



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Kroniek van de Intellectuele Eigendom

Visser, D.J.G.

Citation

Visser, D. J. G. (2014). Kroniek van de Intellectuele Eigendom. *Nederlands Juristenblad*, 2014(15), 1007-1017. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/35680>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/35680>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Kroniek van de Intellectuele Eigendom

Dirk Visser¹

De reikwijdte van het openbaarmakingsbegrip op internet was gedurende de verslagperiode weer een belangrijk onderwerp op Europees niveau, zowel in het auteursrecht als in het databankenrecht. Op nationaal niveau verdienen het einde van de geschriftenbescherming en de opkomst van het opdrachtgeversauteursrecht via de band van het Benelux Modellenrecht aandacht. Op het gebied van het merkenrecht zijn enkele belangrijke arresten te melden over de wijze waarop een merk wordt gebruikt en over het hebben van een geldige reden voor het gebruik van een teken. Een stof waarvan de eigenschappen al bekend zijn kan toch nieuw en inventief zijn en vatbaar voor een stofoctrooi. Het aanbod van een redelijke vergoeding kan relevant zijn in het commerciële portretrecht. En nodeloos verwarring wekkende stijl nabootsing mag.

Auteursrecht

Wat betreft het auteursrecht moet allereerst worden gemeld dat de *'Endstra tapes'* zaak eindelijk ten einde is. Het Hof 's-Gravenhage besloot afgelopen zomer, na terugverwijzing door de Hoge Raad,² dat de 'vormgeving' van de achterbankgesprekken die Willem Endstra met de recherche voerde, te 'banaal en triviaal' was om voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking te komen.³ Het Haagse Hof haalde er een citaat van Karel van het Reve bij, waarin de meest scherpzinnige schrijver die Nederland ooit gekend heeft, vaststelt dat aan een letterlijke transcriptie van een conversatie meestal geen touw is

vast te knopen. Het Hof citeert vervolgens twee, inderdaad tamelijk onbegrijpelijke passages uit de Endstra tapes.⁴ Helemaal waterdicht leek de motivering van het Haagse Hof niet⁵ en er werd aanvankelijk ook cassatie ingesteld,⁶ maar die werd later ingetrokken. De zaak is dus ten einde.

Opdrachtgeversauteursrecht

In de Verenigde Staten kent men van oudsher *'works made for hire'*, werken die in opdracht zijn gemaakt en waarbij het auteursrecht om die reden van rechtswege toekomt aan de opdrachtgever. In Europa en ook in Nederland bestaat traditioneel geen opdrachtgeversauteurs-

Auteur

1. Prof. mr. D.J.G. Visser is hoogleraar in Leiden en advocaat in Amsterdam. De auteur is dank verschuldigd aan velen voor het aanleveren van suggesties voor onderwerpen en conceptteksten, waaronder met name mr. P.A.C.E. van der Kooij, mr. G.J.H.M. Mom, mr. C.P.L. van Woensel, mw. mr. M. Truijens, mw. mr. P. de Leeuwe, mr. S. Brommersma en drs. K.M.L. Bijvank. Delen van deze tekst verschenen eerder elders, deels in gewijzigde vorm, onder andere in de rubriek Snelrecht in het blad *Mr.* en in signaleringen op weblogs, in annotaties en in rechtspraakoverzichten en in overzichtsartikelen, deels geschreven samen met anderen (waaronder 'Links en recht', met mw. mr. P. de Leeuwe, *AAe* 2013, p. 450-458). Letterlijke aanhalingen uit rechtspraak en regelgeving zijn niet steeds van aanhalingstekens voorzien. Deze

voetnoot is inderdaad een reactie op de recente heksenjacht op beweerdelijk (zelf) plagiaat die kan leiden eindeloze (aantallen) voetnoten en zelfcitatatie ('zoals ik reeds schreef in 1977?'). Zie over zelfplagiaat reeds bijna dertig jaar geleden D.W.F. Verkade, *Bescherming van het uiterlijk van producten*, p. XX: 'Enige verlichting bij het werken aan dit boek heb ik mij gepermitteerd door een paar stukjes auto-plagiaat'. Met dank aan mr. P.A.C.E. van der Kooij die mij hier op wees. De term 'zelfcitatatie' ontleen ik aan Thomas van der Dunk, de *Volkskrant*, 19 januari 2014. De term 'hexenjacht' ontleen ik in dit verband aan Kees Schuyt, *NRC Handelsblad*, 8 februari 2014.

Noten

2. HR 30 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2153, (*Erven Endstra vs. Nieuw Amsterdam*)

3. Hof Den Haag 16 juli 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:2477, *AMI* 2013/6, p. 197 m.nt. Van Gompel (*Erven Endstra vs. Nieuw Amsterdam*).

4. 'Ik zeg: 'En die meneer Mieremet, die jou al van alles aangedaan heb, want wat heb ik, ik heb er helemaal niks mee te maken!' 'En die Mieremet,' (imiteert Holleeder:) 'die vermoord ik. Die pak ik, die vermoord ik.' (weer zichzelf:) Weet je wel. Dat roept ie dan. Hij zegt: 'Wacht maar en eh ...' Ja, nou ja, ik neem het serieus, want ze hebben het een paar keer al geprobeerd natuurlijk.

Dus om negen uur, is het verhaal. Ze zeggen: wij hebben nooit geen problemen, weet je wel. Die Dino en eh ...' (blz. 245 van het boek); – 'Ik heb Moszkowicz gesproken toen ook en toen was Willem boos op hem. En nu is ie als de dood voor hem (imiteert Moszkowicz, met hoge stem:) 'O, Willem, doe me niets en mijn gezin, wat

heb ik fout gedaan?' (met zijn eigen stem:) Hij had gezegd: hij moet dit en dat doen en anders... Op dat kantoor, dat heeft ie ook niet verhuurd aan de criminelen hoor. Dat is natuurlijk ook, je weet wel hoe, ik denk niet dat dat kwaai... Maar ik heb wel gezegd: je zit tot hier in die bende'. (blz. 149 van het boek).

5. Zie ook: F.W. Grosheide, 'Een einde aan de Endstra-saga?', *IE-Forum.nl*, IEF 13188 en: A. Tsoutsanis, 'Vaagheid Endstra-tapes is irrelevant', *NRC Handelsblad*, 10 augustus 2013.

6. Zie (voor een stukje ouderwets, maar niet geheel onbegrijpelijk napleiten) de bijdrage van Tobias Cohen Jehoram aan de bundel voor Rob Meijer. T. Cohen Jehoram: 'Het persoonlijk stempel van de maker. Hoe stel je dat vast?', in: *Liber Amicorum voor mr. R.S. Meijer, Middelen voor Meijer*, Den Haag: BJu 2013, p. 61-70.

recht. De opdrachtgever moet desgewenst via een uitdrukkelijke overdracht van recht het auteursrecht verwerven. Op deze regel bestaat in de Benelux een uitzondering voor een specifieke categorie, te weten industriële vormgeving die ook als Beneluxmodel is ingeschreven. In artikel 3.8 van het Benelux Verdrag inzake de Intellectuele Eigendom (BVIE) is bepaald dat indien een tekening of model *op bestelling* is *ontworpen*, behoudens andersluidend beding, degene die de bestelling heeft gedaan als ontwerper wordt beschouwd, mits de bestelling is gedaan met het oog op een gebruik in handel of nijverheid van het voortbrengsel waarin de tekening of het model is belichaamd. De ontwerper is degene aan wie het modelrecht toekomt, dus deze bepaling creëert een 'opdrachtgeversmodelrecht'. Vervolgens bepaalt artikel 3.29 BVIE:

'Wanneer een tekening of model onder de omstandigheden *als bedoeld in artikel 3.8* werd ontworpen, komt het *auteursrecht* inzake bedoelde tekening of model toe aan degene die overeenkomstig het in dat artikel bepaalde als de ontwerper wordt beschouwd.'

