Universiteit
Leiden
The Netherlands

Merk, God en verbod : oneigenlijk gebruik en monopolisering van tekens met een grote symbolische waarde

Woensel, C.P.L. van

Citation
Woensel, C. P. L. van. (2007, June 19). *Merk, God en verbod : oneigenlijk gebruik en monopolisering van tekens met een grote symbolische waarde*. deLex, Amstelveen. Retrieved from https://hdl.handle.net/1887/15327

Version: Not Applicable (or Unknown)
License:
Downloaded from: https://hdl.handle.net/1887/15327

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

MERK, GOD EN VERBOD
Oneigenlijk gebruik en monopolisering van tekens met een grote symbolische waarde

MERK, GOD EN VERBOD

Oneigenlijk gebruik en monopolisering van tekens met een grote symbolische waarde

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van
de graad van Doctor aan de Universiteit Leiden
op gezag van de Rector Magnificus prof. mr. P.F. van der Heijden,
volgens besluit van het College voor Promoties
te verdedigen op dinsdag 19 juni 2007
klokke 15.00 uur

door

Caspar Philip Leonard van Woensel

geboren te Breda in 1976

Promotiecommissie:

Promotor:	mr. D.W.F. Verkade
Referent:	prof. mr. D.J.G. Visser
Overige leden:	prof. dr. R.A. Lawson
	prof. mr. J.H. Nieuwenhuis
	prof. mr. A.A. Quaedvlieg
	(Radboud Universiteit Nijmegen)
	prof. mr. R.P. Raas
	prof. mr. G.A.I. Schuijt (emeritus)
	prof. mr. J.L. de Wijkerslooth

Lay-out: AlphaZet prepress, Waddinxveen

© 2007 C.P.L. van Woensel, Leiden (www.casparvanwoensel.nl)

ISBN 978 90 8692 010 5

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro).

Er is naar gestreefd in deze uitgave zorgvuldig om te gaan met beeldrechten. Wie desondanks meent rechten te kunnen laten gelden, kan zich richten tot de uitgever.

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

Aan de totstandkoming van dit boek hebben financieel bijgedragen: het Leids Universitair Fonds (LUF), het E.M. Meijers Instituut voor Rechtswetenschappelijk Onderzoek en de sectie Intellectuele eigendomsrecht (IE) van het departement Civiel recht van de Universiteit Leiden. Van grote betekenis is geweest het gastverblijf bij het Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht in München. Veel sympathie en respect voor de energie en warmte waarmee Feer en Marilène Verkade hun inspanningen hebben voortgezet na de overstap van Feer naar het parket van de Hoge Raad.

aan mijn ouders

Inhoudsopgave

Lijst van afkortingen XV

1 Introductie problematiek en structuur 1
1 Tekens met een grote symbolische waarde 1
2 Opzet: twee benaderingen vormen samen één geheel 5
3 Inhoudsaanduiding van deel I (hoofdstukken 2-4) 7
4 Inhoudsaanduiding van deel II (hoofdstukken 5-8) 8

deel i Oneigenlijk gebruik 11

2 Schets van de uitingsvrijheid 13
1 Introductie van het hoofdstuk 13
1.1 De uitingsvrijheid 13
1.2 Indeling hoofdstuk 2 14
2 Toelichting focus op artikel 10 EVRM en jurisprudentie EHRM 15
3 De inhoud van artikel 10 EVRM 17
3.1 Artikel 10 lid 1 EVRM 17
3.2 Artikel 10 lid 2 EVRM 18
3.3 Een *'margin of appreciation'* voor de nationale autoriteiten 23
4 Artikel 94 Gw in verband met artikel 10 lid 2 EVRM 26
4.1 Introductie 26
4.2 De werking van artikel 94 Gw in verband met artikel 10 lid 2 EVRM 26
4.3 Motiveren aan de hand van de voorwaarden volgens artikel 10 lid 2 EVRM 28
5 Horizontale werking van fundamentele rechten 29
5.1 Introductie 29
5.2 Erkenning van horizontale werking door de Hoge Raad 30
5.3 De relatie tot (rechten of belangen van) de wederpartij 32
6 Rechtspraak EHRM over verhouding niet-commerciële uiting tot artikel 10 EVRM 33
6.1 Introductie 33
6.2 *Müller* (1988) 34
6.3 *Otto-Preminger-Institut* (1994) 37
6.4 *Wingrove* (1996) 40
6.5 *Jersild* (1994) 43

