

Nº2 | 10 NIEUWS

RECLAMERECHT & INTELLECTUELE EIGENDOM

Andermans merk als AdWord toegestaan	2
Merkinbreuk? Niet klagen bij Reclame Code Commissie!	3
Geen 16? geen druppel	4
Scrollen noodzakelijk? Pas op voor misleiding!	4
FTD / Eyeworks: Komt een website bij de rechter	5
Cruijff krijgt niets voor zijn portret	6
Vrije meningsuiting begrensd – publicatieverbod voor rapper AWA	7
Niet tevreden: geen (heen)verzendingkosten!	8
Het is groen, het is bio: een nieuw biologisch EU-logo	9
Geen Europese modelbescherming voor Crocs	9
'Rapper' van PepsiCo geen geldig Europees model	10

Nieuwe advocaat: Eva den Ouden

In april 2010 is advocate Eva den Ouden ons kantoor komen versterken. Eva studeerde communicatiewetenschap en rechten aan



de Universiteit van Amsterdam met als specialisatie intellectuele eigendom. Zij begon in 2008 als advocaat op de afdeling intellectuele eigendom van een groot internationaal kantoor. Bij Hoogenraad & Haak zal Eva op alle aandachtsgebieden actief zijn: reclamerecht, intellectuele eigendom en productinformatie ('wat zit erin, waar is het goed voor?'). Eva is een enthousiaste advocate die praktisch, haalbaar en duidelijk adviseert. Zij heeft een passie voor hardlopen.

Andermans merk als AdWord toegestaan

Mag je het merk van een ander als AdWord gebruiken? Eindelijk bracht het Hof van Justitie duidelijkheid in de zaak [Google/Louis Vuitton](#). Wie bij Google zocht op 'Louis Vuitton' zag een betaalde advertentie voor namaaktasjes. En een reisbureau had de merknaam van een concurrent als AdWord gebruikt. De advertentietekst liet het trefwoord niet zien maar werd wel getoond bij een search op het merk.

De uitkomst: het gebruik van andermans merk als AdWord is in beginsel toegestaan. Er mag geen verwarringsgevaar of misleiding mogelijk zijn. En het mag voor de 'oplettende internetgebruiker' niet lastig zijn om uit de advertentie-met-link te zien of de adverteerder een 'economische band' met de merkhouder heeft, bijvoorbeeld een licentieovereenkomst. Als het bovendien om een *bekend* merk gaat, mag het AdWord gebruik de adverteerder geen 'ongerechtvaardigd voordeel' brengen. Zo'n voordeel werd door het Hof van Justitie aangenomen bij het gebruik van het bekende merk 'Louis Vuitton' als AdWord voor namaak Vuitton tasjes. Dat werd expliciet verboden vanwege de *bekendheid* van het merk. Dat impliceert dat een *onbekend* merk-AdWord niet kan worden verboden zo lang duidelijk is dat de merkhouder er niets mee te maken heeft. De adverteerder heeft terrein gewonnen.

Ook voor Google is de uitspraak een grote winst. Google wordt aangemerkt als 'internet service provider' met beperkte aansprakelijkheid. Alleen de adverteerder is verantwoordelijk voor de advertentie-inhoud, Google niet. Pas na een gegronde klacht van een merkhouder moet Google de advertentie verwijderen volgens een adequate *notice & takedown* procedure. Google is alleen aansprakelijk als zij niet snel genoeg handelt na een melding. Of als zij te nauw bij de inhoud van de advertentie betrokken is, bijvoorbeeld bij de selectie van trefwoorden.

In de aanloop naar dit arrest konden merkhouders in Europa hun merk als AdWord blokkeren. Buiten Europa kan dit alleen voor *zichtbaar* gebruik in advertenties. Google zal nu wel één wereldwijd beleid gaan voeren: merkblokkades alleen bij zichtbaar merkgebruik. Het gebruik van merk-AdWords zal sterk toenemen. Wie een merkproduct zoekt, heeft voortaan meteen een paar alternatieven in beeld.