De traditionele opvatting was dat deze schakelbepaling alleen een opdrachtgeversauteursrecht creëerde voor *als model ingeschreven* industriële vormgeving die ook voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking kwam. Daarmee was het een nuttige samenloopbepaling die voorkwam dat twee verschillende rechten op één en dezelfde vormgeving in verschillende handen zouden berusten, omdat dat nu eenmaal onpraktisch is. In 2007 oordeelde het Benelux Gerechtshof echter in de *Electrolux*-zaak dat voor de toepassing van het opdrachtgeversmodelrecht van artikel 3.8 BVIE *niet vereist* is dat de tekening of het model (al) is gedeponneerd.⁷ Het Benelux Gerechtshof sprak zich daarmee niet uit of dit ook gold voor de samenloopbepaling (artikel 3.29 BVIE) en het daarin opgenomen opdrachtgeversauteursrecht. In de literatuur en lagere rechtspraak⁸ werd hier echter wel al uit geconcludeerd dat dit ook zou hebben te gelden voor deze samenloopbepaling. Daarmee leek al sprake van een zelfstandig opdrachtgeversauteursrecht voor industriële vormgeving die voor modelrechtelijke bescherming in aanmerking komt.

Bij arrest van 25 oktober 2013 heeft de Hoge Raad dit bevestigd en is hij eigenlijk nog een stap verder gegaan, in een zaak over vuurkorven:⁹ 'Voor toepassing van art. 3.29 in verband met art. 3.8 BVIE is evenwel *niet vereist* dat sprake is van een voor bescherming in aanmerking komend model als bedoeld in art. 3.1 lid 1 BVIE, maar is voldoende dat het *voortbrengsel* een (tekening of) model is in de zin van art. 3.1 lid 2 BVIE, dus "het uiterlijk van een voortbrengsel of een deel ervan" vormt.' (r.o. 4.2.2).



Vuurkorven

Hieruit volgt dat een auteursrechtelijk beschermd werk op het gebied van de industriële vormgeving slechts hoeft te vallen onder de definitie van 'voortbrengsel' en

niet nieuw hoeft te zijn of een eigen karakter hoeft te bezitten in de zin van het modellenrecht. De normale vereisten voor auteursrechtelijke bescherming zijn uiteraard wel van toepassing. Hiermee is dus via de band van het modellenrecht een volledig opdrachtgeversauteursrecht gecreëerd voor industriële vormgeving. Dat geldt echter blijkens de tekst van artikel 3.8 BVIE 'behoudens andersluidend beding'. Dat roept de vraag op welke vorm en inhoud een dergelijk andersluidend beding dient te hebben. In de lagere rechtspraak is eens aangenomen dat het bestaan van een licentieovereenkomst waarin de ontwerper als zodanig wordt benoemd al als een dergelijk 'andersluidend beding' heeft te gelden.¹⁰

Critici menen intussen dat het zeer ongelukkig is dat

Critici menen intussen dat het zeer ongelukkig is dat via deze omweg het opdrachtgeversauteursrecht voor vormgeving in de Benelux is geïntroduceerd

via deze omweg het opdrachtgeversauteursrecht voor vormgeving in de Benelux is geïntroduceerd.¹¹ Ook het bestaan in de Benelux van een opdrachtgeversmodelrecht is overigens omstreden omdat het Europese modellenrecht, met name ook het driejarige ongeregistreerde modelrecht, geen opdrachtgeversrecht kent. Daarmee berusten het auteursrecht en het ongeregistreerde EU-modelrecht in een opdrachtgeversituatie dus steeds in verschillende handen. Zo wordt het tegendeel bereikt van waarvoor de samenloopbepaling van artikel 3.29 BVIE bedoeld was. Alleen de Benelux-regelgever kan verandering brengen in deze situatie. In de praktijk doet men er intussen verstandig aan om door middel van een 'andersluidend beding' of een expliciete overdracht er voor te zorgen dat zowel het auteursrecht als het geregistreerde Benelux- en EU-modelrecht en het ongeregistreerde EU-modelrecht in dezelfde hand terecht komen.

Openbaar maken

In het Europese auteursrecht is veel aandacht voor de vraag wanneer precies sprake is van een auteursrechtelijk relevante openbaarmaking. In de Europese terminologie gaat het om een 'mededeling aan het publiek' in de zin van artikel 3 van de Auteursrecht-richtlijn.

In eerdere rechtspraak introduceerde het Hof van Justitie EU het criterium van een 'nieuw publiek' dat door de rechthebbende niet was ingecalculeerd bij de toestemming gegeven voor een eerdere, voorafgaande openbaarmaking. Zo moet het publiek dat televisie kijkt in hotelkamers of in een café, of in een kuuroord¹² als een 'nieuw publiek' worden aangemerkt, omdat het niet zou zijn

ingecalculeerd bij de toestemming gegeven voor de televisie-uitzending. Hetzelfde geldt voor kabeldoorgifte van een aanvankelijk via de satelliet uitgezonden signaal.

In *TVCatchup*¹³ ging het om de doorgifte van televisieprogramma's via internet. Dat gebeurde binnen het ontvangstgebied van de etherzendmasten waarmee die programma's regulier werden uitgezonden én uitsluitend aan personen die al betaald hadden om die reguliere etheruitzendingen te bekijken. Geen 'nieuw publiek' dus. Volgens het Hof van Justitie is er hier toch sprake van een 'mededeling aan het publiek', nu de technische werkwijze van de wederdoorgifte verschilt van die van de oorspronkelijke mededeling en niet louter ontvangstverbetering ten doel heeft. Het al dan niet bereiken van een nieuw, niet ingecalculeerd publiek deed volgens het Hof ter zake. Als er sprake is van gebruik van een andere technologie bij de wederdoorgifte doet het bereiken van een 'nieuw publiek' ineens niet ter zake. Dat is allemaal nogal apodictisch.

In de zaak *Svensson*¹⁴ heeft het Hof van Justitie zijn eerste uitspraak gedaan in een zaak over auteursrecht en hyperlinken en greep daarbij weer volledig terug op zijn eigen 'nieuw publiek' criterium. Nils Svensson en enkele andere Zweedse journalisten maakten bezwaar tegen een website die hyperlinks aanbood naar door hen geschreven krantenartikelen. Die artikelen stonden met hun toestemming op internet. Het Hof oordeelt dat hyperlinken géén mededeling is aan een 'nieuw publiek' en daarom geen openbaarmaking. Er is geen sprake van een nieuw publiek, omdat bij de eerste openbaarmaking waarnaar wordt gelinkt, het publiek van internetgebruikers al is ingecalculeerd. Wanneer iemand toestemming geeft tot openbaarmaking ergens op internet calculeert hij daarmee dus kennelijk in dat het *gehele publiek* van ruim twee miljard internetgebruikers daarmee toegang heeft tot zijn werk. Daarbij maakt het volgens het Hof niet meer uit hoe dit publiek toegang krijgt tot dat werk, rechtstreeks, via een zoekmachine, via de bijbehorende homepage of via een hyperlink.

Met deze uitkomst valt als uitgangspunt goed te leven. Het zou bepaald onwenselijk zijn als alle hyperlinks een auteursrechtelijk relevante openbaarmaking zouden opleveren en bijvoorbeeld zouden leiden tot een verplichting een vergoeding te betalen aan Buma/Stemra en vergelijkbare organisaties. Het toont echter ook het subjectieve en normatieve (dus niet feitelijke) karakter van het 'nieuw publiek'-criterium. De rechthebbende die toestemming geeft om iets op internet te plaatsen moet geacht worden alle internetgebruikers als publiek te hebben ingecalculeerd. Iemand die toestemming geeft voor een televisie-uitzending wordt daarentegen geacht alle 'thuis kijkers' in het ontvangstgebied en niet de 'hotel-, café- en kuur-

Het Hof oordeelt dat hyperlinken géén mededeling is aan een 'nieuw publiek' en daarom geen openbaarmaking

oordkijkers' te hebben ingecalculeerd.

Het Hof maakt in de *Svensson*-zaak ook duidelijk dat deze hyperlinkvrijheid alleen geldt in gevallen waarin de bron waarnaar wordt gehyperlinkt vrij en legaal toegankelijk is. Dat betekent dat als de oorspronkelijke bron achter een wachtwoord zit of als die bron illegaal op internet is gezet, hyperlinken daarnaartoe wel auteursrechtelijk relevant is en verboden kan worden. Dit betekent onder andere dat de uitspraak van het Gerechtshof Amsterdam in de zaak over de naaktfoto's van Britt Dekker¹⁵ bij nader inzien onjuist is. Het hyperlinken door GeenStijl naar illegaal openbaar gemaakte foto's van Britt Dekker is wel degelijk ook een openbaarmaking en kan door de rechthebbende worden verboden.

