand van zaken was, om het zogeheten originaliteitsgehalte van voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komende voortbrengselen van de geest dan wel werken, aanmerkelijk te verhogen. Of dit echter het geval is, kan naar mijn mening niet zonder meer uit 's Hogen Raads arrest worden afgeleid. Hopelijk zal ons hoogste rechtscollege nog eens de gelegenheid krijgen en grijpen om daarover zijn licht te laten schijnen. Intussen kan het Hof 's-Gravenhage doen wat het goed acht mits maar onder aanroeping van de nieuwe sacrale formule.

Literatuur

- N.A.N.M. van Eijk & P.B. Hugenholtz (red.), *Dommering-bundel: Opstellen over informatierecht* (Cramwinckel 2008).

Bijzonder (J.M.B. Seignette)

Wetgeving

Toezicht op collectief beheer

In november 2008 bood de regering een wetsvoorstel aan de Tweede Kamer aan dat het toezicht op collectief beheerorganisaties verzwaart en uitbreidt. ^[11] De huidige Wet toezicht collectieve beheerorganisaties regelt het toezicht van het College van Toezicht op de organisaties die door de Minister van Justitie zijn aangewezen om wettelijke vergoedingen te incasseren: Stichting Leenrecht, Stichting Thuiskopie, Stichting Reprorecht en Stichting SENA. Daarnaast is de huidige wet ook van toepassing op Buma als houder van een vergunning voor de bemiddeling inzake muziekauteursrechten. Het wetsvoorstel breidt het toezicht uit naar (vrijwel) alle collectieve beheerorganisaties in Nederland, derhalve ook organisaties die op basis van een contractueel mandaat van rechthebbenden exploitatierechten uitoefenen. Het wetsvoorstel legt deze organisaties een aantal publicatie- en verantwoordingsplichten op, voorziet in correctief toezicht van het College op het algemene en financiële beleid van de organisatie en op preventief toezicht op de statuten, modelovereenkomsten, repartitiereglementen en tariefsverhogingen. Daarnaast voorziet het wetsvoorstel in de installatie bij AMvB van een geschillencommissie die klachten gaat behandelen over tarieven van collectief beheerorganisaties die werken op basis van een contractueel mandaat van rechthebbenden. De regering volgt hiermee het advies van de hoogleraren Hins, Hugenholtz en Visser. ^[12] De geschillencommissie moet gaan oordelen of de tarieven billijk zijn. Hoewel dit niet expliciet in het wetsvoorstel staat, valt te verwachten dat de rechter beslissingen van de geschillencommissie marginaal zal toetsen. De huidige rechterlijke toets op auteursrechtstarieven - excessieve tarieven kunnen misbruik van machtspositie opleveren - wordt daarmee feitelijk vervangen door het billijkheidsoordeel van een geschillencommissie. ^[13] Het is de vraag of dit recht doet aan de essentie van het auteursrecht als exclusief recht: de bevoegdheid van de rechthebbende om een verbod te vorderen op het gebruik van zijn werk zonder toestemming en daarmee, om behoudens misbruik de voorwaarden te kunnen bepalen in ruil waarvoor hij die toestemming geeft.

Rechtspraak

Thuiskopie

De thuiskopie heeft in 2008 weer veel stof doen opwaaien. De regering verlengde eind 2007 het besluit om harddiskrecorders en mp3-spelers van de thuiskopieheffing uit te sluiten. ^[14] Collectief beheerorganisatie Norma en een aantal musici en acteurs poogden tevergeefs om dit besluit bij de Haagse rechter aan te vechten. ^[15] Eerder het jaar deed de Rechtbank 's-Gravenhage uitspraak in een verklaring voor rechtprocedure die de ICT-industrie had aangespannen om duidelijkheid te krijgen over de parameters voor het vaststellen van de hoogte van de thuiskopievergoeding. ^[16] Verreweg de meeste ophef veroorzaakte de (bijna terloopse) overweging in het vonnis dat het kopiëren van illegale bron niet onder de thuiskopie-exceptie valt. De rechtbank neemt hiermee afstand van het standpunt van de regering dat het downloaden via P2P-netwerken is toegestaan onder de thuiskopie-exceptie. Overigens overwoog de rechtbank dat bij de vaststelling van de hoogte van de

thuiskopievergoeding wel rekening gehouden mag worden met downloads van illegale bron. De uitspraak in hoger beroep wordt dit jaar verwacht. De regering beraadt zich in de tussentijd op de toekomst van het thuiskopiestelsel. Pogingen om te bemiddelen bij de totstandkoming van een lump sumregeling ter vervanging van de huidige heffing per drager strandden in het najaar toen de vertegenwoordigers van de betalingsplichtigen (fabrikanten en importeurs van beeld- en geluidsdragers) zich vlak voor de eindstreep uit de onderhandelingen terugtrokken. [\[17\]](#) Het besluit waarbij harddiskrecorders en mp3-spelers tot eind 2008 van de thuiskopieheffing werden uitgesloten, is inmiddels verlengd tot eind 2009. [\[18\]](#)

Internet

Een nieuwe serie uitspraken werpt nader licht op de verantwoordelijkheid van de diverse actoren op het internet. Antipiraterijorganisatie Brein vervolgde haar strijd tegen bittorrent sites en websites die toegang bieden tot edonkey netwerken. Het Amsterdamse hof bekrachtigde het gebod dat de voorzieningenrechter in 2007 oplegde aan internetprovider Leaseweb tot het afsluiten van bittorrent site Everlasting en het verstrekken van de NAW-gegevens van de desbetreffende klant. [\[19\]](#) Het hof overwoog dat Everlasting welbewust een faciliterende rol speelde bij het op grote schaal inbreuk maken op de auteursrechten en/of naburige rechten van diegenen voor de bescherming van wier belangen Brein opkomt. Het hof zag geen aanleiding om een volledige proceskostenveroordeling uit te spreken. Internetprovider Euroaccess werd door de voorzieningenrechter in 's-Hertogenbosch vijf dagen later wel in de volledige proceskosten van Brein veroordeeld in verband met het hosten van bittorrent site torrent.to. [\[20\]](#) De beheerder van website Shareconnector werd eerder in het jaar veroordeeld om haar activiteiten te staken. [\[21\]](#) Shareconnector leverde links naar illegale muziek- en filmbestanden die met behulp van de eDonkey peer to peer technologie kunnen worden gedownload. Shareconnector selecteerde links waarvan zij had vastgesteld dat deze daadwerkelijk tot een goede download leidden en geen virus bevatten. De Amsterdamse voorzieningenrechter oordeelde dat Shareconnector niet zelf openbaarmaakte omdat de contentbestanden niet op de server van ShareConnector stonden. ShareConnector handelde wel onrechtmatig door structureel en systematisch behulpbaar te zijn bij het gebruik maken van inbreuken, zonder rekening te houden met de belangen van de rechthebbenden. Dat ShareConnector een hobby was van de beheerder van de site, deed hier aldus de voorzieningenrechter niet aan af. Uitspraak in hoger beroep wordt in 2009 verwacht. Bij websites waar bezoekers content op de site kunnen plaatsen, is de vraag hoever de verantwoordelijkheid van de sitehouder reikt: moet hij ongeautoriseerde bestanden verwijderen als hij daarop gewezen wordt (notice-and-take-down) of moet hij vooraf onderzoeken of de bestanden ongeautoriseerde content bevatten. Marktplaats werd eerder door de Rechtbank Zwolle in de eerste categorie geplaatst. [\[22\]](#) Website showbiznewz.nl zit aldus de Amsterdamse voorzieningenrechter in de tweede categorie: de site nodigt bezoekers uit om foto's naar de site te uploaden, die vervolgens in het geheel van de site worden opgenomen en de site aantrekkelijker maken. Als dan toch ongeautoriseerde foto's op de site verschijnen, is de site (mede) verantwoordelijk voor de inbreuk, aldus de voorzieningenrechter. [\[23\]](#)

Reproductierecht

Ter implementatie van de Auteursrechtlijn bepaalt art. 13a Aw dat een reproductie geen verveelvoudiging is als het een tijdelijke reproductie betreft die van voorbijgaande of incidentele aard is en die een integraal en essentieel onderdeel vormt van een technisch procédé dat wordt toegepast met als enig doel de doorgifte in een netwerk tussen derden door een tussenpersoon of een rechtmatig gebruik van een werk mogelijk te maken, terwijl die reproductie geen zelfstandige economische waarde bezit.

Uitspraken over deze uitzondering op het verveelvoudigingsrecht zijn schaars. De Rechtbank Amsterdam deed in 2008 een opmerkelijke uitspraak in een slepend geschil tussen Buma Stemra en Chellomedia. ^[24] Chellomedia exploiteert televisieprogramma's door deze gecodeerd aan te leveren aan kabelexploitanten en DTH-platforms die de programma's vervolgens aan het publiek uitzenden. Het Hof Amsterdam oordeelde eerder dat deze aanlevering geen openbaarmaking is (cassatie ingesteld). ^[25] De Rechtbank Amsterdam heeft nu ook geoordeeld dat de reproducties die in het kader van de activiteit van Chellomedia plaatsvinden, auteursrechtelijk niet relevant zijn. De vastlegging door Chellomedia van de door de televisieproducenten aangeleverde televisieprogramma's ten behoeve van de distributie zijn tijdelijke reproducties in de zin van art. 13a Aw. De rechtbank neemt daarbij in aanmerking dat Chellomedia de programma's voor distributie niet modificeert en ze na distributie niet archiveert. De reproducties hebben voorts geen zelfstandige economische waarde omdat de reproducties worden voorafgegaan door vastlegging door de televisieproducenten en worden gevolgd door de uitzending door de kabelexploitanten en DTH-platforms aan het publiek. De rechtbank zegt hiermee in feite dat de exploitatie door Chellomedia geen zelfstandige economische waarde heeft in relatie tot de exploitatie door haar toeleveranciers en klanten, hetgeen allerminst vanzelfsprekend is. Hoger beroep ingesteld.

Werken uitgevaardigd door de openbare macht

Het Nederlandse Normalisatieinstituut (NNI) stelt al dan niet in opdracht van de Nederlandse staat normen op, de zogeheten NEN-normen. Het NNI stelt deze NEN-normen ter beschikking tegen betaling. Daarbij behoudt zij zich het auteursrecht voor en verbiedt zij verdere openbaarmaking en verveelvoudiging. Valt deze zeggenschap weg als de NEN-normen in een wet worden opgenomen of als een wet normen oplegt die niet in de wet zelf worden gedefinieerd maar waarvoor de wet verwijst naar NEN-normen? Art. 11 Aw bepaalt dat er geen auteursrecht bestaat op wetten, besluiten en verordeningen die door de openbare macht zijn uitgevaardigd. De Rechtbank 's-Gravenhage oordeelde op de laatste dag van 2008 over NEN-normen waarnaar in het Bouwbesluit 2003 en de Regeling Bouwbesluit 2003 wordt verwezen. ^[26] De rechtbank oordeelde dat het Besluit en de Regeling voor wat betreft de NEN-normen niet in werking zijn getreden omdat de NEN-normen niet in de Staatscourant waren geplaatst. Het auteursrecht op de betreffende normen bestaat daarmee nog. De rechtbank voegt daar een obiter dictum aan toe: het auteursrecht op NEN-normen als

zodanig kan niet door toedoen van art. 11 Aw komen te vervallen. Ingeval echter de Staat (een deel van) de inhoud ervan wil opnemen in een algemeen verbindend voorschrift, heeft dat als consequentie dat die inhoud op gelijke wijze als het algemeen verbindend voorschrift zelf openbaar gemaakt dient te worden. De gevolgen voor het auteursrecht van het NNI zijn dan een zaak tussen de Staat en het NNI. De rechtbank lijkt hiermee te willen zeggen dat de NNI haar auteursrechtelijke zeggenschap toch verliest als er in een wet of AMvB naar de NEN-normen wordt verwezen en de normen op de voor de wet of besluit geldende openbaarmakingseisen worden openbaar gemaakt. Waarbij de NNI haar schade dan kennelijk bij de Staat moet zien te verhalen. Dat die schade er zal zijn, lijkt evident nu gebruikers verder vrij zijn om de NEN-normen uit het Staatsblad of de Staatscourant te kopiëren in plaats van ze bij het NNI te bestellen.

III Databankenrecht (M. de Cock Buning met dank aan M. Verbaan)

Wetgeving

Op 21 juli 2009 is het 10 jaar geleden dat de Databankenwet in werking is getreden.

Rechtspraak

Nationaal

In de nationale rechtspraak is de zaak *Internetnotarissen/Openbareverkoop.nl* [\[27\]](#) de meest noemenswaardige uitspraak. Internetnotarissen exploiteert de website www.veilingnotaris.nl, waarop notarissen veilingen van onroerend goed kunnen aankondigen door middel van een door hen zelf te plaatsen advertentie. Openbareverkoop die de website www.openbareverkoop.nl exploiteert, neemt advertenties van www.veilingnotaris.nl rechtstreeks over en plaatst deze op haar website. Anders dan in eerdere instantie de voorzieningenrechter, oordeelt het hof dat aan het vierde vereiste van art. 1 lid 1 sub a Dw (substantiële investering) is voldaan, omdat Internetnotarissen voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat de kernactiviteit van haar onderneming bestaat uit de (commerciële) exploitatie van de website en dat zij zich op geen enkele manier bezighoudt met de uitoefening van het beroep van notaris. Internetnotarissen heeft voldoende aannemelijk gemaakt dat zij voor de verkrijging, de controle en de presentatie van de inhoud van de databank een substantiële investering heeft verricht. Per maand voegt Internetnotarissen 150 veilingadvertenties aan haar website toe. Openbareverkoop heeft 131 publicaties van de website overgenomen zodat volgens het hof sprake is van opvragen dan wel hergebruiken als bedoeld in art. 1 lid 1 sub c en d Dw. Het hof is van oordeel dat Openbareverkoop zowel in kwantitatief als kwalitatief opzicht een substantieel deel van de databank van Internetnotarissen heeft opgevraagd dan wel hergebruikt. Daarbij acht het hof ook van belang dat de gepleegde investeringen pas geruime tijd na de exploitatie van de databank kunnen worden terugverdiend. Openbareverkoop heeft daarentegen met haar handelwijze in korte tijd en op eenvoudige wijze geprofiteerd van de commerciële waarde van de databank waardoor zij schade heeft toegebracht aan de door Internetnotarissen verrichte investeringen.

Internetnotarissen komt daarom een beroep toe op de in art. 2 lid 1 sub a Dw bedoelde bescherming.

Internationaal

In de vorige Van de brug af gezien verwachtte ik melding te kunnen maken van antwoorden op de prejudiciële vragen die het Bundesgerichtshof in de zaken *Directmedia Publishing GmbH vs. Albert-Ludwigs/Universität Freiburg en Prof. Dr. Ulrich Knoop (zaak C-304/07)* en *Verlag Schöne Books GmbH/Sächsisches Druck- und Verlagshaus AG (zaak C-215/07)* aan het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen heeft gesteld. Laatstgenoemde zaak is echter doorgehaald, zodat ik hiervan geen verslag kan doen. Het HvJ EG heeft wel de vraag van het Bundesgerichtshof beantwoord in eerstgenoemde zaak.

Het ging in die zaak om een door U. Knoop opgestelde lijst gedichten uit de periode 1720-1933 die op internet is gepubliceerd. Deze lijst van gedichten is gerangschikt volgens het aantal malen dat de gedichten in bepaalde anthologieën worden vermeld, de auteur, de titel, de eerste versregel en het jaar van publicatie van elk gedicht. Uit de geselecteerde werken, die ongeveer 20 000 gedichten bevatten, werden die gedichten gekozen die in minstens 3 anthologieën voorkomen of minstens driemaal in de compilatie van Dühmert worden vermeld. Dit werk nam ongeveer tweeënhalf jaar in beslag en de kosten - in totaal € 34 900 - werden gedragen door de Albert-Ludwigs-Universität Freiburg.

Directmedia verhandelt een cd-rom met 1000 gedichten die in 2002 is uitgebracht. Van de gedichten stammen er 876 uit de periode van 1720 tot 1900, waarvan er 856 (bijna 98%) ook genoemd worden in de door Knoop samengestelde lijst van gedichten. Bij de selectie van de gedichten heeft Directmedia deze lijst als leidraad gebruikt. Zij heeft enkele van de daarin vermelde gedichten weggelaten, er enkele aan toegevoegd en de selectie van Knoop per gedicht kritisch onderzocht.

De verwijzende rechter vraagt het HvJ EG of een verrichting, zoals die van Directmedia, een 'opvraging' in de zin van art. 7 lid 2 sub a Richtlijn 96/9/EG is.

Volgens het HvJ EG is het bepalende criterium of er al dan niet sprake is van het 'overbrengen' van de gehele inhoud van de betrokken databank of een deel ervan op een andere drager van dezelfde of een andere aard dan de drager van deze databank. De omstandigheid dat de gegevens uit een databank pas in een andere databank worden overgenomen na een kritische beoordeling door de betrokkene, doet niet af aan de vaststelling dat er sprake is van een overbrenging van gegevens van de ene databank naar de andere. Hierbij is niet van belang of bij overbrenging gebruik wordt gemaakt van een technisch procédé en dat de inhoud van een beschermde databank leidt tot een andere rangschikking van de betrokken elementen dan in de oorspronkelijke databank.

Gelet op een en ander moet worden geantwoord dat de overname van gegevens uit een beschermde databank in een andere databank na raadpleging van de eerste databank op scherm en individuele beoordeling van de hierin vervatte gegevens een 'opvraging' in de zin van art. 7 Richtlijn 96/9/EG kan vormen voor zover deze verrichting neerkomt op de overbrenging van een - vanuit kwalitatief of kwantitatief opzicht - substantieel deel van de inhoud van de beschermde databank of met overbrengingen van niet-substantiële delen die door hun repetitief of systematisch karakter hebben geleid tot de reconstructie van een substantieel deel van deze inhoud, wat door de verwijzende rechter dient te worden beoordeeld.

IV Octrooirecht (R.E.P. de Ranitz met dank aan A. Reijns en T. Engel)

Wetgeving

Geen vermeldenswaardige ontwikkelingen.

Rechtspraak

Grensoverschrijdende bevoegdheid

Nadat in 2007 bepaald werd dat een provisioneel inbreukverbod niet grensoverschrijdend kan worden gegeven, indien het verbod in de hoofdzaak zich ook niet tot buiten Nederland kan uitstrekken (gelet op art. 223 Rv) zijn de succeschansen bij grensoverschrijdende inbreukvorderingen in 2008 nog meer beperkt. [\[28\]](#) In de zaak *Bettacare/H3 Products* [\[29\]](#) oordeelde de rechtbank op 27 februari 2008 dat de smaken bij grensoverschrijdende verboden ofwel aanhouding in afwachting van het oordeel van de buitenlandse rechter ofwel afwijzing zijn. In dezelfde zaak oordeelde de rechtbank op 16 juli 2008 zelfs dat bij aanhouding gewacht dient te worden op een onherroepelijk oordeel van de bevoegde buitenlandse rechter. [\[30\]](#)

In de tussentijd is het credo 'aanhouden of afwijzen' in *Fort Vale/Pelican* [\[31\]](#) bevestigd. Opvallend was dat de rechtbank oordeelde dat aanhouding ook voor 'Gillette'-verweren geldt. Een Gillette-verweer houdt in dat het octrooi een niet-inventieve variant van de stand van de techniek toepast. Een geslaagd Gillette-verweer geeft aan dat het octrooi niet in de huidige vorm verleend had mogen worden. Met deze uitspraak van de rechtbank lijkt de beoordeling van dergelijke verweren nauw verbonden te zijn geworden met de beoordeling van de geldigheid van het octrooi. In *Izumi/Philips* [\[32\]](#) heeft het gevorderde grensoverschrijdend inbreukverbod uiteindelijk geen rol gespeeld, aangezien de rechtbank oordeelde dat van inbreuk geen sprake was.

