

Intellectuele Eigendom en Reclamerecht, Van de brug af gezien

Kroniek van wetgeving, jurisprudentie en literatuur 2012

Inhoudsopgave:

I	Algemeen
II	Auteursrecht
III	Databankenrecht
IV	Octrooirecht
V	Modellenrecht
VI	Merkenrecht
VII	Handelsnaamrecht
VIII	Kwekersrecht
IX	Geneesmiddelenrecht
X	Reclamerecht
XI	Rechtshandhaving, procesrecht & IPR

I. Algemeen

Mr. E.J. Numann

Als een revolutie maar lang genoeg voortduurt, lijkt het op een gegeven moment geen revolutie meer. Zoals, naar de oude volkswijsheid wil, elke dag dronken zijn, ook een regelmatig leven is. Men krijgt de indruk dat de grote veranderingen in de wereld, die ook de intellectuele eigendom allesbehalve ongemoeid laten, daar tot een zekere gewenning leiden: alle spelers, met inbegrip van de regelgeving en de rechtspraak stellen zich in op de nieuwe uitdagingen en dragen allen hun steentje bij. Dat is natuurlijk bemoedigend. Maar het leidt er wel toe dat op deze plaats weinig nieuws kan worden toegevoegd aan hetgeen hier vorig jaar werd gemeld: zoals lezing van de hierachter opgenomen onderdelen van onze kroniek leert, hebben de IE-rechten het onverminderd moeilijk in dit tijdsgewricht en doet de invloed van het internet zich in vrijwel ieder van de rechtsgebieden voelen, niet in de laatste plaats waar het de handhaving van rechten betreft. Ook geldt deze keer weer onverminderd dat de regelgeving en de rechtspraak uit Europa aan betekenis blijven winnen. Tot het goede nieuws op dat stuk mag in dit verslagjaar in elk geval gerekend worden de totstandkoming van de Verdragstekst die ons het Europees Octrooigerecht (UPC) moet gaan brengen. Of de inwerkingtreding een plaats in de kroniek van 2013 zal krijgen, zoals de tekst ambitieus beoogt, mag wat al te optimistisch lijken, de voortgang is intussen onmiskenbaar en hoopgevend. Het Hof van Justitie deed dit jaar herhaaldelijk van zich spreken en werd gehoord tot in hotelkamers en

de wachtkamer van de tandarts, bij de kopers van software en 'normale gebruikers' van een gemeenschapsmerk in één lidstaat.

Naast de gestage stroom uitspraken over de Handhavingsrichtlijn (waaronder niet in de laatste plaats die over de volledige proceskostenvergoeding) en de voor het IE-recht zo belangrijke EEX-Verordening, bleek in 2012 de thuiskopie en de daaraan verbonden billijke vergoeding op uiteenlopende wijze de belangstelling te wekken van zowel de wetgever als de rechter. Vooral de parameters voor de berekening van die vergoeding en de vraag langs welke weg die moet worden geheven en uitgekeerd vragen hier te lande de aandacht.

Het ziet ernaar uit dat het HvJ EU een oud, typisch Nederlands pleit beslecht heeft, en wel dat van de geschriftenbescherming van voortbrengsels die ook als databank in de zin van de Databankenrichtlijn zijn aan te merken: het arrest *Football Dataco* lijkt het einde te hebben ingeluid van althans dat (belangrijke) domein van de traditionele Nederlandse geschriftenbescherming.

De lezer zal ook kunnen vaststellen dat de teugels voor alle vormen van reclame strakker worden aangetrokken en dat ook wervende activiteiten via de sociale media binnen het bereik van de zelfregulering worden gebracht.

Kortom: voor al degenen die in de IE-wereld hun brood verdienen met het bijbenen van de ontwikkelingen die het vakgebied doormaakt en/of met de geschillen die daar zo rijkelijk plegen te ontstaan, blijven er meer dan voldoende uitdagingen bestaan. Zeker nu de jongste rechtspraak uit Luxemburg weer iets meer lucht lijkt te hebben gegeven aan dat zo typisch Nederlandse exportproduct van de *cross border injunction*.

De redactie wenst u bij het lezen van deze kronieken een gezonde balans toe tussen de overtuiging dat u bij de kennisneming daarvan baat bij hebt enerzijds en het gevoel dat u niets nieuws leest anderzijds.

II. Auteursrecht

M. de Cock Buning^[1]

Wetgeving

Europees

Een aantal van de in het voorgaande jaar aangekondigde Europese Richtlijnen zag in 2012 het daadwerkelijk het licht. Zo werd Richtlijn 2012/28/EU 'inzake bepaalde toegestane gebruikswijzen van verweesde werken' gepubliceerd. Verder werd een voorstel gepubliceerd voor een Richtlijn 'betreffende het collectieve beheer van auteursrechten en naburige rechten en de multiterritoriale licentieverlening van rechten inzake muziekwerken voor online gebruik op de interne markt',^[2] en verscheen een geamendeerd voorstel voor de wijziging van Richtlijn 2003/98/EG inzake het hergebruik van overheidsinformatie.^[3]

Nationaal

Op 1 januari 2013 is het Besluit thuiskopievergoeding in werking getreden.^[4] Deze AMvB werd aangenomen nadat de staat door het Hof Den Haag aansprakelijk werd gesteld voor de door rechthebbenden geleden schade vanwege het feit dat de regering een aantal jaren achtereen heeft nagelaten om het stelsel van thuiskopieheffingen uit te breiden naar nieuwe (waaronder digitale) informatiedragers. De Stichting Onderhandelingen Thuiskopievergoeding (SONT) heeft in reactie daarop per 1 januari 2013 tarieven

vastgesteld voor cd-rom, dvd, externe HDD, audio- en videospelers, HDD-recorders, settopboxen, pc's, smartphones en tablets. Dit werd overgenomen in het Besluit thuiskopievergoeding. Dit besluit is voornemens is per die datum het stelsel van thuiskopieheffingen definitief af te schaffen. Overigens is voor het afschaffen van de thuiskopie tot op heden geen meerderheid gevonden in de Tweede Kamer, mede doordat het debat over de thuiskopie verbonden is aan de discussie over een wettelijk in te voeren downloadverbod. Afhankelijk van de opslagcapaciteit komt er een thuiskopieheffing van maximaal € 5 op smartphones, telefoons met mp3-spelers, tablets, HDD-recorders en settopboxen. Audio-videospelers krijgen een heffing van maximaal € 2. Voor pc's en laptops geldt een vast bedrag van € 5, voor externe HDD-drives is dat € 1. Bij de aanschaf van een cd-rom of dvd geldt het laagste tarief van € 0,03. De heffingen op analoge audio- en videocassettes en minidisks verdwijnen omdat die in de praktijk nauwelijks nog worden gebruikt. Ook geheugenkaarten, USB-sticks en spelcomputers met harde schijf vallen buiten de regeling omdat deze voorwerpen slechts in geringe mate (minder dan 10%) worden gebruikt voor het maken van privékopieën. Daarnaast is in 2012 een aantal wijzigingen voorgesteld van de Auteurswet (Aw) en de Wet op de naburige rechten (WNR) teneinde de in 2011 aangepaste Duurrichtlijn⁶ te implementeren.⁶ Allereerst creëert het nieuw in te voeren art. 9a WNR⁷ een onoverdraagbaar recht van de uitvoerend kunstenaar om 50 jaar na eerste openbaarmaking of het eerste in het verkeer brengen van een fonogram waarin zijn uitvoering is vervat, en alleen in geval van onvoldoende exploitatie, het recht de overeenkomst waarbij diens rechten zijn overgedragen aan de producent te ontbinden. Het recht ontstaat pas een jaar nadat de uitvoerend kunstenaar de producent schriftelijk op de hoogte heeft gesteld van het voornemen de overeenkomst te ontbinden, en in die periode geen exploitatie heeft plaatsgevonden. Als er meerdere uitvoerend kunstenaars betrokken zijn bij het werk, kunnen zij slechts gezamenlijk van dit recht gebruikmaken.

Verder heeft op grond van een nieuw art. 9b WNR de uitvoerend kunstenaar die zijn rechten op een uitvoering heeft overgedragen aan een fonogrammenproducent, zonder dat een periodieke vergoeding werd overeengekomen, 50 jaar nadat het fonogram voor het eerst openbaar is gemaakt of in het verkeer is gebracht, het recht om jaarlijks een aanvullende vergoeding van 20% van de exploitatie-inkomsten te ontvangen. Vanaf het vijftigste jaar na de openbaarmaking kunnen tevens geen voorschotten of kortingen worden ingehouden op vergoedingen die zijn bedongen bij de oorspronkelijke overdracht van de rechten (als in art. 9). Deze rechten zijn niet overdraagbaar.

Door de wijziging van art. 12 WNR vervallen de rechten van uitvoerend kunstenaars 50 jaar na de eerste openbaarmaking of in het verkeer brengen *anders dan op fonogram*, te rekenen vanaf de 1^e januari van het jaar dat hierop volgt. Is de openbaarmaking of het in verkeer brengen *wel op een fonogram*, dan vervallen de rechten na 70 jaar, te rekenen vanaf de 1^e januari van het jaar dat op openbaarmaking volgt. In lid 4 wordt 50 door 70 vervangen.

Op grond van een nieuw art. 15g WNR worden de vergoedingen uit art. 9b WNR betaald aan een door de minister aan te wijzen rechtspersoon. Degene die verplicht is te betalen geeft gerechtigde op de betaling alle daartoe benodigde informatie. De opgave van de inkomsten wordt voor 1 april aan de rechtspersoon doorgegeven. Op het niet-naleven van deze bepaling staat een hechtenis van ten hoogste drie maanden of een geldboete van de derde

categorie.

Daarnaast is er een tekst voorgesteld voor de wijziging van art. 9a Aw, die alleen in werking zal treden indien het auteurscontractenrecht wordt ingevoerd

“De in artikel 25e, derde lid van de Auteurswet genoemde termijn bedraagt ten minste één jaar indien: (a) de in artikel 9, eerste lid bedoelde overdracht behelst een overdracht door een uitvoerende kunstenaar van zijn rechten op de uitvoering van een muziekwerk aan de producent van een fonogram, en (b) sinds het fonogram is openbaar gemaakt dan wel op rechtmatige wijze in het verkeer is gebracht ten minste 50 jaar zijn verstreken”.

Rechtspraak

Europees

Met het arrest in de zaak *Infopaq-I*^[8] begon het Hof het jaar 2012 met een erfenis uit het eigen verleden. In het arrest *Infopaq-I*^[9] besteedde het Hof met name aandacht aan de vraag of sprake was van de reproductie van een werk bij het overnemen van 11 woorden als resultaat van een zoekopdracht. De uitzondering op het reproductierecht voor tijdelijke reproducties van art. 5 lid 1 Auteursrechtlijn (Arl) kwam daarbij slechts zijdelings aan de orde. Die bepaling moest volgens het Hof in ieder geval beperkt worden uitgelegd. Omdat de door Infopaq uiteindelijk geproduceerde 11 woorden als resultaat van de zoekopdracht, werden geprint en dergelijke prints volgens het Hof naar hun aard niet tijdelijk zijn, was geen sprake van een reproductie in de zin van art. 5 lid 1. Daarmee was voor het Hof de kous af. De Deense Hoge Raad wilde echter weten hoe art. 5 lid 1 toegepast zou moeten worden in het geval van uitsluitend digitale reproducties die niet opgeslagen werden.

Het Hof legt uit dat het voor de vraag of een reproductiehandeling een integraal onderdeel van een technisch procedé vormt, irrelevant is of deze handeling aan het begin of aan het einde van het proces verricht is, en of op enig moment sprake is van menselijke tussenkomst. Het maken van samenvattingen is onder Deens en Europees auteursrecht op zich een rechtmatig ‘gebruikmaken’ van auteursrechtelijk beschermde informatie in de zin van art. 5 lid 1 onder a Arl. Aangezien de reproductie geen ander doel diende dan het ‘doorgeven tussen derden’ teneinde een samenvatting te maken, was hiermee voldaan aan de voorwaarden gesteld in het eerste deel van de tijdelijke reproductie-exceptie. Voorts legt het Hof uit dat de tijdelijke digitale reproducties van Infopaq géén zelfstandige economische waarde hebben omdat deze op zich geen extra winst opleveren ten opzichte van de winst uit de rechtmatige gemaakte samenvattingen. Aangezien het maken van samenvattingen rechtmatig is, doet het reproductieproces, dat feitelijk niets meer inhoudt het ondersteunen van het maken van samenvattingen, tevens géén afbreuk aan de normale exploitatie van het werk.

In *Luksan/Van der Leef*^[10] benadrukt het Hof dat het Unierecht bepaalt dat de hoofdregisseur van een film als auteur – of één van de auteurs van die film moet worden aangemerkt.^[11] Exploitatierchten zoals die zijn vastgelegd in het *acquis communautaire*^[12] kunnen daarom niet worden ontzegd aan de hoofdregisseur. Hoewel ingevolge art. 2 lid 1 Richtlijn 2006/116/EG het lidstaten vrijstaat om naast de hoofdregisseur andere coauteurs aan te wijzen, legt het Hof uit dat het Unierecht zich verzet tegen een nationale bepaling

waarbij de exploitatierechten van rechtswege enkel aan de filmproducent worden toegekend, waarbij de hoofdregisseur wordt uitgesloten.^[13] Uit een samenspel van art. 3 lid 3 en 4 Richtlijn 2006/115 en consideransen 5 en 10 Arl, volgt dat een wettelijk vermoeden van overdracht aan de producent wel is toegestaan, doch alleen als dit weerlegbaar is. Billijke compensaties voor thuiskopieën, moeten ingevolge art. 5 lid 2 sub b Arl rechtstreeks en oorspronkelijk toekomen aan de hoofdregisseur. Het staat lidstaten niet vrij om te voorzien in een vermoeden van overdracht van het aan de regisseur toekomende recht op een billijke compensatie aan de producent van dat werk, ongeacht of dit vermoeden onweerlegbaar is.

In de zaak *PPL/Ierland*^[14] wordt een hotelexploitant die zijn gastenkamers uitrust met televisie- en/of radiotoestellen waaraan hij een uitgezonden signaal doorgeeft door het Hof aangemerkt als een 'gebruiker' omdat hij een centrale rol heeft in het doorgeven van het signaal. Hij dient tevens te worden aangemerkt als een gebruiker die uitgezonden fonogrammen 'meedeelt aan het publiek' in de zin van art. 8 lid 2 RI 2006/115 (Verhuur- en leenrechtlijn, aangezien de hotelgasten een onbepaald aantal potentiële ontvangers vormt en dus als 'personen in het algemeen' kunnen worden aangemerkt. Voorts is het al dan niet hebben van een winstoogmerk van deze gebruiker van belang. Nu dat aanwezig geacht wordt te zijn, is hij aldus zelf (naast de omroeporganisatie) gehouden een billijke vergoeding te betalen in de zin van art. 8 lid 2 Richtlijn 2006/115.

De hotelexploitant die aan zijn gasten andere afspeelapparatuur voor fonogrammen ter beschikking stelt, en er fonogrammen in fysieke of digitale vorm beschikbaar stelt die door middel van zulke apparatuur kunnen worden afgespeeld of gehoord, is een 'gebruiker' die fonogrammen 'meedeelt aan het publiek' in de zin van art. 8 lid 2 Verhuur- en leenrechtlijn. Bijgevolg is hij gehouden een 'billijke vergoeding' in de zin van deze bepaling te betalen voor de doorgifte van deze fonogrammen.

Op grond van art. 10 lid 1 onder a Verhuur- en leenrechtlijn, dat een beperking stelt aan het in art. 8 lid 2 Richtlijn 2006/115 bedoelde recht op een billijke vergoeding wanneer het om 'privégebruik' gaat, mogen de lidstaten een hotelexploitant die fonogrammen 'meedeelt aan het publiek' in de zin van art. 8 lid 2 Richtlijn 2006/115, niet vrijstellen van de verplichting om een dergelijke vergoeding te betalen.^[15] Er is samenvattend sprake van een nieuwe openbaarmaking indien: 1. de gebruiker intervenueert in de eerste openbaarmaking en daarmee een centrale rol speelt in het doorgeven aan het nieuwe publiek; 2. het nieuwe publiek uit een groot onbepaald aantal potentiële ontvangers bestaat; en 3. sprake is van enig winstoogmerk bij de gebruiker. Dat is bijvoorbeeld het geval bij het aanbieden van een tv inclusief een tv-signaal, en bij het aanbieden van afspeelapparatuur voor fonogrammen en fonogrammen.

Het Hof benadrukt in het arrest *SCF/Marco Del Corso*^[16] dat de bepalingen van TRIPs- en de WIPO-verdragen toepasselijk zijn in de rechtsorde van de Unie. Aangezien het Verdrag van Rome geen deel uitmaakt van de rechtsorde van de Unie, is het in de EU niet toepasselijk, maar heeft het er indirecte gevolgen. Particulieren kunnen zich noch op het Verdrag van Rome, noch op de TRIPs-overeenkomst en evenmin op de WPPT rechtstreeks beroepen. Het begrip 'mededeling aan het publiek', dat is opgenomen in de Verhuur- en leenrechtlijn en de Auteursrechtlijn, moet worden uitgelegd in het licht van het Verdrag van Rome, de TRIPs-overeenkomst en de WIPO-verdragen.

Het begrip 'mededeling aan het publiek' moet aldus worden uitgelegd dat het *geen* betrekking heeft op de kosteloze uitzending van fonogrammen in een tandartspraktijk ten

behoefte van de patiënten, die deze uitzending buiten hun wil horen. Voortbouwend op *PPL/Ierland*^[17] en *FAPL/Karen Murphy*^[18] merkt het Hof op dat: 1. de tandarts een centrale rol heeft in het overbrengen van het signaal aan zijn patiënten, en dus een gebruiker is; 2. zijn patiënten een bepaald geheel van potentiële luisteraars uitmaken dat beperkt en onbeduidend is; en 3. dat de tandarts geen winstoogmerk zal hebben, aangezien dit de clientèle niet zal vergroten. Bijgevolg hebben producenten van fonogrammen op grond van een dergelijke uitzending geen recht op een vergoeding.^[19] In het arrest *SAS/WPL*^[20] werkt het Hof de auteursrechtelijke bescherming van computerprogramma's nader uit. Functionaliteit en programmeertaal zijn *niet* beschermd als computerprogramma in de zin van Richtlijn 91/250/EEG. Ingevolge art. 5 lid 3 Richtlijn 91/250 is het naar het oordeel van het Hof zo dat degene die onder licentie een kopie van het programma heeft gekregen en zonder toestemming van de rechthebbende de functionaliteit bestudeert teneinde alleen die functionaliteit te kopiëren, geen afbreuk doet aan de exclusieve rechten van de auteursrechthebbende.

In *Usedsoft/Oracle*^[21] besliste het Europese Hof over onder meer het distributierecht van auteursrechthebbenden op computersoftware in de zin van Richtlijn 2009/24/EG. Dit recht is uitgeput op het moment dat een kopie van het beschermde werk op een gegevensdrager wordt gedownload van het internet met toestemming van de auteursrechthebbende, zodat deze 'tegen betaling van een prijs waardoor hij een met de economische waarde van de kopie van het hem toebehorende werk overeenstemmende vergoeding kan ontvangen, tevens een gebruiksrecht voor die kopie zonder beperking in de tijd heeft verleend'.^[22] Het staat dus de verkrijger van de niet in tijd beperkte gebruikslicentie op software vrij om 'zijn' licentie door te verkopen, zonder dat de auteursrechthebbende daar een stokje voor kan steken, nu diens distributierecht is uitgeput.

Nationaal

Het door Brein gevorderde gebod dat Ziggo en XS4ALL toegang tot alle websites van The Pirate Bay zullen blokkeren wordt in de zaak *Brein/Ziggo&XS4ALL*^[23] door de Rb. 's-Gravenhage toegewezen. De websites voorzien in een groot aanbod van torrent-bestanden die de peer-to-peer-uitwisseling van auteursrechtelijk en naburig rechtelijk beschermd materiaal mogelijk maken. De abonnees van Ziggo en XS4ALL worden daarmee in staat gesteld (gemakkelijk) inbreuk te maken op de rechten die op deze werken rusten. In navolging van het Hof van Justitie inzake *LSG-Tele2*,^[24] oordeelt de rechtbank dat Ziggo en XS4ALL in hun rol van *access-provider* aan te merken zijn als tussenpersonen in de zin van art. 26d Aw en art. 15e WNR. Het gevorderde bevel voldoet aan de eis van subsidiariteit nu een bevel gericht tot The Pirate Bay niets uit leek te halen en nu afzonderlijke acties tegen de abonnees niet minder ingrijpend zijn. Het bevel is volgens de rechtbank voorts proportioneel ten opzichte van het belang van de abonnees, aangezien slechts de toegang tot een website die voornamelijk illegaal materiaal aanbiedt wordt ontzegd. Voorts is de blokkade naar het oordeel van de rechtbank niet disproportioneel ten opzichte van het belang van Ziggo en XS4ALL, nu de inspanningen die geleverd moeten worden en de eventuele vertraging van de servers niet opwegen tegen de gemaakte auteursrechtinbreuken. Het argument dat een blokkade ineffectief zou zijn kan de rechtbank niet overtuigen omdat 'de blokkades [...] in ieder geval een extra barrière [zullen] betekenen'.^[25] De blokkade levert wel een beperking van het in art. 10 lid 1 EVRM

neergelegde recht op maar valt volgens de rechtbank binnen de toegestane beperkingen van lid 2: de wettelijke basis ligt in art. 15e WNR en art. 26d Aw, en de maatregel voldoet aan de eisen van subsidiariteit en proportionaliteit. Voorts is er geen sprake van strijd met art. 15 lid Richtlijn elektronische handel: er is geen sprake van actief toezicht, slechts van actief blokkeren.