Een punt waarop het Hof een verrassend en niet bevredigend antwoord geeft, heeft betrekking op verwaringswekkend *framed* hyperlinken. Dat gaat om situaties waarin de indruk wordt gewekt dat er geen sprake is van een hyperlink, maar dat de informatie zich op de website van de hyperlinkaanbieder zelf bevindt. Het Hof overweegt daarover dat daarbij dan ook geen sprake is van een nieuwe openbaarmaking. In de context van deze zaak is dat misschien begrijpelijk, omdat de artikelen herkenbaar blijven en onderdeel uitmaken van een nieuwsoverzicht, maar in andere situaties waarin *framed* hyperlinken plaatsvindt met een duidelijk commercieel oogmerk, bijvoorbeeld van een videoclip op de homepage van een internationale onderneming, is moeilijk te begrijpen waarom in dat geval geen toestemming van de rechthebbende nodig zou zijn. Het is niet echt redelijk dergelijk commercieel hergebruik 'ingecalculeerd' te achten, zeker niet wanneer het op een misleidende manier gebeurt. Misschien zou dit 'gerepareerd' kunnen worden via een beroep op de persoonlijkheidsrechten of de onrechtmatige daad, maar echt bevredigend is dat niet. Op dit punt is waarschijnlijk nadere rechtsverfijning door het Hof nodig.

Verder lijkt het erop dat zogenaamde 'radioportals', websites met (alleen) een grote verzameling links naar online radiostations en veel reclame, die op grond van een Haags vonnis aan Buma moesten betalen,¹⁶ dat nu niet meer hoeven. Buma heeft dat besloten na het *Svensson*-arrest. Helemaal bevredigend is dat niet, zeker niet

7. BenGH 22 juni 2007,

ECLI:NL:XX:2007:BB5117.

8. Hof Amsterdam 3 februari 2009,

ECLI:NL:GHAMS:2009:BH2939 (*Voortman*

vs. *HS Design*), Hof 's-Gravenhage 22 december 2009,

ECLI:NL:GHSGR:2009:BL2812 (*KSI*).

9. HR 25 oktober 2013,

ECLI:NL:HR:2013:1036, IER 2014/6 m.nt.

Geerts (*S&S vs. Esschert; Vuurkorven*).

10. Rb. Arnhem 25 juni 2009, IEF 8031

(*Drie gehaakte beestjes*).

11. H. Vanhees, *Auteurs & Media* 2014, nr. 2 (nog te verschijnen).

12. HvJ EU 27 februari 2014, nr. C-351/12, (OSA).

13. HvJ EU 7 maart 2013, NJ 2013/444 m.

nt. Hugenholtz, IER 2013, nr. 26, p. 228, m.nt. Seignette. (*ITV vs. TVCatchup*). Zie

ook: Visser, 'Openbaar maken met Ket-chup', *AMI* 2013/2, p. 41-51.

14. HvJ EU 13 februari 2014, nr. C-466/12 (*Svensson vs. Retriever*).

15. Hof Amsterdam 11 november 2013,

ECLI:NL:GHAMS:2013:4019 (*GeenStijl*

Media vs. Sanoma, Playboy).

16. Rb. Den Haag 19 december 2012, *AMI* 2013/2, p. 84, m.nt. Visser (*Buma vs. Sou-ren*).

voor componisten en de online radio stations die zelf wel aan Buma betalen, omdat dergelijke radioportals wel erg weinig eigen inspanningen verrichten en veel reclame-inkomsten binnenhalen.¹⁷ Ze zijn daarmee minstens even parasitair als de hierna te bespreken meta-zoekmachines voor websites waarop tweedehands auto's worden aangeboden. Ook hier zou het Hof van Justitie nog wel wat verfining op zijn *Svensson*-uitspraak kunnen aanbrengen.

Geschriftenbescherming en databankenrecht

Voor bescherming door het ‘normale’ auteursrecht is enige creativiteit vereist.¹⁸ Daarnaast bestond in Nederland sinds jaar en dag de zogenaamde *geschriftenbescherming* voor teksten *zonder* enige creativiteit. Denk aan telefoonboeken, spoorboekjes en programmeergegevens. Deze geschriftenbescherming was in Nederland vooral van belang voor het in stand houden van het programmeermonopolie. Via de daarmee verbonden omroep-lidmaatschapsaantallen vormde dat een belangrijk onderdeel van het publieke omroepbestel.

Eind vorige eeuw werd in Europa een nieuw databankrecht ingevoerd dat bescherming biedt voor gegevensverzamelingen waarin *substantieel is geïnvesteerd*. Dit leek de logische vervanger van de geschriftenbescherming. Maar Nederland besloot de geschriftenbescherming niet af te schaffen. De reden daarvoor was dat de programmeergegevens mogelijk niet onder dat nieuwe databankrecht zouden vallen en vogelvrij zouden worden. De publieke omroep bleef daardoor in staat een weekoverzicht met programmeergegevens als onderdeel van een krant onmogelijk te maken. Begin 2012 besliste het HvJ EU¹⁹ al dat auteursrechtelijke bescherming zonder creativiteitsvereiste in strijd is met de Europese Databankrichtlijn, zoals al door velen was verkondigd.²⁰ Het bleef echter verdedigbaar dat een richtlijnconforme uitleg van de Nederlandse wet *contra legem* was. Kort daarna kwam Justitie met een wetsvoorstel om de geschriftenbescherming af te schaffen.²¹

Inmiddels heeft de Hoge Raad beslist dat geen sprake is van een richtlijnconforme interpretatie *contra legem*.²² Bescherming voor gegevensverzamelingen, zoals programmeergegevens, zonder creativiteit of substantiële investering, mag niet meer. Het wetsvoorstel tot afschaffing van die bescherming is grotendeels monsterd na de maaltijd.

De Hoge Raad stelde ook nog een interessante vraag aan het HvJ EU: mag de exploitant van een *niet-beschermde* databank aan gebruikers contractueel beperkingen opleggen ten aanzien van het kopiëren van kleine gedeelten ervan, terwijl dergelijke beperkingen ten aanzien van *wél beschermde* databanken op grond van dwingend recht verboden zijn?

Gaspedaal.nl

Via de *dedicated* metazoekmachine www.gaspedaal.nl was het mogelijk verschillende websites/databanken met aanbod van tweedehands auto's, waaronder www.autotrack.nl *realtime* te doorzoeken en kennis te nemen van het gecumuleerde zoekresultaat. Het voordeel voor de gebruiker is dat hij niet meer de verschillende websites van tweedehands auto databanken behoeft te bezoeken en in één keer alle voor hem relevante zoekresultaten bij elkaar heeft. Het nadeel voor de exploitanten van die databanken is dat hun *homepages* met de daarop opgenomen reclames niet meer worden bezocht en dat zij daardoor inkomsten mislopen. Een belangrijk aspect was dat gaspedaal.nl gebruik maakte van de zoekmachines van de individuele autoaanbod-websites. Gaspedaal.nl heeft geen eigen zoekmachine die alle gegevens op de betreffende websites doorzoekt, maar geeft metazoekopdrachten aan de eigen zoekmachines van die websites.



gaspedaal.nl

Over die gang van zaken heeft het HvJ EU geoordeeld dat deze is aan te merken als een vorm van 'hergebruiken' van de databank van een ander die door de databank-rechthebbende kan worden verboden.²³ Het HvJ EU kiest hiermee voor een ruime en functionele interpretatie van hergebruik van databanken, waarbij het niet ter zake doet dat de databank niet (geheel of gedeeltelijk) wordt gekopieerd. Het enkele aanbieden van een real time meta-zoekmogelijkheid die in wezen dezelfde functionaliteiten biedt als het zoekformulier van de databank is al een vorm van

Het HvJ EU beschouwt de aanbieder van een dedicated zoekmachine als een parasiterende concurrent in het databankenrecht, maar ziet kennelijk niet in dat het met zijn overweging in de *Svensson*-uitspraak over verwarringwekkend *framed* linken het parasiterende karakter daarvan miskent

hergebruik die de rechthebbende kan verbieden. Het Hof vergelijkt deze activiteit met een gekopieerd parasiterend concurrerend product (r.o. 48). Het HvJ EU benadrukt dat zo'n dedicated metazoekmachine 'overigens wezenlijk verschilt van een algemene, op een algoritme gebaseerde zoekmachine, zoals Google of Yahoo'. Met andere woorden: die zoekmachines mogen gewoon wel (r.o. 24).

Het valt op dat het HvJ EU de aanbieder van een dedicated zoekmachine beschouwt als een parasiterende concurrent in het databankenrecht, maar kennelijk niet inziet dat het met zijn overweging in de *Svensson*-uitspraak over verwarringwekkend *framed* linken het parasiterende karakter daarvan miskent.