Inventiviteit

De zaak *Aventis/Apothecon en Ratiopharm* [\[33\]](#) betrof een octrooi op een ontdekking dat de stof fexofenadine als antihistaminicum geen hartproblemen veroorzaakt bij een specifieke groep patiënten met een leverkwaal. Een dergelijke ontdekking dat er 'geen werkelijk probleem' is, kan volgens de voorzieningenrechter alleen inventief zijn als de uitvinders een groot vooroordeel hebben overwonnen, hetgeen in casus niet het geval was. In *Warner-Lambert/Ranbaxy* [\[34\]](#) heeft het hof geoordeeld dat inventiviteit ontbreekt, wanneer de vakman op grond van zijn vakkennis en een aanwijzing in de prior art om tijdens routineonderzoek een bepaalde stof te kiezen, tot hetzelfde resultaat komt. Het belangrijkste nieuws op het gebied van inventiviteit kwam in 2008 echter uit het Verenigd Koninkrijk, waar harmonisatie van de Europese maatstaven een stukje dichterbij lijkt te zijn gekomen. Ter zake de beoordeling van inventiviteit bestond er lange tijd een aanzienlijk verschil tussen de Europese en de UK-benadering. Alhier wordt al geruime tijd de 'problem-solution' benadering toegepast en geldt, meer in het algemeen, het uitgangspunt dat een bepaalde, bijvoorbeeld via onderzoek, gevonden oplossing niet reeds voor de hand ligt omdat de gemiddelde vakman dat onderzoek (ook) zou hebben gedaan. Van een voor de hand liggende oplossing

is alleen sprake als de vakman dat onderzoek zou hebben gedaan met een 'reasonable chance of succes'. In het Verenigd Koninkrijk waren de rechters tot voor kort echter de mening toegedaan dat alleen al het feit dat de vakman het zou proberen ('obvious to try'), ongeacht of er een aanwijzing was dat hij daarmee succesvol zou zijn, al voldoende was om te concluderen dat de oplossing voor de hand lag. [35] Nu was er de laatste jaren al een ontwikkeling zichtbaar naar een wat meer genuanceerde benadering, [36] maar in 2008 heeft die lijn zich pas echt definitief doorgezet. In *Lundbeck/Generics* [37] werd de 'obvious to try'-test bekritiseerd en werd de Europese benadering overwogen. Lord Hoffmann wees op diverse rechtspraak van het Europees Octrooibureau (EOB) en prees deze met de opmerking ' *which we have always regarded as carrying great weight*'. In *Actavis UK/Merck* [38] gingen de Engelse rechters nog een stapje verder door te bepalen dat bij rechtsvragen over octrooieerbaarheid het standpunt van het Europees Octrooibureau leidend is. Om in lijn te blijven met de visie van het EOB zijn Engelse rechters niet langer in alle gevallen gebonden aan eerdere Engelse rechtspraak, want ' *generally this court will follow such (de EOB) a view*'. Deze lijn zette zich verder door in *Conor/Angiotech* [39] waarin de House of Lords suggereerde dat de 'obvious to try'-test bij de beoordeling van farmaceutische octrooien eigenlijk niet past. De 'obvious to try'-toets dateert uit een tijd dat de onderzoeksmodaliteiten (relatief) eenvoudig waren. Tegenwoordig wordt zeker in de farmahoeek veel hightech onderzoek gedaan en worden steeds meer alternatieven getest, omdat de opbrengsten al dit onderzoek goed kunnen maken. Keerzijde van dit brede testgedrag is dat meer en meer 'uitvindingen' wellicht niet slagen voor de 'obvious to try'-test, ondanks dat een octrooi wel passend zou zijn. In Amerika was de vraag met name of de lagere rechters anders zouden oordelen over inventiviteit na het beruchte *KRS* -arrest [40] uit 2007 waarin de US Supreme Court de Teaching, Motivation and Suggestion-test voor inventiviteit naar de prullenbak verwees. De eerste uitspraken laten zien dat er eigenlijk niet veel veranderd is. Hooguit valt op dat 'secundaire indicia' van inventiviteit, zoals 'long felt need', commercieel succes en met name een onverwacht voordeel vaker worden gebruikt om tot het oordeel te komen dat er sprake is van inventiviteit. [41]

Beschermingsomvang

In 2007 september heeft de Hoge Raad haar visie op de uitleg van octrooi weergegeven in *Lely/Delaval*. [42] Bij het bepalen van de beschermingsomvang van octrooi had de Hoge Raad vastgehouden aan de oude *Ciba Geigy*-leer [43] door de achter de woorden van de conclusies liggende uitvindingsgedachte als gezichtspunt te kiezen tegenover de letterlijke tekst van de conclusies. Zoals verwacht is deze ' *Lely/ Delaval*-doctrine' sindsdien veelvuldig overgenomen. [44] Sinds *Fort Vale/Pelican* [45] is hieraan toegevoegd dat equivalenten volgens het protocol ook in de beschouwing over de achter de woorden van de uitvinding liggende uitgangsgedachte (het gezichtspunt) moeten worden betrokken. In *Novartis/Actavis* [46] komt de rechter vervolgens daadwerkelijk tot het oordeel van inbreuk in het equivalentiebereik op grond van de octrooi-conclusies in samenhang met de beschrijving en tekeningen. Daarna wijkt de rechtbank alleen in *Izumi/Philips* nog af van haar standaardtekst. [47] In deze zaak begint de rechtbank met een verwijzing naar art. 63 lid 3 Europees Octrooiverdrag (EOV), dat bepaalt dat inbreuk op een Europees octrooi moet worden beoordeeld naar het nationale recht, om daarna te concluderen dat de beschermingsomvang in alle Europese landen op dezelfde wijze geschiedt, namelijk aan de

hand van art. 69 EOV. Merkwaardig is, zoals Hermans ook aan de kaak stelt, [\[48\]](#) dat de rechtbank vervolgens vooral aandacht schenkt aan het Uitlegprotocol, terwijl dit toch in de eerste plaats bedoeld is om aan te geven hoe een bepaald artikel van het EOV uitgelegd moet worden.

Biotechnologie

Beschermingsomvang speelt uiteraard ook bij biotechnologische uitvindingen een belangrijke rol. In *Monsanto/ Cefetra* [\[49\]](#) stelt de rechtbank prejudiciële vragen aan het Europese Hof van Justitie. Monsanto heeft een Europees octrooi op een DNA-sequentie waarmee sojaboonplanten glysofaattolerant worden. Deze sojabonen worden in Argentinië, waar deze uitvinding geen octrooibeschermt heeft, op grote schaal verbouwd. Naar aanleiding van inbreukmakend sojameel, wenst de rechtbank meer uitleg over art. 9 Richtlijn 98/44/EG (bescherming van biotechnologische uitvindingen) te verkrijgen. Zo wordt o.a. de vraag gesteld of de in dat artikel geboden bescherming ook kan worden ingeroepen in een situatie waarin het voortbrengsel (het DNA) is verwerkt in een materiaal en zijn functie op het moment van de gestelde inbreuk niet uitoefent, maar wel heeft uitgeoefend of mogelijk, nadat het uit dat materiaal is geïsoleerd en in de cel van een organisme is ingebracht, opnieuw zijn functie zou kunnen uitoefenen.

Het aanvullend beschermingscertificaat (ABC)

In de zaak *AHP/BIE* [\[50\]](#) stond art. 3 Verordening (EG) nr. 1768/92 centraal. Dit artikel stelt vereisten aan het verlenen van een certificaat. De schoen wringt bij onderdeel c) waarin de eis wordt gesteld dat voor het product waarvoor een ABC wordt aangevraagd nog niet eerder een certificaat mag zijn verkregen. Het BIE (tegenwoordig 'Octrooicentrum Nederland', of 'OCN') stelt dat het onder art. 3 lid 2 Verordening (EG) nr. 1610/92 dat in acht genomen dient te worden bij de interpretatie van art. 3 Verordening (EG) nr. 1768/92 alleen over dient te gaan tot het verlenen van meerdere certificaten als de aanvragen tegelijkertijd aanhangig zijn en dus op het moment van indienen nog niet een certificaat is verleend. Zijn de aanvragen niet gelijktijdig aanhangig, dan dient volgens het OCN een volgende aanvraag voor hetzelfde product te worden afgewezen. Art. 3 lid 2 Verordening (EG) nr. 1610/92 bepaalt dat wanneer voor hetzelfde product, twee of meer aanvragen van twee of meer houders van verschillende octrooien aanhangig zijn, aan elk van deze octrooihouders een ABC kan worden verleend. Vooral nog is onduidelijk of dit betekent dat hetzelfde geldt wanneer het gaat om twee consecutieve aanvragen, dus wanneer op de eerste aanvraag al is beslist en vervolgens een tweede aanvraag door een andere basisoctrooihouder wordt ingediend.

Hierover heeft de rechtbank prejudiciële vragen gesteld aan het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, mede omdat er ongelijkheid ontstaat tussen de verschillende lidstaten vanwege verschillen in afhandelsnelheid door de behandelende nationale instantie. In Nederland beslist het OCN zo spoedig mogelijk op een aanvraag, waar in Duitsland het moment van beslissen vaak vooruit wordt geschoven naar het moment dat het basisoctrooi bijna verloopt.

Een andere kwestie die aan de orde kwam met betrekking tot ABC's ging over de toegang van een derde tot een hoorzitting (mondelijke zienswijze) in de zaak *Alk-Abelló/Staat der Nederlanden*. [\[51\]](#) Wanneer een derde (belanghebbende) bezwaar wil maken tegen een op

handen zijnde verlening van een ABC kan deze op grond van art. 4:8 Awb en art. 4:9 Awb een zienswijze indienen bij Octrooicentrum Nederland. Hierbij bestaat naar het oordeel van de voorzieningenrechter het recht om te *kiezen* tussen een schriftelijke en een mondelinge zienswijze. Wanneer de zienswijze schriftelijk is ingediend heeft de belanghebbende geen recht meer om ook bij een latere hoorzitting van de aanvrager van een ABC en het OCN aanwezig te zijn. De procedure die wordt gevolgd ter voorbereiding van het besluit om al dan niet een ABC te verlenen is geen contentieuze procedure, maar vindt plaats met het oog op een goede en zorgvuldige voorbereiding van een besluit.

In *Aventis/OCN* is uitgemaakt dat voor het bepalen van het product, zoals bedoeld in Verordening (EG) nr. 1768/92, waarvoor een aanvraag voor een ABC is ingediend uitsluitend geschiedt aan de hand van de werkzame stof zoals deze is bepaald in de handelsvergunning. ^[52] Zij geschiedt niet aan de hand van een therapeutische indicatie, zoals opgenomen in de handelsvergunning. De indicatie is noodzakelijk voor de beoordeling van de aanvraag en richt zich vervolgens tot de voorschrijvende arts, maar zij is geen voorwaarde voor het in de handel brengen van het middel. Ter zitting is door het OCN gesteld en door de rechtbank gevolgd dat wanneer bij de beoordeling van een handelsvergunning voor de identificatie van een product niet alleen gekeken wordt naar de werkzame stof, maar ook naar, bijvoorbeeld, de therapeutische toepassing of de wijze van toediening van een geneesmiddel. Dit zal leiden tot verschillende interpretatiemogelijkheden van de vergunning en daarmee tot grote onzekerheid.

Spiro/Flamco

In *Boston/EPG* ^[53] heeft de rechtbank beslist dat na de invoering van EOV 2000 op 13 december 2007, dat directe en onmiddellijke werking heeft, de in de Nederlandse rechtspraak ontwikkelde *Spiro/Flamco*-leer niet langer van toepassing is op Europese octrooien. Het nieuwe art. 138 geeft de octrooihouder het recht om in een nationale nietigheidsprocedure zijn octrooi te beperken. De door de octrooihouder aangebrachte beperkingen in zijn octrooi hoeven niet meer te voldoen aan de *Spiro/Flamco* ^[54] -leer. Er is vergaande harmonisatie van de partiële nietigheidsregeling op centraal en nationaal niveau doorgevoerd in het EOV 2000 en daarin is geen plaats meer voor de beperkende criteria uit de *Spiro/Flamco*-leer, aldus de rechtbank. In *Teckru/Duyvis* ^[55] is vervolgens de vraag aan de orde of de wijziging van het EOV 2000 gevolgen heeft voor beslissingen omtrent partiële nietigheid die de rechtbank eerder in de procedure heeft genomen.

Dreiging van inbreuk

Eli Lilly heeft een handelsvergunning voor een geneesmiddel waarvan de werkzame stof (olanzapine) en werkwijze voor de vervaardiging daarvan beschermd worden onder Eli Lilly's octrooi. ^[56] Ratiopharm heeft bij het College ter Beoordeling van Geneesmiddelen aanvraag gedaan voor handelsvergunning en heeft deze vergunning verkregen of zal deze spoedig verkrijgen. Eiser vordert inbreukverbod op octrooi en ABC en verhandelingsverbod van marktvergunning. De voorzieningenrechter oordeelt dat er niet voldoende concrete aanwijzingen zijn dat inbreuk zal worden gemaakt. Het feit dat gedaagde in Nederland een nietigheidsprocedure is gestart tegen het octrooi, dat gedaagde in Duitsland op de markt is gekomen met haar generieke product nadat het Duitse deel van eiser's octrooi is vernietigd

of dat gedaagde geen toezegging tot non-inbreuk wil doen gedurende de geldigheidsduur van eiser's exclusieve rechten doet daar niet aan af.

Ex parte bevel en bewijsbeslag

Het intrekken van een verbodsbevel door de rechter betekent niet automatisch ook opheffing van een beslag. In de zaak *Tieleman/Meijn* [\[57\]](#) heeft Meijn in een ex parte verzoekschrift voldoende aannemelijk gemaakt dat zij spoedeisend belang had bij een bevel aan Tieleman om iedere inbreuk op het octrooi van Meijn te staken en gestaakt te houden. Vervolgens heeft Meijn conservatoir bewijsbeslag gelegd. Tieleman krijgt in kort geding gelegenheid om tegen dat bevel op te komen. In het kort geding blijkt dat er gereede kans is dat het octrooi van Meijn in een bodemprocedure zal worden vernietigd wegens gebrek aan inventiviteit. Hierdoor wordt het bevel ingetrokken, maar het beslag blijft staan. De voorzieningenrechter oordeelt conform rechtspraak van de Hoge Raad [\[58\]](#) dat de kans dat de beslaglegger zijn recht niet kan hard maken in een bodemprocedure afgezet dient te worden tegen het belang van de beslagene bij opheffing van het beslag en laat het beslag in stand. Overigens geldt de eis van nauwkeurige beschrijving van art. 1019d Rv niet voor een conservatoir bewijsbeslag.

Onderbouwing inbreukvordering

Voor het onderbouwen van een inbreukvordering kan niet slechts verwezen worden naar een procedure die in het buitenland is gevoerd of naar daar verrichte experimenten. In de zaak *Servier/Katwijk Farma* [\[59\]](#) beweert Servier onder verwijzing naar de in Engeland tussen Servier en Apotex gevoerde procedure [\[60\]](#) dat Katwijk Farma inbreuk maakt op haar octrooi. De rechtbank oordeelde dat Servier niet kan volstaan met de enkele stelling dat het Nederlandse generieke product hetzelfde is als het in de Engelse procedure geteste Engelse product. Ook nu Katwijk Farma erkent dat het hetzelfde product (de a-polymorf van kristallijn perindopril erbuminezout) is, kan niet tot inbreuk geconcludeerd worden, omdat in het experiment in de Engelse procedure onverklaarbare pieken zitten. Er zijn, aldus Katwijk Farma, verschillende methoden in de stand van de techniek om te komen op de a-polymorf, waarvan nog niet gezegd is dat wanneer deze vorm in het generieke product zit, dit generieke product ook de specifieke (in conclusie 1 van het octrooi met ongebruikelijke nauwkeurigheid opgenomen) pieken zal vertonen. Dat vervolgens in de Engelse procedure wordt geconcludeerd dat het generieke product inbreuk zou maken op het octrooi als het octrooi niet onderuit was gegaan, maakt dit oordeel niet anders.

Literatuur

- E.H. Visscher, 'Wijziging en gedeeltelijke nietigheid van octrooien: van Spiro/Flamco naar de ontwikkeling van Europese maatstaven', *BIE* 2008, p. 746.
- D.F. de Lange, 'Wat moet de Nederlandse octrooirechter doen bij een GAT/LuK verweer?', *BIE* 2008, p. 231-233.
- J.J. Brinkhof, 'Over het belang van de juiste vraag. House of Lords over inventiviteit, nawerkbaarheid en steun in de beschrijving. House of Lords deelt het oordeel van de Haagse rechtbank', *BIE* 2008, p. 340-342.
- S.J.R. Bostyn, 'Van planten-DNA tot sojameel, uitputtingsleer en beschermingsomvang: een

commentaar op Rb. 's-Gravenhage, Monsanto v Cefetra, Argentinië, Vopak en ACTI', BIE p. 342-346.

- J.J. Brinkhof, 'De Spiro/Flamco leer is niet langer van toepassing op Europese octrooien', *BIE* 2008, p. 408.
- R.E.P. de Ranitz, 'Lord Hoffmann flirt met het EOB in Lundbeck/Generics UK-uitspraak', *IER* 2008/27.
- T.M. Blomme, 'Twintig jaar gecentraliseerde octrooirechtspraak in Den Haag: een statistisch overzicht', *IER* 2008/47.
- R.E.P. de Ranitz & O.P. Swens, 'Lord Hoffmann flirt met het EOB in Lundbeck/Generics UK-uitspraak', B9 6044.
- R.E.P. de Ranitz & O.P. Swens, 'Lord Hoffmann zoekt na flirt nu vaste verkering', B9 6421.
- R. Hermans, 'De mantra van beschermingsomvang', B9 6428.

V Modellenrecht (H.M.H. Speyart)

Wetgeving

Internationaal

Gemeenschapsmodellen

Op 1 januari 2008 is de toetreding van de EG tot de Akte van Genève bij de Overeenkomst van 's-Gravenhage [\[61\]](#) in werking getreden. Op dezelfde dag zijn de door die toetreding ingegeven aanpassingen van de Uitvoeringsverordening en van de Taksenverordening in werking getreden. [\[62\]](#) Hierdoor kan een Gemeenschapsmodeldepot als basisdepot worden gebruikt voor een internationale modelprocedure en kan de EG worden aangewezen in een internationale procedure.

Modellenrichtlijn

Op het gebied van de Modellenrichtlijn hangt nog steeds een wijzigingsrichtlijn voor die het onderwerp van de reparatieclausule moet regelen. In 2004 heeft de Europese Commissie daarvoor een voorstel gepresenteerd waarin reparatieonderdelen zouden worden uitgesloten van modelrechtelijke bescherming, met de plicht, voor verkopers van dergelijke onderdelen, om aan te geven of deze onderdelen origineel dan wel alternatief zijn. [\[63\]](#) De laatste stand van de wijzigingsrichtlijn is dat het Europees Parlement in eerste lezing een aantal wijzigingen heeft aangebracht, waaronder een wat langere overgangstermijn voor die landen die geen reparatieclausule kennen in hun regelgeving. [\[64\]](#) Het wachten is nu op de Raad en daarna op de tweede lezing in Parlement en Raad.