Maarten Haak



Merkinbreuk? Niet klagen bij Reclame Code Commissie!

Het hoge woord is eruit. Een klacht over ingewikkelde merk- en auteursrecht inbreuken hoort in beginsel niet bij de Reclame Code Commissie maar bij de



burgerlijke rechter. Zo ook een onrechtmatige daad, zoals het ontoelaatbaar profiteren van de inspanningen van de concurrent. Dit volgt uit een principieel oordeel van het College van

Beroep over de online muziekagenda [Heineken.nl](#) waarop honderden concerten en muziekevents met een korte beschrijving en een foto staan. Mojo Concerts klaagde over het gebruik van foto's van 'haar' artiesten (o.a. U2, Fleetwood Mac en Eros Ramazzotti). Het aankondigen van U2, Lowlands en het North Sea Jazz Festival zou bovendien inbreuk maken op de gelijknamige merken. In beide instanties is deze klacht verworpen (zie ook ons [NIEUWS nr. 4/2009](#)).

Mojo zag in de gestelde merk- en auteursrechtinbreuken een overtreding van artikel 2 Reclame Code: reclame mag niet *in strijd met de wet* zijn. Heineken betoogde met succes dat 'strijd met de wet' beperkt moet worden uitgelegd. Het moet gaan om wettelijke regels waaraan een reclame-uiting moet voldoen in het belang van de ontvanger van de uiting. Bijvoorbeeld regels over eerlijkheid, behoorlijkheid en waarheidsgetrouwheid. Het schoolvoorbeeld is het wettelijke verbod van misleiding. Een merk- of auteursrechtinbreuk of een onrechtmatige daad geeft alleen een *bevoegdheid* aan de rechthebbende of benadeelde om op te treden. Dat maakt de uiting op zichzelf nog niet 'in strijd met de wet'. Een inbreuk kan hoogstens worden meegewogen bij de vraag of de reclame misschien op *andere* gronden in strijd is met de Reclame Code, zoals het verbod van misleiding.

Inhoudelijke discussies over (vaak heel feitelijke) merk- of auteursrechtinbreuken of een onrechtmatige daad horen dus niet thuis bij de Reclame Code Commissie maar bij de gewone rechter. Alleen bij een 'onmiskerbare' inbreuk – dus met een zware bewijslast! – kan de rechthebbende bij de RCC klagen. En [Heineken.nl](#)? De groene kleur mag zonder meer worden gebruikt; Heineken vermeldt duidelijk dat de agenda zowel gesponsorde als niet gesponsorde events bevat. Geen misleiding dus over haar rol ten opzichte van de artiesten en events. Ook Heineken mag een online muziekagenda exploiteren.

Deze zaak is voor Heineken behandeld door Ebba Hoogenraad en Maarten Haak

Geen 16? geen druppel

Weer een verandering in alcoholland. Sinds 5 maart 2010 moet alle nieuwe alcoholreclame voor zwak alcoholische dranken (minder dan 15%) de slagzin met bijbehorend logo 'Geen 16? Geen druppel' bevatten. De oude leus 'Alcohol onder de 16, natuurlijk niet' is daarmee verleden tijd. 'Geen 16? Geen druppel' is een gezamenlijk initiatief van overheid, maatschappelijke organisaties en bedrijfsleven. Het doel is ouders te ondersteunen om een duidelijke grens te stellen richting kinderen die nog geen 16 zijn. Voor printreclame geldt nog een overgangstermijn van zes maanden. Tot 5 september kun je daar dus nog het oude logo aantreffen. Op TV en in de bioscoop moet het logo vijf seconden lang links in beeld zijn. Als je wil weten welk lettertype en waar de slagzin/logo in print moet staan: kijk eens in de nieuwe tekst van artikel 31 van de [Reclamecode voor Alcoholhoudende dranken](#). Daar vind je alle spelregels!



Kim Braber

Scrollen noodzakelijk? Pas op voor misleiding!