7 Rechtspraak EHRM over verhouding commerciële uiting tot artikel 10 EVRM 45
7.1 Introductie 45
7.2 Ook commerciële uiting valt onder artikel 10 EVRM 46
7.3 Niveau bescherming commerciële uiting: lager dan niet-commerciële, en gradueel 47
7.4 Beoordelingsmarge Staten 49
8 Beknopte evaluatie 51

3 Strafrechtelijke handhaving van oneigenlijk symboolgebruik 53
1 Inleiding 53
2 Smalende godslastering (artikelen 147, 147*a*; artikel 429*bis* WvS) 54
2.1 De strafbaarstelling van smalende godslastering 54
2.2 Inhoud van artikel 147 aanhef en onder 1 WvS 57
2.3 Welke godsbeelden worden door de regeling beschermd? 58
2.4 Toepassing van artikel 147 onder 1 WvS 60
2.5 Het verspreidingsdelict in artikel 147*a* WvS 65
2.6 Artikel 429*bis* WvS 66
3 Strafbare belediging van een bevolkingsgroep (artikelen 137*c* en 137*e* WvS) 67
3.1 Algemeen 67
3.2 Artikel 137*c* WvS 68
3.3 Artikel 137*e* WvS 73
4 Symbolen van openbare orde (artikelen 435*b*, 435*c* en 435*d* WvS) 75
4.1 Algemeen 75
4.2 Artikel 435*b* WvS 75
4.3 Artikel 435*c* WvS 77
4.4 Artikel 435*d* WvS 81
5 Verhouding tot de uitingsvrijheid 84
5.1 Introductie 84
5.2 De strafrechtelijke normen als zodanig 84
5.3 Toepassingen van de strafrechtelijke normen 86
6 Evaluatie en slotbeschouwing 93

4 Civielrechtelijke handhaving van oneigenlijk symboolgebruik 97
1 Introductie 97
1.1 Het doel van het hoofdstuk 97
1.2 Juridische achtergrond van het hoofdstuk: civiel aansprakelijkheidsrecht 98
1.3 Zelfcensuur 100
1.4 Vervolg van het hoofdstuk; opbouw 101

2	Onrechtmatigheid van misleidende commerciële reclame-uitingen (artikelen 6:194-196 BW)	101
2.1	Introductie van het deelonderwerp	101
2.2	De inhoud van de wettelijke regeling	102
2.3	Collectief ageren tegen misleidende reclame	107
2.4	Aanvullend karakter ten opzichte van zelfreguleringsmechanismen	108
2.5	Rechtspraak over misleidende reclame-uitingen	109
2.6	Niet door afdeling 6.3.4 BW bestreken reclame-uitingen	110
2.7	Tussenevaluatie	111
3	Onrechtmatigheid van oneigenlijk gebruik in commerciële en niet-commerciële uitingen, uitgezonderd misleidende reclame (artikel 6:162 BW)	112
3.1	Profaan, vulgair of anderszins kwetsend gebruik van symbolen	112
3.2	Enkele illustraties en algemene bespreking onrechtmatige daad	113
3.3	Rechtspraak en incidenten: *Rails*, *Shiva*, *Führer-wijn* en *Submission*	123
3.4	Nadere aspecten van de onzorgvuldigheid van oneigenlijk gebruik van symbolen, religieuze in het bijzonder	142
3.5	Tussenevaluatie	159
4	Versterking procesmogelijkheden: inzet en nut collectieve actie (artikel 3:305*a* BW)	161
4.1	In rechte opkomen voor gebundelde belangen	161
4.2	De inhoud van artikel 3:305*a* BW	162
4.3	Achterliggende gedachte en doel van de regeling	164
4.4	Groepsbelangen en algemene belangen	165
4.5	Behartigde ideële belangen	167
4.6	Toewijzing van het gevorderde	168
4.7	Overleg voeren in plaats van of voorafgaand aan procederen	169
4.8	Rechtsbijstand voor procederende organisaties	170
4.9	Tussenevaluatie	171
5	Zelfregulering: 'verbod' ontoelaatbare commerciële en ideële reclame-uitingen (Nederlandse Reclame Code)	172
5.1	Introductie deelonderwerp	172
5.2	Reclame Code Commissie en College van Beroep	173
5.3	Normen in de Nederlandse Reclame Code	175
5.4	Klachtzaken over symboolgebruik in commerciële reclame-uitingen	176
5.5	Zaken omtrent symboolgebruik in ideële en politieke reclame-uitingen	182
5.6	RCC-beslissingen langs de juridische meetlat	185
5.7	Tussenevaluatie	190
6	Verhouding tot de uitingsvrijheid	191