Rechtspraak

Nationaal

In zijn arrest van 12 februari 2008 heeft het Hof 's-Hertogenbosch naar aanleiding van een zaak over een bestezakje stelling ingenomen in de discussie over de keuze tussen de

resultaatgerichte en de apparaatgerichte leer van de technische uitzondering door te kiezen voor de resultaatgerichte leer: er zijn andere bestekhouders op de markt die voor hetzelfde gebruik geschikt zijn, maar een andere vorm hebben, waardoor de vorm van het betrokken zakje niet noodzakelijk voortvloeit uit een beoogd technisch effect. [\[65\]](#) Iets later in het jaar koos de Haagse voorzieningenrechter overigens voor de apparaatgerichte leer, omdat de resultaatgerichte leer er volgens hem toe zou leiden dat via de omweg van het modellenrecht bescherming wordt bewerkstelligd van een technisch aspect, zonder dat aan de voorwaarden van het octrooirecht zou zijn voldaan. [\[66\]](#)

Literatuur

In het verslagjaar is een aardig artikel van Visser verschenen over 'De 'tangwerking' in het modellenrecht'. [\[67\]](#) Het is een variatie op zijn oratie, [\[68\]](#) toegespitst op de modellenrechtelijke situatie waarin een verweerder erop wijst dat zijn pretens inbreukmakend voorwerp sterker afwijkt van het ingeroepen model dan het model van eerdere modellen.

VI Merkenrecht (Ch. Gielen met dank aan D.C.M. Sampermans en M.G. Schrijvers)

Wetgeving

Geen vermeldenswaardige ontwikkelingen.

Rechtspraak

De uitspraken worden in deze kroniek ingedeeld in acht categorieën, te weten:

- 1 onderscheidend vermogen (inclusief inburgering);
- 2 soortnaam;
- 3 verwarringsgevaar;
- 4 verwateringsgevaar;
- 5 (normaal) merkgebruik;
- 6 uitputting;
- 7 vormmerken;
- 8 kwade trouw.

1. Onderscheidend vermogen (inclusief inburgering)

Europees

In de zaak over de luchtverfrissers in de vorm van een dennenboompje (*Arbre Magique* *Aire Limpio* [\[69\]](#)) werd door het HvJ EG beslist dat de verkrijging van onderscheidend vermogen van het merk in kwestie inderdaad, zoals door het GvEA reeds beslist, kan voortkomen uit het gebruik van dat merk als onderdeel van een ander, eerder ingeschreven merk. Het is voldoende dat de betrokken kringen ten gevolge van dit gebruik de door het latere merk aangeduide waar daadwerkelijk percipiëren als afkomstig van de onderneming Julius Sämann Ltd. (zie ook Nestlé [\[70\]](#)). Tevens bevestigde het Hof dat een woordelement (i.c. was

de opponerende dennenboom 'kaal', maar bevatten de eerdere merken de woorden 'Arbre Magique' en bevatte de geopponeerde dennenboom de woorden 'Aire Limpio') niet systematisch dominerend behoeft te zijn over het grafische element.

In de zaak over het samengestelde merk *Eurohypo* [71] bevestigde het HvJ EG nogmaals [72] dat bij de beoordeling van het onderscheidend vermogen van een samengesteld merk moet worden gekeken naar de totaalindruk en niet naar de elementen afzonderlijk. Echter, volgens het Hof bezit het samengestelde merk geen onderscheidend vermogen nu het relevante publiek het opvat als een woord dat, in het bijzonder, verwijst naar hypothecaire leningen die worden betaald in euro's. Elk bijkomend element, op basis waarvan de combinatie van de gangbare en gebruikelijke elementen euro en Hypo ongewoon zou zijn of een eigen betekenis zou hebben waardoor de diensten van de aanvrager (in de perceptie van het publiek) worden onderscheiden van diensten met een andere commerciële herkomst, ontbreekt. Overigens merkte het Hof nog wel op dat het al dan niet beschrijvend zijn van een merk niet bepalend is voor de vraag of een merk de identiteit van de oorsprong van de gemerkte waar of dienst kan waarborgen (art. 7 lid 1 sub b Verordening (EG) nr. 40/94 (Gemeenschapsmerkenverordening)).

Eveneens in een zaak over een beschrijvend merk, oordeelde het GvEA dat het merk *manpower* [73] beschrijvend is in de landen Verenigd Koninkrijk en Ierland (het is immers een Engels woord dat de diensten van arbeids- en uitzendbureaus beschrijft), alsmede Duitsland en Oostenrijk (omdat de term als gangbare term in commercieel Engels ook deel is gaan uitmaken van de Duitse handelstaal), maar niet in landen waar het Engels goed is ingeburgerd, zoals Nederland, Zweden, Denemarken en Finland (i.t.t. de Kamer van Beroep) en de overige niet-Engelstalige EU-landen. Voor het Verenigd Koninkrijk, Ierland, Duitsland en Oostenrijk was volgens het GvEA voorts voldoende bewijs aangeleverd (zoals omzetcijfers, krantenknipsels, telefoongidsen, aantal bureaus en klanten, advertenties en marketinguitgaven) om aan te nemen dat het merk is ingeburgerd en het merk blijft dus in stand krachtens art. 51 lid 2 Verordening (EG) nr. 40/94.

Nationaal

Ook het Haagse hof heeft zich gebogen over beschrijvendheid en inburgering ten aanzien van het merk *beter horen*. [74] Het hof kwam tot de conclusie dat het teken 'Beter Horen' uitsluitend beschrijvend was voor diensten omtrent hoortoestellen. Het teken combineert immers de woorden op een daarvoor gebruikelijke wijze, zonder begripsmatig, visueel of auditief de som van de afzonderlijke bestanddelen te ontstijgen, aldus het hof. Van inburgering in de Benelux was volgens het hof bovendien geen sprake. Dit, terwijl niet valt uit te sluiten dat inburgering in één (aanzienlijk) gedeelte van die lidstaat, in welk gedeelte zich een aanzienlijk deel van de betrokken kringen bevindt (Nederland), voldoende moet worden geacht op basis van het *Europolis*-arrest. [75] Het hof liet de uitleg van laatstgenoemde kwestie echter in het midden, nu het meende dat al niet kan worden gezegd dat het teken 'Beter Horen' in Nederland is ingeburgerd. Noemenswaardig is nog dat het hof tevens oordeelde dat gebruik als handelsnaam niet de inburgering als woordmerk ondersteunt. Ook meende het Haagse hof dat het woordmerk 1-1-2 [76] gedeponeerd door de Staat der Nederlanden voor onder meer de dienst 'alarmmelding langs telecommunicatieve weg' ieder onderscheidend vermogen mist voor deze dienst. Dit, omdat, gezien de grootschalige en

intensieve campagne van de Staat ter introductie van 112 als algemeen alarmnummer en de afwezigheid van andere alarmnummers, de gemiddelde consument 1-1-2 zal zien als hét (enige) nummer voor alarmmelding. Het grote publiek neemt 1-1-2 dus waar als een teken dat informatie verstrekt over de aard van de betrokken dienst, niet over de herkomst daarvan.

In een zaak tussen *Bakkerij 't Stoepje* en *De Broodpiraat* [77] oordeelde de voorzieningenrechter van de Rechtbank Utrecht dat het merk van eerstgenoemde partij (een marktkraam met geel en rood gestreepte luifel, met broodwaren en bakker en o.a. de naam Bakkerij 't Stoepje) hooguit zwak onderscheidend is, nu het merk zijn onderscheidende kracht vrijwel uitsluitend ontleent aan de woorden 'Bakkerij 't Stoepje'. Omdat de beschermingsomvang van het merk dus gering is, kan Bakkerij 't Stoepje zich niet verzetten tegen het gebruik van luifels of zeilen voor een marktkraam voor broodwaren, waarbij de overeenstemming enkel bestaat uit het gebruik van gele en rode banen. Ongeoorloofde mededinging was wel aan de orde ten aanzien van het prominente gebruik van geel op de marktkraam van De Broodpiraat.

Over het beeldmerk *Boerengolf* [78] oordeelde de voorzieningenrechter (mr. de Heij) van de Rechtbank 's-Gravenhage dat het beschrijvende element 'Boerengolf' het merk zelf, gelet op de figuratieve elementen, nog niet nietig maakt. Weenink c.s. legde aan zijn inbreukvorderingen ook twee Gemeenschapsmerken ten grondslag, te weten 'Boerengolf' en 'Farmersgolf' ten aanzien waarvan de voorzieningenrechter bevestigde dat, zolang geen vordering tot nietigverklaring van de Gemeenschapsmerken bij het BHIM is ingesteld, het vermoeden van geldigheid meebrengt zodat moet worden uitgegaan van de geldigheid van deze merken. Omdat Grooters (gedaagde en gebruiker van onder meer overeenstemmende domeinnamen, handelsnamen en een afbeelding) het verwarringsgevaar - m.n. gelegen in de indruk dat er een economische band bestaat tussen partijen - niet had bestreden werd hem een verbod opgelegd.

2. Soortnaam

Nationaal

Op dezelfde datum als de hierboven genoemde *Boerengolf*-uitspraak oordeelde een tweede voorzieningenrechter (mr. Hensen) van de Rechtbank 's-Gravenhage over de merken spin, spinning en spinner. [79] Ook hier wordt uitgegaan van het vermoeden van geldigheid van de Gemeenschapsmerken, zij het dat de voorzieningenrechter meent dat art. 95 Verordening (EG) nr. 40/94 niet uitsluit dat in kort geding het verval wordt aangenomen, maar dat het artikel impliceert dat de rechter terughoudend moet zijn. Volgens de annotator staat deze beoordelingsmarge echter op gespannen voet met de strekking van art. 95 Verordening (EG) nr. 40/94. Hoe dan ook, de president staat het Batavus toe om de aanduidingen 'spinning' en 'spinner' op haar fiets te gebruiken omdat Batavus deze tekens spinning en spinner heeft verbonden aan haar fiets als aanduiding inzake een wezenlijk kenmerk van die fiets, namelijk de bestemming als spinner te gebruiken bij spinning. Er waren voor Batavus, gegeven de feitelijke verwording tot soortnaam van spinner en spinning, geen reële alternatieve aanduidingen beschikbaar.

Voor de mosselliefhebbers is wellicht nog aardig dat de Rechtbank Middelburg heeft bepaald dat de aanduiding *Zeeuwse Mosselen* [80] geen soortnaam is geworden. Het feit dat Prins &

Dingemanse c.s. de mosselen die niet in Zeeland zijn opgevist, maar daar alleen zijn verwaterd en verpakt, als 'Zeeuwse mosselen' verkoopt, doet daar niet aan af. Factoren die ertoe leiden dat een productnaam met een geografische verwijzing een soortnaam is geworden kunnen zijn (i) de situatie dat het publiek de producten niet meer met de herkomst associeert, (ii) de mate waarin het product onder die naam op de markt is gebracht zonder een daadwerkelijke relatie met de aangeduide herkomst te hebben en (iii) of het voor het publiek logischerwijs kenbaar is dat het product overal elders kan worden geproduceerd, zodat zij niet meer verwacht dat het product de vermelde herkomst ook daadwerkelijk heeft. Wel dienen mosselen die onder de geografische aanduiding 'Zeeuwse mosselen' worden verkocht volgens de rechtbank een band met Zeeland te hebben om misleiding te voorkomen.

3. Vormmerken

Europees

Opzienbarend was ook de uitspraak van het GvEA over het *Lego-blokje*. [\[81\]](#) Het GvEA verklaarde immers het vormmerk nietig, wat tot nogal wat opschudding zorgde. De reden van de nietigverklaring was daarin gelegen dat volgens het GvEA de wezenlijke kenmerken van de vorm worden bepaald door een technische uitkomst, zelfs indien deze uitkomst kan worden verkregen door andere vormen. Het Gerecht oordeelde dat de wezenlijke kenmerken van een vorm op objectieve wijze moeten worden vastgesteld, op basis van de grafische voorstelling ervan en eventuele beschrijvingen die op het ogenblik van de merkaanvraag werden ingediend. De perceptie van de consument is verder niet relevant voor de analyse van het functionele karakter van de wezenlijke kenmerken van de vorm. Sommigen menen dat hiermee Lego juridisch is uitgespeeld, nu ook het Hof 's-Hertogenbosch [\[82\]](#) haar beroep op slaafse navolging heeft afgewezen; deze zaak is overigens bij de Hoge Raad aanhangig.

4. Verwarringsgevaar

Europees

Een belangwekkend arrest van het HvJ EG in het jaar 2008 is het *O2/H3G*-arrest. [\[83\]](#) In antwoord op prejudiciële vragen van het Engelse Court of Appeal, besliste het Hof in het kort dat verwarringsgevaar en geoorloofde vergelijkende reclame elkaar uitsluiten. Een merkhouder kan het niet verbieden dat een derde in vergelijkende reclame gebruik maakt van een met het merk overeenstemmend teken voor dezelfde of soortgelijke waren of diensten, als dit gebruik niet leidt tot verwarringsgevaar, ongeacht of de vergelijkende reclame voldoet aan alle in art. 3bis Richtlijn 84/450/EEG (Reclamerichtlijn [\[84\]](#)) genoemde voorwaarden voor geoorlooftheid. Met andere woorden, verwarringsgevaar is vereist voor een verbod op gebruik van een met het merk overeenstemmend teken in vergelijkende reclame. Ook weten we nu, ondanks de moeilijke en soms onbegrijpelijke weg die het Hof heeft genomen (m.n. in het *Opel/Autec*-arrest [\[85\]](#)), dat we voor gebruik van een merk in vergelijkende reclame niet hoeven terug te grijpen op art. 5 lid 5 Richtlijn 84/450/EEG. Schending van een of meer van de overige Reclamerichtlijnvereisten (o.a. misleiding, niet dezelfde diensten, denigrerend, oneerlijk voordeel opleveren ten aanzien van de bekendheid van het merk) is géén reden om merkinbreuk aan te nemen. Een onzuivere vergelijkende

reclame kan niet op basis van het merkrecht worden aangepakt (met uitzondering van de situatie dat de reclame onzuiver is omdat verwarring wordt veroorzaakt (sub d art. 3bis Richtlijn 84/450/EEG). In de literatuur [\[86\]](#) wordt echter wel aangenomen dat hierdoor het risico op verwarring uit het oog wordt verloren, hetgeen schadelijk kan zijn voor de merkhouder.

Nationaal

Door de voorzieningenrechter van de Rechtbank 's-Gravenhage werd in een zaak tussen partijen *Arla* en *Vergeer*, [\[87\]](#) over het teken Cheez'pucks en het merk 'puck', ten aanzien van de beoordeling van verwarringsgevaar 'sub b' geoordeeld dat daarbij een min of meer abstracte benadering is vereist en dat geen concreet opgetreden verwarring (of het gevaar daarvoor) behoeft te worden aangetoond. Puck was slechts ingeschreven en niet gebruikt. De tekens 'Puck' en 'Cheez'pucks' stemmen overeen met het gemeenschapsmerk 'puck', waardoor gevaar voor (indirecte) verwarring kan ontstaan.

In een zaak die handelde over een driedimensionaal vormmerk voor een (kwaliteits)kraan (*Hansa/Tempoline* [\[88\]](#)) werd na globale beoordeling van de kranen inbreuk aangenomen, onder meer omdat de gedaagde partij had nagelaten om een overzicht van het vormgevingserfgoed te verschaffen (waardoor er onder meer van uit werd gegaan dat het vormmerk uniek was).

5. Verwateringsgevaar

Europees

In *Intel/CPM* [\[89\]](#) heeft het HvJ EG uitleg gegeven over het begrip 'verband' (dat het relevante publiek legt tussen een ouder en een jonger merk) in de zin van het *Adidas*-arrest [\[90\]](#) en wanneer sprake is van afbreuk aan onderscheidend vermogen. Het Hof oordeelde in de eerste plaats dat het bestaan van een verband globaal dient te worden beoordeeld en dat rekening moet worden gehouden met alle relevante omstandigheden. Er is in ieder geval sprake van een dergelijk verband als het jongere merk bij de normaal geïnformeerde en oplettende consument het bekende oudere merk in gedachten oproept. Een verband is echter volgens het Hof niet noodzakelijkerwijs gegeven bij omstandigheden als grote bekendheid van het oudere merk, niet-soortgelijkheid van de producten of eventuele uniekheid van het bekende merk. Bij de vraag wanneer sprake is van afbreuk aan het onderscheidend vermogen, stelde het Hof voorop dat deze omstandigheden (waaronder ook associatie) niet bewijzen dat er afbreuk wordt gedaan aan het onderscheidend vermogen. Daartoe stelt het Hof dat het noodzakelijk is dat wordt aangetoond *dat het economische gedrag van de gemiddelde consument van de waren of diensten waarvoor het oudere merk is ingeschreven, is gewijzigd als gevolg van het gebruik van het jongere merk of dat er een grotere kans bestaat dat dit gedrag in de toekomst wijzigt*. The Court of Appeal van het Verenigd Koninkrijk stelde, voordat het zijn vragen aan het Hof voorlegde, dat Intel en Intelmark overeenstemmen maar dat het gebruik van Intelmark geen commercieel verband met Intel Corporation kan oproepen. Het is dus aan Intel om te bewijzen dat een dergelijk verband wel degelijk bestaat en bovendien dat het economisch gedrag van de gemiddelde consument voor de waren is gewijzigd of dreigt te worden gewijzigd.

Het HvJ EG oordeelde in de bekende zaak *Adidas/Marca* ^[91] over de rol van de vrijhoudingsbehoefte bij het bepalen van de beschermingsomvang van een merk. In deze zaak stelde *Marca c.s.* met een beroep op de behoefte aan vrijhouding dat zij met recht gebruik mocht maken van andere streepmotieven dan het streepmotief dat door *Adidas* is ingeschreven. Eerder is in de zaak *Windsurfing Chiemsee* ^[92] bepaald dat de vrijhoudingsbehoefte wel ten grondslag ligt aan bepaalde in art. 3 1e EG-Richtlijn aanpassing merkenrecht EG-Lidstaten (Merkenrichtlijn) genoemde gronden voor weigering van de inschrijving. Ook is door het Hof bepaald dat de vrijhoudingsbehoefte een rol speelt bij het verworven van een merk tot soortnaam zoals bedoeld in art. 12 1e EG-Richtlijn aanpassing merkenrecht EG-Lidstaten. Het Hof besliste echter in deze zaak dat de vrijhoudingsbehoefte losstaat van de beoordeling van de mate van overeenstemming tussen het bekende merk en het door de derde gebruikte teken. In deze zaak beriep *Marca c.s.* zich ook nog op het decoratieve karakter van de strepen, maar ook dat mocht niet baten. Zouden de strepen echter een kenmerk van de waar aangeven (zoals bedoeld in art. 6 lid 1 sub 1e EG-Richtlijn aanpassing merkenrecht EG-Lidstaten), dan zou een beroep op de vrijhoudingsbehoefte wel slagen.