Bij de online verkoop van producten moeten de voorwaarden natuurlijk duidelijk worden vermeld: wat kan de consument voor welke prijs kopen. De koper mag immers niet op het verkeerde been worden gezet. Gewoonweg essentiële informatie weglaten is misleidend, net als het wegmoffelen van beperkende voorwaarden in piepkleine lettertjes in korps 'onleesbaar'. Maar het gaat nog verder: als informatie wél keurig te vinden is op de website, maar pas helemaal onder aan het scherm door naar beneden te scrollen, is dat misleidend. Dit oordeelde de Reclame Code Commissie bij een aanbod van Hi voor een internetbundel: op het scherm was te zien: de omschrijving van de belbundel, de prijs en daarnaast een button 'koop'. Dus kon de consument denken dat dit álle relevante informatie was. Dat de prijs buiten de belbundel 0,30 per Mb bedraagt werd pas duidelijk door helemaal naar beneden te scrollen. Een oproep dus aan websitebouwers: plaats álle belangrijke informatie op het eerste scherm, zonder scrollen, of verwijs (visueel) naar de rest van de pagina.



Ebba Hoogenraad

FTD / Eyeworks: Komt een website bij de rechter

Een auteursrechtelijk werk (zoals een film) mag niet zonder toestemming van de auteursrechthebbende worden 'openbaargemaakt'. Begin juni ontstond ophef over een verstrekkend **vonnis** van de Haagse Voorzieningenrechter. Het geven van informatie over bestanden door FTD zou als 'openbaarmaking' van die bestanden gelden. Wat was er precies aan de hand?

Via www.FTD.nu kun je door zgn. 'spots' eenvoudig bestanden op Usenet vinden (een spot geeft informatie over bestanden, zoals de bestandsnaam). FTD kreeg Eyeworks op haar dak omdat de film 'Komt een vrouw bij de dokter' via FTD veel werd gedownload. Volgens de rechter vervult FTD daarin een sleutelrol. Zij is 'de maker, eigenaar en beheerder van een sleutel waarmee toegang wordt verkregen tot auteursrechtelijk beschermd materiaal'.

Daarmee zorgt FTD ervoor dat het publiek de film kan zien – en maakt zij openbaar. Opmerkelijk is dat de rechter daarvoor *niet* als voorwaarde stelt dat FTD ook feitelijk beschikt over het werk. FTD geeft de film niet zelf door maar geeft slechts informatie over het bestand. Toch ziet de rechter dit als een openbaarmaking waarvoor de rechthebbende toestemming moet geven. Daarmee wijkt de Haagse rechter bewust af van eerdere uitspraken op dit terrein.

De FTD-uitspraak lijkt niet op zichzelf te staan. Een paar dagen eerder wees een andere Haagse Voorzieningenrechter **vonnis** tussen kabelbedrijven UPC en Ziggo en telecomaانبieder Tele2. Directe levering van televisiebeelden *door de kabelaars*

TELE2

aan klanten van Tele2 werd als een openbaarmaking door Tele2 aangemerkt. Dit omdat (uitsluitend) Tele2 bepaalt of haar klanten de beelden wel of niet geleverd krijgen – zij houdt dus in feite de sleutel. Tele2 geeft de beelden niet zelf door, maar toch maakt zij volgens de rechter openbaar.

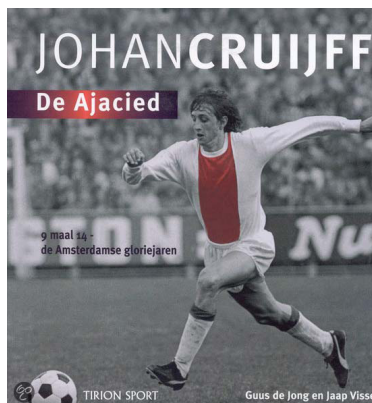
De uitspraken borduren voort op het arrest *Rafael Hoteles* van het Hof van Justitie. In die zaak zette een hotel televisies in iedere kamer en maakte daarmee volgens het Hof openbaar. Het FTD-vonnis is een zware tegenslag voor websites die toegang tot films, muziek e.d. mogelijk maken. FTD heeft al een hoger beroep aangekondigd, maar de rechthebbenden staan hier 1-0 voor.