6.1 Introductie 191
6.2 Artikel 6:194 e.v. BW 192
6.3 Artikel 6:162 BW en artikel 10 lid 2 EVRM 196
6.4 De Nederlandse Reclame Code en de uitingsvrijheid (*Boycot Outspan Aksie* en *Medisch Komitee Palestina*) 201
6.5 Tussenevaluatie 208
7 Evaluatie en slotbeschouwing 209

DEEL II MONOPOLISERING 213

5 TEKENS MET EEN GROTE SYMBOLISCHE WAARDE EN HET BENELUX-MERKENRECHT 215
1 Introductie 215
2 Systeem van rechtsverkrijging en -bescherming in de Benelux en de EU 216
2.1 Introductie 216
2.2 Achtergrond van het systeem 217
2.3 De regelgeving 218
2.4 Enkele algemene begrippen van het Benelux-merkenrecht 221
3 Tekens met een grote symbolische waarde in de Europese Merkenrichtlijn 227
3.1 Introductie 227
3.2 Achtergrond totstandkoming artikel 3 lid 2, onder *b* MRl 228
3.3 Uitleg artikel 3 lid 2, onder b MRl 231
3.4 De Griekse oorsprong 235
3.5 Artikel 6*ter* UvP 236
3.6 Artikel 3 lid 2, onder *c* MRl 239
3.7 Een blik op de nationale merkenwetten in Europa 240
3.8 Artikel 3 lid 2, onder *b* en *c* MRl afwezig in het BVIE 249
3.9 Tussenevaluatie 251
4 Toespitsing op weigerings- en nietigheidsgronden in het BVIE 252
4.1 Introductie 252
4.2 Onderscheidend vermogen (art. 3 lid 1, onder *b* MRl) 254
4.3 Beschrijvende en gebruikelijk geworden tekens (art. 3 lid 1, onder *c*, *d* MRl) 258
4.4 Art. 3 lid 1, onder *c* MRl i.v.m. tekens met een grote symbolische waarde 259
4.5 Inburgering (art. 3 lid 3 MRl) 262
4.6 '*Trafficking*' en depots te kwader trouw 264
4.7 Het terrein van de openbare orde (art. 3 lid 1, onder *f*, *g* en *h* MRl) 275
4.8 Tussenbalans 297
5 Rechtspraak van Nederlandse bodem 299
5.1 Introductie 299
5.2 *Churchill* (1948) 300

5.3 *Nachtwacht* (1992) 302
5.4 *Route 66 I* (1997) 303
5.5 *Route 66 II* (1996) 308
5.6 *Route 66 III* (1999) 310
5.7 *Euro* (2001) 314
5.8 Evaluatie 319
6 Domeinnaamspeculatie en -kaping 319
7 Verhouding tot de uitingsvrijheid 322
8 Evaluatie, slotopmerkingen en perspectief 323

6 'Verlenging' auteursrecht of 'hermonopolisering' werk als merk 327
1 Introductie 327
1.1 'Verlenging' auteursrecht of 'hermonopolisering' werk als merk 327
1.2 Hoofdtrekken van samenloop en reflexwerking 330
1.3 Plaats subthema 'verlenging' in deze studie 332
1.4 Symbolen met een negatieve connotatie 333
2 Enkele essentiële begrippen van auteursrecht 334
2.1 Nationaal recht met veel invloeden van buitenaf 334
2.2 Strekking van het auteursrecht 335
2.3 Het subjectieve auteursrecht 336
2.4 Het werk 336
2.5 Exploitatie- en persoonlijkheidsrecht 337
2.6 Beschermingsomvang in relatie tot de informatievrijheid 338
2.7 Duur 339
3 'Verlenging' van auteursrechten via het merkenrecht 340
3.1 Introductie 340
3.2 Nader over de beperkte beschermingsduur van het auteursrecht 341
3.3 De ruimte in de Europese Merkenrichtlijn en de Considerans 343
3.4 De exemplarische *Dik Trom*-affaire 345
3.5 Eigen opvatting over (bestrijding van) 'verlenging' auteursrecht 349
4 Evaluatie en slotbeschouwing 353

7 Tekens met een grote symbolische waarde en het Duitse merkenrecht 355
1 Het Duitse discours over de monopolisering van symbolen 355
1.1 Spraakmakende incidenten 355
1.2 De Duitse focus op cultureel erfgoed 356
1.3 Monopolisering van natuurgetrouwe kopieën van cultureel erfgoed 358