In het vonnis van in de zaak *Omroepen/De Telegraaf*^[26] bepaalde de Rechtbank Amsterdam dat door de Omroepen gerubriceerde programmeergegevens niet zijn te beschermen als auteursrechtelijk werk nu die niet ontstaan door de vereiste subjectieve, creatieve keuzes van de maker. De in art. 10 lid 1 Aw neergelegde geschriftenbescherming en de door art. 10 lid 3 Aw geleverde bescherming van databanken zijn volgens de voorzieningenrechter als zodanig niet verenigbaar met het *Dataco*-arrest^[27] dat geen andere bescherming toelaat dan aan databanken die zijn aan te merken als 'own intellectual creation' van de auteur. de voorzieningenrechter acht een interpretatie in lijn met het *Dataco*-arrest *contra legem* het nationaal recht en oordeelt zich daartoe op grond van het *Adeneler*-arrest van het HvJ EG niet bevoegd.^[28] Programmeergegevens worden volgens de voorzieningenrechter dus niet auteursrechtelijk beschermd, omdat ze niet de eigen intellectuele schepping van de maker zijn, maar ze komen eventueel wel voor een andere bescherming op grond van ofwel art. 10 lid 1, ofwel lid 3 Aw, dan wel art. 2:140 en 3:28 Mediawet 2008 in aanmerking.

In zijn vonnis in de zaak *Sanoma/GeenStijl*^[29] legt de rechtbank het openbaarmakingsrecht uit naar Europese maatstaven (vgl. *PPL/Ierland* en *SCF/Marco Del Corso*). Het plaatsen van een hyperlink naar een auteursrechtelijk beschermd werk dat op het internet voor het publiek toegankelijk is gemaakt, is in beginsel geen zelfstandige openbaarmaking. In dit geval echter intervenieerde GeenStijl in deze openbaarmaking, door de reportage, die tot dan toe voor slechts een enkeling te vinden was die op de hoogte was van het exacte webadres en de reportage niet via zoekmachines als Google te vinden was, te ontsluiten voor het publiek. Deze openbaarmaking bereikte volgens de rechtbank een 'nieuw' publiek in de zin van art. 3 Arl nu het publiek dat GeenStijl bereikt groot en in aantal onbepaald is. Voorts is volgens de rechtbank van belang dat de hyperlink met winstogmerk geplaatst is. Een beroep op het citaatrecht kan volgens de rechtbank evenmin slagen, nu het werk waaruit geciteerd wordt niet rechtmatig openbaar gemaakt is omdat de foto is bewerkt en de naam van de fotograaf niet wordt vermeld. Een beroep op art. 10 EVRM kan niet slagen: de openbaarmaking is weliswaar een meningsuiting, maar de beperking was bij wet voorzien en voldoende subsidiair en proportioneel.

In de zaak *Norma/Staat*^[30] stelt Norma dat de staat jegens haar onrechtmatig heeft gehandeld door audiospelers en digitale videorecorders niet aan te merken als voorwerpen waarover een heffing voor thuiskopiëren is verschuldigd. Volgens het hof is de staat op grond van de Auteursrechtlijn verplicht een billijke compensatie te verzekeren voor het mogelijke nadeel dat rechthebbenden lijden doordat de staat ervoor heeft gekozen het kopiëren voor privégebruik mogelijk te maken. Wat een billijke compensatie vormt moet op grond van het systeem van de Auteursrechtlijn en de uitleg door het HvJ EU daarvan worden bepaald aan de hand van het mogelijke nadeel dat de rechthebbende lijdt door het vermoedelijke gebruik van de desbetreffende apparaten voor het vervaardigen van reproducties voor privégebruik. Dat betekent volgens het hof dat nu gekozen is voor een

systeem waarin een heffing wordt gelegd op apparaten die voor het maken van thuishkopieën gebruikt worden, hij daarvan niet één of meerdere categorieën die eveneens – in meer dan verwaarloosbare mate – voor het maken van thuishkopieën worden gebruikt en daardoor schade voor de rechthebbenden veroorzaken, mag uitzonderen.

In zijn arrest *ACI/Thuishkopie*³¹ stelt de Hoge Raad vragen van uitleg over privékopieën uit illegale bron. Uit de totstandkomingsgeschiedenis van de implementatiewet blijkt niet dat de Nederlandse wetgever iets anders heeft bedoeld dan het getrouw omzetten van de Auteursrechtlijn. Dat brengt mee dat ook art. 16 Aw richtlijnconform uitgelegd dient te worden, ook wanneer daaruit zou blijken dat de in art. 5 lid 2 Arl neergelegde uitzondering op het auteursrecht geen betrekking heeft op het kopiëren uit illegale bron. Of dat artikellid ook betrekking heeft op kopiëren uit illegale bron is vooralsnog niet door het HvJ EU bepaald, daartoe heeft de Hoge Raad nu vragen gesteld.

Literatuur

- M. de Cock Buning, R.W. de Bruin & R. Kindt, 'Het Europese Hof doet nieuwe mededelingen aan het publiek', *IER* 2012/33.
- J. Reus, 'De bescherming van IE-rechten op platforms voor user-generated content – in hoeverre is een maatregel tot preventief filteren mogelijk?', *IER* 2012/50.
- C.F.M. de Vries, 'Subjectieve verwijtbaarheid. Een toets om de aansprakelijkheid van internettussenpersonen voor het faciliteren van auteursrechtinbreuken te beoordelen', *AMI* 2012-1, p. 1-12.
 - J.R. Spauwen, 'Reactie. Subjectieve verwijtbaarheid: een gebruikelijk criterium', *AMI* 2012-3, p. 90-91.
 - B. van der Sloot, 'Reactie. Subjectieve verwijtbaarheid van internet intermediairs: enkele vragen', *AMI* 2012-3, p. 92-95.
 - C.F.M. de Vries, 'Naschrift', *AMI* 2012-3, p. 95-96.
- H.O. van den Berg, 'Moeizame verbetering van de incasso van het auteursrecht', *AMI* 2012-2, p. 54-60.
 - M.J. Frequin, 'Reactie. Samen blijven werken aan verbetering van de incasso auteursrecht en naburige rechten', *AMI* 2012-3, p. 97-100.
 - H.O. van den Berg, 'Naschrift', *AMI* 2012-3, p. 101.
- T.E. Deurvorst, 'Schadevergoeding en proceskostenveroordeling bij inbreuk op auteursrecht', *AMI* 2012-3, p. 85-89.
- A.C. Beunen, 'Geschriftenbescherming na het *Football Dataco*-arrest', *AMI* 2012-4, p. 149-153.
- M.R. de Zwaan, 'Ruimte in het citaatrecht in Europa? *Zoekmachine vindt niets bij "search naar flexibilites"*', *AMI* 2012-4, p. 141-148.
- C.J. Turner, 'Auteurs-, media- en informatierecht in verkiezingsprogramma's Tweede Kamer 2012', *AMI* 2012-4, p. 154-162.
- P. Lindhout, 'De billijke vergoeding bij filmwerken: twee modellen voor een oplossing', *AMI* 2012-5, p. 185-195.
- J.J.C. Kabel, 'De betekenis van het arrest *Luksan/Van der Let* voor het Nederlandse auteursrecht: *commentaar bij Hof van Justitie EU 9 februari 2012, C-277/10*', *AMI* 2012-5, p. 195-201.
- K.E. Sandvliet & A.P. Engelfriet, 'Vaststellen van schade bij online auteursrechtinbreuk', *AMI* 2012-5, p. 204-209.

- M.R.F. Senftleben, 'De thuis kopieheffing of de kwadratuur van de cirkel', *AMI* 2012-6, p. 229-230.
- S.J. Donker, 'De thuis kopieregeling ontdooid. *Of toch een downloadverbod licht?*', *AMI* 2012-6, p. 231-238.
- J.P. Poort, 'Een economische analyse van thuis kopiestelsels', *AMI* 2012-6, p. 239-242.
- Th. Dreier, 'Living with copyright from Luxembourg. *The example of the effects of CJEU-Padawan on the German levy system for private copying*', *AMI* 2012-6, p. 243-246.
- S. Dussollier, 'De invloed van de *Padawan*-uitspraak op het ongelijke veld van thuis kopieheffingen in België', *AMI* 2012-6, p. 247-249.
- V. Still, 'Is the copyright levy system becoming obsolete? *The Finnish experience*', *AMI* 2012-6, p. 250-258.
- R. Xalabarder, 'The abolishment of copyright levies in Spain? *A consequence of Padawan?*', *AMI* 2012-6, p. 259-262.
- P.B. Hugenholtz, A.A. Quaadvlieg & D.J.G. Visser (red.), *A Century of Dutch Copyright Law*, Amsterdam: DeLex 2012.
- P. Lindthout, *De billijke vergoeding bij filmwerken*, Amsterdam: DeLex 2012.

III. Databankenrecht

Jacqueline Seignette

Het Europese Hof beantwoordde in 2012 tweemaal prejudiciële vragen over de wedstrijdschema's van de Engelse voetbalcompetities. In *Football Dataco/Yahoo!*^[32] oordeelde het Hof dat een databank alleen auteursrechtelijk beschermd kan zijn als de keuze of de rangschikking van de erin opgenomen gegevens een oorspronkelijke uiting is van de creatieve vrijheid van de maker ervan. Is dat er niet, dan is er geen auteursrechtelijke bescherming, ook niet als de verzameling van de gegevens en de samenstelling van de databank gepaard is gegaan met aanzienlijke (intellectuele) inspanningen en deskundigheid

Mede in het licht van de eerdere uitspraken in *Infopaq*^[33] en *Painer*^[34] is deze uitspraak in de literatuur uitgelegd als een signaal dat de drempel voor auteursrechtelijke bescherming in de Europese Unie niet meer te laag mag worden gelegd.^[35] Ook concludeert men dat databanken in de zin van de Databankenwet niet meer zullen kunnen profiteren van de Nederlandse geschriftenbescherming.^[36] De Commissie Auteursrecht heeft hierover advies uitgebracht aan de regering. Dit advies is nog niet openbaar. Wel weten we dat de commissie heeft geadviseerd dat het arrest geen gevolgen heeft voor de regeling in de Mediawet 2008 op grond waarvan de publieke omroepen worden verplicht hun programmeergegevens tegen een marktconforme prijs (tijdig) beschikbaar te stellen. De Commissie Auteursrecht ziet dit als een verplichting tot het verlenen van toegang tot de programmeergegevens op een moment dat ze nog niet door de omroep zelf openbaar gemaakt zijn. De geschriftenbescherming ziet daar niet op. De Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie heeft de Tweede Kamer naar aanleiding hiervan bericht dat de regeling in de Mediawet 2008 zonder bezwaar op 1 januari 2013 in werking kan treden. Over de gevolgen van *Football Dataco* voor de geschriftenbescherming moet de staatssecretaris nog met een reactie komen.^[37] De voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam wilde intussen niet vooruitlopen op een eventuele wijziging van de Auteurswet en oordeelde in door de publieke en commerciële omroepen ingesteld kort geding tegen de Telegraaf dat de omroepen zich ter bescherming van hun programmeergegevens op de geschriftenbescherming kunnen beroepen. De rechter hield er daarbij rekening mee dat de

geschriftenbescherming in de Auteurswet mogelijk zou worden vervangen door een regeling in het kader van het mededingingsrecht.^[38]

In *Football Dataco/Sportradar*^[39] oordeelde het Hof over het begrip 'hergebruik' bij verspreiding via internet. Een website die gegevens verspreidt die zijn ontleend aan een databank die beschermd is door het databankenrecht, hergebruikt deze gegevens in alle landen waarvan er aanwijzingen zijn dat de website zich op die landen heeft willen richten. De nationale rechter moet beoordelen of dit het geval is. In *RyanAir/PR Aviation*^[40] bevestigde het Hof Amsterdam het eerdere oordeel van de rechtbank dat RyanAir niet heeft aangetoond dat er aan haar database met vluchtgegevens een substantiële investering ten grondslag ligt. RyanAir kan daartoe niet alle kosten van haar website opvoeren. De eiser zal gespecificeerd moeten aantonen welke kosten zijn besteed aan de verzameling, controle en presentatie van de data, en dat moeten separeren van de kosten voor de creatie van de gegevens en andere activiteiten. Ten aanzien van het subsidiaire beroep van RyanAir op de geschriftenbescherming, oordeelde het hof – zonder in te gaan op de vraag of geschriftenbescherming na *Football Dataco* nog wel kan – dat PR Aviation zich met recht op art. 24a Aw kon beroepen. Ingevolge dit artikel kan de rechtmatige gebruiker van een databank deze databank verveelvoudigen voor zover dat nodig is voor het gebruik ervan. Dat de licentievoorwaarden van RyanAir het gebruik voor commerciële doeleinden verbieden, kan hier aldus het hof niet aan afdoen omdat dit niet te verenigen is met het dwingendrechtelijke karakter van art. 24a Aw.^[41]

In de zaak *Innoweb/Wegener*^[42] wees het Hof 's-Gravenhage een tweede tussenarrest over de vraag of de *dedicated* meta-zoekmachine Gaspedaal inbreuk maakt op het databankenrecht van Wegener met betrekking tot haar Autotrack-website. Gaspedaal maakt gebruik van de zoekmachine op Autotrack, maar geeft slechts een deel van het zoekresultaat van Autotrack op haar site weer. Wil men meer zien, dan wordt men doorgelinkt naar Autotrack. Het Hof 's-Gravenhage stelt 9 prejudiciële vragen over het begrip 'hergebruik' in art. 7 lid 2 sub b Databankenwet, onder meer over de vraag of er reeds sprake kan zijn van hergebruik door het weergeven van een uittreksel van de zoekresultaten (in plaats van de data waarnaar die resultaten verwijzen). En of het daarbij relevant is dat het om een *dedicated* zoekmachine gaat die dagelijks totaal 100.000 zoekopdrachten uitvoert. Ten aanzien van hergebruik door middel van het herhaald en systematisch opvragen en/of hergebruiken van niet-substantiële delen van de inhoud van de databank (art. 7 lid 5 Databankenrichtlijn), stelt het hof de vraag of de eiser moet aantonen dat dit in strijd is met een normale exploitatie van die databank of ongerechtvaardigde schade toebrengt aan zijn rechtmatige belangen of dat dit wordt verondersteld als eenmaal herhaald en systematisch hergebruik is vastgesteld. De antwoorden van het Hof van Justitie zijn bepalend voor de beschermingsomvang en effectiviteit van het databankenrecht voor openbare internet databases.

IV. Kroniek octrooirecht 2012

Frank Eijsvogels en András Kupecz

Internationale ontwikkelingen

Op 10 december 2012 hebben de deelnemende lidstaten van de EU (alle landen behalve Italië en Spanje) politiek ingestemd met de tekst van een internationale overeenkomst tussen lidstaten van de Europese Unie voor het in het leven roepen van één gespecialiseerd gerechtshof in octrooizaken (het zogenoemde 'Unified Patent Court') en de statuten van het Unified Patent Court.^[43] Art. 89 lid 1 van de overeenkomst bepaalt het volgende over het tijdstip van inwerkingtreding van de overeenkomst:

“This Agreement shall enter into force on 1 January 2014 or on the first day of the fourth month after the deposit of the thirteenth instrument of ratification or accession in accordance with Article 84, including the three Member States in which the highest number of European patents had effect in the year preceding the year in which the signature of the Agreement takes place or on the first day of the fourth month after the date of entry into force of the amendments to Regulation (EU) No 1215/2012 concerning its relationship with this Agreement, whichever is the latest.”

Duitsland, Frankrijk en het Verenigd Koninkrijk zullen de overeenkomst in ieder geval moeten ratificeren. Daarnaast zal Verordening (EU) nr. 1215/2012^[44] moeten worden aangepast teneinde te voorzien in bepalingen over de internationale bevoegdheid van het Unified Patent Court. Verordening (EU) nr. 1215/2012 is de opvolger van Verordening (EG) nr. 44/2001 (de EEX-Verordening). Betoogd wordt^[45] dat de commissie terughoudend kan zijn om een aanpassing van deze Verordening voor te stellen, omdat door een dergelijke aanpassing wordt bevestigd dat de overeenkomst bestaande EU-wetgeving wijzigt. Volgens art. 3.2 EU-Verdrag heeft in dat geval de Unie de exclusieve bevoegdheid om een dergelijke overeenkomst te sluiten (en hebben de lidstaten die bevoegdheid dus niet). In de pers is betoogd dat het mogelijk is dat het eerste eenheidsoctrooi in april 2014 kan worden verleend. De tijd zal leren of dit wordt gehaald of dat ten gevolge van het genoemde probleem het project verdere vertraging zal ondervinden.

Verder zijn de volgende Verordeningen aangenomen:

- Verordening (EU) nr. 1257/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 17 december 2012 tot het uitvoering geven aan nauwere samenwerking op het gebied van de instelling van eenheidsoctrooibeschermt;^[46]
- Verordening (EU) nr. 1260/2012 van de Raad van 17 december 2012 tot het uitvoering geven aan nauwere samenwerking op het gebied van de instelling van eenheidsoctrooibeschermt met betrekking tot de toepasselijke vertaalregelingen.^[47]

Deze Verordeningen zullen pas van toepassing zijn met ingang van 1 januari 2014 of, zo dit later is, de datum waarop de genoemde overeenkomst in werking treedt.

Het Unified Patent Court zal bestaan uit een Court of First Instance en een Court of Appeal. De Court of First Instance zal bestaan uit een centrale divisie en uit diverse locale en regionale divisies die gevestigd zullen zijn in verschillende lidstaten. In 2012 is er een politiek compromis gesloten over de vestigingsplaats van de centrale divisie. De centrale divisie zal gevestigd zijn in Parijs en zal nevenvestigingen hebben in Londen en München. De divisie in Parijs zal zich bezighouden met octrooizaken op het gebied van onder meer de elektronica en de informatietechnologie. De divisie in Londen zal zich bezighouden met octrooizaken op het gebied van onder meer de biotechnologie, de chemie en de farmacie. De divisie in München zal zich bezighouden met octrooizaken op het gebied van onder meer de werktuigbouwkunde, verlichting en verwarming.^[48]

Een commissie bestaande uit ervaren octrooirechters en -advocaten uit de lidstaten waarin de meeste octrooiprocedures worden gevoerd heeft een concept van de Rules of Procedure van het Unified Patent Court vastgesteld. De verwachting is dat er later dit jaar een publieke consultatieronde wordt georganiseerd.

Wetgeving

Op 17 september 2012 is een Voorstel voor een Rijkswet ingediend tot wijziging van artikel 53b

ROW 1995 in verband met de invoering van een beperkte veredelingsvrijstelling. [\[49\]](#)

De hoofdlijnen van dit wetsvoorstel zijn als volgt in de memorie van toelichting omschreven:

“Artikel 53a, eerste en tweede lid, ROW 1995 omvat het octrooirecht op biologisch materiaal. Artikel 53a is een aanvulling op artikel 53. Artikel 53 is ook van toepassing op dergelijk materiaal. Het kan daarbij gaan om biologisch materiaal afkomstig van bijvoorbeeld een virus, bacterie, schimmel, plant of dier. De toegang tot dergelijk biologisch materiaal dat genetische informatie bevat of daaruit bestaat, welke toegang ook op grond van het kwekersrecht is verzekerd, is noodzakelijk voor veredeling van planten. Uitgesloten is het andere materiaal in de zin van artikel 53a, derde lid, ROW 1995, voor zover dit niet tevens biologisch materiaal vormt in de zin van artikel 1 van de ROW 1995. Dat is het materiaal waarin de genetische informatie wordt opgenomen en dat haar functie uitoefent, maar zich, in tegenstelling tot biologisch materiaal, niet kan repliceren of in een biologisch systeem kan worden gerepliceerd.

Met het aan artikel 53b toe te voegen tweede lid wordt slechts een beperkte veredelingsvrijstelling beoogt. De beperking heeft betrekking op twee aspecten, namelijk:

- a. kweken of ontdekken en ontwikkelen met het geoctrooierde voor plantenveredelingsdoeleinden en
- b. het gebruik van biologisch materiaal.

Ad a. De meerwaarde van de beperkte veredelingsvrijstelling ten opzichte van de onderzoeksvrijstelling (artikel 53, derde lid, ROW 1995) in het octrooirecht is dat het biologisch materiaal niet alleen gebruikt mag worden voor onderzoek van het geoctrooierde, maar ook voor onderzoek en ontwikkeling met het geoctrooierde voor plantenveredelingsdoeleinden.

Invoering van een beperkte veredelingsvrijstelling in de ROW 1995 leidt ertoe dat de betrokken veredelaar, in tegenstelling tot voorheen, geen toestemming (licentie) meer nodig zal hebben van de octrooihouder(s) om het betrokken biologisch materiaal te gebruiken voor het kweken of ontdekken en ontwikkelen van nieuwe plantenrassen.

De vrijstelling geldt niet voor de commerciële exploitatie van nieuwe plantenrassen, verworven met deze vrijstelling. Onder de commerciële exploitatie is ook begrepen de aanmelding van het nieuwe plantenras voor het verkrijgen van een kwekersrecht of toelating.