Vermeldenswaardig is ook het arrest van het GvEA in de zaak *Citibank/Citi* ^[93] waarin werd bepaald dat het merk *citi* overeenstemmend is met het oudere bekende Gemeenschapsmerk *citibank* (waarbij overigens werd vastgesteld dat het element '*citi*' onderscheidend vermogen heeft). Het GvEA herhaalde wat reeds werd gezegd in het *Adidas*-arrest, ^[94] namelijk dat de voorwaarde van overeenstemming (in de zin van art. 8 lid 5 1e EG-Richtlijn aanpassing merkenrecht EG-Lidstaten) niet inhoudt dat moet worden aangetoond dat verwarring kan ontstaan, maar dat het volstaat dat het betrokken publiek een verband tussen de merken legt. Ook hoeft niet te worden aangetoond dat er daadwerkelijk afbreuk wordt gedaan aan het merk, maar er moet bewijs worden overgelegd waaruit *prima facie* kan worden geconcludeerd dat de kans op ongerechtvaardigd voordeel of afbreuk in de toekomst niet hypothetisch is. ^[95] Een dergelijke conclusie kan volgens het Gerecht in het bijzonder zijn gebaseerd op logische gevolgtrekkingen die voortvloeien uit een waarschijnlijkheidsanalyse en waarbij rekening wordt gehouden met de in de relevante handelssector gebruikelijke praktijken. Bij wat het Gerecht zegt over ongerechtvaardigd voordeel trekken/afbreuk doen aan het onderscheidend vermogen, kijkt het met name naar de vraag of de consument zal menen dat de diensten van de aanvrager en die van *Citigroup* dezelfde herkomst hebben: de aanvrager lift volgens het Gerecht mee op de reputatie van *Citigroup*. In de literatuur komt volgens sommigen dit criterium riskant dichtbij 'verwarringsgevaar', wat nu eenmaal niet aan de orde is bij art. 8 lid 5 1e EG-Richtlijn aanpassing merkenrecht EG-Lidstaten. Het GvEA wees nog een arrest in het kader van verwateringsgevaar en wel in de zaak *Spa/Mineral Spa*. ^[96] Het Gerecht besliste aldaar dat, om de risico's waartegen art. 8 lid 5 1e EG-Richtlijn aanpassing merkenrecht EG-Lidstaten beschermt goed te kunnen vaststellen, het van belang is om naast de functie van een merk als herkomstaanduiding, vast te stellen dat het merk eveneens fungeert als een middel om boodschappen over te brengen (bijvoorbeeld met betrekking tot de eigenschappen of bijzondere karakteristieken van de producten of met betrekking tot beelden en gevoelens die het oproept). Volgens het Gerecht heeft het merk in verband daarmee een inherente economische waarde die autonoom is en onafhankelijk van de producten waarvoor het is ingeschreven. Art. 8 lid 5 1e EG-Richtlijn aanpassing merkenrecht EG-Lidstaten biedt derhalve bescherming tegen negatieve aantasting van het

imago van het merk. Het Gerecht overwoog voorts dat tussen Spa en Mineral Spa als gevolg van de overeenstemming een link zal worden gelegd en dat, gelet op het feit dat het merk spa in de Benelux bekend is, het risico aanwezig is dat ongerechtvaardigd voordeel zal worden getrokken uit de reputatie van het Spa-merk dat wordt gebruikt voor water door het merk mineral spa dat wordt gebruikt voor cosmetische producten en dergelijke.

Nationaal

In Nederland heeft de voorzieningenrechter van de Rechtbank Zwolle in de zaak *Aldi/CNV* beslist over het al dan niet rechtmatig gebruik van de slogan ' *Het Aldi-principe hoge werkdruk lage bezetting*' door CNV die een variant is van de merkrechtelijk beschermde slogan van de Aldi. [\[97\]](#) De vraag die centraal stond is of het gebruik van het logo afbreuk doet aan de reputatie van de merkhouders. In deze zaak besliste de voorzieningenrechter dat geen afbreuk wordt gedaan aan de reputatie van de merkhouders van een slogan indien de gebruikte variant van de slogan verstrekt is aan een beperkte groep personen en deze personen bovendien weten waar de 'originele' slogan voor staat. Van dergelijke personen mag verwacht worden dat zij begrijpen dat het gebruik van de slogan niet bedoeld is om afbreuk te doen aan de producten en de naam van de merkhouders van de slogan. In casu werd de slogan door CNV gebruikt om leden te werven onder het Aldi personeel. G-Star lustte Pepsi wel 'rauw' omdat de laatste het merk peps raw had gedeponereerd. G-Star probeerde op grond van een aantal merken die mede het bestanddeel Raw bevatten een gebruiksverbod van Pepsi Raw te verkrijgen, maar slaagde daarin niet. De voorzieningenrechter was er niet van overtuigd dat het publiek een verband zou leggen tussen de merken en, de *Intel*-beslissing van het HvJ EG toepassend, hij zag geen begin van bewijs van ongerechtvaardigd voordeel trekken uit of afbreuk doen aan het onderscheidend vermogen van de merken van G-Star. [\[98\]](#)

6. (Normaal) merkgebruik

Europees

In antwoord op een prejudiciële vraag van het Oostenrijkse Oberste Patent- und Markenschatzamt over de uitleg van art. 12 lid 1 1e EG-Richtlijn aanpassing merkenrecht EG-Lidstaten, heeft het HvJ EG in de zaak *Radetzky-Orden/BKFR* [\[99\]](#) in aanvulling op het *Ansul*-arrest [\[100\]](#) bepaald dat een merk door een vereniging zonder winstoogmerk normaal wordt gebruikt wanneer zij het merk in haar contacten met het publiek gebruikt in aankondigingen van manifestaties, op stukken voor zakelijk gebruik en op reclamemateriaal en dit merk bij het inzamelen en het uitdelen van giften aldus door de leden wordt gebruikt, dat zij sierspelden in de vorm van het merk dragen.

Nationaal

Onze Hoge Raad heeft zich in de zaak *Hugo Boss/Reemstra* [\[101\]](#) uitgelaten over de geldige redenen voor niet-normaal gebruik. Hij bepaalde dat zonder nadere toelichting niet valt in te zien waarom risico's van overtreding van tabaksreclamevoorschriften en de mogelijke impact daarvan op het gebruik van het merk voor andere waren niet kunnen worden aangemerkt als liggende buiten de macht van Hugo Boss en als niet behorende tot haar normale

ondernemersrisico, noch waarom die het gebruik van de merken niet zo bezwaarlijk maken dat dat gebruik, naar in het economisch verkeer gebruikelijke maatstaven, niet van haar kan worden verwacht (in overeenstemming met het *Haupt/Lidl*-arrest [\[102\]](#) van het HvJ EG). Afgewacht moet worden of het Amsterdamse verwijzingshof meent dat de aangedragen omstandigheden het voor Hugo Boss 'onmogelijk of onredelijk maken' om het merk 'boss' niet voor sigaretten te gebruiken.

Voorts heeft de Hoge Raad in de zaak *Portakabin/Primakabin* [\[103\]](#) (de kortgedingprocedure tussen partijen) prejudiciële vragen gesteld aan het HvJ EG over hoe het gebruik van andermans merk als *adword* gekwalificeerd moet worden. Eerder werd in 2008 door de Rechtbank 's-Gravenhage [\[104\]](#) daarover geoordeeld dat dergelijk gebruik valt onder art. 2.20 lid 1 sub a BVIE. De voorzieningenrechter en het Hof Amsterdam [\[105\]](#) waren in 2006 juist van mening dat dergelijk gebruik valt onder sub d van genoemd artikel. Ook over het gebruik van verschrijvingen (om typefouten te ondervangen) in de *adwords* is een vraag gesteld. Over de *adword*-problematiek zijn ook door de Oostenrijkse, Franse en Duitse rechter vragen gesteld aan het Hof.

In de zaak *Red Bull/Winters* [\[106\]](#) werd tot slot nog door het Hof 's-Hertogenbosch bepaald dat een afvuller van voorbedrukte blikjes (i.c. Winters) die de waren van het teken voorziet door het combineren van de waren (het aangelengde extract) en de verpakking (de reeds bewerkte blikjes) tot het eindproduct, het merk gebruikt.

7. Uitputting

Nationaal

De Hoge Raad heeft in de *Lancaster*-zaak [\[107\]](#) bevestigd dat de bewijslast dat producten door of met toestemming van de merkhouders buiten de EER in het verkeer zijn gebracht niet op de merkhouders rust. Dit is slechts anders als er een reëel gevaar voor afscherming van nationale markten bestaat wanneer de verweerder dient te bewijzen dat de producten door of met toestemming van Lancaster c.s. binnen de EER in de handel zijn gebracht. Dit is bepaald door het HvJ EG in het *Van Doren/Lifestyle*-arrest, [\[108\]](#) waarbij het HvJ EG aangaf dat dit het geval kan zijn met name als de merkhouders zijn waren in de EER in de handel brengt door middel van een exclusief distributiesysteem. In casu was een dergelijk gevaar echter niet aangetoond.

In het kort geding tussen *Coty Prestige Lancaster Group GmbH* en *Tico Trading* [\[109\]](#) over de Gemeenschapsmerken Davidoff en Cool Water besloot de president van de Rechtbank 's-Gravenhage langs dezelfde lijn. Hij overwoog dat het feit dat Coty een selectief distributiesysteem (en geen exclusief distributiesysteem zoals door het HvJ EG als voorbeeld genoemd) hanteert op zichzelf geen reëel gevaar is voor afscherming van de nationale markten c.q. omkering bewijslast.

Ook heeft de Hoge Raad op 11 juli 2008 in een zaak tussen *Makro* en *Diesel* [\[110\]](#) in het kader van uitputting twee prejudiciële vragen gesteld over de maatstaven die moeten worden aangelegd bij de beoordeling of een merkhouders toestemming heeft gegeven (in de zin van art. 7 lid 1 1e EG-Richtlijn aanpassing merkenrecht EG-Lidstaten) ten aanzien van binnen de EER in het verkeer gebrachte goederen. De Hoge Raad meent namelijk dat geconcludeerd lijkt te kunnen worden dat voor het aannemen van uitputting ten aanzien van goederen die eerder binnen de EER in het verkeer zijn gebracht een maatstaf bestaat, die ruimer is dan de

maatstaven van de *Davidoff*-rechtspraak [\[111\]](#) ten aanzien van goederen die eerder buiten de EER in het verkeer zijn gebracht en vervolgens in de EER worden geïmporteerd. In casu is Diesel niet in staat om de kwaliteit van de producten te waarborgen en kan er wellicht reeds daarom, in lijn met het *Ideal Standard*-arrest, [\[112\]](#) geen sprake zijn van toestemming.

8. Kwade trouw

Nationaal

Het Benelux-Gerechtshof heeft zich in de zaak *IWC/Michel* [\[113\]](#) onder meer uitgelaten over de toepassing van art. 13A lid 5 BMW (het huidige art. 2.21 lid 2 BVIE). Het BenGH oordeelde dat winstafdracht in geval van kwade trouw niet beperkt is tot gevallen van piraterij. Voor kwade trouw is moedwillige inbreuk vereist en kan ontbreken bijvoorbeeld vanwege een jarenlange contractuele relatie die niet rechtsgeldig is opgezegd of in geval van een geschil over de vraag wie rechthebbende op het merk was. Vervolgens kunnen nog allerlei omstandigheden in de weg staan aan de toewijzing van winstafdracht.

Literatuur (Nederlandse merkenrechtelijke vakliteratuur)

Als eerste is natuurlijk te vermelden de belangrijke publicatie:

- T. Cohen Jehoram, C.J.J.C. van Nispen & J.L.R.A. Huydecoper, *Industriële eigendom Deel 2 Merkenrecht*, Deventer: Kluwer 2008.
- N. Hagemans, 'Het intellectuele-eigendomsrecht: koevoet of kruisbestuiving', *BIE* 2008, Album Amicorum voor Feer Verkade, p. 69-74.
- C.J.J.C. van Nispen, 'IE-recht ter zee', *BIE* 2008, Album Amicorum voor Feer Verkade, p. 81-87.
- J.J.F.H. van Cooten, 'Sieckman, Libertel en Shield Mark revisited', *IER* 2008/2.
- Th. C.J.A. van Engelen, 'Intellectueel Kapitaal in de rechtspraak: 2007 onder de loep', *IER* 2008/48.
- L. Heslenfeld, 'Reactie op bijdrage van O. Schutzer, 'Montex: is transitohandel ongrijpbaar geworden?', *IER* 2007/76', *IER* 2008/3 met Naschrift van O. Schmutzer in: *IER* 2008/4.
- M. Bouma, 'Artikel 6ter Unieverdrag van Parijs', *BMM Bulletin* (Themanummer Vlaggen en emblemen, goede zeden en openbare orde) 2008-1, p. 2-13.
- B. Kist & W. Heemskerk, 'Lul de behanger en andere dubieuze merken', *BMM Bulletin* (Themanummer Vlaggen en emblemen, goede zeden en openbare orde) 2008-1, p. 14-17.
- G.J. van der Kamp & M. Bouma, 'Het geregistreerde dienstmerk vergeleken met de Nederlandse handelsnaam', *BMM Bulletin* (Themanummer Handelsnaam versus Merk) 2008-2, p. 46-48.
- P. Maeyart & T. Cohen Jehoram, 'Handelsnaam: conflicten met merken en domeinnamen in de Benelux van uit Nederlands en Belgisch perspectief', *BMM Bulletin* (Themanummer Handelsnaam versus Merk) 2008-2, p. 49-59.
- C.J.P. Janssen & P. Vreese, 'Procedure(regels)bij het BBIE en in beroepszaken tegen beslissingen van het BBIE', *BMM Bulletin* (Themanummer Bureauprocesrecht) 2008-3, p. 86-93.
- L. Marijnissen, 'Merkenrechtelijke procespraktijk van het Bureau voor Harmonisatie in de Interne Markt - procedures inter partes', *BMM Bulletin* (Themanummer Bureauprocesrecht)

- 2008-3, p. 94-100.
- M. Stal-Hilders, 'Meer dan honderd oppositiebeslissingen', *BMM Bulletin* (Themanummer Bureauprocesrecht) 2008-3, p. 100-107.
 - N. Hagemans, 'Boek 9 BW - 'Dat uitzonderlijk stuk privaatrecht'', *MvV* (Themanummer Vermogensrecht & Intellectueel eigendom) 2008-7/8, p. 142-147.
 - Th.C.J.A. van Engelen, 'Zekerheidsrechten op intellectuele eigendomsrechten: een heikel avontuur', *MvV* (Themanummer Vermogensrecht & Intellectueel eigendom) 2008-7/8, p. 147-158.
 - F.C. Folmer, T.J. de Graaf & A.M.E. Verschuur, 'Overdracht licenties en derdenwerking in het intellectuele eigendomsrecht', *MvV* (Themanummer Vermogensrecht & Intellectueel eigendom) 2008-7/8, p. 168-179.
 - C. van Woensel, 'See you on GodTube? Culturele, nationale en religieuze symbolen als merk', *AA* 2008, nr. 5, p. 346-354.

VI Handelsnaamrecht (Ch. Gielen met dank aan R. van Oerle)

Rechtspraak

In 2008 werd regelmatig een beroep op bescherming van de handelsnaam gedaan, maar de rechtspraak daarover bracht niet veel nieuws.

Wel verdient aandacht de uitspraak van het Hof Arnhem inzake *Thuisbezorgd.nl*. [\[114\]](#) In de (lagere) rechtspraak glijdt de rechter nog wel eens uit, door eisen die aan een merk worden gesteld, ook aan een handelsnaam te stellen. Zo wordt nog wel eens de eis gesteld dat een handelsnaam onderscheidend vermogen dient te hebben om voor bescherming in aanmerking te komen. [\[115\]](#) Het Arnhemse hof ziet dat helderder:

'Een gering onderscheidend vermogen kan ertoe leiden dat een handelsnaam relatief weinig bescherming geniet omdat, ... gangbare woorden en zuiver beschrijvende elementen niet in de vorm van een handelsnaam kunnen worden gemonopoliseerd. Maar geen rechtsregel eist dat een handelsnaam onderscheidend vermogen heeft'

. Een andere vermeldenswaardige overweging uit dezelfde uitspraak heeft betrekking op het gebruik van een domeinnaam: is de domeinnaam nou een handelsnaam of niet?

'Het hof neemt in aanmerking dat het gebruik van een domeinnaam niet noodzakelijkerwijs een gebruik als handelsnaam oplevert, maar daar wel naar tendeert als de betreffende website een bedrijfsmatig karakter heeft'

. [\[116\]](#)

Een vergelijkbare overweging was terug te vinden in *Vzr. Rb. 's-Gravenhage* 19 december 2007 [\[117\]](#) waarin werd geoordeeld dat het gebruik als domeinnaam een gebruik als handelsnaam opleverde. Opmerkelijk is nog wel de uitspraak *Rechtbank te 's-Gravenhage* 16 januari 2008. [\[118\]](#) Zonder nadere toelichting krijgt een gemeenschapsmerk de bescherming van art. 5a Hnw, niettegenstaande art. 14 lid 1 Verordening (EG) nr. 40/94. [\[119\]](#)

Literatuur

Wat betreft de literatuur kan verwezen worden naar het artikel van E.J. Arkenbout in het *Album Amicorum van BIE voor Verkade*, 'Handelsnamenrecht: geen echt nieuws, en dat is goed nieuws',

VII Kwekersrecht (Ch. Gielen)

Rechtspraak

In het verslagjaar heeft de Rechtbank 's-Gravenhage moeten beslissen over de vraag wat onder 'passende vergoeding' in art. 94 lid 1 Gemeenschapskwekersrechtverordening moet worden verstaan. Anders dan voor een vordering tot schadevergoeding is voor een passende vergoeding niet opzet of onachtzaamheid noodzakelijk. Zelfs een inbreukmaker die te goeder trouw is dient een passende vergoeding te betalen. [\[120\]](#) Een geschil over het lelieras Miss Lucy leidde tot maar liefst twee uitspraken in 2008. De uitspraak van de Rechtbank 's-Gravenhage omvat geen bijzondere beslissingen over het kwekersrecht, maar interessant is wel het arrest van het Amsterdamse hof waarin een sepot door het Openbaar Ministerie naar aanleiding van een klacht over kwekersrechtinbreuk door dit hof ongedaan wordt gemaakt, gelet op de grootschaligheid van de mogelijk gepleegde strafbare feiten en de hoogte van de mogelijk daardoor door klager geleden schade. Er moet dus alsnog een vervolging worden ingesteld. [\[121\]](#) Ten slotte is aardig om te vermelden dat de Rechtbank 's-Gravenhage in een ander geschil over een lelieras, ditmaal Sorbonne, aan een Nederlandse inbreukmaker een verbod voor inbreuk op het kwekersrecht in Nieuw-Zeeland heeft gegeven. [\[122\]](#)

Literatuur

- P.A.C.E. van der Kooij, 'Afgeleide rassen anno 2008', *Agrarisch Recht* 2008, p. 311.

IX Geneesmiddelenreclame (E.H. Hoogenraad en O.P. Swens)

Wetgeving

Sponsoring

Op 1 januari 2008 is een nieuwe gedragscode van de Stichting Code Geneesmiddelenreclame (CGR) van kracht geworden voor algemene sponsoring. Enkele jaren geleden was er al een gedragscode vastgesteld voor de sponsoring van patiëntenorganisaties. In deze regeling is begin 2008 de nieuwe verplichting opgenomen jaarlijks bekend te maken welke patiëntenorganisaties worden gesponsord (art. 3 lid c Gedragsregels Sponsoring Patiëntenorganisaties).