Daniël Haije



Crujff krijgt niets voor zijn portret

Een boek met foto's van Crujff in zijn Ajax jaren (van 1964-1973 en 1981-1983) wordt door de **Rechtbank Amsterdam** gezien als een *"adequaat middel om het publiek over een specifiek deel van de sportieve periode van Crujff voor te lichten en het jongere publiek een tijdsbeeld te schetsen"*.



Crujff kon de publicatie van dit boek – een beeldverhaal met veel foto's en weinig tekst – niet verbieden. Hij kreeg er ook geen vergoeding voor.

Partijen waren het erover eens dat Crujff een 'verzilverbare populariteit' heeft. Dit geeft Crujff in beginsel een redelijk belang om zich te verzetten tegen het gebruik van zijn portret. De Rechtbank maakte vervolgens een nadere afweging tussen het redelijk belang van Crujff, dat voortvloeit uit zijn verzilverbare populariteit, en het belang van de uitgever om inlichtingen en denkbeelden te ontvangen en te verstrekken (artikel 10 EVRM). De informatie-vrijheid van de uitgever woog hier zwaarder.

De Rechtbank woog mee dat de foto's in het boek zijn gemaakt tijdens de actieve voetbalperiode van Crujff in het kader van de vrije nieuwsgaring. Crujff wist toen ook al dat hij daaraan bloot stond. Hij heeft niet voor de foto's geposeerd. Het publiek zal daarnaast niet denken dat Crujff aan de totstandkoming van het boek heeft meegewerkt, zodat hij ook niet in zijn goede naam of reputatie wordt geschaad. Ook nam de Rechtbank geen inbreuk op de merkrechten van Crujff aan. Dit is geen gebruik als merk voor een product, maar gebruik als titel van een boek. De uitgever heeft bovendien een geldige reden om het teken 'Crujff' te gebruiken. Hoe kun je anders aangeven dat het boek over Crujff gaat?

Conclusie: Crujff krijgt niets voor zijn naam en faam.

Eva den Ouden

Vrije meningsuiting begrensd – publicatieverbod voor rapper AWA

De rapper AWA mag zijn nummer “*Ben een crimineel*” met bijbehorende videoclip niet uitbrengen omdat hij in een TBS kliniek verblijft. Dat besliste de Amsterdamse Voorzieningenrechter op 23 maart 2010 in kort geding.

AWA had in 2004 zijn toenmalige vriendin ernstig mishandeld. Hij werd voor dit misdrijf veroordeeld tot anderhalf jaar cel met TBS en dwangverpleging. In de TBS-kliniek nam AWA het nummer *Ben een crimineel* op om misstanden in de kliniek aan de kaak te stellen. Een journalist van Revu vond de geluidsopname in zijn brievenbus en waarschuwde meteen een platenmaatschappij. Die wilde de rap wel via iTunes uitbrengen. Buiten de kliniek werd bovendien een videoclip opgenomen waarin foto's van AWA werden verwerkt.

Door een artikel in Revu kreeg de ex-vriendin lucht van het plan. AWA, de platenmaatschappij en Apple ontvingen een dagvaarding waarin de ex-vriendin een verbod op de voorgenomen publicatie eiste.

De Staat der Nederlanden en de TBS-kliniek steunden de eiseres in de procedure: het naar buiten brengen van een in een TBS-kliniek opgenomen rap strookt niet met het regime zoals dat voor TBS-verpleegden geldt.

AWA had een belang zich kritisch te mogen uitlaten over misstanden in de TBS-kliniek. De rechter woog dit af tegen het belang van de ex om na de mishandeling met rust te worden gelaten. Ook het belang van de Staat en de TBS-kliniek woog mee: zij willen niet dat door het uitbrengen van de rap een verkeerd signaal aan TBS-verpleegden en de samenleving wordt afgegeven.

AWA trok aan het kortste eind. Zijn recht op vrije meningsuiting is beperkt door het TBS-regime waaraan hij is onderworpen. Bovendien kan hij eventuele misstanden ook op een andere manier onder de aandacht brengen. *Fight the power*, maar dan anders dus.