Kopieerprobleem

Bij al deze aandacht voor het openbaarmakingsrecht zou men bijna vergeten dat het kopieerprobleem bepaald nog niet is opgelost. Handhaven of heffen blijft de vraag: is het verveloudigingsrecht op internet nog enigszins te handhaven? Waar zijn we mee bezig als iemand die 5000 (vijfduizend) e-books illegaal uploadt niet strafrechtelijk vervolgd kan worden?: 'Omdat er bij de man geen sprake was van winst oogmerk, beroepsmatig handelen, betrokkenheid van een criminele organisatie of relevante recidive, is volgens het hof het algemeen belang niet aan de orde. Van civielrechtelijke acties tegen de verdachte is niet gebleken. Het standpunt van de advocaat-generaal dat van dergelijke acties bij voorbaat niet veel effect zou kunnen worden verwacht, acht het hof onvoldoende onderbouwd. Volgens het hof heeft het openbaar ministerie derhalve niet in redelijkheid tot zijn vervolgingsbeslissing kunnen komen. Door niettemin tot strafrechtelijke handhaving over te gaan zijn de beginselen van een behoorlijke procesorde geschonden.'²⁴

Strafrechtelijke handhaving mag dus niet van Hof 's-Gravenhage. Maar civielrechtelijke handhaving ziet Hof 's-Gravenhage ook niet zo zitten. De illegale website The Pirate Bay werd in Nederland al jaren geleden civielrechtelijk verboden, maar daar trekt de site zich niks van aan. Dus vroegen de rechthebbenden een blokkeringsgebod tegen de internet-service providers die deze site doorgeven. Bij de Haagse Rechtbank en in de meeste andere Europese landen met succes. Maar Hof 's-Gravenhage vindt dat The Pirate Bay niet geblokkeerd hoeft te worden, omdat het niet effectief is.²⁵ Met 'niet effectief' bedoelt Hof 's-Gravenhage dat gebruikers uitwijken naar andere illegale websites. Het Hof EU sprak zich inmiddels vermoedelijk uit over dergelijke blokkeringsverplichtingen,²⁶ maar dat viel net na de deadline van deze kroniek. Hetzelfde geldt voor de uitspraak van het Hof EU over de

vraag of kopiëren uit illegale bron is toegestaan en door heffingen mag of moet worden gecompenseerd.²⁷ Vlak voor de deadline heeft de Hoge Raad nog bevestigd dat de Staat der Nederlanden aansprakelijk is voor het gedurende enkele jaren bevrozen van de thuiskopieheffing, waardoor een thuiskopieheffing op hardware pas per 1 januari 2013 werd ingevoerd.²⁸ Rechtbank 's-Gravenhage oordeelde echter alweer dat die hardware heffing mogelijk veel te hoog is, omdat er mogelijk ten onrechte voor Amerikaanse artiesten en voor kopiëren uit illegale bron wordt geheven.²⁹ Waarop moet straks worden geheven als alles ergens 'in the cloud' wordt opgeslagen? En als overal op en voor geheven wordt en nergens effectief gehandhaafd mag worden: is een auteursrecht als verbodsrecht dan nog te rechtvaardigen?

Waarop moet straks worden geheven als alles ergens 'in the cloud' wordt opgeslagen?

Merkenrecht

Traditioneel geldt in het merkenrecht dat in een inbreukzaak het aangevallen teken *zoals gebruikt* moet worden vergeleken met het eisende merk zoals het is *ingeschreven*. Dat betekent met name dat de manier waarop het eisende merk wordt gebruikt buiten beschouwing moet blijven, wanneer deze afwijkt van de vorm waarin dit is ingeschreven. De gedachte daarachter is dat het merkenrecht een registratiestelsel is, waarin alles waarvoor bescherming wordt geclaimd uit de merkinschrijving moet blijken. Alleen dan bestaat er rechtszekerheid voor derden over wat nu precies als merk wordt geclaimd. Daarom worden merken vaak in allerlei varianten, kleuren, lettertypes en combinaties met logo's geregistreerd. Maar dat gebeurt ook weer lang niet altijd. Iedere merkregistratie kost nu eenmaal geld. En vooral wanneer een merk regelmatig wordt 'gerestyled' wil het nogal eens voorkomen dat het merk zoals gebruikt niet (meer) overeenstemt met de vorm waarin het merk is ingeschreven.

Er is ook een minder strenge benadering mogelijk die meer tegemoet komt aan de belangen van de merkhouder en waarbij de manier waarop het merk in de praktijk wordt gebruikt wél mag worden meegewogen bij de vraag of er in een bepaald geval sprake is van verwarringwekken-

17. Het feit dat radioportal Nederland.fm niet in hoger beroep ging tegen voornoemd Haags vonnis duidde er mijns inziens ook wel op dat men het eigenlijk niet zo onredelijk vond dat een percentage van de reclame-inkomsten aan Buma zou worden betaald.

18. HvJ EG 16 juli 2009, nr. C-5/08, *IER* 2009, nr. 78, p. 318, m.nt. Grosheide.

19. HvJ EU 1 maart 2012, nr. C-604/10,

IER 2013, nr. 3, p. 16, m.nt. Ringnalda.

20. Zie bijv. P.B. Hugenholtz, 'Het einde van de omroepbladen monopolie nadert nog steeds (maar doet er weinig meer toe)', in: M.J. Geus e.a. (red.), *25 jaar Mediaforum. Een vooruitblik door de achteruitkijkspiegel*, Amsterdam: Otto Cramwinckel Uitgeverij 2013, p. 40-44.

21. *Kamerstukken II* 2013/14, 33 800, nr. 2.

22. HR 17 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:88 (*Ryanair vs. PR Aviation*).

23. HvJ EU 19 december 2013, nr. C-202/12, IEF 13350 (*Innoweb vs. Wegener; Gaspedaal.nl*).

24. Hof 's-Gravenhage 27 januari 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:84 (5000 e-books).

25. Hof Den Haag 28 januari 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:88 (*Ziggo vs.*

BREIN). Cassatie wordt ingesteld.

26. HvJ EU 27 maart 2014, nr. C-314/12 (*UPC Wien*).

27. HvJ EU 10 april 2014, nr. C-435/12 (*ACI Adam*).

28. HR 7 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:523 (*Staat vs. NORMA*).

29. V.zr. Rb. 's-Gravenhage 22 november 2013, IEF 13278 (*ThuisKopie vs. Acer*).

de overeenstemming en dus van merkinbreuk. Onder het oude Benelux merkenrecht had het Benelux Gerechtshof hetzelfde beslist in de zaak *Michelin*, waarin het specifieke lettertype zoals gebruikt maar niet ingeschreven door de merkhouders mocht worden meegenomen bij de bepaling van de beschermingsomvang van het merk.³⁰

Vorige zomer heeft het Hof EU dezelfde keuze gemaakt in de van oorsprong Engelse zaak *Specsavers vs. ASDA*.³¹ Specsavers is een ook in Nederland bekende opticien-eten en ASDA is een soort Engelse Dirk van den Broek waar ook brillen worden verkocht. ASDA adverteert met de tekst 'Be a real specsaver' met gebruikmaking van een kleur groen en een logo dat nogal leek op de huiskleur en het logo van Specsavers. Specsavers had echter voor het logo slechts een merkdepot in zwart wit, zonder het woord Specsavers, erin en had helemaal geen kleurmerkdepot.



Specsavers vs. ASDA

Het Hof EU oordeelde dat wanneer een merk niet in kleur is ingeschreven, maar de houder het op ruime schaal in een specifieke kleur of kleurencombinatie heeft gebruikt, waardoor een aanzienlijk deel van het publiek dit merk met die kleur of kleurencombinatie is gaan associëren, de kleur of kleuren die een derde gebruikt voor de weergave van een teken dat beweerdelijk inbreuk maakt op dat merk, relevant zijn bij de globale beoordeling van het verwarringsgevaar of van het ongerechtvaardigd voordeel. Ook het feit dat Specsavers het logo zoals geregis-

treerd, dus zonder het woord Specsavers erin, helemaal niet gebruikt, kon haar niet worden tegen geworpen. Ook het merk zoals gebruikt is dus van belang en merkregistraties van (achtergronden van) logo's zonder woorden, eventueel gedeponneerd in zwart wit, zijn geldig en zinvol. Dat is voor de merkenpraktijk van groot belang. Voor merkhouders wordt het iets makkelijker. Merken-gemachtigden zullen er minder blij mee zijn, want als er minder merkdepots nodig zijn betekent dat minder handel. Voor de registerduidelijkheid is het niet goed: 'Hoe trefzeker kan men nog naar (samengestelde) merken in de registers zoeken indien de inschrijving niet meer allesbepalend is?', vraagt annotator Van der Kooij zich terecht af.³²

In deze zaak had de Engelse rechter echter ook gevraagd of het nog van belang was dat winkketen ASDA zelf ook de kleur groen als huiskleur heeft. En dat blijkt ook van belang. Relevant is dat de derde die gebruikmaakt van een teken dat beweerdelijk inbreuk maakt op het ingeschreven merk, door een aanzienlijk deel van het publiek wordt geassocieerd met de specifieke kleur of kleurencombinatie die hij gebruikt om dat teken weer te geven.