Gunstbetoon

De CGR heeft, in navolging van EFPIA (de Europese koepelorganisatie van de farmaceutische industrie) haar gedragsregels op meer punten aangepast. Begin 2008 werden verschillende ondergeschikte wijzigingen in de Gedragscode Geneesmiddelenreclame overgenomen. Het betreft onder meer een exceptie op het

schriftelijkheidvereiste van de (dienstverlenings)overeenkomst (voor overeenkomsten tot het eenmalig invullen van eenvoudige vragenlijsten of enquêteformulieren) (art. 12 Uitwerking Normen Gunstbetoon ('UNG')). [123] Daarnaast is art. B.4.a UNG uitgebreid. Hierin is nu expliciet bepaald dat, waar het de sponsoring betreft van een samenkomst waaraan een partnerprogramma is verbonden, de gastvrijheid zich niet mag uitstrekken tot anderen dan de deelnemers aan het inhoudelijke gedeelte van de samenkomst. Art. B.4.b UNG is verder in overleg met het Ministerie van VWS aangepast vanuit het oogpunt van vrij verkeer van diensten. De aparte normen voor een locatie in het buitenland zijn nu afgeschaft. De nieuwe normen die gelden voor alle locaties streven na dat de locatie 'passend' is. Dit is uitgewerkt in punt 7.16 van de Toelichting op de UNG: qua faciliteiten moet de locatie ondergeschikt zijn aan het hoofddoel van de samenkomst en qua ligging moet deze objectief gerechtvaardigd zijn.

Evaluatie wetgeving

De werking van het oude Reclamebesluit Geneesmiddelen werd in 2008 in opdracht van het Ministerie van VWS geëvalueerd. [124] De doelstelling van het Reclamebesluit was in hoofdzaak het bevorderen van het rationele gebruik van een geneesmiddel, door het objectief voor te stellen, zonder overdrijving van de eigenschappen. De opstellers concluderen dat deze doelstelling - in Nederland vooral nagestreefd door zelfregulering zoals vormgegeven door de CGR en de KOAG - in de praktijk niet altijd goed uit de verf komt. De ambitie van de betrokkenen zou niet zijn ervoor te zorgen dat reclame bijdraagt aan rationeel geneesmiddelengebruik, maar eerder voorkoming van oneigenlijke beïnvloeding. Dit zou een beter werkbare en haalbare doelstelling zijn. De oorspronkelijke doelstelling zou gezien worden als een zorg van de beroepsgroepen, al dan niet te regelen via hun richtlijnen. [125] De onderzoekscommissie heeft zich dan ook afgevraagd of het systeem van zelfregulering eigenlijk wel werkt. Ten aanzien van het bereik van het systeem van geconditioneerde zelfregulering (dat wil zeggen: zelfregulering binnen de door de (Europese) wetgever gestelde grenzen) stelt de onderzoekscommissie vast dat het systeem zich weliswaar uitstrekt tot een breder kader dan de reclamevormen genoemd in het Reclamebesluit, maar dat belangrijke 'beïnvloedingskanalen' ('Medical Opinion Leaders', sponsoring van geaccrediteerde na- en bijscholing van artsen) nog wachten op een wettelijke regeling. Op het terrein van de normontwikkeling blijkt de zelfregulering echter goed te werken. Zowel de KOAG, de CGR als betrokken beroepsorganisaties spannen zich in om de normen bekendheid te geven. De conclusie (getrokken op basis van een eigen peiling en een eerder onderzoek van de KNMG) is echter geen verrassende: veel artsen en apothekers hebben slechts een beperkt besef van de in acht te nemen normen. Hoewel het systeem dat de KOAG hanteert (toetsing vooraf) in hoge mate bijdraagt aan de handhaving van de normen van de KOAG, oordeelt de onderzoekscommissie dat het toezicht op naleving van de CGR-normen tekortschiet. In de praktijk wordt slechts geklaagd over schriftelijke informatie. [126] Daarnaast ontbreekt toezicht op de naleving van het gebod van preventieve toetsing van procedures voor niet WMO-plichtig onderzoek. Ook toezicht op samenkomsten in het buitenland (als aspect van het gunstbetoon) ontbreekt. Het toezicht op naleving van de normen die voor andere reclame-uitingen (gunstbetoon, internetuitingen, sponsoring van patiëntenorganisaties) gelden, kwalificeert de commissie als 'niet systematisch'. Andere kritiek is te vinden in de beoordeling van de samenwerking tussen IGZ en de CGR.

In augustus 2006 had de IGZ in haar tussentijdse evaluatie van de naleving van het Reclamebesluit al aangegeven dat de CGR onvoldoende actief toezicht hield op de naleving. [\[127\]](#) Ook na de in datzelfde jaar gemaakte afspraken over monitoring en opsporing blijft dit een punt van zorg. [\[128\]](#)

Interessant is de vraag naar het zich voordoen van ontwikkelingen die consequenties zouden moeten hebben voor hoofdstuk 9 van de Geneesmiddelenwet. Eén aanbeveling van de onderzoekscommissie is al opgevolgd: inmiddels zijn de verpleegkundigen met voorschrijfbevoegdheid zoals gedefinieerd in art. 14 sub d Wet BIG onder het bereik van art. 82 Geneesmiddelenwet gebracht, waardoor het niet meer zo is dat reclame-uitingen gericht op die groep als publieksreclame aangemerkt dient te worden.

Rechtspraak

Nationaal

In 2008 zijn bij de CGR de adviesaanvragen toegenomen ten opzichte van het jaar daarvoor. Dit komt mede door het feit dat per 1 januari 2008 buitenlandse samenkomsten verplicht preventief dienen te worden getoetst. In 2008 is het aantal gepubliceerde adviezen weer fors gestegen (naar 96). Er werden 18 klachten ingediend. Er waren zeven uitspraken van de Codecommissie van de CGR, waarvan er één uitmondde in een beslissing van de Commissie van Beroep. [\[129\]](#) Van de codecommissie KOAG/KAG verschenen vorig jaar geen uitspraken. In 2008 speelden in de 'gewone' rechtspraak ook weer enkele niet zuiver reclamerechtelijke bepalingen een rol, namelijk het toedienings- en aandieningscriterium van art. 1 Geneesmiddelenwet (van belang bij de bepaling of publieksreclame is toegestaan) en de correctie Langemeijer, die bij overtreding van de veelal publiekrechtelijke (reclame)regels uitkomst kan bieden bij het vaststellen of concurrenten onrechtmatig jegens elkaar handelen. Aan beide onderwerpen is, gelet op het nauwe verband met het geneesmiddelenreclamerecht, hieronder aandacht besteed.

Niet-geregistreerde indicatie

De Codecommissie CGR heeft in een kort geding [\[130\]](#) over Seretide(r) van GSK opnieuw duidelijk gemaakt dat het noemen van essentiële informatie over een geneesmiddel duidelijk vermeld moet worden (in casu niet in zeer kleine letters onderaan de uiting of in de verkorte productinformatie op de achterzijde van de reclame-uiting). Wezenlijke productkenmerken dienen naar het oordeel van de Codecommissie in duidelijke vorm een geïntegreerd deel uit te maken van de uiting, en wel op een zodanige wijze dat de beroepsbeoefenaar niet op het verkeerde been wordt gezet.

Monsterverstrekking

De Commissie van Beroep van de CGR oordeelde in een uitspraak over verstrekking van monsters van een vaccin tegen cervixkanker (Gerdasil) contra de Codecommissie. [\[131\]](#) Het verbod van gratis monsterverstrekking aan het publiek (art. 5 Code Publieksreclame voor Geneesmiddelen) dient volgens de Commissie van Beroep niet uitsluitend bekeken te worden in het licht van de wettelijke eisen van art.

92 lid 1 sub c Geneesmiddelenwet (maximaal twee monsters). De Codecommissie oordeelt dat geen verbod van doorgifte via artsen van monsters aan patiënten bestaat, nu ongewenste beïnvloeding van het voorschrijfgedrag zich niet voordoet. Dit aangezien de monsterverstrekking niet tot een 'structurele en ongeoorloofde prikkeling' leidt. De Commissie van Beroep oordeelt, anders dan de Codecommissie, dat de arts zich wél zal laten leiden door het financiële belang van de patiënt. Het ging in casu om twee verpakkingen per jaar per arts en een voordeel van € 125 op € 375 in totaal (volgens de Commissie van Beroep nog steeds een 'aanzienlijk financieel voordeel'). Dat IGZ haar goedkeuring aan de verstrekking had gegeven maakte dit niet anders, nu niet was gebleken dat de Inspectie getoetst had aan de geneesmiddelenreclameregels.

Correctie Langemeijer

De rechtspraak over toepassing van de correctie Langemeijer op schade geleden door oneerlijke voorsprong die concurrenten behalen met (vermeende) overtreding van de reclame- of registratieregels zette zich in 2008 voort. De Maastrichtse voorzieningenrechter [\[132\]](#) oordeelde naar inmiddels vaste rechtspraak [\[133\]](#) dat art. 40 en 84 Geneesmiddelenwet strekken ter bescherming van de volksgezondheid en niet tot doel hebben concurrenten in hun positie te beschermen. Wil de correctie Langemeijer het relativiteitsvereiste opzij zetten, dan geldt een zware stelplicht. De omstandigheid dat omzetverlies geleden wordt door het handelen in strijd met deze regels is daartoe onvoldoende. Ook in de zaak *Lichtwer Pharma/Norgine* [\[134\]](#) werd door de rechter soortgelijk geredeneerd met betrekking tot vermeende overtreding van de genoemde bepalingen. De correctie Langemeijer ging daar niet op, nu niet was komen vast te staan dat Lichtwer Pharma in strijd met de geldende wettelijke bepalingen ten opzichte van Norgine voordeel ten eigen behoeve had gecreëerd. Een beroep op de correctie Langemeijer slaagde wel in de cassatiefase van een procedure die apothekers hadden aangespannen tegen artsen die een apotheek exploiteerden. Art. 18 Besluit Uitoefening Artsenijbereidkunst was van kracht tot op 1 juli 2007 art. 11 Besluit Geneesmiddelenwet in werking trad. Beide bepalingen verbieden voorschrijvers en apothekers onderling of met elkaar, rechtstreeks of indirect, een overeenkomst (of een andere vorm van samenwerking) aan te gaan, wanneer die tot gevolg heeft (of kan hebben) dat het aan patiënten ter hand stellen van UR-geneesmiddelen wordt beïnvloed door andere overwegingen dan die van een goede geneesmiddelenvoorziening. Anders dan de op dezelfde dag vonnis wijzende Utrechtse voorzieningenrechter [\[135\]](#) en eerder oordelende rechters [\[136\]](#) oordeelde de Hoge Raad dat er voldoende relativiteit was tussen de geschonden norm (die ook ziet op bevordering van een goede geneesmiddelenvoorziening) en de belangen van de concurrerende apothekers. Dit met name omdat in de parlementaire geschiedenis van art. 11 Besluit Geneesmiddelenwet ook wordt gewezen op concurrentievervalsing veroorzaakt door (samenwerkings)overeenkomsten tussen voorschrijvers en apothekers. In het concrete geval zouden de gedagvaarde huisartsen er volgens de Hoge Raad voordeel bij hebben, indien zij hun patiënten door aangepast voorschrijfgedrag naar de mede door hen geëxploiteerde apotheek zouden laten gaan.

Toedienings- en aandieningscriterium

De procedure tussen Lichtwer Pharma en Norgine bracht een nadere invulling van het aandieningscriterium van art. 1 lid 1 sub b Geneesmiddelenwet. Het Hof Arnhem gaf aan dat de ratio voor een ruime uitleg van het aandieningscriterium - zoals verwoord door het HvJ EG in de arresten *Bennekom* en *Delattre* [\[137\]](#) - een minder grote rol speelt bij de afbakening tussen een medisch hulpmiddel en een geneesmiddel. Norgine stelde dat een medisch hulpmiddel als geneesmiddel kwalificeert, wanneer gesuggereerd wordt dat het product op zichzelf een genezende of helende werking heeft. Wordt de verwachting van effect of inwerking op de fysiologische functies gewekt, dan moet het product volgens haar als geneesmiddel geclassificeerd worden. Het Hof ondervangt deze 'suggestie van (in)werking'-redenering van Norgine door verwijzing naar de definitie van geneesmiddel van art. 1 sub onder 3 Geneesmiddelenwet: er moet sprake zijn van een claim dat het middel ingrijpt in het organisme door het bewerkstelligen van een farmacologisch, immunologisch of metabolisch effect. Die claim ziet het Hof niet in de informatie die Lichtwer verstrekt. Presentatie als middel dat effect heeft op fysiologische functies acht het Hof in de onderhavige omstandigheden onvoldoende. De Haagse voorzieningenrechter stelde verder in een bekritiseerd vonnis [\[138\]](#) vast dat reclame voor de elektronische sigaret door de IGZ verboden mag worden, zolang nog niet is vastgesteld dat het betreffende product een geneesmiddel is.

Gunstbetoon

Op dit gebied wordt bij de CGR veel geadviseerd, maar weinig geprocedeerd. De Codecommissie CGR heeft nu meer licht geworpen op dit onderwerp [\[139\]](#) door de norm van art. A1 Uitwerking Normen Gunstbetoon ('UNG') [\[140\]](#) in te vullen. Het geschenk moet relevantie hebben met 'de gewone loop der dingen in de uitoefening van het beroep van de ontvanger'. De Toelichting bij de UNG spreekt dan ook van 'daadwerkelijk van betekenis voor de uitoefening van het beroep'. Als aangeboden geschenken voornamelijk buiten de beroepsuitoefening worden gebruikt, is niet voldaan aan art. A1, zo lijkt de Codecommissie te redeneren.

Prijsvergelijking

Aardig is een adviesoordeel van de CGR [\[141\]](#) betreffende een door producent X voorgenomen prijsvergelijking tussen twee receptplichtige geneesmiddelen. X wil een reclame-uiting verspreiden onder beroepsbeoefenaren met de mededeling dat behandeling met geneesmiddel A op jaarbasis circa 20% goedkoper is dan behandeling met geneesmiddel B. Dit onder de kop 'Prijsvergelijking (februari 2008)'. De naam van het andere geneesmiddel wordt weliswaar niet genoemd, maar de vergelijking met geneesmiddel B ligt in de bewoordingen van X besloten, met name in de woorden 'een verbeterde (...) oplossing'. De Codecommissie concludeert tot impliciete vergelijking in de zin van art. 5.8 Gedragscode CGR, ook omdat de merknaam van geneesmiddel B elders in dezelfde reclame-uiting wordt genoemd. Het oordeel van de CvB van 10 juni 2002 (nr. B21.027) wordt door de Codecommissie

herhaald en ze geeft aan dat de enkele vermelding - in nauw verband met elkaar - van prijzen van twee geneesmiddelen niet zonder meer als ontoelaatbaar is te kwalificeren. Reclame-uitingen waarin prijzen worden genoemd kunnen immers zodanig zijn ingericht dat beroepsbeoefenaren erop geattendeerd worden dat zij bij de keuze van het voor te schrijven geneesmiddel mede de prijsstelling betrekken, hetgeen geen strijd met de geneesmiddelenreclameregels oplevert.

Rechtspraak Stichting Reclame Code

In het kroniekjaar zijn een aantal geneesmiddelengerelateerde uitspraken bij de Stichting Reclame Code behandeld.

Niet verwonderlijk: het is verboden om een geadresseerde mailingcampagne te verzenden met als slogan 'ICT Remote beheer voorkomt hoofdbrekens', waarbij een Paracetamol pijnstillert (!) op de brief is geplakt. De Code Commissie oordeelt dat dit in strijd is met art. 71 Geneesmiddelenwet (de verplichting een bijsluiter bij te voegen inclusief vermelding contra-indicaties). Dus is sprake van strijd met art. 2 Nederlandse Reclamecode. [\[142\]](#) Het verweer dat het een ludieke actie is wordt verworpen.

Homeopatisch geneesmiddel

Oscillococcinum, [\[143\]](#) de witte korrels in een buisje, is geregistreerd bij het College ter Beoordeling van Geneesmiddelen als homeopatisch geneesmiddel met als indicatie griep. De klacht dat er geen wetenschappelijke onderbouwing is voor de reclamecampagne 'doe griep de das om' wordt om die reden zonder inhoudelijke toetsing afgewezen door de Reclame Code Commissie. [\[144\]](#)

Literatuur

- A.C.A. Brinkman e.a., Evaluatie Reclamebesluit Geneesmiddelen (Programma evaluatie regelgeving: deel 26), Den Haag, juli 2008.

X Reclamerecht (E.H. Hoogenraad)

Wetgeving

Europees

Gezondheidsclaims

Het kroniekjaar 2008 bracht vooral bezorgde vragen over de *uitvoering* van de in 2007 van kracht geworden wetgeving voor gezondheidsclaims. Het wachten is op de beoordeling van de ruim 3000 door Nederland ingediende gezondheidsclaims door de European Food and Safety Authority (EFSA) op basis van de Claimsverordening. [\[145\]](#) De voortekenen zijn voor de betrokken branches ongunstig. De EFSA is streng, volgens velen te streng.

Duidelijke richtlijnen over de beoordeling ontbreken. Was de hoop in het kroniekjaar nog dat de EFSA de in de Claimsverordening neergelegde deadline van 31 januari

2010 zal halen; inmiddels is al bekend dat de EFSA die datum zal overschrijden. De zogeheten ziekterisicobeperkingenclaims waarvoor de producent een vergunning moet aanvragen worden eveneens heel streng beoordeeld. Van de 23 aanvragen zijn er slechts 6 goedgekeurd en 15 afgewezen. Het is nog onduidelijk of alleen de goedgekeurde bewoordingen mogen worden gebruikt, of ook synoniemen.

Nationaal

Audio-visuele Media en Diensten

De Audiovisuele Media Diensten Richtlijn (AVMDR) is op de een na laatste dag van het kroniekjaar 2008 geïmplementeerd. De Mediawet 2008 is per 1 januari 2009 van kracht, met uitzondering van enkele bepalingen. [146] Heikel punt op het gebied van reclame was met name de beperkende bepalingen met betrekking tot alcohol: een uitzendverbod op televisie en radio voor alcoholreclame tussen 6.00 en 21.00 uur, zowel voor publieke als commerciële zenders. Inmiddels is dit van kracht per 2009 met een overgangstermijn voor radio- en televisiecommercials die voor 31 december 2008 zijn ingekocht.

Titelsponsoring is onder de nieuwe Mediawet in beginsel toegestaan. Het Commissariaat van de Media heeft de oude beleidsregels middels een overgangsregeling van toepassing verklaard op de Mediawet 2008. [147] Bij de uitleg van de regels zal het Commissariaat van de Media de bedoelingen van de Mediawet 2008 meewegen.

Oneerlijke Handelspraktijken

Op nationaal niveau is eindelijk de Wet Oneerlijke Handelspraktijken [148] ter implementatie van de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken (ROH) [149] op 15 oktober 2008 van kracht geworden (de implementatiedatum van 12 juni 2007 is dus fors overschreden). De Wet Oneerlijke Handelspraktijken is nu als species van de onrechtmatige daad in afdeling 3 van Boek 6 BW geïmplementeerd en terug te vinden in de nieuwe art. 6:193a-6:193j BW.

Een handelspraktijk is oneerlijk als deze in strijd is met de professionele toewijding en bovendien het economisch gedrag van de gemiddelde consument die zij bereikt of op wie zij is gericht verstoort of kan verstoren. Wat oneerlijk is zal de rechtspraak moeten uitmaken.