De veredelaar heeft vanaf de fase van de productie van het teeltmateriaal, die voorafgaat aan de marktintroductie van het nieuwe plantenras, een licentie nodig van de octrooihouder(s) indien het nieuwe plantenras door de geoctrooierde uitvinding bepaalde eigenschappen heeft verkregen. Het voordeel dat met deze vrijstelling aan veredelaars wordt geboden, ligt vooral in de besparing van kosten en tijd. Een plantenveredelaar kan voortaan zonder tijdverlies, of zonder daartoe strekkende licentieovereenkomst met de octrooihouder(s) gebruik maken van het beschikbare biologisch materiaal. Deze vrijstelling levert bovendien rechtszekerheid op omdat een veredelaar niet beticht kan worden van octrooi-inbreuk indien hij gebruik maakt van octrooirechtelijk beschermd biologisch materiaal voor plantenveredeling, voor zover dat niet onder de onderzoeksvrijstelling van artikel 53, derde lid, ROW 1995 zou vallen.

Ad b. De voorgestelde vrijstelling geldt evenmin voor het toepassen van geoctrooierde werkwijzen die alleen of tevens bruikbaar zijn bij de plantenveredeling. De problematiek van veredelaars is

immers niet gelegen in de toegang tot die werkwijzen, maar in de octrooirechtelijke beperking van vrije toegang tot biologisch materiaal dat een rol kan spelen bij plantenveredeling.

Onder de vrijstelling valt vanzelfsprekend wel het gebruik van biologisch materiaal voor plantenveredelingsdoeleinden dat noodzakelijkerwijs verbonden is met een daarmee verband houdende werkwijze. Daarvan kan sprake zijn bij een octrooi voor een voortbrengsel (product) met betrekking tot biologisch materiaal, waarin tevens conclusies (claims) zijn opgenomen die zich uitstrekken tot werkwijzen met dat geoctrooieerde voortbrengsel.

Een licentie van de octrooihouder is echter niet nodig voor de commerciële exploitatie van een nieuw plantenras in de volgende gevallen:

- als de geoctrooieerde eigenschap is uitgekruist, kan de veredelaar zonder licentie van de octrooihouder overgaan tot commerciële exploitatie van het nieuwe plantenras;
- als de geoctrooieerde eigenschap niet is uitgekruist en zolang het biologisch materiaal niet (langer) bepaalde eigenschappen heeft verkregen als gevolg van de geoctrooieerde uitvinding(en) kan de veredelaar eveneens zonder licentie van de octrooihouder overgaan tot commerciële exploitatie van het nieuwe plantenras.

In deze gevallen heeft het betrokken biologisch materiaal niet langer door de geoctrooieerde uitvinding verkregen eigenschappen, zodat op grond van artikel 8 van de Biotechnologierichtlijn (ROW 1995, artikel 53a) niet langer sprake kan zijn van octrooirechtelijke bescherming ervan.”

Rechtspraak

Kamers van beroep van het EOB

De Grote Kamer van Beroep (GKB) oordeelde in G1/10^[50] dat een octrooihouder geen beroep mag doen op Regel 140 van het Uitvoeringsreglement bij het EOV (herstel van fouten in beslissingen van het EOB) om na verlening (in casu in een oppositieprocedure) de tekst van een octrooi te corrigeren. De octrooihouder wilde dit doen om een aanval van toegevoegde materie te pareren. De GKB overwoog dat de rechtszekerheid in de weg stond aan het toekennen van het verzoek van de octrooihouder. Bovendien is, aldus de GKB, Regel 140 er niet voor ‘to “tidy up” their own errors by the fiction of ascribing them to the examining division’. Als wel sprake is van een fout van de Examining Division, dan is beroep de geëigende weg (punt 11 van de Reasons). Ten overvloede merkt de GKB op dat als er sprake is van een kennelijke verschrijving, dit als zodanig voor iedere derde kenbaar zal zijn en het octrooischrift op de juiste wijze zal moeten worden gelezen, ook zonder correctie van de tekst.

In zaak R21/11^[51] deed zich de uitzondering voor dat een petition for review bij de GKB succesvol was en leidde tot een heropening van de (beroeps)procedure bij de Technische Kamer van Beroep (TKB). De TKB had tijdens de mondelinge behandeling verzuimd te beslissen op deskundigenverklaring die op een zeer laat tijdstip waren ingediend. Door überhaupt geen beslissing te nemen over de toelaatbaarheid van het stuk schond de TKB de goede procesorde door niet te beslissen op een relevant verzoek (Regel 104b EOV).

De andere 14 petitions van 2012 waren overigens (clearly) unallowable of inadmissible.

Hof van Justitie van de Europese Unie (het HvJ)

2012 was een betrekkelijk rustig jaar voor het HvJ op het gebied van Aanvullende Beschermingscertificaten (ABC). In *Neurim*^[52] bepaalde het HvJ dat het bestaan van een marktvergunning (voor diergeneeskundige toepassing) er niet aan in de weg staat dat een ABC wordt afgegeven voor een andere toepassing (bij mensen) van hetzelfde product, mits deze toepassing binnen de beschermingsfeer valt van het basisoctrooi.

De Rechtbank 's-Gravenhage stelde in 2012 prejudiciële vragen met betrekking tot ABCs in de *Georgetown*-beslissing. Octrooicentrum Nederland weigerde de certificaataanvraag van Georgetown University voor het product 'HPV type 16'. Het product waarvoor een handelsvergunning was verleend was een samenstelling van vier werkzame stoffen, namelijk de combinatie van HPV 6, 11, 16 en 18. Aan de afwijzing van de aanvraag was ten grondslag gelegd dat geen sprake is van een handelsvergunning voor het product L1-eiwit van HPV 16. Het besluit op deze grondslag werd door de rechtbank vernietigd in het licht van het *Medeva*-arrest.^[53] Volgens de rechtbank was het evenwel nog geen *acte clair* of voor een basisoctrooi waarin meerdere producten zijn beschermd meerdere certificaten mogen worden afgegeven. Om opheldering te krijgen is een vijftal vragen geformuleerd aangaande de uitleg van art. 3 sub c (de voorwaarde dat 'voor het product niet eerder een certificaat is verkregen') van de ABC-Verordening.^[54] De zaak is bij het HvJ aanhangig onder nr. C-484/12. Overigens stond de *Georgetown*-zaak er niet aan in de weg dat de voorzieningenrechter in ieder geval voorlopig oordeelde dat per product per basisoctrooi een ABC kan worden verkregen.^[55]

Nationale rechtspraak

Nieuwheid/Inventiviteit

In de *Lundbeck*-zaak^[56] vernietigde het hof de stofconclusie voor het (+) enantiomeer van citalopram wegens een gebrek aan inventiviteit en oordeelde dat de in het octrooi geclaimde werkwijze om dat enantiomeer te maken wel inventief was. Het hof overwoog dat indien de inventiviteit slechts gelegen is in de werkwijze waarmee het (nieuwe, doch niet inventieve) product voor het eerst wordt verkregen, de stand van de techniek is verrijkt met deze werkwijze en met het product verkregen volgens die werkwijze, voor welke werkwijze en product dan bescherming wordt verleend. Er is dus geen sprake van absolute stofbescherming als het product *an sich* niet mede inventief is, aldus het hof. De voorzieningenrechter^[57] overwoog een half jaar na het hofarrest dat 'er het nodige is af te dingen op de redenering van het hof. Als een gemiddelde vakman immers slechts langs inventieve weg de nieuwe stof (escitalopram) kan verkrijgen is er kennelijk inventieve denkbeelden nodig geweest om tot deze stof te komen en is de stof logischerwijze om die reden inventief, ook al lag op zich het bestaan van de stof wellicht voor de hand. Onjuist lijkt het derhalve de aanvullende eis aan een stofconclusie te stellen dat de stof ook nog eens op zichzelf – dus los van de werkwijze om deze te maken – inventief moet zijn.' Het wachten is op het oordeel van de Hoge Raad.

Toegevoegde materie

Rechtvaarders blijven in 2013 onverminderd strikt als het gaat om de nietigheidgrond van art. 75 lid c ROW (art. 123 lid 2 EOV): het onderwerp van het octrooi wordt niet gedekt door de ingediende aanvraag, oftewel er is sprake van toegevoegde materie. Veelvuldig wordt aansluiting gezocht bij de rechtspraak van het EOB. Zo oordeelde de voorzieningenrechter in *Bayer/Sandoz*,^[59] onder verwijzing naar G2/10 van de GKB, dat sprake is van toegevoegde materie indien aan de gemiddelde vakman, die gebruikmaakt van zijn algemene vakkennis, informatie wordt verschaft die hij niet rechtstreeks en ondubbelzinnig uit de aanvraag heeft kunnen afleiden. In *Samsung/Apple*^[59] oordeelde de rechtbank dat sprake was van een ongeoorloofde veralgemenisering. De vraag of een beroep op prioriteit geldig is, moet overigens langs dezelfde weg worden beoordeeld (*SCA/MTS*).^[60]

Beschermingsomvang

De Hoge Raad heeft in het *AGA/Occlutech*-arrest eerdere rechtspraak over de bepaling van de beschermingsomvang van octrooien verijnd.

Het bij art. 69 EOV behorende uitlegprotocol (het Protocol) bepaalt hoe art. 69 begrepen moet worden en daarmee hoe octrooien uitgelegd dienen te worden. Het behelst een richtsnoer voor het vinden van het antwoord op de vraag hoe ver de beschermingsomvang van een octrooi zich uitstrekt wanneer de conclusies in het licht van de beschrijving en de tekeningen worden onderzocht.

In het arrest HR 7 september 2007, LJN BA3522, *NJ 2007/466 (Lely/DeLaval)* is de bestaande rechtspraak van de Hoge Raad verduidelijkt in het licht van art. 69 en het Protocol en zijn, onder verwijzing naar de in die rechtspraak – in het bijzonder in HR 13 januari 1995, LJN ZC1609, *NJ 1995/391 (Ciba Geigy/Oté Optics)* – gebezigde formuleringen, ‘hetgeen voor de uitvinding waarvan de bescherming wordt ingeroepen, wezenlijk is’, onderscheidenlijk ‘de achter de woorden van die conclusies liggende uitvindingsgedachte’ bestempeld als gezichtspunt, tegenover de letterlijke tekst van de conclusies (de ‘uitersten’ in de woorden van het Protocol). Daarmee is volgens de Hoge Raad niet gezegd dat al de gezichtspunten die in het *Ciba Geigy/Oté Optics*-arrest zijn opgesomd, in ieder afzonderlijk geval in aanmerking moeten worden genomen. In hoeverre dat het geval is, wordt bepaald door factoren als de aard van het octrooi en de beschrijving van de uitvinding, alsmede door het partijdebat. Voor het toekennen van een ruime beschermingsomvang aan een ‘pioniersuitvinding’ bestaat dan grond, indien de toepassingsmogelijkheden van de vinding, als gevolg van het sterk vernieuwende karakter daarvan, door de opsteller van het octrooischrift niet volledig kunnen worden voorzien en overzien en, als gevolg daarvan, daarin ook niet afdoende kunnen worden beschreven en geclaimd. Een derde kan zich ter staving van de door hem verdedigde uitleg van een octrooi zonder enige beperking op het verleningsdossier beroepen, doch een afstand van beschermingsomvang mag slechts worden aangenomen, indien daartoe, gelet op de inhoud van het octrooischrift in het licht van eventuele andere bekende gegevens, waaronder de openbare gegevens uit het octrooiverleningsdossier, goede grond bestaat.

Het lijkt erop alsof de Hoge Raad met dit arrest de deur verder heeft willen sluiten voor rechtsvragen ten aanzien van de maatstaf die moeten worden gehanteerd voor

de uitleg van octrooien. Er is een aantal gezichtspunten, maar de gezichtspunten hoeven niet altijd allemaal te worden meegewogen en voor het overige hangt het af van de feiten. Kortom: mits adequaat gemotiveerd, heeft de feitenrechter alle ruimte om het door het Protocol vereiste midden tussen de twee uitersten te vinden. De conclusie van advocaat-generaal Huydecoper bevat interessante beschouwingen over onder meer equivalentie. Huydecoper betoogt dat wanneer de rechter bij de uitleg van een octrooi gevolg gegeven heeft aan de regel van het Protocol (en zich dus bij zijn uitleg van de ruimte voor equivalentie rekenschap heeft gegeven), er logischerwijs nog maar een beperkte ruimte kan bestaan voor het binnen de octrooibeschermering brengen van equivalenten, als die bij de uitleg 'buiten de boot zijn gevallen'. Met deze gegevens voor ogen is te billijken dat de rechter terughoudend toepassing geeft aan equivalentie als het gaat om gegevens die niet bestreken worden door het octrooi zoals dat, overeenkomstig de voorschriften van het Protocol, door dezelfde rechter is uitgelegd. Volgens Huydecoper is het weliswaar op plausibele gronden te verdedigen dat er dan nog ruimte voor een zelfstandige toets aan equivalentie is, maar het is tegelijk duidelijk dat het daarbij om vrij uitzonderlijke gevallen moet gaan, en dat een beroep op de hier voor mogelijk gehouden marge dus maar betrekkelijk zelden zal kunnen slagen.

In *Mundipharma/Sandoz*^[61] weigerde de voorzieningenrechter een beroep op equivalentie omdat de octrooihouder bepaalde materie had ondergebracht in een afgesplitste aanvraag. Dat werd gezien als een goede grond om aan te nemen dat die materie niet viel onder de beschermingsomvang van de moederaanvraag.

Vorbehouden handelingen

In 2012 zijn er een aantal uitspraken verschenen waarin een aantal van de in art. 53 ROW 1995 genoemde exclusief aan de octrooihouder voorbehouden handelingen zijn uitgelegd.

In de zaak *Pharmachemie BV/Glaxo Group*^[62] oordeelde de Hoge Raad dat publicatie van een generiek geneesmiddel in de G-Standaard tijdens de looptijd van een octrooi 'voor een of ander aanbieden' oplevert in de zin van art. 53 lid 1 ROW 1995. De Hoge Raad verwierp het betoog van Pharmachemie dat aanbieden in deze zin een actieve handeling door de aanbieder zou vereisen gericht op een afnemer om het geneesmiddel daadwerkelijk aan deze afnemer te verkopen (of een van de andere aan de octrooihouder voorbehouden handelingen te verrichten), gericht dus op een concrete transactie. De Hoge Raad oordeelde dat voor de beperkte uitleg zoals door Pharmachemie bepleit, waardoor het een concurrent vrij zou staan om nog voor het verstrijken van de geldigheidsduur van het octrooi bekend te maken dat hij op afzienbare termijn op de markt komt met een generieke variant van het desbetreffende geneesmiddel met eenzelfde werkzame stof, in de wet(sgeschiedenis), rechtspraak noch literatuur steun is te vinden. Volgens de Hoge Raad heeft het hof terecht tot uitgangspunt genomen dat aanbieden voor een van de eerder in art. 53 lid 1 ROW 1995 opgesomde handelingen in ruime zin moet worden opgevat.

Het hebben van een marktvergunning voor een (generiek) geneesmiddel is volgens vaste rechtspraak geen aan de octrooihouder voorbehouden handeling. De weigering

van een partij om toe te zeggen dat zij zal afzien van een marktintroductie 'at risk' levert volgens de voorzieningenrechter in *Merck/Teva* geen reële dreiging van inbreuk op. Vermelding in de G-standaard (ten minste 10 dagen voor het product daadwerkelijk door apothekers zal worden afgegeven) biedt voldoende tijd om een handhavingsactie te beginnen.^[63] In de zaak *Pfizer/UVIT*^[64] was de uitleg van 'anderszins verhandelen' in de zin van art. 53 ROW 1995 aan de orde. Het Hof 's-Gravenhage oordeelde dat door het versturen van een uitnodiging tot het doen van een aanbieding (die erop gericht is als preferent leverancier te worden aangewezen), niet wordt bewerkstelligd dat een geneesmiddel daadwerkelijk ter beschikking van een derde wordt gebracht, waarbij in dit geval als eerste 'derde' is te beschouwen: de apotheek. Ook het sluiten van een overeenkomst tussen een zorgverzekeraar en een leverancier met het oog op de levering van een bepaald geneesmiddel door de leverancier aan de apotheek en door de apotheek aan een verzekerde kan naar het oordeel van het hof niet worden aangemerkt als 'anderszins verhandelen'. Weliswaar scheidt de zorgverzekeraar aldus voorwaarden voor het ter beschikking van een derde brengen van het geneesmiddel, maar daarmee verhandelt de zorgverzekeraar dat middel niet zelf. Ook koopt de zorgverzekeraar de geneesmiddelen niet (zelf) in. De wetsgeschiedenis biedt volgens het hof onvoldoende aanknopingspunten voor de opvatting dat ook het creëren van voorwaarden waaronder een voortbrengsel door een ander kan worden verhandeld onder de reikwijdte van de voorbehouden handelingen dient te worden begrepen.

Verder is de beslissing van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Utrecht in de zaak tussen Boehringer Ingelheim en Teva het vermelden waard.^[65] De voorzieningenrechter oordeelde dat een in Nederland gevestigde Teva-vennootschap, als houdster van vergunningen om een generiek geneesmiddel in Europa respectievelijk in Portugal op de markt te brengen, jegens Boehringer Ingelheim onrechtmatig heeft gehandeld, door in Nederland te bevorderen, te faciliteren of deel te nemen aan inbreuk die een gelieerde concernmaatschappij (een in Portugal gevestigde Teva-vennootschap) maakt op een octrooi van Boehringer Ingelheim dat in Portugal van kracht is.

In een van de *Apple/Samsung*-zaken^[66] oordeelde de Rechtbank 's-Gravenhage dat de onderhandelingen omtrent een licentie op de voor de UMTS standaard essentiële octrooien van Samsung op fair, reasonable and non-discriminatory (FRAND) voorwaarden voortduurden. Dat sprake was van onwil zijdens Apple tot het nemen van een dergelijke licentie was volgens de rechtbank onvoldoende gebleken. Het onder die omstandigheden instellen van een verbodsvordering levert volgens de rechtbank misbruik van recht, respectievelijk strijd met de precontractuele goede trouw op. De dreiging van het gevorderde bod zet Apple volgens de rechtbank onder oneigenlijke druk om tijdens de onderhandelingen in te stemmen met licentievoorwaarden die niet FRAND zijn.

Procesrecht/Overig

In de zaak *Impliva/Senz*^[67] oordeelde de rechtbank dat bij pleidooi gedane hulpverzoeken in het algemeen als strijdig met de eisen van een goede procesorde niet in aanmerking kunnen worden genomen omdat de wederpartij zich daarop niet behoorlijk heeft kunnen

voorbereiden en het pleidooi onvoldoende gelegenheid biedt daarop afdoende te reageren. De wederpartij wordt aldus gedwongen 'to shoot at a moving target', zeker wanneer meerdere varianten voorliggen. De hulpverzoeken die Senz in de akte na pleidooi had opgenomen worden wegens strijd met een goede procesorde buiten beschouwing gelaten. Octrooigemachtigden doen er verstandig aan om binnen de in de ROW voorgeschreven termijn van drie maanden na de publicatie van de verlening van een geamendeerd octrooi na oppositie (de zogeheten B2-publicatie) een nieuwe vertaling in te dienen. De voorzieningenrechter oordeelde in *Truma/Tradekar*^[68] dat er een serieuze, niet te verwaarlozen kans bestaat dat de bodemrechter zal oordelen dat het verzuim om de vertaling in te dienen geen (herstelbaar) vormgebrek is, maar een materieel gebrek dat fataal is.

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (de Afdeling), ten slotte, oordeelde in 2012 dat een vormgebrekenbrief van Octrooi Centrum Nederland waarin de octrooihouder een termijn wordt geboden om bepaalde formele gebreken te herstellen een besluit in de zin van art. 1:3 Awb is.^[69]

Literatuur

- A. Kupecz & M. de Koning, 'Bewijs in octrooizaken: technische achtergrond en de partijdeskundige', *IER* 2012/72, p. 585-591.
- C. Mulder, 'Verdrag inzake Octrooirecht-Beloften niet waargemaakt', *IER* 2012/24, p. 222-224.
- C. van Nispen, 'Grensoverschrijdende verboden in octrooizaken. Kanttekeningen bij de noten van Paul Vlas onder *NJ* 2008, 76 en 78', *BIE* 2012/9, p. 254-258.
- L. Dokter, 'Patents and patent systems in the Industrial Revolution (1760-1830), the English and Dutch "case" compared', *BIE* 2012/8, p. 229-235.
- G. Kuipers, D. Groenevelt & O. Lamme, 'A further perspective on *Apple v Samsung*: How to successfully enforce Standard Essential Patents in the Netherlands', *BIE* 2012/8, p. 222-228.
- H. Gubby, 'Plus ça change, plus c'est la même chose: how the process patent disputes of the Industrial Revolution shed light on the software patent disputes of the Digital Revolution', *BIE* 2012/6, p. 190-195.
- P.J. Sciarone, 'Het arrest van de Hoge Raad inzake *Philips/Postech* en de Losartan-affaire', *BIE* 2012/1, p. 2-11 (deel I) en 2012/2 (deel II), p. 50-58.
- P. van der Kooij, 'TRIPS en de kwekersvrijstelling', *BIE* 2012/1, p. 12-17.
- W. Maas & R. Huijten, 'De beperkte kwekersvrijstelling valt binnen de reikwijdte van de octrooirechtelijke onderzoeksvrijstelling', *BIE* 2012/4, p. 122-125 met naschrift P.A.C.E. van der Kooij (p. 125-126).