'De omstandigheid dat de derde die gebruikmaakt van een teken dat beweerdelijk inbreuk maakt op het ingeschreven merk, door een aanzienlijk deel van het publiek wordt geassocieerd met de specifieke kleur of kleurencombinatie die hij gebruikt om dat teken weer te geven, kan een relevante omstandigheid zijn bij de beoordeling of voor het gebruik van dat teken een "geldige reden" bestaat' (r.o. 49). Het gebruik van een eigen, gebruikelijke 'huiskleur', denk aan het gebruik van de kleur blauw door Albert Heijn, kan dus een geldige reden opleveren waardoor er geen sprake is van ongerechtvaardigd voordeel trekken uit een bekend merk, en dus geen sprake van merkinbreuk.

Red Bull vs. The Bulldog

Dat brengt ons bij de tweede belangrijke merkenrechtelijke uitspraak van het Hof EU van de afgelopen periode, de zaak *Red Bull vs. The Bulldog*.³³ Die zaak ging over de vraag of eerder gebruik als handelsnaam voor een coffeeshop een 'geldige reden' kan opleveren voor het gebruik van de aanduiding Bulldog voor een energydrink. Deze aanduiding vormde volgens Hof Amsterdam een inbreuk op het merkrecht van Red Bull. Een van de overwegingen van het Amsterdamse Hof daarbij was dat de eigenaar van The Bulldog in de media had laten weten dat hij een grantje had willen meepikken van het succes van Red Bull.



Red Bull vs. The Bulldog

De nationale territorialiteit in het merkenrecht is nog altijd zo sterk, dat het enkele feit dat een ander elders in Europa een teken al als merk gebruikte op zichzelf geen kwade trouw oplevert bij het verrichten van een merkdepot

Het Hof EU is van oordeel dat de houder van een bekend merk uit hoofde van een 'geldige reden' verplicht kan worden te tolereren dat een derde een teken dat overeenstemt met dat merk gebruikt voor dezelfde waren als waarvoor dat merk is ingeschreven, indien vaststaat dat dat teken is gebruikt voordat het merk werd gedeponeerd en het gebruik ervan voor dezelfde waren te goeder trouw is. Gesuggereerd wordt dat, omdat de eigenaar van The Bulldog die aanduiding eerder al als naam voor een coffeshop heeft gebruikt, hij daarmee een geldige reden heeft om die aanduiding ook voor een energydrink, te verkopen in de supermarkt, mag gaan gebruiken. Mits hij te goeder trouw is. Verrassend is dat het Hof EU ook een feitelijk oordeel lijkt te geven over de casus:

'In casu wordt niet betwist dat De Vries het teken "The Bulldog" gebruikt voor horecawaren en -diensten, in het kader waarvan dranken worden verkocht. In het licht van de erkenning die dit teken geniet bij het relevante publiek en de aard van de waren en diensten waarvoor het is gebruikt, kan de verkoop van energiedranken in een verpakking voorzien van dit teken derhalve worden opgevat, niet als een poging om voordeel te trekken uit de reputatie van het merk Red Bull, maar als een daadwerkelijke uitbreiding van het assortiment waren en diensten dat De Vries aanbiedt. Die indruk is nog sterker ingeval het teken "The Bulldog" gebruikt is voor energiedranken voordat het merk Red Bull Krating-Daeng zijn bekendheid heeft verworven.'

In geval van een 'uitbreiding van het assortiment' kan eerder gebruik van een aanduiding voor andere waren of diensten dus een geldige reden opleveren om een teken te gebruiken dat zonder een dergelijke geldige reden een inbreuk op het recht op een bekend merk zou vormen. Dat dit merkwaardige resultaten zou kunnen opleveren blijkt uit een citaat uit de conclusie van de advocaat-generaal bij deze zaak: 'Dienovereenkomstig kan in het door Red Bull aangehaalde voorbeeld van een gevestigde boekhandel met de naam "Green Apple" die onder diezelfde benaming begint met de verkoop van computers, niet automatisch worden aangenomen dat inbreuk wordt gemaakt op de rechten op het bekende merk "Apple".'

Het betekent in ieder geval dat definitief is afgerekend met het criterium uit het legendarische *Claeryn* vs. *Klarein*-arrest van het Benelux Gerechtshof uit 1975 dat

van een 'geldige reden' alleen sprake is in het geval van een eigen recht of noodzaak om een bepaald teken te gebruiken.³⁴ In de praktijk zal het subjectieve criterium van de aan- of afwezigheid van kwade trouw bij de aangevallen gebruiker centraal staan. Is er sprake van 'eerlijke' productdiversificatie of van poging 'in het kielzog te varen' van de bekendheid van andermans merk?

Malaysia Dairy

Verder moet worden gemeld dat het Hof EU in een Deense merkenzaak heeft geoordeeld dat het registerstelsel en de nationale territorialiteit in het merkenrecht nog altijd zo sterk zijn, dat het enkele feit dat een ander elders in Europa een teken al als merk gebruikte op zichzelf geen kwade trouw oplevert bij het verrichten van een merkdepot. Een Deense wetsbepaling die in een dergelijk geval wél automatisch kwade trouw veronderstelde en een merkdepot nietig achtte, is in strijd met het geharmoniseerde EU merkenrecht.³⁵

Popstars

Tot slot, wat betreft het merkenrecht, moet gemeld worden dat de spectaculaire beslissing in het kort geding in de zaak *Popstars* die in de vorige kroniek IE werd gemeld in de appel- en in de bodemzaak is teruggedraaid. De voorzieningenrechter had geoordeeld dat *Popstars* een algemeen bekend merk was voor een talentenjacht waardoor merkbescherming zonder een merkinschrijving mogelijk was. De bodemrechter en het Hof zijn echter van oordeel dat de lat voor het zijn van een algemeen bekend merk toch een stuk hoger ligt.³⁶

Octrooirecht

Er wordt in Europa hard gewerkt aan het 'Unitary Patent Package', het programma om te komen tot een Unitair Europees octrooi met eenheidswerking en een Europese gerechtelijke instantie voor octrooizaken, waar vorig jaar op deze plaats uitgebreid over werd gerapporteerd. De inwerkingtreding van één en ander wordt echter niet voor 2016, vermoedelijk 2017 voorzien.

Lundbeck

Het is mogelijk om een octrooi te krijgen op een nieuwe en inventieve stof of op een nieuwe en inventieve werkwijze om een stof te maken. In het laatste geval hoeft de

30. BenGH 16 december 1994, NJ 1996, 34 (*Michelin*).

31. HvJ EU 18 juli 2013, IER 2013, nr. C-54, p. 442 (*Specsavers* vs. *Asda*). Zie over deze zaak ook: Van Manen, 'From Droste to

Specsavers; Trademark protection for unregistered elements', *Hoyng-bundel* (2013), p. 194.

32. BIE oktober 2013, p. 313-315.

33. HvJ EU 6 februari 2014, nr. C-65/12

(*Bulldog* vs. *Red Bull*).

34. BenGH 1 maart 1975, NJ 1975/472 (*Claeryn* vs. *Klarein*).

35. HvJ EU 27 juni 2013, nr. C-320/12

(*Malaysia Dairy*). Zie ook A. Tsoutsanis,

'Trade mark applications in bad faith: righting wrong in Denmark and why the Benelux is next', *BIE* 2013, p. 254.

36. Hof 's-Gravenhage 17 december 2013, IEPT20131217 (*SBS* vs. *Screentime*).

stof die de uitkomst is van de werkwijze niet nieuw of inventief te zijn. Een octrooi op een werkwijze is beperkt tot die werkwijze en laat hetzelfde resultaat, bereikt via een andere weg, ongemoeid.