Nieuw is dat de wet een zwarte lijst kent van handelspraktijken die per definitie misleidend zijn, alsook een zwarte lijst van handelspraktijken die per definitie agressief zijn. De formulering van de bepalingen op de zwarte lijsten is soms onhelder te noemen.

Over de precieze inhoud van de nieuwe begrippen zal naar verwachting veel jurisprudentie volgen. De Richtlijn richt zich tot consumenten (b-to-c). Inmiddels ontspint zich in publicaties, waaronder in dit tijdschrift, een juridische discussie of ondernemingen kunnen optreden als hun concurrent zich schuldig maakt aan een oneerlijke handelspraktijk. [150]

De WOH kan bestuursrechtelijk en civielrechtelijk gehandhaafd worden;

civielrechtelijk door consumentenorganisaties, de consument en de benadeelde concurrent, bestuursrechtelijk door de Consumentenautoriteit [\[151\]](#) en de Autoriteit Financiële Markten.

De Consumentenautoriteit is inmiddels full swing aan de slag. De Nederlandse consument lijdt vanwege dubieuze misleidende handelspraktijken ieder jaar ruim een half miljard euro schade blijkens een onderzoek van de Consumentenautoriteit. [\[152\]](#) Ruim 2 miljoen Nederlanders waren in 2008 slachtoffer, uit alle lagen van de bevolking, zowel jong als oud. Een opvallende misleidende praktijk is misbruik van dure telefoonnummers (lang in de wacht staan). Ook misleidende vakantieclubs en agressieve verkoop tijdens busreisjes scoren hoog.

De Stichting Reclame Code had de ROH al eerder geïmplementeerd in de Nederlandse Reclame Code (art. 7 en 8 NRC). [\[153\]](#) De gewijzigde tekst is ingegaan per 1 februari 2008. De Reclame Code Commissie heeft inmiddels dus al ruim een jaar ervaring met de WOH, inclusief toepassingen van de zwarte lijst.

Rechtspraak

Europees

Vergelijkende reclame

Langverwacht en eindelijk gekomen: het Hof van Justitie EG heeft in de O2-uitspraak [\[154\]](#) helderheid gegeven over de vraag naar de verhouding tussen de Reclamerichtlijn en de Merkenrichtlijn. Is het gebruik van een overeenstemmend merk (bubbels) in een zuivere vergelijkende reclame (die niet misleidend of verwarrend is) merkinbreuk? Het antwoord van het Hof maakt twee dingen duidelijk. Merkgebruik in vergelijkende reclame is niet te kwalificeren als een gebruik ex art. 5 lid 1 sub b 1e EG-Richtlijn aanpassing merkenrecht EG-Lidstaten, maar is te beschouwen als een gebruik van de waren/diensten van de adverteerder zelf. Dat wil zeggen: gebruik in de zin van art. 5 lid 1 en 2 1e EG-Richtlijn aanpassing merkenrecht EG-Lidstaten. Daarmee is de Benelux-praktijk dat merkgebruik in vergelijkende reclame is te kwalificeren als 'ander gebruik' ex art. 5 lid 5 Richtlijn (art. 2.20 lid 1 sub d BVIE) exit.

Wat betreft de verhouding tussen het merkenrecht en vergelijkende reclame is de uitkomst van O2 dat het allemaal draait om verwarringsgevaar. Een zuivere vergelijkende reclame die voldoet aan de eisen uit de Reclamerichtlijn kan nooit merkinbreuk opleveren. Als wél sprake is van verwarringsgevaar, dan is de vergelijkende reclame niet in overeenstemming met de Reclamerichtlijn. Hoe zit het dan met een onzuivere vergelijkende reclame, bijvoorbeeld een misleidende reclame? Het Hof heeft ook die vraag beantwoord: als de eisen uit de Reclamerichtlijn zijn overtreden levert dat géén merkinbreuk op. [\[155\]](#)

Het Hof heeft helaas nog geen licht geworpen op de prangende vraag hoe gebruik van een bekend merk in een overigens zuivere vergelijkende reclame moet worden beoordeeld: vormt dat wel een merkinbreuk (ongerechtvaardigd voordeel trekken uit de bekendheid van het merk (sub h Reclamerichtlijn, sub c Merkenrichtlijn)? Dat antwoord laat nog even op zich wachten.

Oneerlijke handelspraktijken

De voorzieningenrechter heeft al richtlijnconform de ROH geïnterpreteerd in de *Tele2/UP*-uitspraak van 25 juli 2008. [156] De rechter toetst aan art. 6:194 BW maar legt de bepalingen uit in het licht van de ROH. De voorzieningenrechter geeft een uitleg aan art. 7 lid 3 ROH (misleidende omissies) en aan de bepaling dat de bij een bepaald medium behorende beperkingen in tijd/ruimte bij de beoordeling van misleiding een rol spelen.

Radiocommercials vallen volgens de voorzieningenrechter onder deze bepaling. De verwijzing door UPC naar haar website onder de vermelding 'ook voor de beschikbaarheid' is geen misleidende omissie.

De Stichting Reclame Code (SRC) heeft inmiddels al talloze uitspraken gedaan over diverse bepalingen van de in de NRC geïmplementeerde Wet Oneerlijke Handelspraktijken.

Belangrijk verschil met de wet is dat art. 8.1-8.5 NRC niet uitsluitend betrekking hebben op reclame gericht op consumenten (b-to-c) maar ook op business to business reclame (b-to-b). Bij toewijzing van de klacht bepaalt de RCC dat de adverteerder de verplichting uit een met name genoemde bepaling uit art. 8.1-8.5 NRC heeft geschonden. Hierdoor wordt de consument/concurrent ertoe gebracht een besluit te nemen over een transactie die hij anders niet had genomen. Om die reden is de uiting misleidend, en daardoor oneerlijk in de zin van art. 7 NRC. [157]

Inmiddels zijn ook de eerste uitspraken gedaan over de 'uitnodiging tot aankoop' van art. 8.4 NRC dat door de SRC zeer beperkt wordt uitgelegd: een commerciële boodschap die de kenmerken en de prijs op een aan het gebruikte medium aangepaste wijze vermeldt en aldus in staat stelt een aankoop te doen. Er moet sprake zijn van een antwoord- of bestelmechanisme of de mogelijkheid direct of op afstand tot transactie over te gaan.

Het is ook de SRC die inmiddels doende is om de vele varianten van de zwarte lijsten van misleidende handelspraktijken (art. 8.5 met bijlage 1 NRC) en agressieve handelspraktijken (art. 14.2 met bijlage 2 NRC) te beoordelen en daar invulling aan te geven. [158]

Vele uitspraken handelen over de misleiding in verband met het ontbreken van voldoende voorraad en de geldigheid van de disclaimers OP=OP. [159] Het lijkt nog te vroeg daar een eenduidige lijn in te kunnen trekken.

Misleiding

In de *OFT/Best Sales*-zaak [160] vordert de Britse toezichthouder OFT in het kader van een collectieve actie op basis van art. 3:305c BW een grensoverschrijdend verbod en rectificatie voor het verzenden van misleidende sweepstake mailing, verzonden vanuit Nederland naar Engeland. De voorzieningenrechter [161] paste nog Nederlands recht toe, maar in deze bodemprocedure oordeelt de rechtbank dat Engels materieel recht van toepassing is. [162] De uitspraak is vooral van belang omdat de rechtbank niet meegaat in de stelling van Best Sales dat de gemiddelde Engelse consument minder snel wordt misleid dan de Europese consument doordat dit soort sweepstakes vaak voorkomen in Engeland. De rechtbank overweegt dat de omstandigheid dat de Engelse consument ook gewend is aan sweepstakes, niet met zich meebrengt dat de Engelse consument ook gewend is aan *misleidende* sweepstakes. Het is niet de bedoeling van de Europese wetgever om de deur

meer en meer open te zetten voor onrechtmatige handelspraktijken. Met deze uitspraak is een meer uniforme Europese uitleg van het begrip misleiding weer een stap dichterbij gekomen.

Vergelijkende reclame

In de reeks vergelijkende reclame-uitspraken verdient vermelding de uitleg op de vraag '+ 50% gratis' voor vaatwastabletten in de strijd tussen Reckitt Benckiser en Unilever. [\[163\]](#) Volgens de voorzieningenrechter denkt de Gut Springenheide consument niet per definitie aan volume-verhoging, maar kan + 50% gratis ook een prijsvoordeel/prijsverlaging betekenen. Deze beslissing wordt mede gebaseerd op markonderzoek, dat ditmaal door de rechter deugdelijk wordt geacht.

Het in het vorige kroniekjaar besproken kortgedingvonnis over de vergelijkende reclame tussen Philips en Procter & Gamble dat de Sonicare FlexCare tandenborstel meer plaque verwijdert dan de Oral B Triumph is door het Hof bevestigd. [\[164\]](#) Bij totaal tegengestelde deskundigenverklaringen in een kortgedingprocedure trekt de adverterende partij (Philips) aan het kortste eind; Philips kan niet aan de bewijsplicht voldoen. Het ruim geformuleerde verbod is niet in strijd met art. 10 EVRM. De termen 'nieuwste standaard' en 'nieuwste evolutie in mondverzorging' zijn in reclame gebruikelijke vormen van overdrijving.

Alcohol

Sinds 1 juli 2007 is de aangescherpte Reclamecode voor Alcoholische dranken van kracht. De verplichte slogans zijn gewijzigd en uitgebreid. De bepalingen met betrekking tot minderjarigen zijn strenger geworden (geen ringtones, stickers, enz.). Ook is de bewijslast aangescherpt bij de 'sociaal en seksueel succes' bepaling. Niet mag de indruk worden gewekt dat er een causaal verband bestaat tussen de consumptie van alcohol en het hebben van sociaal/seksueel succes. De formulering van dit artikel verdient geen schoonheidsprijs; de eerste uitspraak daarover wordt in het kroniekjaar 2009 verwacht.

Het College van Beroep heeft een aantal principiële uitspraken gedaan. In de *Heineken Music Hall (HMH)*-uitspraak is bepaald dat de 25%-regel geldt per evenement, en niet per kalenderjaar. [\[165\]](#) Zodra aannemelijk is dat het aanwezige publiek voor meer dan 25% uit minderjarigen bestaat worden de reclame-uitingen binnenin de HMH afgeplakt. De naam Heineken Music Hall op de buitenzijde van het gebouw is niet specifiek gericht op minderjarigen. De 25% regel geeft praktische problemen op door alcoholfabrikanten gesponsorde evenementen en festivals; wat als vlak voor aanvang opeens blijkt dat meer dan 25% van het publiek minderjarig is (afplakken of afblazen?).

Een interessant verschijnsel is de rechtspraak met betrekking tot de aansprakelijkheid voor naleving van het verbod dat met medewerking van de branche reclame gemaakt wordt met gratis alcohol (verboden volgens art. 10 RvA). Het College van Beroep geeft in de *Beertender*-uitspraken een ruime uitleg aan 'met medewerking van de branche': ook als de uiting afkomstig is van niet-branchegenoten (in dit geval de witgoedhandel) en de inhoud geheel buiten medeweten van de alcoholfabrikant is opgesteld, is sprake van overtreding van art. 10 RvA. [\[166\]](#) Als de fabrikant het door de fabrikant goedgekeurde reclamemateriaal (doet) toezenden aan de witgoedhandel inclusief instructies om de RvA na te leven is geen sprake van schending van art. 10 RvA, zo is uit de nadien gewezen uitspraak over een

soortgelijke advertentie op te maken. [\[167\]](#) Dit legt een vergaande verplichting op de fabrikant/merkhouders. Die tendens is vaker waar te nemen bij het CvB zo blijkt onder meer uit de hierna te vermelden affiliate-uitspraken.

Het uploaden van door de consument zelf gemaakte neutrale filmpjes (zonder reclame-elementen) op een website van een alcoholfabrikant wordt vanwege de context van de website beschouwd als reclame. En dan geldt sinds 1 juli 2008 art. 11 RvA nieuw: de afgebeelde personen mogen niet jonger zijn of jonger lijken dan 25 jaar. [\[168\]](#)

Affiliate marketing

Deze speciale vorm van marketing op internet houdt in dat een leverancier door middel van een tussenpartij (Affiliate Netwerken) zijn producten via internet verkoopt. De Affiliate Netwerken sluiten overeenkomsten met de website-eigenaren (affiliates). De affiliate bepaalt zelfstandig hoe hij de producten van de leverancier verkoopt en promoot. Ook maakt de affiliate voor eigen rekening en risico reclame voor zijn website via banners op websites van derden. Het College van Beroep [\[169\]](#) is van oordeel dat voor de gemiddelde consument niet (voldoende) duidelijk is dat misleidende reclame-uitingen met betrekking tot gratis ringtones op de website van zo'n affiliate niet (mede) afkomstig zijn van de leverancier. Het College van Beroep vindt niet relevant dat de affiliate een onafhankelijke derde is die geen enkele relatie heeft met de leverancier. Door gebruik te maken van affiliate marketing en affiliates zelf de inhoud van de reclame-uitingen te laten bepalen neemt de leverancier een welbewust risico dat de wijze van adverteren niet in overeenstemming is met de Reclame Code. Het praktische bezwaar dat het feitelijk gezien onmogelijk is om op de uitingen van affiliate toe te zien wordt terzijde geschoven. Net als in de hierboven genoemde uitspraken inzake *Beertender* nuanceert het College van Beroep deze strenge bepaling in gevallen dat de aanbieder aantoonbaar jagers een ernstig over de schreef gaande affiliate alle mogelijke sancties te hebben ondernomen. Alleen dan is de 'risico'-aansprakelijkheid niet van toepassing. [\[170\]](#)

Sms Reclamecode

De aanscherping van de sms-reclame code is ook in het kalenderjaar 2008 nog niet verwerkelijkt. Wel is tussen de branchepartijen op 1 mei 2008 een Gedragscode SMS-Dienstverlening afgesloten (van toepassing op operators, service providers, sms-dienstverleners en content providers). Daarin zijn belangrijke waarborgen opgenomen inclusief een klachtenregeling. Als een consument klaagt dat hij zonder zijn toestemming betaalde sms-diensten ontvangt moet de sms-dienstverlener binnen drie dagen bewijs overleggen dat de consument toestemming heeft gegeven, zo niet dan moet de consument schadeloos gesteld worden. Zodra de sms-reclamecode van kracht wordt, wordt deze een integrale bijlage bij de Gedragscode. De Commissie Handhaving SMS-code heeft op 12 december 2008 de eerste uitspraak gedaan in een klachtzaak tegen Netsize en Abor Creative, wat resulteerde in een berisping en een vorm van rectificatie, alsook schadeloosstelling van alle consumenten die zich als gedupeerden melden naar aanleiding van die rectificaties. [\[171\]](#)

Gezondheidsclaims

De rechter honoreert het verzoek tot schorsing ten aanzien van de inhoudelijke beoordeling van al dan niet misleidende kinderclaims waarvoor een vergunning is ingediend ex art. 15 Claimsverordening: zolang de EFSA nog geen oordeel heeft gegeven over het wetenschappelijk bewijs van de kinderclaim hoeft de rechtbank geen eigen beoordeling te geven, aldus Rechtbank Amsterdam in de zaak *Nestlé/Nutricia*. [172]

Overigens doet zich ook de keerzijde voor: bij de Reclame Code Commissie vormt een beroep op het feit dat een bepaalde gezondheidsclaim is ingediend bij de EFSA geen vrijbrief om de claim te gebruiken: deugdelijk inhoudelijk wetenschappelijk bewijs moet worden overgelegd. Zo niet, dan wordt de claim misleidend geoordeeld. [173]

Wat betreft gezondheidsproducten is wederom een Swinglevend brochure onderwerp van geschil geweest. In advertorials komen bepaalde producten van Pharma Nord aan de orde, zonder de merknaam te noemen. De KOAG/KAG heeft een klacht ingediend stellende dat de brochure als geheel is te beschouwen als een reclame-uiting. Zover wilde de Code Commissie niet gaan. Ook afzonderlijke artikelen uit de brochure zijn niet te beschouwen als advertenties voor Pharma Nord, mede omdat ook concurrenten producten op de markt brengen die de in de artikelen genoemde werkzame stoffen bevatten. Wel zijn diverse afzonderlijke uitingen te kwalificeren als verboden medische claims, zodat sprake is van strijd met art. 20 lid 2 onder a Warenwet. [174]

Buzzmarketing

Is het fenomeen buzzmarketing, waarbij duizend 'buzzers' een product uitproberen die vervolgens hun mening over het product geven en dat aan anderen verkondigen, onder andere via blogs en een reactie op de buzzmarketing website te beschouwen als reclame? Dit stelde STAP in een klacht tegen een Grolsch buzzing campagne. De Reclame Code Commissie laat zich niet uit over het concept buzzmarketing in het algemeen. De betreffende uitingen van de buzzers op het websiteforum is geen aanprijzing als bedoeld in art. 1 NRC. Grolsch heeft aannemelijk gemaakt geen invloed te hebben op de mening van de buzzers, die zowel positief als negatief zijn. [175]

Literatuur

- W.H. van Boom, 'Inpassing en handhaving van de Wet oneerlijke handelspraktijken', *TvC* 2008-11, p. 18.
- 'De Richtlijn oneerlijke handelspraktijken en de implementatie daarvan in het BW, mogelijke complicaties in de praktijk', *IER* 2008/64, L. Kroon en C.S. Mastenbroek, en een reactie daarop van Paul Geerts in *IER* 2009/1.
- J.J.C. Verdel, 'Bescherming voor niet-consumenten door het ontstaan van reflexwerking van de zwarte lijsten uit de Wet oneerlijke handelspraktijken', *TvC* 2008-1, p. 34 e.v.

XI Rechtshandhaving en procesrecht (E.J. Numann)

Wetgeving

Nieuwe wetgeving of internationale regelgeving van belang voor IE-rechtshandhaving en procesrecht valt in 2008 niet te melden. Wel is sprake van 'pseudo-wetgeving', geproduceerd door

de rechterlijke macht: de Haagse rechtbank paste de regeling voor het versnelde regiem in octrooizaken aan met het oog op het op 1 september 2008 in werking getreden Landelijk procesreglement voor civiele dagvaardingszaken. [\[176\]](#) Van groot belang voor de toepassing van de in art. 1019h Rv neergelegde regel van volledige vergoeding van proceskosten zijn de per 1 augustus 2008 van kracht geworden 'Indicatietarieven in IE-zaken', tot stand gebracht door het Landelijk Overleg Voorzitters van de Civiele sectoren van de rechtbanken in samenspraak met de Nederlandse Orde van Advocaten. [\[177\]](#) Zie hierna onder *Rechtspraak*.

Rechtspraak

De rechtspraak in het verslagjaar staat, wat betreft de rechtshandhaving en het procesrecht, in het teken van de toepassing van art. 1019-1019i Rv, de titel waarin de bepalingen van de EU-Handhavingsrichtlijn zijn geïmplementeerd (zie de kroniek over 2007). Daarbij bevindt zich al een uitspraak van de Hoge Raad: in het *Endstra*-arrest [\[178\]](#) is beslist (a) dat een volledige proceskostenvergoeding niet ambtshalve kan worden gegeven, maar moet worden gevorderd, (b) dat dit tijdig moet geschieden, zodat de wederpartij zich naar behoren kan verweren, (c) dat de gevorderde kosten gespecificeerd moeten zijn en (d) dat het verweer betrekking kan hebben op het aantal in rekening te brengen uren van de behandelend advocaat en het daarop toe te passen uurtarief, op de vraag of die kosten 'redelijk en evenredig' zijn en of de billijkheid zich wellicht tegen die vergoeding verzet, alsmede, indien in het geding ook andere vorderingen dan ter handhaving van intellectuele-eigendomsrechten zijn ingesteld, op de vraag welk gedeelte van de in rekening gebrachte kosten op die handhaving betrekking heeft.