Daniël Haije



Niet tevreden: geen (heen)verzendingkosten!

Goed nieuws voor online shoppers. Als je ontevreden bent over een aankoop mag je deze terugsturen en krijg je de koopsom terug. En dan hoef je ook de kosten voor eerste verzending niet te betalen. Dat heeft het Hof van Justitie onlangs beslist in een *zaak* over het Duitse Postorderbedrijf Heinrich Heine.



Ontevreden klanten van Heine die gebruik maakten van hun 'herroepingsrecht' moesten de kosten voor (heen)verzending zelf betalen.

Dat stond namelijk in de kleine lettertjes van Heine. Volgens het Hof is dat in strijd met de

Richtlijn Koop op Afstand. In deze richtlijn is voor de hele Europese Unie geregeld dat de consument een op afstand gesloten overeenkomst binnen 7 werkdagen *kosteloos* kan herroepen. De consument die de aankoop terugstuurt, hoeft dan ook de kosten van het heen verzenden van het product niet te betalen. De verkoper kan alleen een vergoeding vragen voor de kosten voor het terugzenden.

Het Hof verduidelijkt hiermee de regels uit de richtlijn die in Nederland geïmplementeerd zijn in de Wet Koop op Afstand. Een flink aantal webwinkels zal de verkoopvoorwaarden moeten aanpassen! Bij aangesloten (web)winkels van de Thuiswinkelorganisatie zat je als consument altijd al goed: voorwaarde voor lidmaatschap was (en is) dat alleen de rechtstreekse kosten voor het terugzenden in rekening mogen worden gebracht.

Kim Braber

Het is groen, het is bio: een nieuw biologisch EU-logo

Voor producten die volgens de Europese regelgeving de officiële naam 'biologisch' mogen voeren is er nu ook een Europees logo. Vanaf 1 juli 2010 staat op nieuwe biologische producten een groen sierlijk blaadje, bestaande uit de bekende 12



sterren. Het logo is het resultaat van een Europese wedstrijd tussen studenten grafische vormgeving waar het publiek online het mooiste logo kon kiezen. Op alle verpakkingen van biologische producten moet dit logo in deze specifieke kleur groen in een voorgeschreven formaat worden afgebeeld. Gelukkig

voor de fabrikant mag dit ook in zwart/wit als geen kleurendruk wordt gebruikt. Mogen eigen symbolen op de verpakking voorkomen die verwijzen naar biologische landbouw? Ja, mits dit de betekenis van het communautaire biologische logo niet wijzigt. Kortom: als dit geen verwarring wekt. Het logo is als collectief Benelux-merk beschermd. Van bestaande producten mag de voorraad worden uitverkocht. Voor de levensmiddelenindustrie én voor de consument is herkenbaarheid straks een feit: één bio-logo voor echte bioproducten.

Ebba Hoogenraad

Geen Europese modelbescherming voor Crocs

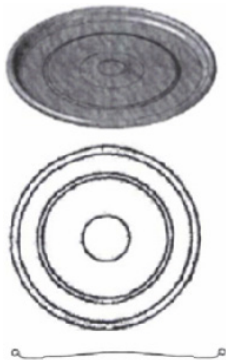
Een modelregistratie is niet geldig als het modeldepot meer dan één jaar na de 'bekendmaking' is verricht. De Europese modelleninstantie OHIM is daar heel streng in, zo blijkt uit de beslissing in de zaak over het CROCS model 'Cayman'. Deze bekende schoen was al vóór de relevante datum (bekendmaking + één jaar) op een botenshow in het Amerikaanse Fort Lauderdale gepresenteerd en was toen ook al enkele maanden via Crocs.com te koop. Bovendien waren er in 9 maanden 10.000 stuks in Amerika verkocht. Het OHIM vond dat *elk* van deze omstandigheden ervoor zorgt dat het model bij het depot niet meer nieuw was. Voor gebruikers van modellen dus alle reden om voor de marktintroductie - hoe beperkt ook - goed na te denken over de bescherming. Het betekent ook dat vele andere geregistreerde modellen eigenlijk nietig zijn. De 'cancellation division' van het OHIM zal het nog druk krijgen.