1.4 *Markengrabbing* en de aantrekkelijkheid/kwetsbaarheid van symbolen 359
1.5 *Re-Monopolisierung* van symbolen 361
1.6 Nadere onderwerpselectie en indicatie van oplossingsrichtingen 363
2 Enkele algemene opmerkingen over Duits merkenrecht 364
2.1 Markengesetz en Warenzeichengesetz 364
2.2 Weergave tekst artikel 3, 7, 8 en 50 Markengesetz 366
2.3 Drie (voormalige) bijzonderheden van Duits merkenrecht 367
3 Tekens met een grote symbolische waarde in het Duitse merkenrecht 377
3.1 Nadere introductie 377
3.2 Deugdelijkheid van tekens als merken (art. 8 lid 2 onder 1-3 MarkenG) 380
3.3 Het terrein van de openbare orde (art. 8 lid 2 onder 5, 6 en 8 MarkenG) 392
3.4 Nieuwe wet tegen met monopolisering verbonden *Markengrabbing* 406
4 Evaluatie en slotbeschouwing 412

8 Modellenrecht en voorwerpen met een grote symbolische waarde 415
1 Introductie: (beperkt) belang modellenrecht 415
2 Modellenrecht in vogelvlucht 416
2.1 Een wettelijk beschermingsregime voor tekeningen en modellen 416
2.2 De Modellenrichtlijn 98/71/EG in hoofdlijnen 417
3 Modellen met een grote symbolische betekenis: nieuwheid en eigen karakter 421
3.1 Inleiding 421
3.2 Het nieuwheids- en eigen karakter-vereiste in de ModRl 422
3.3 Nieuwheid: grote symbolische waarde als zodanig resp. met bewerking 424
3.4 Achtergrond nieuwheidsproblematiek in de Benelux 426
4 Nietigverklaring via strijd met art. 6*ter* UvP resp. openbare orde/goede zeden 429
4.1 Introductie 429
4.2 Strijd met de openbare orde of de goede zeden 429
4.3 Oneigenlijk gebruik van artikel 6*ter* UvP-symbolen 434
4.4 Aanknopingspunten voor begripsinhoud in Benelux-rechtspraak? 437
5 Verhouding tot de uitingsvrijheid 441
6 Evaluatie hoofdstuk 8 442

Verbinding delen I en II

9 Samenvatting, conclusies en aanbevelingen 447
1 Aanstootgevend gebruik en monopolisering van symbolen 447
2 Uitgangspunten ten aanzien van de uitingsvrijheid (hoofdstuk 2) 448
3 Strafrechtelijke handhaving van oneigenlijk symboolgebruik (hoofdstuk 3) 449
4 Civielrechtelijke handhaving van oneigenlijk symboolgebruik (hoofdstuk 4) 450
5 Monopolisering van symbolen als merk (hoofdstuk 5) 452
6 'Hermonopoliseren' werk als merk (hoofdstuk 6) 456
7 Excursie naar het Duitse merkenrecht (hoofdstuk 7) 457
8 Monopolisering van symbolen als model (hoofdstuk 8) 459
9 Slotbeschouwing 461

Lijst van verkort aangehaalde literatuur 463

Rechtspraakregister 477

Trefwoordenregister 485

Summary 495

Curriculum vitae 505

Lijst van afkortingen

AA	*Ars Aequi*
aant.	aantekening
AF-R	*Alphabetisches Freizeichen-Register*
A-G	Advocaat-Generaal
AMI	*Informatierecht/AMI, Tijdschrift voor auteurs-, media- en informatierecht*
AMR	*Auteursrecht*, *Tijdschrift voor auteurs- en mediarecht*
art.	artikel
Aw	Auteurswet
a.w.	aangehaald werk
BBIE	Benelux-Bureau voor de Intellectuele Eigendom
BC	Berner Conventie
BenGH	Benelux-Gerechtshof
bew.	bewerkt (door) of (naam) bewerker (bij een nieuwe druk van sommige boektitels)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BIE	*Bijblad bij De Industriële Eigendom*
bijl.	bijlage
bijv.	bijvoorbeeld
BGHZ	Bundesgerichtshof in Zivilsachen (een verzameling van BGH-beslissingen)
BMMB	*BMM Bulletin, Kwartaalblad Beneluxvereniging van merken- en modellenrecht*
BMV	Benelux-Verdrag inzake de warenmerken
BMW	Eenvormige Beneluxwet op de Merken
BPatG	Bundespatentgericht
BPatGE	Entscheidungen des Bundespatentgerichts (een verzameling van BPatG-beslissingen)
BTMW	Eenvormige Beneluxwet inzake Tekeningen of Modellen
BVIE	Benelux-Verdrag inzake de Intellectuele Eigendom
BW	Burgerlijk Wetboek
BWKJ	*BW-krant Jaarboek*, of *BW-Cahier*
c.q.	casu quo
curs.	cursivering
CvB	College van Beroep (Stichting Reclame Code)