Enige casuïstiek uit het verslagjaar: een executiegeschil met betrekking tot een inbreukprocedure rangschikt men veelal onder de geschillen die door titel 15 worden bestreken. [\[179\]](#) Ook een vordering, ingesteld tot nakoming van een vaststellingsovereenkomst inzake een IE-inbreuk, wordt in de meeste gevallen beschouwd als een handhavingsvordering. [\[180\]](#) Vorderingen tot handhaving van portretrecht daarentegen worden in de regel niet onder de omschrijving van art. 1019 Rv begrepen geacht. [\[181\]](#)

We vinden voorts uitspraken over verzoeken tot bewijsbeslag (art. 1019b en c Rv), waarvan het vermelden waard zijn: dat de exclusieve bevoegdheid van de Haagse rechtbank in octrooizaken (art. 80 ROW) zich niet uitstrekt tot het verlot tot bewijsbeslag in octrooizaken [\[182\]](#) en dat een bewijsbeslag geen recht op inzage of afschrift van in beslag genomen documenten geeft (of op andersoortige kennisneming van de betrokken gegevens), met het oog waarop ook wel wordt bepaald dat de beslaglegger niet bij de beslaglegging tegenwoordig mag zijn (art. 1019c Rv jo. art. 443 lid 2 Rv) en een geheimhoudingsplicht aan de deurwaarder c.s. wordt opgelegd. [\[183\]](#) De rechtspraak vertoont verder enkele voorbeelden waarin een ex-parte voorziening wordt geweigerd of een eerder verleende wordt herroepen/opgeheven ('herzien'; zie art. 10192e lid 3 Rv). [\[184\]](#) Weigering geschiedt vooral op de grond dat niet is voldaan aan de hoge eisen die worden gesteld aan de aannemelijkheid van de gestelde inbreuk en aan het spoedeisend karakter dat zich verzet tegen uitstel tot de verweerder is gehoord. [\[185\]](#)

Zoals te verwachten was, heeft het jaar 2008 een bonte reeks uitspraken opgeleverd waarin toepassing is gegeven aan aanspraak op volledige vergoeding van de proceskosten die art. 1019h Rv de in het gelijk gestelde partij in een IE-handhavingsgeding toekent. Het bestek van deze kroniek laat geen uitvoerige opsomming van de talloze uitspraken toe. Ik beperk mij tot enkele intussen zichtbaar geworden hoofdlijnen. Een belangrijke factor vormen de eerdergenoemde, per 1 augustus 2008 van kracht geworden 'Indicatietarieven in IE-zaken'. Het gaat hier om *indicatieve*

maatstaven voor de begroting van *advocatenkosten* in zaken waarop art. 1019h Rv van toepassing is, zoals die door de rechtbanken (dus in de rechtspraak *in eerste aanleg*) zullen worden gehanteerd. [186] Zij zijn mede van toepassing verklaard op gedingen waarin uitsluitend de geldigheid van een IE-recht aan de orde is en op declaratoire vorderingen ter zake van niet-inbreuk, maar gelden niet voor octrooizaken.

De rechter komt aan toepassing van de Indicatie tarieven eerst toe als het bedrag van de gevorderde kosten wordt betwist. [187] Het bestaan van de tarieven ontslaat de partij die volledige proceskostenvergoeding wenst niet van de verplichting zijn kosten te specificeren. [188] Het gaat om indicaties; de rechter kan er dus van afwijken. Nu en dan worden inderdaad zaken als *hors catégorie* bestempeld. [189] Zijn partijen vergoedingsbedragen overeengekomen, dan conformeert de rechter zich daar in de regel aan. [190]

Afwijzing van een volledige kostenvergoeding op de aan het slot van art. 1019h Rv vermelde grond ('tenzij de billijkheid zich daartegen verzet') vindt tot dusverre niet vaak plaats. [191]

Regelmatig worden door de rechtbanken en hoven de gevorderde kosten beperkt omdat deze de grenzen van het redelijke te buiten gaan, waarbij tal van factoren een rol spelen, zoals: de gecompliceerdheid van de zaak, de noodzaak voorafgaand feitenonderzoek te (laten) verrichten, aard en omvang van het (te verwachten) verweer en de noodzaak tot het inschakelen van meer dan één advocaat (of octrooigemachtigde).

Te wijzen valt tot slot op een geheel andersoortige uitspraak, en wel van de octrooirechter over de zogeheten 'Zwitserse methode'. Daarmee wordt gedoeld op een door een Zwitsers octrooigerecht ontwikkelde regel die voorziet in de leemte die het HvJ EG in het *GAT/LuK*-arrest heeft laten bestaan, doordat niet is beslist wat de rechter die in een octrooi-inbreukzaak wordt geconfronteerd met een beroep op nietigheid van een buitenlandse deel van het Europese octrooi, met die inbreukvordering kan of moet doen. Die methode houdt in dat de verweerder gedurende zes weken in de gelegenheid wordt gesteld in het desbetreffende land een vordering tot nietigverklaring aanhangig te maken, in welk geval het inbreukgeding wordt geschorst. Laat de verweerder dat na, dan wordt de inbreukprocedure voortgezet en acht de Zwitserse rechter zich bevoegd deze ook inhoudelijk te behandelen. De Haagse rechtbank heeft beslist deze methode, die zich ook niet verdraagt met hetgeen de Hoge Raad in het Roche-eindarrest [192] heeft bepaald, niet toe te passen. [193]

Literatuur

De verschijning van het magnum opus van T. Cohen Jehoram, C.J.J.C. van Nispen en J.L.R.A. Huydecoper, *Industriële eigendom 2 - Merkenrecht* is ook voor dit onderdeel van de kroniek van belang, nu in de hoofdstukken 10 en 15 respectievelijk 'rechtsvorderingen' en 'procedurele aspecten van civielrechtelijke handhaving' behandeling hebben gevonden.

Voor het overige valt te wijzen op:

- D. de Lange, 'Wat moet de Nederlandse octrooirechter doen bij een *GAT/LuK* verweer?', *BIE* 2008, p. 231-233.
- T.M. Blomme, 'Twintig jaar gecentraliseerde octrooirechtspraak in Den Haag: een statistisch overzicht', *IER* 2008/47.
- Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering, bewerking Boek III Titel 15: Van rechtspleging in zaken betreffende rechten van intellectuele eigendom (E.J. Numann).

Voetnoten

- [1] Zie ook Th.C.J.A. van Engelen, 'Intellectueel Kapitaal in de rechtspraak: 2007 onder de loep', *IER* 2008/48.
- [2] Zie voor algemene beschouwing MvJ, Auteursrechtenbeleid, *Kamerstukken II* 2007/08, 29 838, nr. 11.
- [3] EC COM (2007) 836 waarover Brief 6 februari 2008 van de Staatssecretaris voor Buitenlandse Zaken aan de Voorzitter van de Tweede Kamer (*Kamerstukken II* 2007/08, 22 112, nr. 609).
- [4] COM (2008) 466 *final*. Zie voor een bespreking van de inhoud van het Groenboek Copyright Notice 2008/3, p. 13-15.
- [5] Nederlandse Reactie op het Groenboek 'Auteursrecht in de Kenniseconomie' van oktober 2008, www.justitie.nl.../Nederlands%20reactie%20%20op%20EC%20groenboek, waarover Copyright Notice 2008/4, p. 18-22. Digitale ontsluiting van historische archieven en verweesde werken (WODC/CIER 2008).
- [6] Copyright Notice 2008/3, p. 9.
- [7] Brief MvJ 29 mei 2008 (*Kamerstukken II* 2007/08, 29 383, nr. 106). Zie over auteurscontractenrecht H. Cohen Jehoram, 'Komend auteurscontractenrecht', *IER* 2008/74; over toezicht H. Cohen Jehoram, 'Het toezicht op collectieve beheersorganisaties en de goededoelenfondsen', *AMI* 2008/1, p. 8-13; over de thuiskopie M.R.F. Senftleben, 'Privé-kopiëren in het licht van de driestappentoets (...)', *IER* 2008/65; over verweesde werken M.H. Elferink & A. Ringnalda, *Digitale ontsluiting van historische archieven en verweesde werken* (WODC/CIER 2008).
- [8] HvJ EG 29 januari 2008, nr. C-275/06, *AMI* 2008/3, p. 67-71, m.nt. Ekker; *IER* 2008/44, m.nt. Grosheide (aangevend dat desbetreffende Nederlandse rechtspraak is in te passen in het kader van deze HvJ EG-beslissing).
- [9] Brief MvJ 8 februari 2008 (08-JUST-B-009) (*Kamerstukken II* 2007/08, 29 838, nr. 6).
- [10] HR 30 mei 2008, *AMI* 2008/5, p. 136-142, m.nt. Senftleben; HR 4 januari 1991, *NJ* 1991, 608, m.nt. Verkade.
- [11] *Kamerstukken II* 2008/09, 31 766, nr. 2.
- [12] P.B. Hugenholtz, D.J.G. Visser & A.W. Hins, *Geschillenbeslechting en collectief rechtenbeheer*, WODC 2007. Voorts P.B. Hugenholtz, D.J.G. Visser & A.W. Hins, 'Geschillenbeslechting en collectief rechtenbeheer', *AMI* 2008, p. 94.
- [13] Hugenholtz, Visser en Hins betogen dat de geschillencommissie geen arbitraal college moet worden dat 'als goede mannen naar billijkheid' beslist. *AMI* 2008, p. 97.
- [14] *Stb.* 2007, 435.
- [15] Hof 's-Gravenhage 11 november 2008, IEPT 2008 1111 (*NORMA c.s./Staat e.a.*). Tussen partijen loopt nog een bodemprocedure.
- [16] Rb. 's-Gravenhage 25 juni 2008, *AMI* 2008, p. 146, m.nt. C. van der Net, *Computerrecht* 2008, p. 234, m.nt. Chr.A. Alberdingk Thijm (*ACI c.s./Thuiskopie*). Hoger beroep ingesteld.
- [17] *Kamerstukken II* 2008/09, 29 838, nr. 9.
- [18] *Stb.* 2008, 468.
- [19] Hof Amsterdam 3 juli 2008, IEPT 2008 0703 (*Leaseweb/Brein*).
- [20] Vزر. Rb. 's-Hertogenbosch 8 juli 2008, IEPT 2008 0708 (*Brein/Euroaccess*).
- [21] Vزر. Rb. Amsterdam 24 januari 2008, *IER* 2008/61, m.nt. M. de Cock Buning (*Brein/ShareConnector*). Hoger beroep ingesteld.
- [22] Rb. Zwolle 4 maart 2007 en 3 mei 2007, *IER* 2007/73, m.nt. H. Struik (*Stokke/Marktplaats*). Hoger beroep ingesteld.
- [23] Vزر. Rb. Amsterdam 16 oktober 2008, *Mediaforum* 2008, p. 456, m.nt. Chr.A. Alberdingk Thijm (*Bruno Press/IMT*). Hoger beroep ingesteld. Tussen partijen loopt tevens een bodemprocedure.
- [24] Rb. Amsterdam 4 juni 2008, *AMI* 2008, p. 142, m.nt. K. Koelman (*Stemra/Chellomedia*). Hoger beroep ingesteld.
- [25] Hof Amsterdam 29 juni 2006, *AMI* 2007/1, p. 11, m.nt. K. Koelman (*Buma/Chellomedia*). Cassatie ingesteld.
- [26] Rb. 's-Gravenhage 31 december 2008 (*Knooble/Staat en NNI*).
- [27] Behandeld in twee instanties. Vزر. Rb. Almelo 11 februari 2008, *IER* 2008/62. Hof Arnhem 24 juni 2008, IEPT 2008 0624.
- [28] Rb. 's-Gravenhage 25 april 2007, B9 3891 (*Philips/LG*).
- [29] Rb. 's-Gravenhage 27 februari 2008, B9 4429 (*Bettacare/H3 Products*).
- [30] Rb. 's-Gravenhage 16 juli 2008, B9 6500 (*Bettacare/H3 Products*).
- [31] Rb. 's-Gravenhage 18 juni 2008, B9 6298 (*Fort Vale/Pelican*).
- [32] Rb. 's-Gravenhage 25 juni 2008, B9 6341 (*Izumi/Philips*).
- [33] Vزر. Rb. 's-Gravenhage 22 januari 2008, IEPT 2008 0122 (*Aventis/Apothecon en Ratiopharm*).
- [34] Hof 's-Gravenhage 28 februari 2008, IEPT 2008 0228 (*Warner-Lambert/Ranbaxy*).
- [35] Met name *Boehringer Mannheim/Genzyme* [1993], Justice Aldous, *Brugger/Medic Aid* [1996], Justice Laddie.
- [36] Zie met name *Apotex/SmithKline Beecham* [2004], Justice Jacob en *Saint-Gobain/Fusion Provida* [2005], Justice Jacob.
- [37] UK Court of Appeal 10 april 2008, EWCA Civ 311 (*Lundbeck A/S/Generics (UK) Ltd.*).

- [38] Supreme Court of Judicature - Court of Appeal (Civil Division) on appeal from the High Court of Justice Chancery Division (Patents Court), *Actavis UK Ltd v Merck & Co Inc*, 21 May 2008 [2008], EWCA Civ 444 (*Actavis U.K./Merck*).
- [39] House of Lords 9 July 2008, [2008] UKHL 49 (*Conor/Angiotech*).
- [40] United States Supreme Court 30 april 2007, 127 S.Ct. 1727 (2007), 550 U.S. 398 (*KRS/Teleflex*).
- [41] Zie o.a. *Ortho-McNeil Pharmaceutical/Mylan Laboratories*, 520 F3d 1358, 31 maart 2008.
- [42] HR 7 september 2007, IER 2007/106 (*Lely/Delava*).
- [43] HR 13 januari 1995, NJ 1995, 391, m.nt. Verkade, IER 1995, 17, p. 76 (*Ciba Geigy/Oté Optics*).
- [44] Hof 's-Gravenhage 27 september 2007, B9 6199 (*Zilka/Rüegg*); Rb. 's-Gravenhage 14 november 2007, B9 5087 (*Exodus/Joyincare*).
- [45] Rb. 's-Gravenhage 18 juni 2008, B9 6298 (*Fort Vale/Pelican*); Rb. 's-Gravenhage 2 juli 2008, B9 6394 (*Van Diepen/Pronk*).
- [46] Rb. 's-Gravenhage 2 juli 2008, B9 6394 (*Novartis/Actavis*).
- [47] Rb. 's-Gravenhage 25 juni 2008, B9 6341 (*Izumi/Philips*).
- [48] R. Hermans, *De mantra van beschermingsomvang*, 14 juli 2008, B9 6428.
- [49] Rb. 's-Gravenhage 24 september 2008, IEPT 2008 0924 (*Monsanto/Cefetra*).
- [50] Rb. 's-Gravenhage 22 oktober 2007, IEPT 2007 1022 (*AHP/BIE*).
- [51] Vzr. Rb. 's-Gravenhage 23 januari 2008, IEPT 2008 0123 (*Alk-Abelló/Staat der Nederlanden*).
- [52] Rb. 's-Gravenhage 28 mei 2008, IEPT 2008 0528 (*Aventis/OCN*).
- [53] Rb. 's-Gravenhage 8 oktober 2008 (*Boston/EPG*), IER 2009/11, m.nt. REPdeR.
- [54] HR 9 februari 1996 (*Spiro/Flamco*), NJ 1998, 2, m.nt. Verkade, BIE 1996, nr. 94, m.nt. Brinkhof en Steinhauser.
- [55] Rb. 's-Gravenhage 31 december 2008, B9 7454 (*Teckru/Duyvis*).
- [56] Vzr. Rb. 's-Gravenhage 7 april 2008, B9 5966 (*Eli Lilly/Ratiopharm*).
- [57] Vzr. Rb. 's-Gravenhage 15 mei 2008, IER 2008/49 (*Tieleman/Meijn*).
- [58] HR 25 november 2005, NJ 2006, 48 (*Rohde Nielsen/De Donge*).
- [59] Rb. 's-Gravenhage 30 januari 2008 (*Les Laboratoires Servier/Katwijk Farma*).
- [60] The High Court of Justice, Chancery Division, Patents Court 11 juli 2007 (*Les Laboratoires Servier/Apotex*), www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Patents/2007/1538.html.
- [61] Zie Besluit van de Raad van 18 december 2006, *PbEU* 2006, L 386, p. 28.
- [62] Verordening (EG) nr. 876/2007 van de Commissie van 24 juli 2007 tot wijziging van Verordening (EG) nr. 2245/2002 tot uitvoering van Verordening (EG) nr. 6/2002, *PbEU* 2007, L 193, p. 13 en Verordening (EG) nr. 877/2007 van de Commissie van 24 juli 2007 tot wijziging van Verordening (EG) nr. 2246/2002 tot vaststelling van de taksen, *PbEU* 2007, L 193, p. 16.
- [63] Voorstel voor een richtlijn van het Europese Parlement en de Raad tot wijziging van Richtlijn 98/71/EG inzake de rechtsbescherming van modellen, COM(2004) 582 def.
- [64] Resolutie van 12 december 2007 in procedure 2004/0203(COD).
- [65] Hof 's-Hertogenbosch 12 februari 2008, IER 2008/41, m.nt. Kamperman Sanders (*Driessen/Europochette*).
- [66] Vzr. Rb. 's-Gravenhage 4 maart 2008, KG ZA 08/69, *Enanef/Eurosolar*.
- [67] *BIE* 2008, p. 122.
- [68] D.J.G. Visser, *Het ABC van iedere IE-inbreuk*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2004.
- [69] HvJ EG 17 juli 2008, nr. C-488/06 (*Aire Limpio*), IEPT 2008 0717, IER 2008/80.
- [70] HvJ EG 7 juli 2005, nr. C-353/03 (*Nestlé*), *Jur.* p. I-6135, r.o. 30 en 32.
- [71] HvJ EG 8 mei 2008, nr. C-304/06 (*Eurohypo*), IEPT 2008 0508, www.iept.nl.
- [72] Zie ook HvJ EG 16 september 2004, nr. C-329/02 P (*SAT.1/BHIM*), *Jur.* p. I-8317, r.o. 35.
- [73] GvEA 15 oktober 2008, nr. T-405/05 (*Manpower*), IEPT 2008 1015, www.iept.nl.
- [74] Hof 's-Gravenhage 29 mei 2008 (*Beter Horen*), B9 6203.
- [75] BenGH 28 juni 2007 (*Europolis*), IER 2007/86.
- [76] Hof 's-Gravenhage 12 juli 2008 (*De Staat der Nederlanden/BBIE*), B9 6506
- [77] Vzr. Rb. Utrecht 30 juli 2008 (*Bakkerij 't Stoepje/De Broodpiraat*), IER 2008/78, m.nt. FWG.
- [78] Vzr. Rb. 's-Gravenhage 29 april 2008 (*Boerengolf*), IEPT 2008 0429, www.iept.nl.
- [79] Vzr. Rb. 's-Gravenhage 29 april 2008 (*Mad Dog Athletics/Batavus*), (*Spinner*), IER 2008/70, p. 285, m.nt. HMHS.
- [80] Rb. Middelburg 2 juli 2008 (*Zeeuwse mosselen*), NJF 2008, 347.
- [81] GvEA 12 november 2008, nr. T-270/06 (*Lego/MegaBrands*), IEPT 2008 1112, www.iept.nl.
- [82] Hof 's-Hertogenbosch 12 juni 2007 (*MegaBrands/Lego*), IER 2007/79, m.nt. AKS.