V.Modellenrecht

H.M.H. Speyart

Wetgeving

In het verslagjaar hebben zich op wetgevingsgebied geen ontwikkelingen voorgedaan.

Rechtspraak

De modelrechtelijke oogst was dit jaar betrekkelijk mager.

Op 20 oktober 2011 wees het HvJ EU zijn eerste arrest in een hogere voorziening in een geschil met betrekking tot een gemeenschapsmodel: *Pepsi en Grupo Promer/BHIM (Rapperschijffe)*.^[70] Vrijwel alle grote vragen uit het modellenrecht komen daar aan de orde: de mate van vrijheid van de ontwerper, de aard van de maatman (de 'geïnformeerde gebruiker') en de vraag of alleen moet worden vergeleken met het model zoals gedeponeerd of ook met het model zoals daadwerkelijk gebruikt.

De Nederlandse pendant van dat arrest is het *Apple/Samsung*-arrest,^[71] waar ongeveer dezelfde onderwerpen aan de orde komen, zij het met een iets andere benadering. Annotator Huydecoper wijst met instemming op deze afwijking van de Europese orthodoxie, zoals bijvoorbeeld wanneer het gaat om de in het *Pepsi en Promer*-arrest geuite gedachte dat voor de inbreukvraag mede kan worden gelet op het model zoals daadwerkelijk gebruikt:

“Brinkman heeft in zijn annotatie in *BIE* 2012 bij nr. 3 laten zien tot welke lastige vragen – om niet te zeggen: onoplosbare dilemma’s – de hier door het HvJEU geopende mogelijkheid leidt. Ik kan Brinkman slechts bijvallen. Het is te hopen dat het HvJEU op niet al te lange termijn laat blijken dat het van deze weg terugkomt.”

Literatuur

In hun bijdrage 'Citeren in het modellenrecht'^[72] wijzen Visser en Van der Kooij terecht op de discrepantie tussen de Nederlandse en andere teksten van art. 20 lid 1 onder s GMoVo en art. 13 MoRI als het gaat om het citaatrecht, en verrichten zij een scherpe analyse voor de manier waarop die citeerexceptie in het modellenrecht zou kunnen uitpakken.

VI. Kroniek merkenrecht, handelsnaamrecht, kwekersrecht

A.M.E. Verschuur

Merkenrecht

Rechtspraak

Europese rechtspraak

Het Hof van Justitie wees ook dit jaar weer diverse interessante uitspraken op merkenrechtelijk gebied. Zo maakte zij in de *Formule 1*-zaak^[73] duidelijk dat van de geldigheid van een ingeroepen ouder nationaal merk dient te worden uitgegaan in een oppositie; de oppositie had dus niet afgewezen mogen worden op de grond dat het ingeroepen merk onderscheidend vermogen ontbeert. En in *Smart*^[74] werd geoordeeld dat het feit dat het relevante publiek deskundig is, geen beslissende invloed heeft op de juridische criteria die worden gebruikt bij de vaststelling of een teken onderscheidend vermogen heeft. In *Rintisch/Eder*^[75] oordeelde het Hof dat de merkhouder zich, om normaal gebruik van zijn merk aan te tonen, ook kan beroepen op het gebruik van een teken dat zelf ook als merk is ingeschreven en weliswaar afwijkt van het eerstgenoemde merk, maar niet

zodanig dat de verschillen het onderscheidend vermogen van het eerstgenoemde merk wijzigen. Bovendien kan ook de houder van een 'defensief' merk (enkel ingeschreven om de beschermingsomvang van een ander ingeschreven merk te verzekeren of uit te breiden) op deze manier normaal gebruik aantonen. De meeste aandacht werd echter gegenereerd door de volgende drie uitspraken.

Met de *IP Translator*-uitspraak^[76] deed het Hof merkhouders goed schrikken. Hierin oordeelde het Hof dat de waren of diensten waarvoor merkbescherming wordt gevraagd, door de aanvrager voldoende duidelijk en nauwkeurig moeten worden omschreven opdat de bevoegde autoriteiten en de marktdeelnemers uitsluitend op basis daarvan de omvang van de merkbescherming kunnen bepalen. Dit staat op zich niet in de weg aan het gebruik van de algemene benamingen van de hoofdklassen van de Nice classificatie, voor zover een dergelijke omschrijving voldoende duidelijk en nauwkeurig is. Echter, als de aanvrager van een nationaal merk voor de omschrijving van de waren of diensten waarvoor hij merkbescherming vraagt gebruikmaakt van alle algemene benamingen van een specifieke hoofdklasse van de Nice classificatie, moet hij wel nader toelichten of zijn aanvraag betrekking heeft op alle in de alfabetische lijst van deze klasse opgenomen waren of diensten of alleen op bepaalde van deze waren of diensten. Als de aanvraag alleen betrekking heeft op bepaalde van deze waren of diensten, moet de aanvrager nader toelichten welke tot deze klasse behorende waren of diensten worden bedoeld. Wat dit precies betekent, niet alleen voor de toekomst maar ook voor reeds bestaande merken, is nog niet uitgekristalliseerd.

Ook de lang verwachte *ONEL*-uitspraak^[77] deed veel stof opwaaien, maar echt concrete richtlijnen levert deze toch niet op. Aan de orde was de vraag, wanneer er nou sprake is van het zogenaamde 'normale gebruik', nodig om te voorkomen dat een Gemeenschapsmerk na vijf jaar blootstaat aan vervallenverklaring wegens *non usus* (niet gebruik). Het Hof oordeelde dat bij de beoordeling hiervan moet worden geabstraheerd van de grenzen van het grondgebied van de lidstaten:

"van een gemeenschapsmerk wordt 'normaal gebruik gemaakt' (...) wanneer het wordt gebruikt overeenkomstig de wezenlijke functie ervan en teneinde in de Europese Gemeenschap marktaandeel te behouden of te verkrijgen voor de door dit merk aangeduide waren of diensten".

Het is aan de nationale rechter om te beoordelen of deze voorwaarden zijn vervuld, 'gelet op alle relevante feiten en omstandigheden, zoals met name de kenmerken van de betrokken markt, de aard van de door het merk beschermde waren of diensten, de territoriale en kwantitatieve omvang van het gebruik alsook de frequentie en de regelmaat ervan'. Zelfs gebruik in één lidstaat kan onder omstandigheden voldoende zijn, al lijkt dit niet snel het geval te zullen zijn gezien de overweging van het Hof dat redelijkerwijs kan worden verwacht dat een gemeenschapsmerk, nu het in territoriaal opzicht een ruimere bescherming geniet dan een nationaal merk, op een groter grondgebied wordt gebruikt.

In de *BOTOX/BOTOLIST, BOTOCYL*-zaak^[78] oordeelde het Hof dat een bij het grote publiek bekend merk in beginsel wordt verondersteld bekend te zijn bij professionals. Voorts oordeelde het Hof, in lijn met in het bijzonder *Intel*^[79], dat voor inbreuk bestaande uit het

ongerechtvaardigd voordeel trekken uit of afbreuk doen aan het onderscheidend vermogen of de reputatie van een merk, niet hoeft te worden aangetoond dat op het moment zelf inbreuk wordt gemaakt, maar ook voorzienbare inbreuk voldoet, mits er elementen zijn op basis waarvan kan worden geconcludeerd dat er sprake is van een ernstig gevaar dat een dergelijke inbreuk zich in de toekomst voordoet. De merkhouder moet dan, aldus het Hof, gegevens aandragen 'op basis waarvan op het eerste gezicht kan worden geconcludeerd dat er een toekomstig niet theoretisch gevaar bestaat voor ongerechtvaardigd voordeel of schade, en dat die conclusie in het bijzonder kan zijn gebaseerd op logische gevolgtrekkingen die voortvloeien uit een waarschijnlijkheidsanalyse en waarbij rekening wordt gehouden met de in de relevante handelssector gebruikelijke praktijken en met alle andere omstandigheden van het concrete geval.'

Nationale rechtspraak

(On)geldigheid merken

Ook op nationaal niveau gebeurde er weer het nodige op merkenrechtelijk gebied. In *Bach Flower Remedies/Healing Herbs*^[80] oordeelde de Hoge Raad dat het niet alleen woordmerken zijn die tot soortnaam kunnen worden (zie ook *Levi Strauss/Casucci*^[81]). In dezelfde uitspraak oordeelde de Hoge Raad voorts dat voor de beoordeling van het onderscheidend vermogen van een ingeschreven merk moet worden gekeken naar de feitelijke situatie ten tijde van het depot, maar met toepassing van het recht geldend op het moment van de beoordeling.

De L'ARGENTINA-woordmerken overleefden een aanval gebaseerd op het gestelde beschrijvende en misleidende karakter. De rechtbank overwoog onder meer dat niet is gebleken dat de betrokken kringen in de Benelux kleding in verband brengen met het land Argentinië. Ook een misleidend karakter werd niet aanwezig geacht omdat de rechtbank dit onvoldoende onderbouwd achtte en onweersproken was gesteld dat consumenten bekend zijn met en gewend zijn aan kledingmerken die geografische tekens bevatten die niet verwijzen naar de herkomst van de waren of de oorsprong van de merkhouder.^[82] Van Argentinië naar Zwitserland: in een andere zaak werden ook diverse SWISS SENSE-merken niet misleidend geacht. Een aantal merken sneuvelde echter toch in het licht van (onder meer) art. 6ter lid 1 sub a Unieverdrag van Parijs nu zij, uit heraldisch oogpunt bezien, als bestanddeel een nabootsing van het staatsembleem van Zwitserland bevatten.^[83]

Het Unieverdrag van Parijs kwam ook aan de orde in de uitspraak over de POPSTARS-merken. Hierin oordeelde de rechter de ingeschreven Benelux-merken ongeldig wegens het aanduiden van de kenmerken van de diensten in kwestie (het produceren en uitzenden van een zangtalentenjacht); ook inburgering werd niet aangenomen. Echter, opvallend genoeg werd POPSTARS wél een algemeen bekend merk in de zin van art. 6bis UvP en art. 16 lid 2 TRIPs geacht en werd het gebruik van THE NEXT POPSTAR als inbreuk gekwalificeerd (het verweer dat het beschrijvend gebruik betreft werd verworpen).^[84]

Geldige reden

De vraag hoe het begrip 'geldige reden' moet worden ingevuld ten aanzien van Gemeenschapsmerken (art. 5 lid 2 Merkenrichtlijn) werd door de Hoge Raad verwezen naar het Europese Hof; het oude Benelux-rechtelijke Claeryn/Klarein-criterium kan in ieder geval niet zomaar worden toegepast, zo oordeelde de Hoge Raad in *Leidseplein/Red Bull*.^[85]

Decodering, ompakking e.d.

Ook het aanpassen of verwijderen van verpakkingen en/of etiketten blijft de gemoederen bezighouden. In een Antilliaanse zaak^[86] achtte het hof het aannemelijk dat het aanbrengen van identificatiecodes op flessen sterke drank een legitiem doeleinde heeft (zoals vergemakkelijking van een *recall*, herkenning en opsporing van namaak en beperking van productaansprakelijkheid), maar oordeelde het ook dat de verwijdering van deze codes in feite een kleine wijziging betreft en geen noemenswaardige afbreuk doet aan de goede faam van de merken, ook niet als wordt uitgegaan van het luxe imago van de merken. In dit licht, en ook gelet op het belang van een vrije parallelhandel in Sint-Maarten, stond Diageo, ook in cassatie, met lege handen: geoordeeld werd dat zij geen gegronde reden had om zich tegen verdere verhandeling te verzetten. Relevant is wel dat Sint-Maarten een afwijkend regime kent ten aanzien van uitputting. Het heeft gekozen voor het systeem van wereldwijde uitputting: parallelimport wordt toegestaan en zelfs wenselijk geacht, aldus ook de A-G in zijn opinie. Ook in de zaak *Pioneer/Agrifirm*^[87] stond de merkhoudster met lege handen: de rechtbank oordeelde dat niet kan worden opgetreden in een situatie waarin de verpakking van zaden geheel wordt verwijderd, de zaden worden behandeld met een insectenwerende chemische stof en deze vervolgens in een andere verpakking worden verpakt (waarop nog wel een tot de merkhoudster terug te leiden rasbenaming is aangebracht).

Merkgebruik in domeinnamen

Een opgekomen trend die wat mij betreft snel dient te worden gestopt, is het toepassen van de criteria die worden gehanteerd in WIPO-uitspraken op merkgebruik in domeinnamen. De Nederlandse rechter dient het Nederlandse recht toe te passen en niet, zoals in *talensshop.nl*^[88] en *Finstra*^[89], de 'WIPO-toets'.

Literatuur

- R. Arnold, 'The CJEU's Article 5(1)(a) jurisprudence: problems and solutions', *BIE* 2012/2.
- M. Bakker, 'Farmaceutische merken in registerconflicten', *BMM Bulletin* 2012, p. 135-144.
- J. Becker, 'Merk en faillissement', *BMM Bulletin* 2012, p. 66-72.
- P. de Bruijn e.a., 'Vijf jaar merkenrechtspraak. Een analyse van vijf jaar merkinbreukzaken in Nederland', *BIE* 2012/10.
- P.G.F.A. Geerts, 'Bewijslast en uitputting (in het merkenrecht)', *IER* 2012/69.
- P. Konings, 'Global branding van geneesmiddelen', *BMM Bulletin* 2012, p. 130-134.
- I. Morée, 'Vervalste geneesmiddelen – De stand van zaken', *BMM Bulletin* 2012, p. 145-147.

- A. Niedermann, 'Surveys for legal evidence throughout Europe: where do we stand?', *BMM Bulletin* 2012, p. 22-31.
- R. Sjoerdsma, 'Meten is weten. Waar op te letten bij het gebruik van marktonderzoeken in merkezzaken voor het BHIM?', *BMM Bulletin* 2012, p. 15-21.
- A.M.E. Verschuur, 'De wezenlijke waarde van de waar: een waarlijk wonderlijk wezen', *IER* 2012/76.
- G. Vos & T. Iserief, 'De opkomst van marktonderzoek in merkezzaken', *BMM Bulletin* 2012, p. 2-14.

VII. Handelsnaamrecht

Rechtspraak

Op het gebied van handelsnaamrecht gebeurde er weinig noemenswaardigs dit jaar. Relevant om te noemen is niettemin de zaak *Top Raam Decoraties/Topdeal Plaza*.^[90] Ten onrechte wordt hierin gesuggereerd dat een handelsnaam 'voldoende onderscheidend vermogen' dient te hebben; waar het immers om gaat is of er verwarring te duchten is, zij het dat de mate van beschrijvendheid van een handelsnaam hierbij wel een rol kan spelen. Ook de overweging van de voorzieningenrechter dat 'met de zeer grote vlucht die internet heeft genomen' waakzaamheid van het publiek mag worden verwacht en rechterlijk ingrijpen zou moeten worden gereserveerd voor 'sprekende gevallen', is bepaald opmerkelijk (en mijns inziens onjuist) te noemen.

Een tweede zaak die enige aandacht verdient is de *TAN/Pontifix*^[91] uitspraak van het Hof 's-Hertogenbosch. Het betrof een executiegeschil met betrekking tot de vraag of een verbod met betrekking tot bepaalde handelsnamen was geschonden doordat websites als Google niet actief waren geschoond. Het hof bepaalde dat dit niet het geval was omdat een dergelijke inspanningsverplichting niet onder het toegewezen verbod valt. Het is dan ook raadzaam gewenste wijzigingen die een actieve handeling vergen (zoals het wijzigen van de naam in het telefoonboek, handelsregister enz.) zo veel mogelijk specifiek te vorderen.

Literatuur

- C.J.J.C. van Nispen, J.L.R.A. Huydecoper & T. Cohen Jehoram, *Industriële eigendom, deel 3. Vormen, namen en reclame*, Deventer: Kluwer 2012.

VIII. Kwekersrecht

Rechtspraak

Het Hof van Justitie EU wees op 5 juli 2012 een uitspraak met betrekking tot het begrip 'passende vergoeding' in de zin van art. 94 lid 1 Verordening (EG) nr. 2100/94.^[92] Als een landbouwer het product van de oogst (zelf verkregen door aanplanting van teeltmateriaal van een beschermd ras) heeft gebruikt (het 'farmer's privilege'), is hij hiervoor een zogenaamde 'billijke vergoeding' verschuldigd; als hij zich echter niet houdt aan de verplichtingen in dit kader (in het onderhavige geval was veel meer aangeplant dan opgegeven), is hij meer verschuldigd. Het Hof bepaalde dat de landbouwer in dat geval de ingevolge art. 94 bij inbreuk verschuldigde 'passende

vergoeding' moet betalen, die moet worden berekend op basis van het bedrag van de vergoeding die in hetzelfde gebied moet worden betaald voor het in licentie produceren van teeltmateriaal van beschermde rassen van het betrokken gewas. De betaling van een vergoeding voor de kosten gemaakt voor het toezicht op de eerbiediging van de rechten van de kwekersrechthouder kan echter niet worden opgenomen in de berekening van de 'passende vergoeding', aldus het Hof.

Literatuur

- P.A.C.E. van der Kooij, 'TRIPS en de kwekersvrijstelling', *BIE* 2012/1.
- W.J.G. Maas & R.W.C. Huijten, 'De beperkte kwekersvrijstelling valt binnen de reikwijdte van de octrooirechtelijke onderzoeksvrijstelling', *BIE* 2012/4 (p. 122-125).
- P.A.C.E. van der Kooij, 'Naschrift. Wijziging van de onderzoeksvrijstelling is zeer gewenst', *BIE* 2012/4 (p. 125-126).

IX. Geneesmiddelenrecht

Mr. S.M. Wertwijn^[93]

Wetgeving

Nationaal

Reparatie Geneesmiddelenwet

De *Wijziging van de Geneesmiddelenwet in verband met de noodzaak enige technische verbeteringen aan te brengen in die wet, alsmede houdende wijziging van de Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg in verband met de registratie in het BIG-register van verpleegkundigen die bevoegd zijn UR-geneesmiddelen voor te schrijven* is op 1 januari 2012 in werking getreden. Dit bracht niet alleen de eerder in deze rubriek aangekondigde wijzigingen van de Geneesmiddelenwet en de Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg (Wet BIG) met zich mee,^[94] maar ook een wijziging van de Beleidsregels Gunstbetoon Geneesmiddelenwet van de Minister van VWS.^[95]

Hierdoor zag de Stichting CGR zich ook genoodzaakt de Code Geneesmiddelenreclame (Gedragscode) en de bijbehorende Uitwerking Normen Gunstbetoon (UNG) aan te passen.^[96] Uiteraard werkt de uitbreiding van de definitie van beroepsbeoefenaar in de Geneesmiddelenwet ook door in de Gedragscode en gelden – in verband met hun (tijdelijk) verkregen voorschrijfbevoegdheid – de regels rond geneesmiddelenreclame nu ook voor bepaalde gespecialiseerde verpleegkundigen en verpleegkundig specialisten en 'physician assistants'. Bovendien is in art. 12 Gedragscode opgenomen dat verpleegkundigen die in opdracht van een arts, tandarts of verloskundige geneesmiddelen verstrekken of toedienen, tijdens *wetenschappelijke* bijeenkomsten (niet tijdens manifestaties!) op dezelfde wijze *gastvrijheid* mogen genieten als beroepsbeoefenaren. Aldus kunnen binnen de bekende normen reis-, verblijf- en inschrijfgeld ook aan deze groep worden vergoed. Het verbod op publieksreclame blijft echter gewoon gelden.

Normen gastvrijheid manifestaties

Twaalf jaar geleden werden de maximumbedragen voor gastvrijheid bij *manifestaties* vastgesteld op € 50 per keer en € 150 per jaar. Het gaat hierbij vooral om horecakosten, die in deze periode aanzienlijk zijn gestegen, reden waarom de maximumbedragen zijn verhoogd van naar respectievelijk € 75 en € 225.^[97]

Monsters

De eisen die de Geneesmiddelenwet stelt aan het verstrekken van monsters zijn in de Gedragscode overgenomen. In overeenstemming met de Europese EFPIA Gedragscode van EFPIA heeft de CGR de termijn waarbinnen een monster mag worden verstrekt beperkt tot een termijn van twee jaar, te rekenen vanaf het moment dat het eerste monster is aangevraagd.^[98]

Gedragsregels openbaarmaking financiële relaties

Zoals vorig jaar reeds aangekondigd in deze rubriek^[99] dienen per 1 januari 2012 alle financiële relaties uit hoofde van dienstverlenings- en sponsorovereenkomsten, die een totaal(jaar)bedrag van € 500 overstijgen, jaarlijks in het eerste kwartaal van het opvolgende kalenderjaar openbaar te worden gemaakt. De eerste feitelijke openbaarmaking zal dan ook plaatsvinden in het eerste kwartaal van 2013. Het daartoe in het leven geroepen Transparantieregister is inmiddels online.^[100] De gegevens zijn te raadplegen per 1 april 2013 en zal de naam van de betrokken beroepsbeoefenaar, het samenwerkingsverband of instelling, de naam van het betrokken farmaceutische bedrijf, de aard van de financiële relatie, het bedrag, het jaar waarop de relatie betrekking heeft, vermelden.^[101]

Keuringsraad^[102]

Met ingang van april 2012 hebben de Stichting CGR en de Stichting KOAG/KAG één loket gevormd voor vragen over de toepassing van de Gedragscode Geneesmiddelenreclame, dan wel de Code Publieksreclame Geneesmiddelen. De Keuringsraad vervult tevens het secretariaat van de CGR. Beide organisaties zullen ieder afzonderlijk verantwoordelijk blijven voor de inhoud van hun eigen gedragscodes. Als gevolg van de invoering van de (CGR) Leidraad Informatie UR-geneesmiddelen^[103] is echter de scheiding minder strikt geworden. Immers, deze Leidraad gaat zowel over de receptgeneesmiddelen (het werkterrein van de CGR), als de doelgroep publiek (het werkterrein van de KOAG/KAG).