Wat nu als er een onscheidbaar mengsel van twee stoffen is waarvan één de actieve verbinding is, waarbij bekend is dat als het zou lukken om dat mengsel te scheiden, één van die twee stoffen waarschijnlijk een beter medicijn zou opleveren? De chemische structuurformule en de eigenschappen van de gewenste stof zijn bekend. Het lukt alleen niet om die stof uit het mengsel te isoleren. Als het iemand dan toch lukt om die stof te isoleren, kan hij dan een octrooi krijgen op die nieuw verkregen zuivere stof, of kan hij alleen een werkwijzeoctrooi krijgen? Dat was de inzet van de *Lundbeck*-zaak over het antidepressivum escitalopram. De Hoge Raad was van oordeel dat in zo'n geval een stofoctrooi mogelijk is:

‘Een stof waarvan de samenstelling en mogelijke eigenschappen op zichzelf bekend zijn en die om die reden op voor de hand liggende wijze voortvloeit uit de stand van de techniek als bedoeld in art. 56 Europees Octrooi-verdrag (EOV) en art. 6 ROW 1995, kan desondanks niet voor de hand liggend zijn in de zin van die bepalingen en daarom octrooieerbaar, als uit de stand van de techniek op de prioriteitsdatum geen werkwijze bekend is om die stof te verkrijgen en met de geclaimde werkwijze derhalve voor het eerst die stof kan worden verkregen op een inventieve wijze. In zodanig geval geldt immers dat ook de stof, hoewel op zichzelf bekend wat betreft samenstelling en mogelijke eigenschappen, niet op voor de hand liggende wijze voortvloeit uit de stand van de techniek. In dat geval kan daarom ook een stofoctrooi worden verkregen.’³⁷

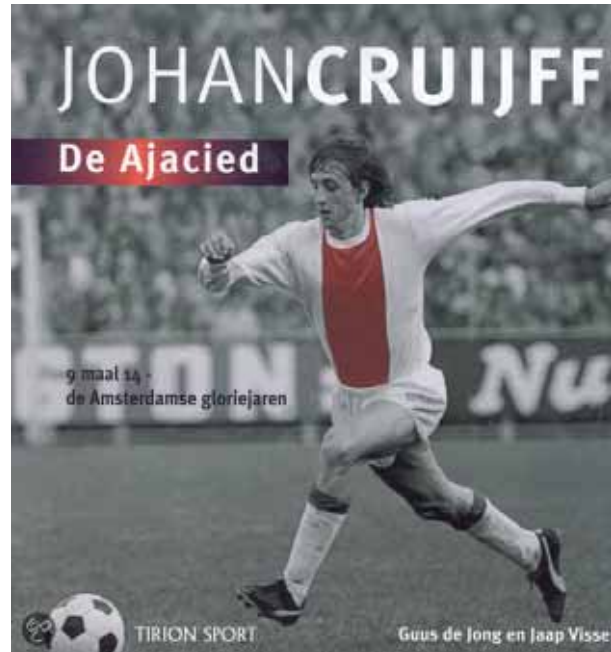
Verhouding octrooirecht-kwekersrecht

Het kwekersrecht kent een kwekersvrijstelling, die veredelaars in staat stelt om voor veredelingsdoeleinden kosteloos gebruik te maken van bestaand plantmateriaal, ook als dat kwekersrechtelijk beschermd is. In het octrooirecht is zo'n vrijstelling altijd onbekend geweest. Dit had tot gevolg dat geoctrooieerd plantmateriaal (mogelijk geworden na het inwerkingtreden van de Richtlijn biotechnologie van 1998) niet zomaar gebruikt kon worden voor het kweken van andere rassen, terwijl andersom de ‘biotech’-industrie wel zonder tegenprestatie door kwekersrecht beschermd materiaal kon benutten voor bijvoorbeeld het genetisch modificeren van dat materiaal. Op 21 januari jl. heeft de Eerste Kamer ingestemd met een wetsvoorstel dat leidt tot wijziging van de Rijksoctrooiwet 1995 (*Stb.* 2014, 49). In artikel 53b lid 2 zal worden opgenomen dat het uitsluitend recht als bedoeld in artikel 53a zich niet uitstrekt over handelingen met biologisch materiaal die dienen tot het kweken, of ontdekken en ontwikkelen van andere plantenrassen. Het is overigens wel een beperkte vrijstelling die, anders dan in het kwekersrecht, geen betrekking heeft op de exploitatie van het aldus verkregen plantenras: de veredelaar zal daarvoor toch nog de toestemming van de octrooihouder nodig hebben.³⁸

Werkwijzen van wezenlijk biologische aard

Veel is er momenteel te doen over de vraag of voortbrengselen die rechtstreeks voortvloeien uit een wezenlijk biologische werkwijze octrooieerbaar (moeten) zijn.³⁹ Er

lopen hierover zaken bij het Europees Octrooibureau en bij de Nederlandse rechter. Tegen een onlangs aan Syngenta verleend Europees octrooi voor rode pepers en paprika's die bestand zijn tegen de witte vlieg zijn inmiddels maar liefst dertig opposities ingediend.⁴⁰ Wordt dus vervolgd.



‘Johan Cruijff, De Ajacied’, foto: Guus de Jong

Portretrecht

Cruijff vs. Tirion

Johan Cruijff procedeerde tot aan de Hoge Raad over de vraag of zijn toestemming vereist was voor de uitgave van een boek met foto's uit zijn ‘Amsterdamse gloriejaren’, gemaakt door fotograaf Guus de Jong.⁴¹ Wat de zaak vooral interessant maakt is dat de uitgever van het boek Cruijff een royalty-vergoeding had aangeboden. Cruijff had die vergoeding geweigerd en eiste een verbod. Het portretrecht vastgelegd in artikel 21 Auteurswet geeft echter alleen de mogelijkheid van een verbod in geval van het bestaan van een ‘redelijk belang’. Dat kan ook een commercieel belang zijn. Het feit dat een vergoeding was aangeboden vond Hof Amsterdam een relevante omstandigheid voor het niet aannemen van het bestaan van een dergelijk ‘redelijk belang’. Cruijff was echter van mening dat het commerciële portretrecht in beginsel een verbodsrecht is (een zelfbeschikkingsrecht dat slechts hoeft te wijken voor wat in het kader van de nieuwsvoorziening noodzakelijk is). De Hoge Raad was het daarmee niet eens. Of een geportretteerde zich tegen publicatie van een portret kan verzetten hangt telkens af van een concrete belangenafweging, die zich afspeelt in het spanningsveld tussen artikel 8 EVRM (privacy) en artikel 10 EVRM (vrijheid van meningsuiting en informatievergaring).

In beginsel wegen deze grondrechten even zwaar.⁴² Afhankelijk van de afweging van de concrete belangen gaat een van deze rechten echter voor. Voor niet-bekende geportretteerden geldt daarbij in beginsel dat hun privacybelang zwaar(der) zal wegen. Voor bekende persoonlijkheden is dit anders. Is de publicatie van hun portret inhe-

rent aan hun beroepsuitoefening en de daarmee samenhangende bekendheid bij en belangstelling van het publiek, dan zal het recht op informatie van die groep zwaar(der) wegen.

Bekende geportretteerden kunnen ook een commercieel belang hebben om zich tegen publicatie te verzetten. Dit belang valt volgens de Hoge Raad ook onder artikel 8 EVRM. Gevolg is dat dit commerciële belang moet worden geïnterpreteerd als een grondrecht en dus (in beginsel) even zwaar weegt als de vrijheid van meningsuiting van de gebruiker van het portret en de vrijheid van informatievergaring van het publiek.

De concrete belangenafweging blijft ook hier echter doorslaggevend. In het geval een bekende geportretteerde alleen een commercieel belang heeft zich tegen publicatie van zijn portret te verzetten, kan in die afweging een belangrijke rol spelen of hem een redelijke vergoeding is aangeboden. Een vergoeding die in overeenstemming is met zijn 'marktwaaarde'. Als vaststaat of onbetwist is dat deze is aangeboden, zal de geportretteerde bijkomende omstandigheden moeten aanvoeren, waaruit de onrechtmatigheid van de publicatie zou moeten blijken om de publicatie te beletten. Gedacht moet worden aan de situatie dat deze afbreuk doet aan of schadelijk is voor de wijze waarop de geportretteerde zijn bekendheid wenst te exploiteren, bijvoorbeeld blijkend uit een exclusiviteitscontract met een concurrent.