- [83] HvJ EG 12 juni 2008, nr. C-533/06 (*O2 v Hutchinson 3G*), *IER* 2008/56, m.nt. EHH.
- [84] Richtlijn 84/450/EEG van de Raad van 10 september 1984 inzake misleidende reclame en vergelijkende reclame (*PbEG* L 250, p. 17), zoals gewijzigd bij Richtlijn 97/55/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 oktober 1997 (*PbEG* L 290, p. 18).
- [85] HvJ EG 25 januari 2007, nr. C-48/05 (*Opel/Autec*), *IER* 2007/28, m.nt. ChG.
- [86] Zie bijvoorbeeld AA 2008, p. 812, m.nt. Gielen.
- [87] Vzr. Rb. 's-Gravenhage 11 november 2008 (*Arla/Vergeer*), B9 7262.
- [88] Vzr. Rb. 's-Gravenhage 2 april 2008 (*Hansa/Tempoline*), *IER* 2008/51, p. 200.
- [89] HvJ EG 27 november 2008, nr. C-252/07 (*Intel/CPM*), IEPT 2008 1127, www.iept.nl.
- [90] HvJ EG 23 oktober 2003, nr. C-408/01 (*Adidas/Fitnessworld*), *IER* 2004, 13, m.nt. Kabel.
- [91] HvJ EG 10 april 2008, nr. C-102/07 (*Adidas/Marca, H&M en Vendex*), *IER* 2008/53, p. 208, m.nt. ChdG.
- [92] HvJ EG 4 mei 1999, nr. C-108/97 en C-109/97, *NJ* 2000, 375, m.nt. DWFV.
- [93] GvEA 16 april 2008, nr. T-181/05 (*Citibank/Citi*), *IER* 2008/52, m.nt. REPdR.
- [94] HvJ EG 23 oktober 2003, nr. C-408/01 (*Adidas*).
- [95] Zie GvEA 25 mei 2005, nr. T-67/04 (*Spa-Finders*), *Jur.* p. II-1825, punt 40.
- [96] GvEA 19 juni 2008, nr. T-93/06 (*Mülhens GmbH & Co. KG tegen OHIM/Spa Monopole*), *IER* 2008/69.
- [97] Rb. Zwolle 2 juni 2008 (*CNV/Aldi*), *IER* 2008/71, m.nt. HMHS.
- [98] Vzr. 's-Gravenhage 15 december 2008, *IER* 2009/9.
- [99] HvJ EG 9 december 2008, nr. C-442/07 (*Radetzky-Orden/BKFR*), B9 7367.
- [100] HvJ EG 11 maart 2003, nr. C-40/01 (*Ansul/Ajax*), IEPT 2003 0311, www.iept.nl.
- [101] HR 11 januari 2008 (*Hugo Boss/Reemstra*), *IER* 2008/19, m.nt. ChG.
- [102] HvJ EG 14 juni 2007, nr. C-246/05 (*Haupt/Lidl*), B9 4155.
- [103] HR (kort geding) 12 december 2008 (*Portakabin/Primakabin*), IEPT 2008 1212, www.iept.nl.
- [104] Rb. 's-Gravenhage 9 januari 2008 (*Portakabin/Primakabin*), *IER* 2008/36.
- [105] Vzr. Rb. Amsterdam 9 maart 2006 (*Portakabin/Primakabin*), *IER* 2006/55 en Hof Amsterdam 14 december 2008 (*Portakabin/Primakabin*), *IER* 2007/27.
- [106] Hof 's-Hertogenbosch 29 januari 2008 (*Red Bull/Winters*), *IER* 2008/43.
- [107] HR 18 april 2008 (*Lancaster*), *NJ* 2008, 246.
- [108] HvJ EG 8 april 2003, nr. C-244/00 (*Van Doren/Lifestyle*), *IER* 2003/49.
- [109] Vzr. Rb. 's-Gravenhage 18 november 2008 (*Coty/Tico Trading-Davidoff*), IEPT 2008 1118, www.iept.nl.
- [110] HR 11 juli 2008 (*Makro/Diesel*), *IER* 2008/68, p. 277, m.nt. ChG.
- [111] HvJ EG 20 november 2001, nr. C-414/99-C-416/99, *Jur.* 2001, p. I-8691, *NJ* 2002, 183, *IER* 2002/4, m.nt. SdW.
- [112] HvJ EG 22 juni 1994, nr. C-9/93 (*IHT Danzinger/Ideal Standard*), *Jur.* 1994, p. I-2757.
- [113] BenGH 11 februari 2008, nr. A 2006/4 (*IWC/Michel*), *IER* 2008/21, p. 87, m.nt. ChG, *NJ* 2008, 535, m.nt. ChG, B9 5824.
- [114] Hof Arnhem 15 januari 2008, *IER* 2008/39.
- [115] Zie bijvoorbeeld Vzr. Rb. Breda 10 april 2008, *IER* 2008/50, m.nt. ChG (*Groen Direkt*) en Vzr. Rb. 's-Gravenhage 15 oktober 2004, *BIE* 2005, 35, p. 119 (*Beach Challenge*), m.nt. J.L.R.A.H. (met name ook hierover).
- [116] Hof Arnhem 15 januari 2008, *IER* 2008/39, r.o. 5.5.
- [117] *BIE* 2008, 34, p. 324 (debandenwinkel.nl).
- [118] *BIE* 2008, 35, p. 325 (*AMC*).
- [119] Vgl. *Kort Begrip* (2007), p. 399.
- [120] Rb. 's-Gravenhage 9 januari 2008, *IER* 2008/35 (*Jan Spek/Heco*).
- [121] Rb. 's-Gravenhage 27 februari 2008, IEPT 2008 0227 en Hof Amsterdam 19 maart 2008, IEPT 2008 0319.
- [122] Vzr. Rb. 's-Gravenhage 2 juni 2008, IEPT 2008 0602 (*Vletter & Den Haan/Van Zanten*).
- [123] De verschillende wijzigingen staan toegelicht in de nieuwsbrieven nr. 1, 2 en 3 van 2008, te raadplegen op www.cgr.nl.
- [124] A.C.A. Brinkman e.a., Evaluatie Reclamebesluit Geneesmiddelen (Programma evaluatie regelgeving: deel 26), Den Haag, juli 2008. De evaluatie werd uitgevoerd door Het Nederlands instituut voor onderzoek van de gezondheidszorg (NIVEL) in samenwerking met de Universiteit van Amsterdam. De evaluatie is in september 2008 aangeboden aan de Tweede Kamer.
- [125] T.a.p., p. 174.
- [126] De onderzoekscommissie stelt vast dat uit 819 geanalyseerde bezoekverslagen van artsenbezoekers blijkt dat de artsenbezoeker in een kwart van de gevallen niet geïnformeerd wordt over contra-indicaties, bijwerkingen en interacties, terwijl de arts vond dat dit wel had gemoeten (p. 174).

- [127] Tussentijdse evaluatie Stichting Code Geneesmiddelenreclame en zelfregulering Geneesmiddelenreclame. IGZ, Den Haag, augustus 2006.
- [128] T.a.p., p. 183-184.
- [129] De hier besproken beslissingen van de Codecommissie en de Commissie van beroep en de genoemde adviezen zijn te raadplegen op www.cgr.nl onder 'jurisprudentie'.
- [130] Codecommissie CGR 2 december 2008, nr. K08.011, *IER* 2009/12 (*Boehringer Ingelheim/GlaxoSmithKline*).
- [131] CvB CGR 30 mei 2008, B08.002/08.01, *JGR* 2008-3, p. 242 (*Sanofi Pasteur MSD/GSK*).
- [132] Vزر. Rb. Maastricht 10 januari 2008, *JGR* 2008-9, p. 81, m.nt. Schutjens (*Sanofi Aventis/Pharmachemie*).
- [133] Vgl. m.n. HR 10 november 2006, *IER* 2007/14 (*AstraZeneca/Menzis c.s. II*).
- [134] Hof Arnhem 23 september 2008, *IER* 2009/13.
- [135] Vزر. Rb. Utrecht 25 april 2008, *LJN* BD0580, *JGR* 2008/15, p. 152, m.nt. Lisman.
- [136] Vgl. de uitspraken *JGR* 2004/57, 2004/46 en 2006/32.
- [137] Deze ratio is, kort samengevat: Bescherming van de consument tegen producten die niet voldoende werkzaam zijn of die niet de werking hebben welke hij, gezien de wijze van aandiening, ervan mag verwachten.
- [138] Vزر. Pres. Rb. 's-Gravenhage 8 februari 2008, *JGR* 2008/3, m.nt. Lisman, *IER* 2008/34, p. 130 e.v. (*E-smoking/Staat*), m.nt. Swens.
- [139] Codecommissie CGR 6 augustus 2008, nrs. K08.005, K08.009, *JGR* 2008/27, m.nt. Schutjens.
- [140] Art. A1 UNG luidt: 'Het geven en ontvangen van geschenken is toegestaan mits dit geschenk van geringe waarde is en van betekenis kan zijn voor de beroepsuitoefening'.
- [141] Advies van de Codecommissie CGR van 30 september 2008 (AA08.063).
- [142] RCC 22 oktober 2009, nr. 08.0434 (*De Computerwacht, paracetamol*), toewijzing, te vinden op [1www.reclamecode.nl](http://www.reclamecode.nl).
- [143] Spreek uit os-zi-lo-kok-zi-num (www.oscillococcinum.nl).
- [144] RCC 8 juli 2008. 08.0218, Kernpharm (oscillococcinum), afwijzing. Ook speelde mee dat de televisiecommercial door de KOAG/KAG was goedgekeurd.
- [145] Verordening (EG) nr. 1924/2006 inzake voedings- en gezondheidclaims voor levensmiddelen, in werking getreden per 1 juli 2007. De artikel 13-lijsten zijn te vinden op www.row.minvws.nl.
- [146] Besluit van 29 december 2008 houdende inwerkingtreding van de Wet van 29 december 2008 (Mediawet 2008) en van het besluit van 29 december 2008, *Stb.* 584, houdende vaststelling van een nieuw Mediabesluit (Mediabesluit 2008), *Stb.* 2008, 585.
- [147] Tijdelijke regeling van het Commissariaat voor de Media van 13 januari 2009 houdende beleidsregels omtrent de toepasselijkheid van de beleidsregels van het Commissariaat van de Media in verband met de inwerkingtreding van de Mediawet 2008.
- [148] Wet Oneerlijke Handelspraktijken 30 928: aanpassing van de Boeken 3 en 6 van het Burgerlijk Wetboek en ander wetten aan de richtlijn betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten en op de interne markt.
- [149] Richtlijn 2005/29/EG van het Europese Parlement en de Raad van de Europese Unie van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt (*PbEU* L 149).
- [150] De Richtlijn oneerlijke handelspraktijken en de implementatie daarvan in het BW, mogelijke complicaties in de praktijk, *IER* 2008/64, L. Kroon en C.S. Mastenbroek, en een reactie daarop van Paul Geerts in *IER* 2009/1. Zie ook de annotatie van Jan Kabel onder Tele2/UPC, Vزر. Rb. Haarlem 25 juli 2008, *IER* 2009/6.
- [151] Zie voor een overzicht van de openbare sanctiebesluiten: www.consumentenautoriteit.nl/Besluiten_en_oordelen.
- [152] Het hele rapport is te vinden op 11www.consumentenautoriteit.nl/Actueel/Nieuwsberichten/Nieuwsbericht_15_oktober_2008_Oneerlijke_handelspraktijken_vanaf_nu_v
- [153] Zie voor de tekst: www.reclamecode.nl.
- [154] HvJ EG 12 juni 2008, nr. C-533/06 (*O2/Hutchinson 3G*), *IER* 2008/56, m.nt. EHH.
- [155] Zie hierover kritisch (wegens miskennen van verwateringsgevaar) AA 2008, p. 812, O2, m.nt. Gielen.
- [156] Rb. Haarlem 25 juli 2008, *TvC* 2008, nr. 6, p. 241, m.nt. E.H. Hoogenraad, en *IER* 2009/6, m.nt. JJK (*Tele2/UPC*).
- [157] Zie voor vele voorbeelden www.reclamecode.nl. Enkele voorbeelden zijn in het kroniekjaar in *IER* gepubliceerd, o.a. RCC 23 april 2008, *IER* 2008/55 (*Putters/UPC*), m.nt. EHH.
- [158] RCC 18 maart 2008, *IER* 2008/54 (*Vink/TG online*) over een nepfactuur, art. 8.5 NRC bijlage 1 onder 20, m.nt. EHH.
- [159] O.a. RCC 12 september 2008, dossiernr. 08.0370, CvB 23 oktober 2008, dossiernr. 08.0302 (*Kruidvat LCD tv Oranje actie*), RCC 9 oktober 2008, dossiernr. 080412 (*totale leegverkoop*).
- [160] Rb. Breda 9 juli 2008, *IER* 2008/73, m.nt. AKS (*Office of Fair Trading OFT/Best Sales*).
- [161] Vزر. Rb. Breda 24 oktober 2006, *IER* 2007/17, m.nt. JK.

- [162] Op basis van art. 3 lid 1 Wet conflictenrecht onrechtmatige daad: mailings worden in het Verenigd Koninkrijk bezorgd en geopend, zodat daar de onrechtmatige daad plaatsvindt.
- [163] Vزر. Rb. Amsterdam 10 januari 2008, *IER* 2008/32, m.nt. EHH (*Reckitt Benckiser/Unilever*).
- [164] Hof Amsterdam 24 juni 2008, 104.004.660 (*Philips/P&G*).
- [165] CvB 17 juni 2008, *IER* 2008/89 (*Heineken Music Hall/STAP*).
- [166] CvB 13 maart 2008, *IER* 2008/33, m.nt. MdCB (*Heineken/STAP*), toewijzing.
- [167] CvB 20 november 2008, 1552/0422 (*Heineken/STAP*), afwijzing.
- [168] CvB 19 augustus 2008, *IER* 2008/87, m.nt. MdCB (*Maxxium/STAP*), nog beoordeeld onder RvA (oud) van voor 1 juli 2008, zonder de aanscherping ('of jonger lijken'). In casu geen schending van art. 11 RvA: geen sprake van 'aanzetten tot' het drinken van alcoholhoudende dranken.
- [169] CvB 10 maart 2008, 1515/07.0336 en 1516.07.0636 (*Artiq/Consumentenautoriteit*), toewijzing klacht.
- [170] CvB 4 november 2008, 1555/08.0120 (*Artiq Mobile/Welzen*), afwijzing.
- [171] Commissie Handhaving Sms-gedragscode, 12 december 2008, Vodafone en T-Mobile/Netsize en Abor Creative, te vinden op www.smsgedragscode.nl/downloads/Netsize-Abor-VF-TMNL12122008Openbare_versie.pdf.
- [172] Rb. Amsterdam 23 april 2008, *IER* 2008/72, p. 291, m.nt. M.J. Lugt (*Nestlé/Nutricia*).
- [173] RCC 25 juni 2008, dossiernr. 08.0129, KOAG/KAG/Pharma Nord (*Swinglevend*).
- [174] RCC 25 juni 2008, dossiernr. 08.0129, KOAG/KAG/Pharma Nord (*Swinglevend*).
- [175] RCC 1 juli 2008 (*STAP/Grolsch*) (buzzmarketing), afwijzing.
- [176] Zie www.rechtspraak.nl/Gerechten/Rechtbanken/s-Gravenhage/Voor+juristen/Regelingen/Regelingen+bij+octrooizaken.htm.
- [177] Zie www.rechtspraak.nl/NR/rdonlyres/EBA9E984-8948-42F3-8326-F8FF7F375131/0/INDICATIETARIEVENINIEZAKENbronversiejuli2008.pdf.
- [178] HR 30 mei 2008, *LJN* BC2153, *NJ* 2008, 556, m.nt. EJD.
- [179] Zie bijvoorbeeld Vزر. Rb. 's-Gravenhage 18 juni 2008, *B9* 6306. Aldus ook de hierna te bespreken Indicatietarieven.
- [180] Zie bijvoorbeeld Vزر. Rb. Amsterdam 10 januari 2008, *B9* 5419 en Vزر. Rb. Amsterdam 27 maart 2008, *IER* 2008/60, m.nt. Grosheide.
- [181] Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 6 februari 2008, *LJN* BC3781.
- [182] Vزر. Rb. 's-Gravenhage 27 juni 2008, *B9* 6462.
- [183] Zie bijvoorbeeld Vزر. Rb. 's-Gravenhage 2 april 2008, *B9* 6017, Vزر. Rb. Maastricht 29 juli 2008, *LJN* BD9036, *B9* 6531.
- [184] Zie bijvoorbeeld Vزر. Rb. 's-Gravenhage 15 mei 2008, *IER* 2008/49, m.nt. Gielen.
- [185] Zie bijvoorbeeld Vزر. Rb. 's-Gravenhage 6 augustus 2008, *B9* 7068, 9 december 2008 en 11 december 2008, *B9* 7502.
- [186] De tarieven luiden:
- eenvoudig kort geding: maximaal € 6000
 - overige kort gedingen: maximaal € 15 000
 - eenvoudige bodemzaak zonder repliek en dupliek: maximaal € 8000
 - overige bodemzaken zonder repliek en dupliek: maximaal € 20 000
 - eenvoudige bodemzaak met repliek, dupliek en/of pleidooi: maximaal € 10 000
 - overige bodemzaken met repliek, dupliek en/of pleidooi: maximaal € 25 000.
- Zie voor bespiegelingen over wat een niet-eenvoudige zaak is bijvoorbeeld: Rb. 's-Gravenhage 17 december 2008, *B9* 7436. Er is voorshands voorzien in halfjaarlijkse bijstelling van de bedragen.
- [187] Zie bijvoorbeeld Rb. 's-Gravenhage 29 oktober 2008, *B9* 7196. Vgl. ook Rb. 's-Gravenhage 22 oktober 2008, *B9* 7196.
- [188] Zie bijvoorbeeld Rb. Groningen 3 september 2008, *B9* 7042, Vزر. Rb. 's-Gravenhage 18 november 2008, *B9* 7296.
- [189] Voorbeelden: Vزر. Rb. 's-Gravenhage 11 september 2008, *B9* 7069, Rb. 's-Gravenhage 24 september 2008, *LJN* BF4952.
- [190] Zie bijvoorbeeld Vزر. Rb. Haarlem 7 september 2007, *B9* 4659; Vزر. Rb. 's-Gravenhage 30 januari 2008, *B9* 5514.
- [191] Zie Hof Amsterdam 3 juli 2008, *LJN* BD6223. Niet gematigd, hoewel de in het ongelijk gestelde op basis van toevoeging procedeerde: Rb. 's-Gravenhage 16 april 2008, *B9* 6048.
- [192] HR 30 november 2007, *LJN* BA9608, *IER* 2008/12.
- [193] Rb. 's-Gravenhage 27 februari 2008, *IER* 2008/82.