Gezien het vorenstaande is de Stichting KOAG/KAG inmiddels verantwoordelijk voor de zelfregulering inzake aanprijzingen van zelfzorggeneesmiddelen richting het publiek en de Stichting CGR voor de normstelling van de overige reclameactiviteiten voor geneesmiddelen (voor

receptgeneesmiddelen richting publiek en beroepsbeoefenaren, voor zelfzorg-geneesmiddelen richting beroepsbeoefenaren). In verband met deze nieuwe competentieverdeling is Kamer I van CGR Codecommissie nu belast met het toezicht op de zelfregulering geneesmiddelenreclame, tenzij het gaat om activiteiten voor zelfzorggeneesmiddelen gericht op het publiek. Kamer II ziet toe op de zelfregulering voor zover het gaat om reclameactiviteiten voor zelfzorggeneesmiddelen gericht op het publiek.

Social Media

Gezien de grote populariteit van social media en de vele vragen die daarover aan de Codecommissie CGR werden gesteld, heeft de CGR zich genoodzaakt gevoeld een Nieuwsbrief¹⁰⁴ te wijden aan dit onderwerp.

Hierin geeft de Codecommissie aan dat de Gedragscode ook gewoon van toepassing is op het gebruik van social media: hoofdregel is 'wat *offline* geldt, geldt ook voor *online*'. Daarbij geldt wel dat de Gedragscode alleen van toepassing is op uitingen die in Nederland toegankelijk zijn en onmiskenbaar – wat woord en inhoud betreft – op het Nederlandse publiek zijn gericht. Het enkele feit dat een geneesmiddel ook in Nederland verkrijgbaar is, is – aldus de CGR – niet doorslaggevend.

De CGR geeft vier algemene eisen die gelden voor social media, te weten:

1. reclame moet altijd als zodanig herkenbaar zijn;
2. herkenbaarheid van degene die de boodschap stuurt of (mede)verantwoordelijk is voor de inhoud daarvan;
3. bepaalbaarheid van de geadresseerden;
4. verantwoordelijkheid voor de inhoud van eigen websites en media waarnaar wordt verwezen (gelinkt).

De CGR merkt hierbij op dat het van belang is dat het verbod op publieksreclame voor receptgeneesmiddelen in acht wordt genomen en informatie voor het algemene publiek aldus in overeenstemming is met de Leidraad Informatie UR-geneesmiddelen. Geadresseerden moeten daarom goed kunnen worden geïdentificeerd en geselecteerd, bijvoorbeeld door middel van bijvoorbeeld preregistratie en/of gebruik van een gebruikersnaam en wachtwoord.

Ten slotte dient niet te worden vergeten dat door een farmaceutische onderneming via social media verkregen informatie over met name bijwerkingen van geneesmiddelen ook moet worden opgevolgd volgens de geldende regels van farmacovigilantie.

Rechtspraak

Nationaal

Adviesoordelen CGR

In 2012 werd weer een groot aantal adviesaanvragen door de Codecommissie van de CGR gepubliceerd. Het betrof 129 (geanonimiseerde) adviesoordelen, waarvan er één werd ingetrokken en er twee nog in behandeling zijn. De meeste adviesaanvragen betroffen wederom buitenlandse samenkomsten die (reeds vanaf 1 januari 2008) preventief door de CGR dienen te worden getoetst.

Uitspraken CGR

Ook dit jaar werd de Codecommissie van de CGR niet overspoeld met zaken. Zij deed slechts 4 maal uitspraak. Eén uitspraak leidde tot een beslissing in hoger beroep. Echt baanbrekende uitspraken heeft dit echter niet opgeleverd.

Uitspraken RCC

Daarnaast deed de Reclame Code Commissie (RCC) nog uitspraak in enkele farma-gerelateerde zaken. Vermeldenswaardig is in dat kader nog de kwestie tussen VSM en een (anonieme) klager.^[105] Klager stelde dat door VSM voor een aantal (door het CBG geregistreerde) homeopathische dan wel traditionele kruidengeneesmiddelen een werking werd geclaimd die niet is aangetoond. Hierdoor zou de betreffende reclame geen objectieve voorstelling van zaken geven en aldus misleidend zijn. Het ging om producten als Kaloba, Prrikweg!, Calendulan en Arniflor, waarvoor in de *Allerhande* van Albert Heijn door VSM reclame werd gemaakt. Volgens klager was de werking van deze producten niet aangetoond en ging het om 'onwerkbare smeerseltjes en druppels', hetgeen in strijd zou zijn met art. 10 Code Publieksreclame voor Geneesmiddelen (CPG). Opvallend is in dat kader dat de klacht niet werd voorgelegd aan de KOAG/KAG, maar aan de RCC – die kan oordelen over de Nederlandse Reclamecode én over de bijzondere reclamecodes zoals de CPG. De RCC vroeg vervolgens wel informatie bij de KOAG/KAG, die aangaf dat de uitingen weliswaar niet – zoals gebruikelijk – vooraf aan haar waren voorgelegd (en dus in strijd waren met art. 9.1 CPG – echter hierop was de klacht niet gericht), maar dat zij de claims op zich niet zou afwijzen. Immers, deze kwamen overeen met claims die eerder door de KOAG/KAG waren goedgekeurd en waren tevens in overeenstemming met hetgeen het CBG had goedgekeurd (de SmPC). De uiting wordt door de RCC vervolgens ook niet als misleidend of niet-objectief beoordeeld (geen strijd met art. 10 CPG). Vraag is echter of dit juist is. Sinds 18 april 2012^[106] is het voor homeopathische geneesmiddelen niet meer mogelijk om nog een indicatie te voeren, tenzij hiervoor bewijs wordt geleverd via de ook voor reguliere geneesmiddelen vereiste studies. Zonder indicatie is het lastig reclame maken. Immers, een claim gericht op een bepaalde indicatie dient altijd aan te sluiten bij de SmPC en deze dient voor dit soort middelen de zinsnede 'homeopathisch geneesmiddel zonder specifieke therapeutische indicatie, toegepast volgens de principes van de homeopathische geneeswijze' te melden. Voor homeopathische geneesmiddelen zonder indicatie mag dus geen reclame meer worden

gemaakt (art. 6 CPG) – hetgeen in ieder geval voor drie van de vier middelen het geval was.

X.Reclamerecht

E.H. Hoogenraad en D. van Eek, met dank aan I. Werts

Algemeen deel

Het reclamebegrip lijkt steeds breder te worden. De ‘nieuwe’ media vervagen de grens tussen reclame en vrijheid van meningsuiting zienderogen. Wanneer kan een mededeling van een bekende persoon, een tevreden klant of een vriend op Facebook nog worden gezien als vrije meningsuiting en wanneer wordt het een vorm van reclame waarvoor de adverteerder verantwoordelijk is? Ook buiten de *social media*perikelen om is er regelmatig discussie over de omvang van het begrip reclame. Ter illustratie: een folder van een leverancier van medicijnen werd door de CGR als reclame aangemerkt omdat bepaalde producten uit een lijst met een afwijkende, rode, kleur waren afgedrukt. De CGR ging ervan uit dat de leverancier hiermee extra belangstelling probeerde te wekken; daarmee was volgens het CGR sprake van reclame.^[107] Beelden uit een televisieprogramma over de Olympische Spelen vanuit het Holland Heineken House met daarin een kaal bierglas zonder logo, werden – in het licht van de overige sponsorelementen – door het CvB beschouwd als reclame voor Heineken.^[108] Naast het feit dat er sprake is van een mogelijke oprekking van het reclamebegrip, worden regels voor veel (‘unhealthy’) products ook steeds strenger. Verpakkingen van tabaksproducten worden steeds verder ingeperkt en er wordt gevreesd dat deze trend zich verspreidt naar andere ongezonde producten zoals alcohol en snoep. De gemiddelde consument gaat ondertussen met zijn tijd mee. In het scherm scrollen om de gehele webpagina te bekijken is volgens de rechtbank een gebruikelijke handeling bij het internetten.^[109] En volgens het College van Beroep behoort Youtube op de smartphone tot de normale internetdiensten waarvan de gemiddelde consument gebruikmaakt.^[110] Ten opzichte van het vorige kroniekjaar bracht 2012 ons ook veel rechtspraak over oneerlijke handelspraktijken. Met de bekendmaking van een selecte lijst van goedgekeurde gezondheidsclaims in Verordening (EU) 432/2012 en rechtspraak van het Hof van Justitie, zijn ook op het gebied van de Claimsverordening voor reclame belangwekkende stappen gezet. Deze kroniek geeft een beeld van deze en andere ontwikkelingen in het reclamerecht van het afgelopen jaar.

Wetgeving

Europees

Tabaksproducten

Op 19 december 2012 heeft de Europese Commissie een voorstel ingediend tot herziening van Richtlijn 2001/37.^[111] Dit voorstel zal belangrijke gevolgen hebben voor de etikettering van tabaksproducten. Zo zal de op de verpakking aangebrachte waarschuwing voor de schadelijke gevolgen van roken worden vergroot van 30-35% naar 75%. Daarnaast wordt het verboden ingrediënten toe te voegen die smaakversterkend werken (zoals een mentholsmaak). Dat geldt ook voor additieven

die de impressie geven dat het product gezondheidsvoordelen oplevert (zoals vitaminen of cafeïne). De verpakkingen dienen volgens het voorstel ook informatie te bevatten over (hulp bij) het stoppen met roken. Tevens zal de Richtlijn voor meer tabaksgerelateerde producten gaan gelden, zoals voor de elektronische sigaret. Het blijft vooralsnog wel voorbehouden aan de lidstaten of de verpakkingen volledig gestandaardiseerd worden of niet. De komende jaren zullen zeker heftige discussies en precare ontwikkelingen opleveren aangaande de 'blanco' verpakkingen, die – overigens – dit jaar voor het eerst, inclusief enorm grote gezondheidswaarschuwing, standaard in de Australische schappen lagen. Op dit moment ligt het voorstel voor de nieuwe Richtlijn bij de Raad en het Europees Parlement. Naar verwachting zal het voorstel in 2014 worden aangenomen en in werking treden in 2015 of 2016. In het kader van de bevordering van de volksgezondheid in de EU en de daarmee samenhangende 'opvoeding' van de consument, zal de EC ook onderzoeken of het logo betreffende zwangerschap en alcohol op Europees niveau kan worden geregeld.

Verordening (EU) nr. 432/2012: goedgekeurde gezondheidsclaims

Op 14 december 2012 is Verordening (EU) nr. 432/2012 van toepassing geworden.^[112] Deze Verordening bevat de 222 goedgekeurde gezondheidsclaims die men voor levensmiddelen mag gebruiken. Het gaat dan om gezondheidsclaims die niet over ziekterisicobeperking en de ontwikkeling en gezondheid van kinderen gaan. Vanaf 14 december 2012 mogen alleen de op deze lijst voorkomende en goedgekeurde claims in reclame gebruikt worden. De vaststelling van deze lijst is langverwacht en gevreesd. De kroniek van 2009^[113] vermeldde al dat de vastgestelde termijn die art. 13 lid 3 Verordening (EG) nr. 1924/2006^[114] noemt, zeker niet zou worden gehaald. Het laatste woord is hier, ook nu, nog lang niet over gesproken. In o.a. Engeland zijn procedures gestart om de hele Claimsverordening door de rechter op rechtmatigheid te laten toetsen. Diverse claims zijn nog 'on hold', waaronder alle 'botanicals'. Tot verbolgenheid van de branche zijn vele claims over 'probiotica' door de EFSA afgekeurd. De NVWA accepteert de term 'probiotica' vooralsnog wel als generieke benaming.

Nationaal – wetgeving en zelfregulering

Wetgeving

Drank- en Horecawet

Niet behorend tot dit kroniekjaar maar wellicht wel belangrijk om al op te merken is het volgende: op 1 januari 2013 is de nieuwe Drank- en Horecawet in werking getreden.^[115] Deze wetwijziging stelt het bezit van alcoholhoudende producten op voor het publiek toegankelijke plaatsen, voor jongeren onder de 16 jaar, strafbaar. Wij benoemen deze regelgeving in dit reclamerecht onderdeel, aangezien de Reclamecode voor Alcohol verwijst naar gewijzigde artikelen van de Drank- en Horecawet. Een belangrijke wijziging is dat de handhaving van deze wet is

overgedragen van het NVWA naar de gemeenten. Het is echter maar de vraag of de gemeenten daar voldoende op zijn voorbereid.

Nieuwe beleidsregels Commissariaat voor de Media

Het Commissariaat voor de Media heeft nieuwe beleidsregels opgesteld die in september 2012 in werking zijn getreden.^[116] De geactualiseerde beleidsregels zien op reclame, productplaatsing en sponsoring in het media-aanbod van commerciële media-instellingen. Met deze (en andere) regels geeft het commissariaat invulling aan het wettelijk kader van de Mediawet.

Zelfregulering

Code Aanprijzing Gezondheidsproducten (CAG)

De KOAG/KAG vermeldde in haar nieuwsbrief van december 2012^[117] dat de CAG een aantal veranderingen zal ondergaan. Naar aanleiding van de publicatie van de lijst met toegelaten gezondheidsclaims en de daadwerkelijke inwerkingtreding van enkele artikelen uit Verordening (EG) nr. 1924/2006, wordt een aantal artikelen van de CAG aangepast. Daarnaast wordt de tekst van de CAG aangesloten bij de tekst van de Nederlandse Reclame Code, zodat de KAG en de RCC voortaan dezelfde code kunnen hanteren. De aangepaste CAG gaat in op 1 maart 2013.

Social mediamarketing

De branchevereniging Dutch Dialogue Marketing Association (DDMA) stelde voor haar leden een social mediacode op, waaraan al haar leden zich met ingang van maart 2012 hebben gecommitteerd.^[118] De code maakt een start met het regelen van reclame via media als Facebook en Twitter. Bij communicatie via de 'nieuwe' social media is de grens tussen persoonlijke boodschappen en reclame vaak nog vager dan normaal. Herkenbaarheid van reclame en transparantie van relevante relaties tussen verspreider en adverteerder, bijvoorbeeld middels toevoegingen zoals '#ad' of 'ik ben betaald door...', zijn daarom belangrijke speerpunten van de code. Het is de bedoeling dat de code in 2013 onderdeel wordt van de Nederlandse Reclame Code. Daarvoor zijn nog wel diverse aanpassingen nodig.

Reclamecode voor alcoholhoudende dranken

Met betrekking tot digitale marketing voor alcoholhoudende dranken zijn er ook nu al specifieke regels van kracht. Op 1 juli 2012 trad namelijk het nieuwe art. 24 Reclamecode voor alcoholhoudende dranken ('RvA') in werking. Dit artikel omvat regels omtrent digitale marketing via Facebook, Twitter en dergelijke. De hernieuwde code bevat daarmee als één van de eerste een hele paragraaf over digitale marketing. Daarnaast zijn op 1 april 2012 wijzigingen van kracht gegaan die preciseren hoe moet worden vastgesteld of een minderjarig publiek wordt bereikt met de reclame (art. 21 RvA) en wijzigingen die nadere invulling geven aan de combinatie tussen reclame en sport (art. 29 RvA).^[119]

Reclamecode voor kansspelen

Zoals reeds werd aangegeven in de vorige kroniek^[120] trad de vernieuwde versie van de Reclamecode voor kansspelen die worden aangeboden door vergunninghouders ingevolge de Wet op de kansspelen ('RvK') 2012 in werking op 1 januari 2012. Art. II.4 bepaalt nu dat indien een aangeboden gratis lot of prijs gepaard gaat met een aankoopverplichting, dit duidelijk in de uiting moet worden vermeld. De waarde van het gratis item mag niet in de aankoopverplichting worden verdisconteerd. Tevens mag niet worden gesuggereerd dat de prijswinnaars verplicht zijn mee te werken aan reclame.^[121]

Uitspraken Europees

Uitleg begrip gezondheidsclaim

Het Hof van Justitie heeft in een arrest over 'licht verteerbare wijn' voor het eerst uitleg gegeven over het begrip gezondheidsclaim uit art. 2 lid 2 sub 5 Claimsverordening 1924/2006.^[122] Uitgangspunt is dat een gezondheidsclaim een verband legt tussen het levensmiddel (of een deel daarvan) en de gezondheid. Onduidelijkheid bestond (en bestaat) echter over de vraag hoe dit verband moet worden uitgelegd. Volgens het Hof heeft 'een gezondheidsclaim' zowel betrekking op een claim die impliceert dat een product een gunstig effect op de gezondheidstoestand heeft, als op een claim die impliceert dat het betreffende product een neutraliserend (minder schadelijk) effect op de gezondheidstoestand heeft ten opzichte van soortgelijke producten. Daarnaast moet niet alleen gekeken worden naar de kortstondige en tijdelijke effecten van consumptie, maar ook naar de cumulatieve effecten van herhaalde consumptie, hetgeen uiteindelijk ook een duurzaam effect kan opleveren. In deze zaak werd de vermelding dat de wijn licht verteerbaar is door het HvJ aangemerkt als een gezondheidsclaim. De Claimsverordening bevat een algemeen verbod op gezondheidsclaims voor dranken met een alcoholpercentage van meer dan 1,2%. Daarom werd geoordeeld dat de claim 'licht verteerbaar' voor wijn niet is toegestaan.

Ook minimale kosten bij winnen prijs niet toegestaan

Het Hof van Justitie stelt in het belangrijke arrest van 18 oktober 2012 (*Purely Creative*) dat kosten voor het verkrijgen van een prijs niet aan prijswinnaars mogen worden doorberekend. In casu moesten de prijswinnaars kosten maken om te achterhalen welke prijs zij hadden gewonnen en moesten zij soms ook extra kosten betalen voor verzending en verzekering, welke kosten werden geheven ter financiering van de aankoop van de prijs door de organisator. Het HvJ maakt nu korte metten met deze praktijken: iedere betalingseis om in aanmerking te komen voor een prijs is verboden. Punt 31 van de bijlage bij de Richtlijn OHP merkt deze praktijken aan als agressieve handelspraktijken. Ook het doorberekenen van minimale kosten (zoals de kosten van een postzegel) is volgens het HvJ niet toegestaan. Het feit dat er naast de betaalde opties ook een gratis informatie- dan wel verzendmogelijkheid bestaat doet hier niet aan af. Het arrest gaat tevens in op de structuur van de zin in punt 31 van de bijlage, die luidt:

“De bedrieglijke indruk wekken dat de consument al een prijs heeft gewonnen of zal winnen, dan wel door een bepaalde handeling te verrichten een prijs zal winnen of een ander

soortgelijk voordeel zal behalen, als er in feite: geen sprake is van een prijs of een ander soortgelijk voordeel, dan wel, als het ondernemen van stappen om in aanmerking te kunnen komen voor de prijs of voor een ander soortgelijk voordeel afhankelijk is van de betaling van een bedrag door de consument of indien daaraan voor hem kosten zijn verbonden.”