Maarten Haak

'Rapper' van PepsiCo geen geldig Europees model

De Europese modelregistratie van PepsiCo voor een soort flippo ('rapper', hier links) is nietig. Het wekt volgens het Gerecht bij de 'geïnformeerde gebruiker' geen andere algemene indruk dan een ouder ingeschreven model van Grupo Promer (hier rechtsonder). In zijn eerste **uitspraak** over de geldigheid van een geregistreerd modelrecht geeft het Gerecht invulling aan begrippen die bij iedere modelinbreuk aan de orde zijn.



De groep 'geïnformeerde gebruikers' bestaat niet uit fabrikanten of handelaars in rappers, maar uit kinderen van 5-10 jaar en marketing consultants. Die zijn immers bekend met rappers en vergelijkbare promotieobjecten. Zij vormen dus het richtkader om te bepalen of een model een andere algemene indruk wekt.

Het Gerecht vult daarnaast het begrip 'algemene indruk' in. Platte metalen of plastic schijfjes werden branchebreed als promotiemateriaal gebruikt; het was moeilijk om af te wijken van de gangbare vorm. Volgens het Gerecht zijn zulke gebruikelijke, banale kenmerken niet bepalend voor de algemene indruk en tellen deze dus ook niet mee bij de vergelijking. Dat is opmerkelijk: ik zou menen dat ook die algemeenheden wel meewegen, maar dan minder zwaar.



De gebruiker let volgens het Gerecht ook niet op kenmerken die zijn ingegeven door functie of andere eisen (veiligheid, regelgeving). Hier moesten de hoeken voor de veiligheid zijn afgerond. En de ontwerpvrijheid werd beperkt doordat het product goedkoop moest zijn. Vormgeving die door deze beperkingen is ingegeven weegt ook niet mee voor de algemene indruk van het model. Ook opmerkelijk.

Punten waar de vormgever wél vrijheid had, trekken de aandacht van de gebruiker juist wel. Die bepalen daarom de algemene indruk. Hoe beperkter de vrijheid van de ontwerper, hoe kleiner volgens het Gerecht de verschillen met oudere modellen kunnen zijn om tóch een andere algemene indruk te wekken.

Dit laatste lijkt PepsiCo te redden, want haar rapper met drie cirkels erop is iets bollier dan het oudere model van Grupo Promer dat maar één cirkel draagt. Maar de gebruiker kan die bolling niet goed zien. Dat kenmerk valt dus ook al weg. De algemene indruk die dan nog overblijft, verschilt volgens het Gerecht niet genoeg. Daarmee viel alsnog het doek voor het modelrecht van PepsiCo.

Maarten Haak

Hoogenraad & Haak, advertising + IP advocaten is een onafhankelijk advocatenkantoor met specialisten op het gebied van reclamerecht, intellectuele eigendom en productinformatie (etikettering, ingrediënten). Wij procederen en adviseren creatief, en denken met u mee. Met juridische diepgang én menselijk inzicht. En we komen graag in een vroeg stadium met een creatieve oplossing (*hoe kan het wél?*).

Deze publicatie signaleert een aantal ontwikkelingen en bevat geen advies. Indien u vragen heeft over een specifiek onderwerp, raden wij u aan gericht juridisch advies te vragen. © Hoogenraad & Haak, advertising + IP advocaten

Hoogenraad & Haak, advertising + IP advocaten

Ebba Hoogenraad, partner (reclamerecht + productinformatie)

Maarten Haak, partner (intellectuele eigendom)

Daniël Haije, advocaat

Kim Braber, advocaat

Eva den Ouden, advocaat

kantoor

Emerald House

Jozef Israëlskade 48-G

Amsterdam

t 020 – 305 3066

www.hoogenhaak.nl

post

postbus 76780

1070 KB Amsterdam

e info@hoogenhaak.nl

f 020 – 305 3069

kvk 34314579