Op het gebied van het voetbalportretrecht valt ook nog te melden dat professionele voetballers definitief geen recht hebben op een afzonderlijke portretrechtelijke vergoeding naast hun salaris voor het feit dat ze tijdens de

‘Nogal logisch’, zou men denken in de geest van eerdergenoemde Johan C. (of juist niet?), maar partijen en hun portretrechtelijk geschoolde raadslieden hadden daar iets meer tijd en meer woorden voor nodig

wedstrijd in beeld zijn.⁴³ ‘Nogal logisch’, zou men denken in de geest van eerdergenoemde Johan C. (of juist niet?), maar partijen en hun portretrechtelijk geschoolde raadslieden hadden daar iets meer tijd en meer woorden voor nodig.

Caroline von Hannover

Caroline von Hannover procedeerde voor de derde keer tot aan het Europees Hof voor de Rechten van de Mens over een beweerdelijke inbreuk op haar portretrecht. In het arrest *Caroline von Hannover-I* leek de lat hoog te zijn gelegd voor de roddelpers om nog foto's te publiceren van niet-gezagdragende minor royalty zoals Caroline von Hannover. Er moet namelijk sprake zijn van 'een bijdrage aan een debat van algemeen belang'. Foto's gemaakt van Caroline met de acteur Vincent Lindon op het terras van een restaurant in Saint-Rémy-de-Provence ('diese Fotos sind der Beweis für die zärtlichste Romanze unserer Zeit') voldeden daar bijvoorbeeld niet aan.

In *Caroline von Hannover II*⁴⁴ ging de drempel wat omlaag. Het ging om foto's van prinses Caroline en haar man prins Ernst August bij een artikel waarin wordt verteld dat zij aan het skiën zijn: 'Ernst August und seine Frau genossen die Sonne und den Schnee in St. Moritz', terwijl (schoon)zus Stephanie de zieke vader, prins Rainier ondersteunt ('Seine Schritte sind schleppend. Er friert in der Sonne. Der alte Herr ist müde geworden'). Daarbij was volgens het Hof wél sprake van een bijdrage aan een 'debat' van voldoende algemeen belang.

In *Caroline von Hannover III*⁴⁵ betrof het foto's van Caroline op vakantie ter illustratie van het feit dat de financiële crisis kennelijk ook toeslaat bij celebrities omdat prinses Caroline en prins Ernst August zich genoodzaakt zien hun vakantievilla te verhuren ('In Prinzessin Carolines Bett schlafen. Kein unerfüllbarer Wunsch!'; 'Caroline und Ernst August vermieten ihre Traum-Villa'). Dergelijk nieuws kan lezers aan het denken zetten, en daarom is ook daarbij sprake van een bijdrage aan een debat van algemeen belang. Ook hier lijkt de drempel niet meer erg hoog.

Al deze tegenslagen ontnemen de familie Von Hannover intussen niet de lust om over het portretrecht te procederen. In Duitsland leed de 11-jarige dochter van prinses Caroline, prinses Alexandra, een portretrechtelijke nederlaag bij het Bundesgerichtshof.⁴⁶ Zij kon zich niet verzetten tegen de publicatie van foto's gemaakt tijdens een kunstschaatswedstijd. Het Bundesgerichtshof overwoog dat deelnemers aan sportwedstrijden er nu eenmaal rekening mee moeten houden dat er tijdens sportevene-

37. HR 7 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ4115, AAe 2014, p. 50 m.nt. Van Engelen, *BIE* 2014, p. 46 m.nt. Tsoutsanis (*Lundbeck vs. Tiefenbacher*), zie ook Van den Broek, 'The Lundbeck Saga', in: *Hoyng-bundel* (2013), p. 65.

38. *Kamerstukken II*, 33 365 (R 1987).

39. Vergelijk art. 3 lid 1 onder d ROW 1995 en art. 53 onder b EOV.

40. Zie IEF 13019. Zie over deze problematiek ook S.J.R. Bostyn, 'Resolving the Conundrum of the Patentability of Plants

Produced by an Essentially Biological Process: Squaring the Circle?', *EIPR* 2013, p. 383 e.v.; P.A.C.E. van der Kooij, 'Bescherming van door kruising en selectie verkregen planten via het octrooirecht', *BIE* 2013, p. 218 e.v.

41. HR 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA2788, *AMI* 2014, p. 18 m.nt. Pinckaers, *IER* 2013, nr. 60, m.nt. Geerts, *Ars Aequi* 2013, p. 846 m.nt. Visser, *Mediaforum* 2013, p. 227 m.nt. Schuijt (*Cruiff vs. Tirion*). Zie ook: Visser en Brom-

mersma, Is het commerciële portretrecht beperkt tot een aanspraak op een redelijke vergoeding? (noot onder *Cruiff vs. Tirion*), in: '25 jaar Mediaforum – Een vooruitblik door de achteruitkijkspiegel, 25 jaar rechtspraak media- en communicatierecht', p. 210-217.

42. Zie ook EHRM 7 februari 2012, *NJ* 2013/520, m.nt. E.J. Dommering (*Caroline von Hannover II*).

43. Hof Amsterdam 10 december 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:4501 (*Centrale*

Spelersraad, Vereniging van Contractspelers en ProProf vs. de KNVB en clubs). Geen cassatie ingesteld.

44. EHRM 7 februari 2012, nrs. 340660/08 en 60641/08 (*Von Hannover vs. Duitsland*).

45. EHRM 19 september 2013, nr. 8772/10 (*Von Hannover vs. Duitsland*).

46. BGH 28 mei 2013, VI ZR 125/12 (*Von Hannover vs. Duitsland*).

Ooit moet de familie Von Hannover een onderscheiding krijgen voor het creëren van zoveel amusante rechtspraak

menten foto's worden gemaakt. De publicatie maakte melding van het evenement: 'Beim Eiskunstlauf-Turnier um den "III. Pokal von La Garde" verzauberte die 11-jährige Tochter von Caroline und Ernst August nicht nur das Publikum, sondern auch einen Italiener, der kaum von Mamas Seite wich'. Ooit moet de familie Von Hannover een onderscheiding krijgen voor het creëren van zoveel amusante rechtspraak. Het mooiste blijft daarbij de procedure die Prins Ernst August voerde naar aanleiding van de weigering van de inschrijving van zijn familiewapen als Europees merk, omdat het te veel leek op een staatsembleem, te weten het wapen van Groot-Brittannië. De Prins voerde toen onder andere aan dat deze weigering onacceptabel was, omdat hij hoofd van de familie Von Hannover was en dat het Britse wapen daarvan was afgeleid.⁴⁷ Dat laatste klopt wel, maar hij verloor toch.⁴⁸



(Broeren)



(Duijsens)

Schilderijen van Duijsens en Broeren

Aanvullende werking van de onrechtmatige daad

Nodeloos verwarringwekkende stijlnabootsing mag

Mevrouw Duijsens maakt schilderijen van vrolijke dikke dames in een haar kenmerkende stijl (zie afbeeldingen of Google op Gerdine Duijsens). De heer Broeren maakt tamelijk sterk gelijkende schilderijen eveneens van vrolijke dikke dames (zie afbeeldingen of Google op Theo Broeren). Beide kunstschilders lijken tamelijk succesvol. Volgens Hof 's-Hertogenbosch maakten sommige van de schilderijen van Broeren inbreuk op het auteursrecht van Duijsens en waren er enkele andere aan te merken als onrechtmatig verwarringwekkende stijlnabootsingen. Over die laatste categorie werd aan de Hoge Raad een oordeel gevraagd.⁴⁹ De Hoge Raad maakte daar korte metten mee: 'Volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad brengt het gebruik van hetzelfde materiaal, het bewerken daarvan volgens dezelfde, een bepaald artistiek effect opleverende methode, of het volgen van dezelfde stijl, nog niet mee dat sprake is van nabootsing van een werk als bedoeld in art. 13 Aw'.⁵⁰ 'De Auteurswet geeft geen exclusief recht aan degene die volgens een – hem kenmerkende – stijl werkt. Aan deze rechtspraak ligt de gedachte ten grondslag dat de auteursrechtelijke bescherming van abstracties als stijlkenmerken een ontoelaatbare beperking van de vrijheid van creatie van de maker zou meebrengen, en aldus een rem op culturele ontwikkelingen zou vormen.' 'Tegen deze achtergrond dient te worden geoordeeld dat het recht geen ruimte laat voor aanvullende bescherming van de maker van een werk op grond van art. 6:162 BW tegen zogenoemde slaafse nabootsing van een stijl of van stijlkenmerken. Een ander oordeel zou meebrengen dat langs die weg alsnog het resultaat zou worden bereikt dat de hiervoor [bedoelde vaste] rechtspraak beoogt te voorkomen. Het vorenstaande sluit niet uit dat slaafse nabootsing van een stijl of van stijlkenmerken onder bijkomende omstandigheden onrechtmatig kan zijn, maar daartoe is niet toereikend dat die nabootsing nodeloos is en bij het publiek verwarring wekt', aldus de Hoge Raad.