Het element ‘bedrieglijke indruk’ kan niet als losstaand worden beschouwd, maar moet worden uitgelegd door middel van de situaties die daarna worden beschreven. De situatie van het ontbreken van een prijs of het moeten betalen van kosten is dus hetgeen dat zorgt voor een bedrieglijke indruk. Het is niet vereist dat daarnaast nog wordt aangetoond dat er sprake is van misleiding van de consument. Het (duidelijk) informeren van de consument over de bijkomende kosten biedt de organisator dus geen soelaas.^[123]

Gevolgen oneerlijke handelspraktijken voor geldigheid overeenkomst

In de zaak *Perenicova* heeft het Hof van Justitie op 15 maart 2012 antwoord gegeven op prejudiciële vragen over de verhouding tussen de Richtlijn OHP en de Richtlijn 93/13 inzake de geldigheid van consumentenovereenkomsten. Uitgangspunt bij oneerlijke bedingen in een consumentenovereenkomst is dat de overeenkomst geldig blijft indien het zonder de oneerlijke bedingen kan blijven voortbestaan. De kwalificatie van een handelspraktijk als oneerlijk is een element dat de rechter kan betrekken bij zijn oordeel over de oneerlijkheid van de bedingen. Die kwalificatie op zich volstaat echter nog niet om de bedingen als oneerlijk aan te merken. Ook heeft het geen rechtstreekse gevolgen voor de vraag of de gehele overeenkomst geldig is, aangezien de Richtlijn OHP het contractenrecht onverlet laat.^[124]

Gerechtvaardigde reclamebeperkingen kansspelen

In Oostenrijk geldt een regeling die reclame aldaar, voor in het buitenland gelegen casino's, slechts toestaat wanneer de wettelijke bepalingen ter bescherming van de speler overeenkomen met de nationale bepalingen ter zake. Dit leverde voor het Hof van Justitie de vraag op of de regeling verenigbaar is met de vrijheid van dienstverrichting als bedoeld in art. 56 VWEU. Het Hof gaat in het arrest van 12 juli 2012 (*Hit Larix*) na in hoeverre de beperking kan worden gerechtvaardigd door de uitzonderingsbepalingen in het VWEU en de dwingende redenen van algemeen belang. Het Hof overweegt daarbij dat de bescherming van de consument tegen (de nadelige gevolgen van) kansspelen een uitzondering rechtvaardigt zolang enkel wordt geëist dat buitenlandse regelingen *gelijkwaardige* waarborgen bieden om de consument te beschermen. Door het (bewuste) gebrek aan harmonisatie zijn de lidstaten vrij om zelf het noodzakelijke beschermingsniveau te bepalen. Wordt er echter geëist dat buitenlandse regelingen *identieke* voorwaarden hanteren, of stelt de nationale regeling voorwaarden die het doel van de beperking te buiten gaan, dan is er geen sprake van evenredigheid en is de beperking niet toegestaan.^[125]

Uitspraken nationaal

Het Nederlandse kansspelbeleid is niet ongerechtvaardigd

De Hoge Raad heeft in de zaak *Ladbrokes/De Lotto* geoordeeld over de rechtmatigheid

van het Nederlandse kansspelbeleid.^[126] Ladbrokes beklaagde zich over feit dat het voor andere marktdeelnemers dan de houder van de exclusieve vergunning, ook via internet, verboden is kansspelen te organiseren, terwijl de vergunninghouder wel aantrekkelijke nieuwe kansspelen mag introduceren en reclame mag maken. Dit beleid is volgens Ladbrokes niet verenigbaar met de doelstelling om gokverslaving te beteugelen en vormt daarom een ongerechtvaardigde beperking van het vrije handelsverkeer. Na antwoord van het Hof van Justitie^[127] op prejudiciële vragen toetst de Hoge Raad het (door het Europese Hof gegeven) oordeel over de Nederlandse situatie. Een beperking is volgens het HvJ namelijk weliswaar geoorloofd om criminaliteit en fraude te bestrijden, maar dat betekent volgens de Hoge Raad nog niet dat die beperking er inderdaad toe bijdraagt dat de weddenschap-activiteiten op samenhangende en stelselmatige wijze worden beperkt ter bereiking van de nagestreefde doelstellingen. Het Hof heeft onderzocht in hoeverre de overheid de doelstellingen daadwerkelijk nastreeft, en achtte daarbij onder meer het bestaan van de Reclamecode voor kansspelen die worden aangeboden door vergunninghouders ingevolge de Wet op de kansspelen (RvK) 2012 van belang. Het HvJ oordeelde dat de Nederlandse overheid de toename van kansspelen daadwerkelijk controleert en dat de opbrengsten uit de kansspelen voor de overheid (het casino is in handen van de staat) een belangrijk neveneffect is, maar niet de daadwerkelijke reden van het beleid. Dit oordeel is volgens de Hoge Raad niet onbegrijpelijk of onjuist. Het gelegaliseerd aanbieden van kansspelen kan er immers voor zorgen dat de consument zich niet stort op illegale, risicovollere activiteiten, waardoor de omvang van kansspelen en gokverslaving uiteindelijk beperkter blijft dan wanneer er geen regulering zou zijn. Mede gelet op de beleidsvrijheid zoals die ook hierboven in de *Hit Larix*-zaak (HvJ EG 12 juli 2012) werd besproken, staat het een lidstaat bovendien vrij te bepalen dat het enkele feit dat een kansspelaanbieder in een andere lidstaat wel rechtmatig optreedt, niet voldoende waarborg biedt dat de consument ook in de eigen lidstaat genoeg zou worden beschermd.

Recht op vrije meningsuiting van de RCC

Een adverteerder zag het niet zitten dat zijn reclame publiekelijk zou worden getoetst door de RCC en spande een zaak aan bij de Rechtbank Amsterdam.^[128] Die oordeelde echter dat men zich niet kan verzetten tegen het feit dat de RCC een zaak behandelt en in het openbaar uitspraak doet. Ook de RCC heeft namelijk recht op vrijheid van meningsuiting, zoals gewaarborgd in art. 10 EVRM. Alleen indien openbaarmaking van de uitspraak onrechtmatig zou zijn jegens de adverteerder zou sprake zijn van een beperking die bij de wet is voorzien. Een negatief advies van de RCC levert echter nog geen onrechtmatigheid op. De aanbevelingen van de RCC zijn niet rechtens afdwingbaar. De adverteerder is niet verplicht zich aan de aanbevelingen te houden.

Vergelijkende reclame

De verschillende supermarktketens vergeleken zich dit jaar graag met elkaar. Dirk van den Broek (hierna: 'Dirk') maakte in de zaterdagkrant van de *Telegraaf* een prijsvergelijking met Albert Heijn door twee boodschappenlijstjes naast elkaar te laten zien, waarbij Dirk stelde dat zij 20% goedkoper is. Hierbij ging Dirk echter in de fout. Volgens de Rechtbank Amsterdam is in de advertentie onder andere uitgegaan van verkeerde prijzen, is een

verkeerde berekening gemaakt en werden producten vergeleken die niet kunnen worden vergeleken.^[129] Nieuw was dat de rechter niet alleen een rectificatie oplegde in de zaterdagkrant, maar ook door middel van rectificatie posters die een week lang bij de ingang van ieder Dirk-filiaal moesten hangen.

Er lijkt een soort 'eigen schuld, dikke bult'-ontwikkeling gaande te zijn wat betreft de vergelijkende reclame: een reactieve vergelijkende reclame-uiting naar aanleiding van uitingen van een concurrent, moet volgens het hof onder bepaalde omstandigheden *milder* worden beoordeeld dan die (proactieve) vergelijkende reclame van de concurrent.^[130] Hoewel de afwerende reactie van De Trombosediensten nog steeds binnen de grenzen van art. 6:194a BW moet vallen, zal hun reactie op de indringende benaderingen van de concurrent niet heel snel onrechtmatig worden geacht.

Oneerlijke handelspraktijken

Het kroniekjaar levert talloze uitspraken op over oneerlijke handelspraktijken. Het hof Arnhem bevestigde op 10 april 2012 dat EUclaim niet onrechtmatig of misleidend handelt door op haar websites verdraagde 'probleemvluchten' van Transavia te vermelden.^[131] Dat nog niet 100% zeker is dat schadevergoeding conform de Verordening (EG) nr. 261/2004 (compensatie bij vertraging) voor deze vluchten ook daadwerkelijk op zijn plek is, blijkt voldoende uit de informatie op de website. Het feit dat Transavia reputatieschade zou lijden bij een onterechte vermelding van een vlucht op de lijst, maakt de vermelding nog niet onrechtmatig, temeer daar Transavia er zelf voor kan zorgen dat EUclaim gebruikmaakt van correcte informatie. Het hof neemt in dit arrest geen uitdrukkelijk standpunt in inzake de discussie die in de noot bij het arrest in eerste aanleg^[132] wederom werd aangezwengeld: dienen handelaren zich in deze gevallen te beroepen op art. 6:194 BW of (B2C) art. 6:193a-j BW? Dat disclaimers en 'kleine lettertjes' lang niet altijd duidelijk genoeg zijn om essentiële informatie en voorwaarden te communiceren bleek ook dit jaar weer. In een televisiecommercial bood Artiq Mobile verschillende sms-diensten aan. Aanmelding voor deze diensten betekende in de praktijk aanmelding voor een abonnement waaraan ook weer aan- en afmeldkosten verbonden waren. Naar aanleiding van de hoge boetes die de Consumentenautoriteit had opgelegd aan Artiq oordeelde de rechtbank over de uitnodiging tot aankoop en over de vraag of sprake was van een ommissie in de uiting. Volgens de rechtbank was er inderdaad sprake van een ommissie; de disclaimer is slechts kort zichtbaar, nauwelijks te lezen en een verwijzing naar de website in de disclaimer is onvoldoende. Immers, de aandacht van de consument zal uitgaan naar de reclameboodschap zelf, die één bepaalde sms-dienst aanprijst, en niet naar de disclaimer en de verwijzing naar de website.^[133] Ook Telfort ging de fout in door "'onbeperkt" breedband internet' aan te bieden zonder te vermelden dat sprake was van een datalimiet. Het tussen aanhalingstekens zetten van het woord onbeperkt, maakt de claim niet minder absoluut.^[134] Aanverwant (het ging in deze zaak over aanbod en aanvaarding van een overeenkomst): de kantonrechter heeft de Nationale Postcode Loterij op de vingers getikt nadat bleek dat de 'gegarandeerde' portemonnee met € 2500 niet reeds door eisers gewonnen was maar slechts een *kans* op de die prijs inhield. Dit laatste bleek (niet geheel ondubbelzinnig) pas bij het lezen van de spelregels op de achterkant van de brief. De kantonrechter oordeelde dat die achterkant geen onderdeel uitmaakt van de overeenkomst, aangezien de rest van de informatie

(waaronder de in te zenden aanvaardingsbon) daar niet naar verwees en bovendien een andere boodschap (gegarandeerde prijzen!) overbracht. Volgens de rechter heeft de NPL als professionele partij de verantwoordelijkheid om helder te communiceren. Het argument dat eisers redelijkerwijs hadden moeten begrijpen dat de prijs nog niet 'binnen' was gaat volgens de rechter niet op. De NPL werd gehouden aan nakoming van de overeenkomst en eisers sleepten zo alsnog hun 'prijs' binnen.^[135]

Aan de felle scheermesjes-strijd tussen Gillette en Wilkinson heeft de voorzieningenrechter te 's-Gravenhage een nieuw vonnis toegevoegd.^[136] Het hydraterend effect dat Wilkinson claimt doet zich alleen voor *tijdens* het scheren, en dit zou dan ook duidelijker uit de reclame-uitingen moeten blijken. De gemiddelde consument vat hydratatie namelijk op als een langer durend effect. Opvallend aan de uitspraak is dat de voorzieningenrechter daarbij zelf suggesties geeft voor een disclaimer die de misleiding weg zou nemen, en zelfs een verbod uitvaardigt de reclame te voeren zonder één van beide suggesties te gebruiken.

Zelfregulering

Misleidende reclame

Ook bij het CvB ging het dit kroniekjaar over 'onbeperkt' internet. Een asterisk die verwijst naar het feit dat er een datalimiet is waarna de snelheid van het internet wordt teruggebracht naar 64kb/s, is niet voldoende duidelijk voor de consument. Die hoeft er niet op bedacht te zijn dat door die inperking van de snelheid, geen normaal internetgebruik (Youtube!) meer mogelijk is. Misleidende reclame dus.^[137]

De consument wordt vaak geacht op de hoogte te zijn van het feit dat enige overdrijving in reclameland normaal is. Dit is echter allerm minst een vrijbrief voor beweringen die de adverteerder niet hard kan maken. L'Oréal kon bij het CvB niet bewijzen dat haar aangeprezen Vichy-product inderdaad een 'volledige transformatie van de huid' en een 'langdurig liftend effect' teweeg zou brengen. De stellige beweringen van Vichy en de verwijzingen naar wetenschappelijk onderzoek en octrooien zorgen ervoor dat de consument verwacht dat het product daadwerkelijk werkt en dat er niet alleen maar sprake is van overdrijving. Aangezien de Richtlijn OHP een specifieke en gedetailleerde uitwerking geeft van de regels over oneerlijke reclame dienen deze regels ook toegepast te worden op cosmeticaproducten.^[138] Overigens is de verwachting dat in 2013 een Reclamecode voor cosmetica van kracht zal gaan als onderdeel van de Nederlandse Reclame Code. Het CvB vernietigde in de zaak over het NVI-keurmerk de beslissing van de RCC dat de 'glasharde' garantie die werd geadverteerd een bij reclame gebruikelijke en geoorloofde overdrijving is. Door in een reclame over een keurmerk te spreken als een garantie, en dat af te sluiten met de toezegging 'glashard,' worden zeer stellige toezeggingen richting de doelgroep gedaan. Dat laat slechts een foutmarge van 0% toe.^[139] Soms is het achterwege laten van informatie juist geen omissie. Ondanks dat de banner van Oxxio niet vermeldde dat moest worden overgestapt voor zowel gas als stroom om de beloofde gratis iPad te krijgen, achtte het CvB dat er geen sprake was van een omissie, aangezien de meeste consumenten ook voor beide zullen overstappen. De consument voor wie dit niet geldt moet zelf beseffen dat hij afwijkt van de gemiddelde consument en eventuele afwijkende voorwaarden op de website raadplegen.^[140] Dit

argument zal in de toekomst vast nog vaker gebruikt worden.

Is Kruidvat een A-merk? En wanneer is iets eigenlijk een A-merk? De reclame van Kruidvat 'het voordeligste A-merk', is volgens de RCC niet misleidend. Zij vernietigt daarmee de beslissing van de voorzitter, die in de definitie van een A-merk onder meer de reputatie, distributiespreiding en de mate waarin het merk toonaangevend is een rol liet spelen. Volgens de RCC zal de gemiddelde consument de reclame niet opvatten als een statement dat het eigen merk van Kruidvat een A-merk is, maar zal hij begrijpen dat het eigen merk dezelfde goede kwaliteit heeft als A-merken. Dat dit laatste niet het geval zou zijn is niet gesteld of bewezen.^[141]

Uitnodiging tot aankoop bij oneerlijke handelspraktijken

In de vorige kroniek^[142] is uitgebreid stilgestaan bij het begrip uitnodiging tot aankoop, dat ten gevolge van het *Ving*-arrest^[143] van het Hof van Justitie ruimer wordt geïnterpreteerd dan voorheen. Dit jaar zijn er enkele uitspraken gedaan die lijken te bevestigen dat reclame-uitingen al snel onder de strengere regels van art. 7 lid 4 Richtlijn OHP en art. 8.4 NRC vallen. Het College van Beroep oordeelde^[144] eerder dit kroniekjaar dat de televisiecommercial waarin de vanaf-prijs € 7995 voor de Kia Picanto werd vermeld, ook een uitnodiging tot aankoop was. Het niet vermelden van de kosten rijklaar maken (€ 700) leverde een omissie op. Indien er sprake is van een uitnodiging tot aankoop moet de totaalprijs dus alle vaste, onvermijdbare kosten omvatten. Dat dit branchebreed nooit in de prijs wordt meegenomen is geen excuus. Het blijft echter de vraag of iedere reclame-uiting met (vanaf-)prijs wel als uitnodiging tot aankoop zou moeten worden gedefinieerd. Doorslaggevend is immers of de consument op grond van de informatie in de uiting een besluit over een transactie kan nemen. Het College van Beroep heeft nu de facto geoordeeld dat de consument een auto aanschaft op basis van een televisiecommercial. Maar wie koopt een auto zonder bezichtiging en proefrit? De RCC besloot later van dit Kroniek jaar dat het niet vermelden van de € 150 kosten rijklaar maken bij de aankoop van een elektrische Batavus-fiets ('Nu de Batavus BUB voor maar € 899') een omissie in de informatieplicht opleverde bij deze uitnodiging tot aankoop.^[145] Aangezien het rijklaar laten maken van de fiets in de winkel met klem werd aangeraden, hadden deze kosten bij de prijs moeten worden inbegrepen.

Herkenbaarheid reclame

Een 'belastingblauwe' envelop met de tekst 'belastingvoordeel' die men dit jaar in de brievenbus kreeg, bleek reclame voor een gehoorapparaat te zijn. Dit leverde strijd op met art. 11.1 NRC: reclame moet als zodanig herkenbaar zijn.^[146] Ook de dichtgeplakte folder van Gamma, die zich voordeed als de Gemeentelijke dienst Afvalverwerking, was niet voldoende als reclame herkenbaar, ondanks de humoristische insteek.^[147] In april leek het er even op dat Google de advertenties in zijn zoekresultaten zou moeten aanpassen. De voorzitter van de RCC achtte het onderscheid tussen de advertenties en de natuurlijke zoekresultaten onvoldoende duidelijk, aangezien er geen verschil was in de opmaak en het kleurverschil miniem was.^[148] Het College van Beroep had oog voor de internet-ervaren consument.^[149] De begrenzing van het gekleurde vak was volgens haar onder normale omstandigheden nog steeds zodanig zichtbaar dat de gemiddelde gebruiker

kan vaststellen waar dit vlak eindigt. Bovendien staat bovenaan voldoende duidelijk vermeld dat het gaat om advertenties. De regels over herkenbaarheid van reclame zijn dus niet alleen van toepassing op een adverteerder maar ook op de aanbieder van een advertentieplatform die (mede) de weergave van advertenties op de zoekresultatenpagina bepaalt.

Goede smaak en fatsoen

Het College van Beroep gaf in zijn uitspraak over de advertenties van Stichting ALS ('Ik ben inmiddels overleden.') een aantal concrete factoren voor de toetsing aan art. 2 NRC. De indringendheid en het onderwerp van de uiting moeten worden beoordeeld, lettend op de boodschap, het beoogde doel en de wijze waarop de advertentie is uitgewerkt. Volgens het CvB waren de advertenties hier niet te schokkend en de grenzen van het toelaatbare niet overschreden. [\[150\]](#)

De verkiezingsstrijd van dit jaar leverde veel klachten op over politieke reclame die in strijd zou zijn met de goede smaak en fatsoen. Het devies daarbij is een, wat wij noemen, dubbele terughoudende toetsing. Over goede smaak en fatsoen valt sowieso te twisten, maar de politieke arena vergt nog meer terughoudendheid dankzij de grondwettelijke vrijheid van meningsuiting, dit is met zoveel woorden overwogen. [\[151\]](#) Als de RCC al oordeelt dat sprake is van strijd met de NRC, dan blijft het bovendien bij een vrijblijvend advies. [\[152\]](#)

Soms gaan reclame-uitingen wel echt te ver. Ondanks de terughoudende toetsing vond de RCC een affiche van een man in met sperma besmeurd damesondergoed en daaronder de tekst 'hoer', niet door de beugel kunnen. [\[153\]](#)

Gratis

Het aanbieden van '10 gratis postzegels' waarbij je je in feite opgeeft voor een maandelijks abonnement is misleidend aangezien dat laatste niet in de uiting wordt vermeld. [\[154\]](#) Het aanbieden van een gratis telefoon werd echter niet misleidend geacht [\[155\]](#), nu de gemiddelde consument ermee bekend mag worden verondersteld dat gratis telefoons in het algemeen worden aangeboden in combinatie met een abonnement. Het feit dat de prijs van dit abonnement bij de 'gratis' telefoon staat vermeld maakt dit voldoende duidelijk.

Eigen procesregels RCC

OAD stelde bij het CvB dat geen sprake was geweest van een goede procesorde in eerste aanleg. De RCC zou middels twee mogelijke samenvattingen van de klacht de klager hebben geholpen. Bovendien waren de gegevens van de reis die klager zou hebben geboekt niet aan OAD bekendgemaakt zijn, waardoor zij zich niet zou hebben kunnen verdedigen. Het CvB merkte op dat de procedure bij de RCC wordt beheerst door eigen procesregels en dat het aanbieden van de twee verschillende zienswijzen van de klacht het kader van een informatieverzoek niet te buiten ging. De gegevens van klager zijn voor OAD ook niet interessant, aangezien moet worden beoordeeld of de advertentie misleidend is voor de gemiddelde consument. [\[156\]](#)

Voorraden bij acties

Wanneer een adverteerder een bijzonder aanbod doet, dient hij ervoor te zorgen dat het product in voldoende mate te koop is gedurende de actie. De onjuiste inschatting van Albert Heijn, waardoor haar voorraad sterk afgeprijsde en nationaal geadverteerde espressomachines reeds op de eerste dag van de actie was uitverkocht, maakte volgens het CvB de uiting dan ook misleidend. De toevoeging 'op=op' bij de aanbieding volstaat niet.^[157] Dat niet *alle* varianten van een spaarserie tot het einde van een actie beschikbaar waren, leidde echter niet tot het oordeel dat sprake was van misleiding: de voorzitter wees de klacht inzake de Muppets-poppen af.^[158] Aan adverteerders dus de lastige taak om correct in te schatten hoe groot de voorraden moeten zijn.

Reclame voor voedingsmiddelen

De verscheidene regelingen die van toepassing zijn op voedingsmiddelen- en gezondheidsclaims kunnen het reclamelandchap voor voedingsmiddelen ingewikkeld maken, maar voedingsmiddelenreclame moet uiteraard tevens voldoen aan de regels omtrent oneerlijke handelspraktijken. Reclame voor 100% biologische, en dus 'gezondere frisdrank' is volgens de RCC misleidend en levert strijd op met art. 7 en 13 NRC. De RCC overweegt daarbij onder meer dat het ingrediënt water nooit als biologisch kan worden bestempeld, aangezien het geen agrarisch product is.^[159] Ook de reclame voor 'het zoetje uit de natuur' is volgens de RCC ontoelaatbaar, nu het product ook een kunstmatige zoetstof bevat. De vermelding dat het product ook 'sucralose' bevat zal misleiding van de gemiddelde consument niet voorkomen.^[160] De televisiecommercial van Hero waarin blauwe in plaats van zwarte bessen waren te zien, levert volgens de voorzitter van de RCC geen misleiding op nu dit het aankoopbesluit van de gemiddelde consument niet zal beïnvloeden.^[161]

Naast de bepalingen over oneerlijke handelspraktijken is op reclame voor voedingsmiddelen ook de Reclamecode voor voedingsmiddelen ('RvV') van toepassing. De reclame 'extra vaak genieten' van de extra magere Unox rookworst is volgens de voorzitter van de RCC een aansporing om meer te consumeren, hetgeen in strijd is met art. 7 RvV.^[162] De vermelding dat het ingeblikte fruit van Del Monte 'meetelt voor je twee stuks fruit per dag' zal de gemiddelde consument niet aansporen vers fruit volledig te vervangen, en levert dus geen strijd op met art. 1 RvV.^[163]

Vooruitlopend op de inwerkingtreding van de artikel 13-lijst van de Claimsverordening heeft de RCC zich reeds gebogen over de gezondheidsclaim van het afslankend effect van Slankbrood. De RCC en het CvB toetsten de claim aan de hand van de toen nog niet definitieve artikel 13-lijst en concludeerden dat de claim niet is toegestaan. Omdat de NVA voor het definitief worden van de lijst echter nog niet handhavend zou optreden, toetste het CvB alsnog ook aan art. 7 NRC en achtte de uiting – mede gelet op de artikel 13-lijst – misleidend.^[164] De artikel 13-lijst is inmiddels wel van toepassing en hier kan nu dan ook rechtstreeks aan worden getoetst.

XI. Rechtshandhaving, procesrecht en IPR

E.J. Numann en S.J. Schaafsma

Wetgeving

In Brussel werd de herziening ('herschikking') van de EEX-Verordening voltooid, een project dat in 2010 van start ging met een commissievoorstel tot herschikking.^[165] Resultaat is 'Verordening (EU) nr. 1215/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken'.^[166] Deze nieuwe verordening is van toepassing met ingang van 10 januari 2015. De huidige EEX-Verordening wordt dan ingetrokken.^[167] Voor de bevoegdheid in intellectuele-eigendomszaken lijken er geen grote veranderingen in petto. Een IE-specifieke wijziging is de aanpassing van de exclusieve-bevoegdheidsregel van art. 22 sub 4 aan het *GAT/LuK*-arrest door toevoeging van de formule 'ongeacht of de kwestie bij wege van rechtsvordering dan wel exceptie wordt opgeworpen'.^[168] De nieuwe EEX-Verordening brengt de nodige veranderingen waar het gaat om erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse beslissingen.

Rechtspraak

De materie van de volledige proceskostenvergoeding (art. 1019h Rv) blijft de gemoederen bezighouden. Ook het Hof van Justitie EU kwam er in 2012 aan te pas, met een beslissing over de reikwijdte van de Handhavingsrichtlijn. Het oordeelde dat de betrokken bepalingen enkel de handhaving waarborgen van de rechten van de rechthebbenden en niet in die zin kunnen worden uitgelegd dat zij ook regeling beogen van de betwisting van de intellectuele-eigendomsrechten van anderen.^[169] De Hoge Raad achtte de Handhavingsrichtlijn wel toepasselijk op het verweer van het Nederlands Normalisatie-instituut tegen de vordering van Knooble B.V. strekkende tot een verklaring voor recht dat de door haar opgestelde NNI-normen waarnaar in het Bouwbesluit of de Regeling Bouwbesluit wordt verwezen, vrij zijn van auteursrechten.^[170] Ook in de zaak *ACI/Thuiskopie*, waarvan de inzet was of bij de bepaling van de hoogte van de redelijke vergoeding, bedoeld in art. 16c lid 1 Aw (de thuiskopievergoeding), rekening dient te worden gehouden met schade die het gevolg is van kopiëren uit illegale bron, speelde de vraag naar de toepasselijkheid van de proceskostenbepaling in de Handhavingsrichtlijn. De Hoge Raad besloot een prejudiciële vraag (ook) daarover te stellen.^[171]

De Hoge Raad besliste (in een overweging ten overvloede) dat een oordeel van het hof onjuist was dat een overgelegde specificatie met vermelding van honorarium en verschotten onvoldoende was voor toewijzing van proceskosten op de voet van art. 1019h Rv omdat de partij niet inzichtelijk had gemaakt, kort gezegd, wat de gehanteerde uurtarieven waren en ook niet aanstonds duidelijk was op grond waarvan de gevorderde kosten redelijk en evenredig waren. De Hoge Raad overwoog dat, nu de door de partij gevorderde en gespecificeerde kosten niet waren betwist, ook niet wat betreft de redelijkheid en evenredigheid als bedoeld in art. 1019h Rv, het hof niet de vrijheid had deze kosten op voormelde grond niet toewijsbaar te achten.^[172]

Het Amsterdamse hof deed een uitspraak waarin onder meer werd beslist over een bewijsbeslag hier te lande ter zake van gestelde inbreuk op een Europees octrooi in Duitsland. Het oordeelde voorts dat art. 1019 e.v. Rv ook ten dienste staan van houders van niet voor Nederland geldende Europese octrooien.^[173] Of naar Nederlands recht ook buiten de reikwijdte van art. 1019b Rv een beslagverlof kan worden gelegd zal in de loop van dit jaar door de Hoge Raad worden beslist, nu de Amsterdamse rechtbank bij vonnis van daarover onlangs op de voet

[174]

van art. 392 Rv prejudiciële vragen aan de Hoge Raad heeft gesteld.^[174]

Het Gerechtshof 's-Gravenhage ontwikkelde een nieuwe, versnelde procedure voor intellectuele-eigendomszaken: de zogeheten VIA-procedure (Versneld Innovatief Appel). Dit experiment ging op 1 september 2012 van start. Doel van de VIA-procedure is vereenvoudiging en versnelling van het geding in hoger beroep, alsmede meer interactie met partijen. Door een aantal maatregelen is het mogelijk om binnen een vooraf vastgesteld tijdpad van betrekkelijk korte duur van 7-10 maanden tot een arrest te komen.^[175]

Voor wat betreft het IPR kan een aantal interessante uitspraken worden gerapporteerd.^[176]

Reikhalzend werd uitgekeken naar de uitspraak *Solvay/Honeywell* van het Hof van Justitie.^[177] In die zaak was de vraag aan de orde of de exclusieve-bevoegdheidsregel van art. 22 sub 4, zoals door het Hof uitgelegd in het *GAT/LuK*-arrest, ook van toepassing is wanneer *in het kader van een voorlopige voorziening* een vordering wegens inbreuk op een octrooirecht wordt begroet met een nietigheidsverweer.^[178] Het arrest heeft echter niet de verlangde duidelijkheid gebracht: het Hof liet zich alleen uit over voorlopige maatregelen ex art. 31, en oordeelde dat de onderhavige exclusieve-bevoegdheidsregel niet van toepassing is in de situatie dat (i) eiser een voorlopige maatregel ter zake van inbreuk op een octrooirecht in een andere EEX-staat vordert; (ii) gedaagde daartegen een nietigheidsverweer voert; (iii) de bevoegdheid van de aangezochte rechter is gebaseerd op art. 31; en (iv) deze rechter geen definitieve beslissing geeft over de geldigheid van het ingeroepen octrooi, maar evalueert hoe de (op grond van art. 22 sub 4) bodembevoegde rechter zich daarover zou uitspreken, en de gevraagde voorlopige maatregel niet zal toekennen indien er naar zijn oordeel een redelijke, en niet te verwaarlozen kans bestaat dat het ingeroepen octrooi door de bevoegde rechter nietig wordt verklaard. Daarnaast speelde in *Solvay/Honeywell* een vraag van uitleg over art. 6 sub 1. Het ging om de situatie dat twee of meer verweerders uit verschillende EEX-staten in een procedure aanhangig voor een gerecht van een van die staten, ieder afzonderlijk worden beticht van het plegen van inbreuk op *hetzelfde* intellectuele-eigendomsrecht (een nationaal deel van een Europees octrooi) in weer een andere EEX-staat, wegens het verrichten van voorbehouden handelingen met betrekking tot hetzelfde product. Het Hof van Justitie oordeelde dat in die situatie de mogelijkheid bestaat van onverenigbare beslissingen bij afzonderlijke berechting, als bedoeld in art. 6 sub 1; de nationale rechter dient bij de beoordeling of dat risico bestaat alle relevante gegevens van het dossier in de beschouwing te betrekken.

Over art. 5 sub 3 EEX-Verordening werd een aantal uitspraken gedaan. Zo verklaarde het Hof van Justitie in *Folien Fischer/Ritrama* voor recht dat een negatieve verklaring voor recht die ertoe strekt het bestaan van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad te ontkennen, valt binnen de werkingssfeer van art. 5 sub 3.^[179]

In *Wintersteiger* ging het om art. 5 sub 3, merkinbreuk en adwords.^[180] Een adverteerder gebruikte een teken op een 'Duitse' website (een adword op www.google.de) en werd aangesproken wegens inbreuk op een identiek Oostenrijks merk. Welke rechter is bevoegd ex art. 5 sub 3? Het Hof maakt in *Wintersteiger* om te beginnen duidelijk dat het bijzondere forum actoris dat werd geformuleerd in het arrest *e-Date-Martinez* voor schendingen voor persoonlijkheidsrechten via internet, niet van toepassing is in intellectuele-eigendomszaken.^[181] Daarna maakt het Hof een onderscheid tussen Erfolgsort (plaats waar de schade is ingetreden) en Handlungsort (plaats van de schadeveroorzakende gebeurtenis), en wijst vervolgens de lidstaat waar het merk is ingeschreven, aan als Erfolgsort, en de lidstaat waar de adverteerder is gevestigd, als Handlungsort. De rechters

van deze lidstaten zijn, ter keuze van de eiser, ieder bevoegd op grond van art. 5 sub 3.

Het *Wintersteiger*-arrest heeft betrekking op merkrechten, maar, zo oordeelde de Hoge Raad in *Hennes&Mauritz/G-Star*, er bestaat geen grond anders te oordelen voor een beweerde schending van een – evenals een merkrecht territoriaal begrensd – auteursrecht.^[182]

Kan art. 5 sub 3 ook worden toegepast ten aanzien van een verweerder die (vermoedelijk) onderdaan van een lidstaat van de Europese Unie is en die op een onbekende plaats verblijft? Die vraag was aan de orde in *G/Cornelius De Visser*, een zaak over publicatie van foto's op internet.^[183] Het Hof van Justitie beantwoordde de vraag, onder verwijzing naar een recent eerder arrest in *Hypotecni banka*, bevestigend.^[184] Voorwaarde is wel, aldus het Hof, dat de rechter niet beschikt over afdoende aanwijzingen die de conclusie wettigen dat die verweerder daadwerkelijk buiten de Unie woont.

Op het terrein van het toepasselijk recht is een arrest van het Haagse hof vermeldenswaardig: *Spirits/Sojuzplodoimport* ('Stolichnaya'), over (de driesprong van) merkenrecht, goederenrecht en internationaal privaatrecht.^[185] Het hof overwoog onder meer dat de goederenrechtelijke aspecten van een nationaal merkrecht (de vraag of een merk overdraagbaar is, of een merk rechtsgeldig is overgedragen, derdenbescherming, enz.) worden beheerst door het desbetreffende nationale recht (dus de *lex loci protectionis*). In geval van een Benelux-merkrecht worden de goederenrechtelijke aspecten, voor zover een uniforme Benelux-regeling ontbreekt, beheerst (i) door het recht van de Benelux-lidstaat waar volgens het Benelux-merkenregister de merkhouders op de betrokken dag zijn woonplaats of zetel, althans een vestiging had, dan wel – subsidiair – (ii) door het recht van de Benelux-lidstaat waar het BBIE is gevestigd.

Literatuur

- P. Beerda, 'Intellectuele eigendomsrechten als zekerheid, een andere discipline', *NTBR* 2012/52, p. 385-397.
- F. Eijvogels, 'Bescherming van bewijs in grensoverschrijdende inbreukgeschillen', *IER* 2012/68, p. 563-570.
- J.J. Kuipers, 'Het internet en de Brussel I-Verordening: een kwestie van Luxemburgse wispelturigheid?', *NIPR* 2012, p. 390-395.
- A. Kur & M. van Eechoud, 'Internationaal privaatrecht in intellectuele eigendomszaken, de CLIP-Principles', *NIPR* 2012, p. 185-192.
- C.J.J.C. van Nispen, 'Grensoverschrijdende verboden in octrooizaken. Kanttekeningen bij de noten van Paul Vlas onder *NJ* 2008/76 en 78', in: F. Ibili, M.E. Koppenol-Laforce & M. Zilinsky (red.), *IPR in de spiegel van Paul Vlas*, Deventer: Kluwer 2012, p. 143-151. Ook in *BIE* 2012, p. 254-258.
- R. Sack, 'Rom II-Vo und "bilaterales" unlauteres Wettbewerbsverhalten', *GRUR Int.* 2012, p. 601-610.
- S.J. Schaafsma & F. Ibili, 'Commentaar op de EEX-Verordening, bevoegdheid', in: A.I.M. van Mierlo, C.J.J.C. van Nispen & M.V. Polak (red.), *Tekst & Commentaar, Burgerlijke Rechtsvordering inclusief EEX-Verordening*, Deventer: Kluwer 2012, p. 1841-1972.
- S.J. Schaafsma, 'Samenloop van EEX en BVIE', *IER* 2012/74, p. 593-597.
- B. Sujecki, 'Torpedoklagen im Europäischen Binnenmarkt', *GRUR Int.* 2012, p. 18-23.
- B. Ubertazzi, *Exclusive Jurisdiction in Intellectual Property*, Tübingen: Mohr Siebeck 2012.

- C. Wadlow, *Recensie over handboek J.J. Fawcett & P. Torremans, Intellectual Property and Private International Law*, Oxford: Oxford University Press 2010, in: *EIPR* 2012, p. 395-398.

Voetnoten

- [1] Met dank aan Thijmen Nuninga, student-assistent en Roeland de Bruin docent-onderzoeker verbonden aan het Centrum voor Intellectueel Eigendomsrecht (CIER), Molengraaff Instituut, Universiteit Utrecht.
- [2] Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende het collectieve beheer van auteursrechten en naburige rechten en de multiterritoriale licentieverlening van rechten inzake muziekwerken voor online gebruik op de interne markt, COM(2012)372 final 2012/0180 (COD).
- [3] Council of the European Union 31 August 2012, 13162/12, 2011/0430 (COD).
- [4] Besluit van 23 oktober 2012, houdende aanwijzing van voorwerpen, bedoeld in 16c van de Auteurswet, en tot vaststelling van nadere regels over de hoogte van de verschuldigdheid van de vergoeding, bedoeld in artikel 16c van de Auteurswet, *Stb.* 2012, 505.
- [5] Richtlijn 2011/77/EU van het Europees Parlement en de Raad van 27 september 2011 tot wijziging van Richtlijn 2006/116/EG betreffende de beschermingstermijn van het auteursrecht en bepaalde naburige rechten (*PbEU* 2011, L 265/1).
- [6] Zie *Kamerstukken II 2011/12, 33 329, nr. 2*, met betrekking tot 'Wijziging van de Wet op de naburige rechten in verband met de omzetting van Richtlijn 2011/77/EU van het Europees Parlement en de Raad van 27 september 2011 tot wijziging van Richtlijn 2006/116/EG betreffende de beschermingstermijn van het auteursrecht en bepaalde naburige rechten'.
- [7] Het huidige art. 9a WNR wordt vernummerd naar 9c.
- [8] HvJ EU 17 januari 2012, nr. C-302/10, *AMI* 2012-2, nr. 36, p. 75, m.nt. Spoor (*Infopaq II*).
- [9] HvJ EG 16 juli 2009, nr. C-5/08, *IER* 2009/78, p. 318, m.nt. F.W. Grosheide; *AMI* 2009-5, nr. 20, p. 198, m.nt. Koelman (*Infopaq I*).
- [10] HvJ EU 9 februari 2012, nr. C-277/10, *IER* 2012/51, p. 419 m.nt. JMBS; *AMI* 2012-18, p. 211, m.nt. Kabel (*Luksan/Van der Let*).
- [11] Art. 2 lid 1 en 2 Richtlijn 2006/116 (Cinematografische of audiovisuele werken).
- [12] Waaronder in dit geval van belang zijn o.a. art. 2 Richtlijn 93/83 (uitzending per satelliet), art. 2 Richtlijn 2001/29 (reproductierecht), art. 3 Richtlijn 2001/29 (mededeling aan het publiek door middel van beschikbaarstelling).
- [13] *Luksan/Van der Let*, r.o. 72.
- [14] HvJ EU 15 maart 2012, nr. C-162/10, *IER* 2012/28, p. 323 (*PPL/Ierland*).
- [15] Zie ook: M. de Cock Buning, R.W. de Bruin & R. Kindt, 'Het Europese Hof doet nieuwe mededelingen aan het publiek', *IER* 2012/33, p. 297.
- [16] HvJ EU 15 maart 2012, nr. C-135/10, *IER* 2012/36, p. 312 e.v. (*SCF/Marco Del Corso*).
- [17] R.o. 82 e.v.
- [18] HvJ EU 4 oktober 2011, nr. C-403/08 en C-429/08, *IER* 2012/26, p. 227, m.nt. H.M.H. Speyart & M. de Cock Buning, *AMI* 2012-1, p. 13 (*FAPL/Karen Murphy*), r.o. 88.
- [19] Zie eveneens M. de Cock Buning, R.W. de Bruin & R. Kindt, 'Het Europese Hof doet nieuwe mededelingen aan het publiek', *IER* 2012/33, p. 295-296.
- [20] HvJ EU 2 mei 2012, nr. C-406/10, *AMI* 2012-4, nr. 16, p. 168, m.nt. Koelman (*SAS Institute/WPL*).
- [21] HvJ EU 3 juli 2012, nr. C-128/11, *CR* 2012/185, p. 429 (*Usedsoft/Oracle*). Zie ook: Th.C.J.A. van Engelen, 'Twee voor de prijs van één', *NJB* 2012/2171, afl. 38, p. 2679-2680; R.M. Wibier & J. Diamant, 'UsedSoft vs. Oracle gaat niet over eigendom maar over contractsvrijheid', *NJB* 2012/2416, afl. 42, p. 2966-2967; Th.C.J.A. van Engelen, 'Naschrift', *NJB* 2012/2417, afl. 42, p. 2968.
- [22] *Usedsoft/Oracle*, r.o. 72.
- [23] Rb. 's-Gravenhage 11 januari 2012, *AMI* 2012-3, p. 119, m.nt. A. Arnbak (*Brein/Ziggo Xs4all*).
- [24] HvJ EU 19 februari 2009, nr. C-557/07 (*LSG/Tele2*).
- [25] R.o. 4.35.
- [26] Rb. Amsterdam 13 juni 2012, *IER* 2013/2 (*Omroepen/De Telegraaf*).
- [27] Zie ook het onderdeel Databankenrecht van deze kroniek.
- [28] HvJ EG 4 juli 2006, nr. C-212/04 (*Adeneler/ELOG*).
- [29] Rb. Amsterdam 12 september 2012, *IER* 2013/4, m.nt. J.M.B. Seignette (*Sanoma/GeenStijl*).