'Nodeloos verwarring wekken' bij de nabootsing van gebruiksvoorwerpen mag van oudsher niet, maar nodeloos verwarring wekken door een schilderij na te bootsen mag dus in beginsel wel. Wat dan wel bijkomende omstandigheden zouden kunnen zijn die de stijlnabootsing toch nog onrechtmatig maken is niet helemaal duidelijk. Vermoedelijk ook 'stelselmatigheid' niet, want daarvan was in dit geval ook sprake. AMI-annotator Pinckaers suggereert dat het om bedrog of misleiding zou kunnen gaan.⁵¹ Een feitenrechter die iets wil verbieden weet altijd nog wel andere bijkomende omstandigheden te bedenken. De makkelijkste oplossing voor de feitenrechter zal overigens zijn om de kwalificatie stijlnabootsing te vermijden en eenvoudigweg de gelijkenis als een auteursrechtinbreuk te kwalificeren. Vriend en vijand zijn het er over eens dat als Hof 's-Hertogenbosch de schilderijen van Broeren die hij als verwarring wekkende stijlnabootsing heeft gekwalificeerd als auteursrechtinbreuk had aange merkt, daar in cassatie geen speld tussen te krijgen was. Dat was een ongetwijfeld in 'hoge mate feitelijk' oordeel geweest waar de Hoge Raad van was afgebleven. Het is misschien allemaal wel een beetje sneu voor mevrouw

Duijsens, al is er natuurlijk ook veel voor te zeggen dat schilderijen van vrolijke dikke dames niet kunnen worden gemonopoliseerd. Bovendien stelt Broeren dat hij aanvankelijk dikke figuren schilderde in de stijl van Floddertje van Fiep Westendorp. Het principiële oordeel dat een stijl nabootsen op zichzelf mag is in ieder geval juist. En vermoedelijk heeft Hugenholtz gelijk waar hij, na een uitgebreide beschouwing in zijn *NJ*-noot, concludeert: 'Met dat al lijkt de logische consequentie van het arrest Broeren/Duijsens te zijn dat de rol van de aanvullende bescherming, afgezien van 'bijkomende omstandigheden', praktisch is uitgespeeld.' Daarbij maakt hij overigens wel een uitzondering voor de leer van de slaafse nabootsing. Die is inderdaad springlevend en leidt in de praktijk nog steeds tot een eeuwigdurende pseudo-IE-bescherming.⁵²

Het principiële oordeel dat een stijl nabootsen op zichzelf mag is in ieder geval juist

Literatuur

Gedurende de verslagperiode verscheen een aantal interessante publicaties op het vakgebied. Ten eerste was er de zeer fraai uitgegeven Hoyng-bundel, verschenen ter gelegenheid van het feit dat Willem Hoyng 40 jaar advocaat en 25 jaar hoogleraar was. Naast de bijdragen al genoemd in de voetnoten verdient vooral de bijdrage van Simon Dack aanbeveling, omdat daarin goed duidelijk wordt gemaakt hoe verschillend er in Nederland en Engeland tegen bevoegdheid en kort geding wordt aangekeken. Ten tweede was er het zeer leeswaardige Huydecoper & Steinhauser-afscheidnummer van *BIE* (berichten industriële eigendom). Daaruit noem ik de bijdrage van Tobias Cohen Jehoram over de voorgenomen wijzigingen van het

Europese merkenrecht, die volgend jaar op deze plaats vermoedelijk ruim aandacht zullen krijgen. Maar ook de andere bijdragen aan dat nummer zijn interessant. Ten derde was er de jubileum-bundel ter gelegenheid van het 25-jarig bestaan van het blad *Mediaforum*.⁵³ Voorts verdient vermelding het proefschrift van Neppelenbroek over vermogensrechtelijke aspecten van software.⁵⁴ Verder verscheen er een nieuwe druk van *IE-goederenrecht* van Van Engelen⁵⁵ en een boek over de (IE) Handhavingsrichtlijn van de hand van Maas, Shannon en De Boer.⁵⁶ Voor de praktijk is het verder misschien nuttig te melden dat er een nieuwe druk verscheen van *T&C Intellectuele eigendom*.⁵⁷ Voor het onderwijs verschenen een nieuw inleidend boekje⁵⁸ en twee nieuwe drukken⁵⁹ en een nuttige en vooral gunstig geprijsde wettenbundel *VNW-intellectuele eigendom*.⁶⁰ Verder blijven de meest gebruikte bronnen de websites *ie-forum.nl* en *boek9.nl*.

Slotbeschouwing

In de IE blijven we blijmoedig worstelen met de kansen en bedreigingen van het internet en met een Hof EU dat zich als wispelturige feitenrechter gedraagt (en bijvoorbeeld ook belachelijk veel zaken over Europese merkenconflicten krijgt voorgelegd vanuit de hogere beroepen van beslissingen van het EU merkenbureau). Daarom probeert men in het octrooirecht met veel inzet een apart systeem van Europese rechterlijke instanties te ontwikkelen en 'Luxemburg' daar buiten te houden. Dat gaat vermoedelijk niet lukken, want op de Kirchberg laat men zich de kaas niet van het brood eten. Op nationaal niveau kunnen we gewoon nog eindeloos van mening verschillen over de vraag of gebrabbel op de achterbank, beelden van voetballers en schilderijtjes van dikke dames wel of niet, en op welke rechtsgrond, beschermd mogen worden. Het blijft een vrolijk en veelzijdig vakgebied, dat misschien niet door iedereen serieus wordt genomen. Daar staat dan weer tegenover dat wij ook niet *pretenderen* financiële, humanitaire en andere mondiale crises te kunnen duiden, voorspellen of voorkomen. •

47. 'Der Kläger habe als Hauschef des Hauses Hannover im Vergleich zu einem Staat ein älteres und damit zumindest gleichrangiges Benutzungsrecht am Wappen dieses Hauses.'

48. Gerecht 25 mei 2011, zaak T-397/09 (*Ernst August Prinz von Hannover Herzog zu Braunschweig und Lüneburg vs. OHIM*).

49. HR 29 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8661, *NJ* 2013/504 m.nt. Hugenholtz (Broeren vs. Duijsens).

50. HR 28 juni 1946, *NJ* 1946/712 (*Van Gelder vs. Van Rijn*), vergelijk voorts HR 29 december 1995, ECLI:NL:HR:2013:BY8661, *NJ* 1996/546 (*Decaux vs. Mediamax*).

51. J.C.S. Pinckaers, *AMI* 2013/3, p. 117.

52. D. Visser, 'Slavish imitation, freedom of competition and the Lego brick', in: *Hoyng-bundel* (2013), p. 282.

53. M.J. Geus e.a. (red.), *25 jaar Mediaforum: een blik vooruit via de achteruitkijkspiegel*, Otto Cramwinckel 2013.

54. E.D.C. Neppelenbroek, *Softwarebetrekkingen, De auteur, de verkrijger en hun vermogensrechtelijke positie jegens derden* (diss. Groningen), *BJu* 2013.

55. Tweede druk, Uitgeverij Boek 9 BV, 2014.

56. Maas vs. Shannon vs. De Boer, *De handhavingsrichtlijn*, *BJu* 2013.

57. Gielen/Visser (red.), *Tekst & Commentaar Intellectuele eigendom*, vierde druk, Kluwer 2013.

58. Visser, *Hoofdstukken Intellectuele Eigendom*, deLex 2013.

59. Geerts, *Bescherming van de intellectuele eigendom*, tiende druk, Kluwer 2013 en: P.A.C.E. van der Kooij en S.J.A. Mulder, *Hoofdzaken intellectuele eigendom*, zevende druk, Kluwer 2013.

60. Geerts en Van der Kooij (red.), *Sdu* 2013.