- [30] Hof 's-Gravenhage 27 maart 2012 (*Norma/Staat*).
- [31] HR 21 september 2012 (*ACI/ThuisKopie*).
- [32] HvJ EU 1 maart 2012, nr. C-604/10, *NJ* 2012/433, m.nt. P.B. Hugenholtz (*Football Dataco/Yahoo!*).
- [33] HvJ EU 16 juli 2009, nr. C-5/08, *AMI* 2009/20, p. 198, m.nt. K.J. Koelman; *IER* 2009/78, p. 318, m.nt. F.W. Grosheide (*Infopaq/DDF*).
- [34] HvJ EU 1 december 2011, nr. C-145/10, *IER* 2012/ 16, m.nt. P.G.F.A. Geerts en S.J. Schaafsma, *AMI* 2012-2, p. 66, m.nt. M.M.M. van Eechoud (*Painer/Standards Verlag*).
- [35] P.B. Hugenholtz in zijn noot onder het arrest, *NJ* 2012/433; A.C. Beunen, 'Geschriftenbescherming na het *Football Dataco*-arrest', *AMI* 2012-4, p. 149-153; M. de Cock Buning, 'Autonome creatie: waar is de scheppende mens', *IER* 2012/67.
- [36] P.B. Hugenholtz in zijn noot onder het arrest, *NJ* 2012/433; A.C. Beunen, 'Geschriftenbescherming na het *Football Dataco*-arrest', *AMI* 2012-4, p. 149-153; M. de Cock Buning, 'Autonome creatie: waar is de scheppende mens', *IER* 2012/67; voorts annotatie C.T.W. Peijnenburg, *Computerrecht* 2012/78, p. 216-224.
- [37] Brief Staatssecretaris OCW, Wijziging van onder meer de Mediawet 2008 in verband met aanpassing van de rijksmediabijdrage, [Kamerstukken I 2012/13, 33 019, nr. F.](#)
- [38] Vزر. Rb. Amsterdam, 13 juni 2012, *IER* 2013/2 (*Omroepen/de Telegraaf*).
- [39] HvJ EU 18 oktober 2012, nr. C-173/11, *IEF* 11885.
- [40] Hof Amsterdam 13 maart 2012, *AMI* 2012-4, p. 172, m.nt. J.I. Krikke.
- [41] Zie annotatie Krikke, *AMI* 2012-4, p. 178-187.
- [42] Hof Den Haag 27 maart 2012, LJN BW2216. Zie ook het eerdere tussenarrest Hof 's-Gravenhage 15 februari 2011, *CR* 2012/42, m.nt. O.M.B.J. Volgenant; tevens besproken door M. de Cock Buning, 'Van de brug af gezien', *IER* 2012/14.
- [43] Document 16351/12. De meest recente tekst van de conceptovereenkomst (van 11 januari 2013) kan worden gevonden op de volgende website: http://ec.europa.eu/internal_market/indprop/patent/index_en.htm#maincontentSec1.
- [44] Verordening (EU) nr. 1215/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, *PbEU* 2012, L 351/1.
- [45] Zie het commentaar onder het bericht 'Unitary Patent: the Brussels problem' dat op 28 januari 2013 geplaatst is op IPKat: <http://ipkitten.blogspot.nl/2013/01/unitary-patent-brussels-problem.html>.
- [46] Verordening (EU) nr. 1257/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 17 december 2012 tot het uitvoering geven aan nauwere samenwerking op het gebied van de instelling van eenheidsoctrooibeschermering, *PbEU* 2012, L 361/1.
- [47] Verordening (EU) nr. 1260/2012 van de Raad van 17 december 2012 tot het uitvoering geven aan nauwere samenwerking op het gebied van de instelling van eenheidsoctrooibeschermering met betrekking tot de toepasselijke vertaalregelingen, *PbEU* 2012, L 361/89.
- [48] Annex 2 bij de overeenkomst bevat een tabel met een overzicht van het type zaken dat door de vestigingen van de centrale divisie behandeld zal worden. De type zaken zijn onderverdeeld in 8 verschillende sectoren, welke sectoren zijn gebaseerd op de International Patent Classification van de WIPO (zie <http://www.wipo.int/classifications/ipc/en>).
- [49] Wetsvoorstel tot wijziging van artikel 53b van de Rijsoctrooiwet 1995 in verband met de invoering van een beperkte veredelingsvrijstelling, *Kamerstukken II* 2011/12, 33 365 (R 1987).
- [50] GKB 23 juli 2012, www.epo.org/law-practice/case-law-appeals/pdf/g100001ex1.pdf.
- [51] GKB 15 juni 2012, www.epo.org/law-practice/case-law-appeals/eba/decisions-petitions.html.
- [52] HvJ EU 19 juli 2012, nr. C-130/11, *IER* 2013/8, m.nt. Kupecz; *BIE* 2012/77, p. 297 (*Neurim Pharmaceuticals/Comptroller-General of Patents*).
- [53] HvJ EU 25 oktober 2012, nr. C-322/10, *JGR* 2012/29, p. 279; *BIE* 2012/23, p. 127, m.nt. Bijvank, waaruit volgt dat een aanvrager zich voor een certificaataanvraag voor een enkele werkzame stof mag baseren op een handelsvergunning waarin deze stof in combinatie voorkomt (vgl. r.o. 4.1 van het verwijzingsvonnis).
- [54] Verordening (EG) nr. 469/2009 van het Europees Parlement en de Raad van 6 mei 2009 betreffende het aanvullende beschermingscertificaat voor geneesmiddelen, *PbEU* 2009, L 152/1.
- [55] Rb. 's-Gravenhage (vزر.) 14 september 2012, IEPT 20120903 (*Sanofi/Teva*). Op het moment dat dit vonnis werd gewezen was al bekend dat de Rb. 's-Gravenhage prejudiciële vragen zou gaan stellen in de *Georgetown*-zaak.
- [56] Hof 's-Gravenhage 24 januari 2012, *BIE* 2012/88, p. 349 (*Lundbeck/Generieken*), zie met name onder het kopje 'Bijzondere omstandigheden', r.o. 14 e.v.
- [57] Rb. 's-Gravenhage (vزر.) 14 augustus 2012, *BIE* 2012/90, p. 353 (*Lundbeck/Sandoz*).
- [58] Rb. 's-Gravenhage (vزر.) 27 juni 2012, B9 11403 (*Brein/UPC c.s.*), r.o. 4.3.
- [59] Rb. 's-Gravenhage 20 juni 2012, IEPT 20120620 (*Samsung/Apple*), r.o. 3.4.3.
- [60] Rb. 's-Gravenhage (vزر.) 20 februari 2012, IEPT 20120220 (*SCA/MTS*), r.o. 4.13.
- [61] Rb. 's-Gravenhage (vزر.) 1 oktober 2012, IEPT 20121001 (*Mundipharma/Mylan*), r.o. 4.13.

- [62] HR 22 juni 2012, *JGR* 2012/28, p. 283, m.nt. Schutjens; *IER* 2012/59, m.nt. F.W.E. Eijsvogels; *BIE* 2012/66, p. 269, *IEF* 11482, *IEPT* 20120622 (*Pharmachemie BV/Glaxo Group*).
- [63] Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 27 maart 2012, *IEPT* 20120327 (*Merck/Teva*), r.o. 4.12.
- [64] Hof 's-Gravenhage 24 juli 2012, *IEF* 11717, *IEPT* 20120724 (*Spirit/FKP*).
- [65] Rb. Utrecht (vzr.) 15 augustus 2012, *IER* 2013/9, m.nt. F.W.E. Eijsvogels (*Boehringer/Teva*).
- [66] Rb. 's-Gravenhage, 14 maart 2012, *IEPT* 20120314.
- [67] Rb. 's-Gravenhage 23 november 2011, *IEF* 10546, *IEPT* 20121123, *BIE* 2012/79.
- [68] Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 27 maart 2012, *IEPT* 20120327 (*Truma/Tradekar*).
- [69] ABRvS 24 oktober 2012, LJV BY1040.
- [70] HvJ EU 20 oktober 2012, nr. C-281/10 P, LJV BU2777, *NJ* 2012/443 m.nt. Gielen; *IER* 2012/7 m.nt. Speyart en *BIE* 2012/3 m.nt. Brinkman (*Promer/BHIM*).
- [71] Hof 's-Gravenhage 24 januari 2012, LJV BV1612, *BIE* 2012/36 m.nt. Huydecoper (*Apple/Samsung*).
- [72] *BIE* 2012/278.
- [73] HvJ EU 24 mei 2012, nr. C-100/11, *IER* 2012/54, m.nt. A. Kamperman Sanders (*Formula One Licensing BV/BHIM (OHIM)*).
- [74] HvJ EU 12 juli 2012, nr. C-311/11, *IER* 2012/56, m.nt. P.G.F.A. Geerts (*Smart; Wir machen das Besondere einfach*).
- [75] HvJ EU 25 oktober 2012, nr. C-553/11, *IEPT* 20121025 (*Rintisch/Eder*).
- [76] HvJ EU 19 juni 2012, nr. C-307/10, *IEPT* 20120619 (*IP Translator*).
- [77] HvJ EU 19 december 2012, nr. C-149/11, *IEPT* 20121219 (*ONEL*).
- [78] HvJ EU 10 mei 2012, nr. C-100/11, *IER* 2012/53, m.nt. P.G.F.A. Geerts (*Helena Rubinstein, L'Oréal/BHIM*).
- [79] HvJ EU 27 november 2008, nr. C-252/07, *IER* 2009/7, m.nt. A. Kamperman Sanders (*Intel*).
- [80] HR 20 januari 2012, *IER* 2012/30, m.nt. F.W.E. Eijsvogels (*Bach Flower Remedies/Healing Herbs*).
- [81] HvJ EU 27 april 2006, nr. C-145/05, *IER* 2006/60 (*Levi Strauss/Casucci*).
- [82] Rb. 's-Gravenhage 8 februari 2012, *BIE* 2012/39 (*L'Argentina*).
- [83] Rb. 's-Gravenhage 5 september 2012, *IEPT* 20120905 (*Recticel/Swiss Sense*).
- [84] Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 15 november 2012, *IEPT* 20121115 (*POPSTARS*).
- [85] HR 3 februari 2012, *IER* 2012/42, m.nt. A.M.E. Verschuur (*Leidseplein/Red Bull*).
- [86] HR 19 oktober 2012, *IEPT* 20121019 (*Diageo/Cardinal*).
- [87] Rb. 's-Gravenhage 10 oktober 2012, *IEPT* 20121010 (*Pioneer/Agrifirm*).
- [88] Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 2 juli 2012, *IER* 2012/55, m.nt. A.M.E. Verschuur (*Koninklijke Talens/Jurgen V. (talensshop.nl)*).
- [89] Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 11 september 2012, *IEPT* 20120911 (*Finstral*).
- [90] Rb. 's-Hertogenbosch (vzr.) 6 februari 2012, *IER* 2012/39, m.nt. A.M.E. Verschuur (*Top Raam Decoraties/Topdeal Plaza*).
- [91] Hof 's-Hertogenbosch 23 oktober 2012, *IEPT* 20121023 (*TAN/Pontifix*).
- [92] HvJ EU 5 juli 2012, nr. C-509/10, *BIE* 2012/76, m.nt. P.A.C.E. van der Kooij (*Geistbeck*).
- [93] Mr. S.M. Wertwijn is partner bij Vondst Advocaten N.V. te Amsterdam.
- [94] 'Van de Brug af gezien, Geneesmiddelenrecht', Mr. S.M. Wertwijn, *IER* 2010/2, p. 166 e.v., alsmede *IER* 2011/2, p. 69 e.v. en *IER* 2012/2, p. 121 e.v.
- [95] *Stcrt.* 18 januari 2012, 854, inwerkingtreding 1 februari 2012. Tevens werd een Nieuwsbrief van de Directie Geneesmiddelen en Medische Technologie van het Ministerie van VWS uitgegeven.
- [96] Zie CGR Nieuwsbrief 1, januari 2012.
- [97] Zie CGR Nieuwsbrief 1, januari 2012.
- [98] Zie CGR Nieuwsbrief 1, januari 2012.
- [99] 'Van de Brug af gezien, Geneesmiddelenrecht', *IER* 2012/2, p. 121 e.v.
- [100] www.transparantieregister.nl.
- [101] Zie voor meer informatie: CGR Nieuwsbrief 3, juni 2012.
- [102] Zie ook: CGR Nieuwsbrief 2, april 2012.
- [103] Uitsluitend-Recept geneesmiddelen.
- [104] CGR Nieuwsbrief 4, augustus 2012.
- [105] *JGR* 22 november 2012, afl. 4, nr. 41, m.nt. Schutjens.
- [106] ABRvS 18 april 2012, inzake Rinileen (*JGR* 2012/16).
- [107] CGR 20 september 2012, nr. 2012 AA12.084 (*Rode kleur medicatiefolder*).
- [108] CvB 21 december 2012, nr. 2012/00758 (*Holland Heineken House*).

- [109] Rb. Rotterdam 19 april 2012, IEPT 20120419 (*Artiq Mobile*).
- [110] CvB 18 december 2012, nr. 2012/00837B (*T-Mobile onbeperkt alles*).
- [111] COM(2012)788 def. Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten inzake de productie, presentatie en de verkoop van tabaks- en aanverwante producten.
- [112] Verordening (EU) nr. 432/2012 van de Commissie van 16 mei 2012 tot vaststelling van een lijst van toegestane gezondheidsclaims voor levensmiddelen die niet over ziekterisicobeperking en de ontwikkeling en gezondheid van kinderen gaan (*PbEU* 2012, L 136/1).
- [113] Van de brug af gezien Kroniek van wetgeving, jurisprudentie en literatuur 2008, *IER* 2009, nr. 15.
- [114] Verordening (EU) nr. 1924/2006 van het Europees Parlement en de Raad van 20 december 2006 inzake voedings- en gezondheidsclaims voor levensmiddelen (*PbEU* 2006, L 404/9).
- [115] Wet van 24 mei 2012 tot wijziging van de Drank- en Horecawet met het oog op de terugdringing van het alcoholgebruik onder met name jongeren, de voorkoming van alcoholgerelateerde verstoring van de openbare orde, alsmede ter reductie van de administratieve lasten, *Stb.* 2012, 237.
- [116] Commissariaat voor de Media, *Beleidsregels reclame commerciële media-instellingen 2012*, 2012. Geraadpleegd 23 januari 2013, www.cvdm.nl/dsresource?objectid=13133&type=org.
- [117] www.koagkag.nl. Geraadpleegd 05 februari 2013.
- [118] DDMA, *Code social media marketing 2012*. Geraadpleegd 23 januari 2013, <http://ddma.nl/wp-content/uploads/downloads/2012/03/DDMA-Code-Social-Media-Marketing-2012.pdf>.
- [119] http://alcoholcode.nl/page/downloads/STIVA_A21-RvA-2011_02-DEF_gelinkt.pdf.
- [120] Van de brug af gezien. Kroniek van wetgeving, jurisprudentie en literatuur 2011, *IER* 2012, 14.
- [121] <https://www.reclamecode.nl/nrc/pagina.asp?paginaID=270&deel=2>.
- [122] HvJ EU 6 september 2012, nr. C-544/10, *IER* 2013/10 m.nt. E.H. Hoogenraad en C.H.E. Fontaine, *EHRC* 2013/2, m.nt. J. Morijn ((*Deutsches Weintor/Land Rheinland Pfalz*)).
- [123] HvJ EU 18 oktober 2012, nr. C-428/11, IEPT20121018 (*Purely Creative*).
- [124] HvJ EU 15 maart 2012, nr. C-453/10, *NJ* 2012/330, m.nt. M.R. Mok (*Perenicova*).
- [125] HvJ EU 12 juli 2012, nr. C-176/11, IEPT 20120712, *NJ* 2012/622, m.nt. M.R. Mok (*Hit Larix*).
- [126] HR 24 februari 2012, IEPT 20120224, *AB* 2012/175, m.nt. C.J. Wolswinkel; *CR* 2012/79, m.nt. M.I. Robichon; *JB* 2012/79, m.nt. red.; *NJ* 2012/314, m.nt. M.R. Mok (*Ladbrokes/De Lotto*).
- [127] HvJ EU 3 juni 2010, nr. C-258/08, IEPT 20100603, *NJ* 2012/491, m.nt. M.R. Mok; *JB* 2012/170, m.nt. C.J. Wolswinkel; *AB* 2011/18, m.nt. A. Buijze (*Ladbrokes/De Lotto*).
- [128] Rb. Amsterdam 13 juni 2012, IEPT 20120613 (*Chiropractor/SRC*).
- [129] Rb. Amsterdam 1 februari 2012, IEPT 20120201 (*AH/Dirk van den Broek*).
- [130] Hof 's-Hertogenbosch 10 april 2012, IEPT 20120410 (*NTD/De Trombosediensten*).
- [131] Hof Arnhem 10 april 2012, IEPT 20120410 (*Transavia/EUClaim*).
- [132] Rb. Zutphen (vzr.) 13 oktober 2011, *IER* 2012/12, m.nt. P.G.F.A. Geerts.
- [133] Rb. Rotterdam 19 april 2012, IEPT 20120419 (*Artiq Mobile/CA Celldorado*).
- [134] Rb. Rotterdam 20 juni 2012, IEPT 20120620 (*Telfort*).
- [135] Rb. Amsterdam 19 juni 2012, IEPT 20120619 (*Gouden muntactie*).
- [136] Rb. Den Haag (vzr.) 20 maart 2012, IEPT 20120320 (*Gillette/Wilkinson*).
- [137] CvB 18 december 2012, nr. 2012/00837B (*T-Mobile onbeperkt alles*).
- [138] CvB 3 april 2012, nr. 2011/01047 (*Vichy*).
- [139] CvB 3 juli 2012, nr. 2012/00209, *IER* 2012/60, m.nt. E.H. Hoogenraad (*NVI keurmerk*).
- [140] CvB 21 september 2012, nr. 2012/00544 (*Oxxio iPad*).
- [141] RCC 15 mei 2012, nr. 2012/000148 (*Kruidvat A-merk*).
- [142] Van de brug af gezien. Kroniek van wetgeving, jurisprudentie en literatuur 2011, *IER* 2012, 14.
- [143] HvJ EU 12 mei 2011, nr. C-122/10, IEPT 20110512, *IER* 2011/49, m.nt. P.G.F.A. Geerts (*Ving*).
- [144] CvB 11 mei 2012, nr. 2012/00088, *IER* 2013/18, m.nt. E.H. Hoogenraad (*Kia Picanto*).
- [145] RCC 13 juni 2012, nr. 2012/00390, *IER* 2013/19, m.nt. E.H. Hoogenraad (*Batavus-fiets*).
- [146] RCC 17 januari 2012, nr. 2011/01179 (*Belastingblauwe envelop*).
- [147] RCC 13 april 2012, nr. 2012/00320A (*Gamma folder afvalverwerking*).
- [148] RCC 23 april 2012, nr. 2012/00085 (*Google topads*).

- [149] CvB 12 september 2012, nr. 2012/00085 (*Google topads*).
- [150] CvB 1 maart 2012, nr. 2011/01065 (*St ALS*).
- [151] RCC 30 maart 2012, nr. 2012/00284 (*FNV hard gelag*).
- [152] RCC 20 juli 2012, nr. 2912/00638 (*Dochter Samsom*).
- [153] RCC 28 juni 2012, nr. 2012/00513 (*Affiche Hoer*).
- [154] RCC 31 augustus 2012, nr. 2012/00746 (*Gratis postzegels*).
- [155] RCC 5 juli 2012, nr. 2012/00515 (*Gratis telefoon*).
- [156] CvB 5 juni 2012, nr. 2012/00251 (*OAD Reizen*).
- [157] CvB 20 februari 2012, nr. 2011/00984 (*AH garage sale*).
- [158] RCC 28 maart 2012, nr. 2012/00244 (*AH Muppets*).
- [159] RCC 4 juli 2012, nr. 2012/00507 (*Oggv frisdrank*).
- [160] RCC 16 juli 2012, nr. 2012/00573 (*Natrena Stevia*).
- [161] RCC 22 mei 2012, nr. 2012/00448 (*Hero bessen*).
- [162] RCC 4 december 2012, nr. 2012/00998 (*Unox rookworst*).
- [163] RCC 3 mei 2012, nr. 2012/00332 (*Del monte canned fruit*).
- [164] CvB 19 april 2012, nr. 2011/01158 (*Slankbrood*).
- [165] Zie kroniek *IER* 2011/13, p. 69. Herziene versie van het voorstel: COM(2010)748 def/2 van 3 januari 2011.
- [166] *PbEU* 2012, L 351/1 van 20 december 2012.
- [167] Art. 66, 80 en 81.
- [168] HvJ EG 13 juli 2006, nr. C-4/03, *Jur.* 2006, p. I-6509, *NJ* 2008/78, m.nt. P. Vlas; *IER* 2006/75 (*GAT/LuK*). Zie ook art. 22 sub 4 EVEX II-Verdrag.
- [169] HvJ EU 15 november 2012, nr. C-180/11 (*Bericap/Plasinnova*).
- [170] HR 22 juni 2012, LJN BW0393, *NJ* 2012/397.
- [171] HR 21 september 2012, LJN BW5879, *NJ* 2012/532.
- [172] HR 26 februari 2010, LJN BK5756, *NJ* 2011/473, m.nt. Snijders.
- [173] Hof Amsterdam 24 april 2012, LJN BW4100, *IER* 2012/45, m.nt. Eijsvogels.
- [174] Rb. Amsterdam 4 december 2012, LJN BY6220.
- [175] Zie *IER* 2012/48, p. 405, en de website van het hof op www.rechtspraak.nl (www.rechtspraak.nl/Organisatie/Gerechtshoven/Den-Haag/OverHetGerechtshof/Organisatie/Pages/VIA-procedure.aspx).
- [176] Interessant, maar hier verder niet behandeld: HvJ EU 18 oktober 2012, nr. C-173/11 (*Football Dataco/Sportradar*) over art. 7 Databankenrichtlijn en 'grensoverschrijdend hergebruik'; Hof Amsterdam 5 juni 2012, *BIE* 2012/67 (*Simiramida/Diageo*), over de erkenning van een Bulgaarse beslissing (vgl. in eerste aanleg Rb. Amsterdam 8 juni 2011, LJN BR2579).
- [177] HvJ EU 12 juli 2012, nr. C-616/10, *IER* 2012/62, m.nt. S.J. Schaafsma; *BIE* 2012/64, m.nt. C.J.J.C. van Nispen (*Solvay/Honeywell*).
- [178] HvJ EG 13 juli 2006, nr. C-4/03, *Jur.* 2006, p. I-6509, *NJ* 2008/78, m.nt. P. Vlas; *IER* 2006/75, m.nt. S. de Witt (*GAT/LuK*). Zie ook HR 30 november 2007, LJN BA9608, *NJ* 2008/77 (*Roche/Primus II*) en Hof 's-Gravenhage 12 juli 2011, LJN BR1362, *IER* 2011/61, m.nt. AFK; *IIC* 2012-2, p. 214 (*Yellow Pages*).
- [179] HvJ EU 25 oktober 2012, nr. C-133/11, *NJ* 2013, 80 m.nt. L. Strikwerda (*Folien Fischer/Ritrama*). Vgl. ook Hof 's-Gravenhage 6 maart 2012, [LJN BV8214](http://www.rechtspraak.nl) (*Van Holsteijn/Zehnder*).
- [180] HvJ EU 19 april 2012, nr. C-523/10, *NJ* 2012/403, m.nt. M.V. Polak (*Wintersteiger/Products 4U*).
- [181] HvJ EU 25 oktober 2011, nr. C-509/09 en C-161/10, *NJ* 2012/224, m.nt. M.V. Polak; *IER* 2012/19, m.nt. S.J. Schaafsma (*eDate en Martinez*).
- [182] HR 7 december 2012, LJN BX9018, *RvdW* 2013/4 (*Hennes&Mauritz/G-Star*).
- [183] HvJ EU 15 maart 2012, nr. C-292/10, *NJ* 2012/286, m.nt. M.V. Polak (*G/Cornelius De Visser*).
- [184] HvJ EU 17 november 2011, nr. C-327/10, *NJ* 2012/225, m.nt. M.V. Polak (*Hypoteční banka*).
- [185] Hof 's-Gravenhage 24 juli 2012, LJN BX1515, *IER* 2012/57, m.nt. redactie (*Spirits International/Federale Staatsonderneming FKP Sojuzplodoimport*).