diss.	dissertatie
doc.	document
DomJur	*Domeinnaam-Jurisprudentie*
DPA	Deutsches Patentamt (opgevolgd door DPMA)
DPMA	Deutsches Patent- und Markenamt (opvolger van DPA)
EC	Europese Commissie
ECRM	Europese Commissie van de Rechten van de Mens
e.d.	en dergelijke
ed.	editor (vermeld in sommige Engelstalige publicaties)
e.e.a.	een en ander
EEG	Europese Economische Gemeenschap(pen)
EER	Europese Economische Ruimte
EG	Europese Gemeenschap
EG-hof	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen
EHRLR	*European Human Rights Law Review*
EHRM	Europees Hof van de Rechten van de Mens
EIPR	*European Intellectual Property Review*
EMU	Europese Monetaire Unie
enz.	enzovoort
EP	Europees Parlement
etc.	etcetera
EU	Europese Unie
EUR	Erasmus Universiteit Rotterdam
e.v.	en volgende
EVRM	Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden
GADI	*Giurisprudenza annotata di diritto industriale*
GC	Gemeenschappelijk Commentaar
GC	Geneefse Conventie
GModVo	Gemeenschapsmodellenverordening 89/104
GMVo	Gemeenschapsmerkenverordening 40/94
GRUR	*Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*
GRUR Int.	*Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht – Internationaler Teil*
GRUR-RR	*GRUR-Rechtsprechungs-Report*
Gw	Grondwet
Hand.	Handelingen Tweede Kamer der Staten-Generaal
HR	Hoge Raad der Nederlanden
HRLJ	*Human Rights Law Journal*
HvJEG	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen
IER	*Intellectuele Eigendom en Reclamerecht*
IIC	*International review of Industrial property and Copyright law*
ITeR	Nationaal Programma Informatietechnologie en Recht
i.t.t.	in tegenstelling tot
IVBPR	Internationaal verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten
i.v.m.	in verband met

jo	juncto (in verbinding met)
JZ	*JuristenZeitung*
kg	kort geding
KG	*Kort Geding*
LJN	*Landelijk Jurisprudentie Nummer*
MarkenG	Markengesetz (Merkenwet Duitsland)
MarkenR	*Zeitschrift für deutsches, europäisches und internationales Markenrecht*
m.i.	mijns inziens
Mitt.	Mitteilungen (publicatiereeksen Duitse rechtspraak, o.a. BPatG Mitt.)
m.m.v.	met medewerking van
m.n.	met name
m.nt.	met noot
ModRl	Europese Modellenrichtlijn
Mon.	Monografieën (juridische publicatiereeks)
MRl	Merkenrichtlijn 89/104
m.u.v.	met uitzondering van
MvA	Memorie van Antwoord
MvT	Memorie van Toelichting
NJ	*Nederlandse Jurisprudentie*
NJB	*Nederlands Juristenblad*
NJCM	*Nederlands Tijdschrift voor de Mensenrechten*
NJF	*NJ (Nederlandse Jurisprudentie) Feitenrechtspraak*
NJV	Nederlandse Juristen Vereniging
NJW	*Neue Juristische Wochenschrift*
NL	Nederland
NLR	Noyon/Langemeijer/Remmelink (strafrecht; zie ook de literatuurlijst)
nr./nrs.	nummer(s)
NRC	Nederlandse Reclame Code
nt.	noot
o.a.	onder andere
o.b.v.	op basis van
OHIM	Office for Harmonisation in the Internal Market
o.g.v.	op grond van
OLG	Oberlandesgericht
OLGR	*Oberlandesgericht-Report*
o.m.	onder meer
OM	openbaar ministerie
ov.	overweging
p.	pagina
par.	paragraaf
P-G	Procureur-Generaal
pma	*post mortem auctoris*
PbEG	*Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen*

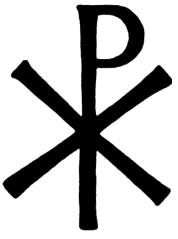
Pres. Rb.	President van de Rechtbank
Rb.	Rechtbank
RCC	Reclame Code Commissie
Rdn.	Redenierung (randnummer)
red.	redactie
resp.	respectievelijk
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RG	Reichsgericht
RGZ	Reichsgericht in Zivilzachen
Riv. Dir. Int.	*Rivista di diretto internationale*
Rl.	Richtlijn (EG)
RM Themis	*Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, ook *Themis*
r.ov.	rechtsoverweging
RU	Radboud Universiteit (Nijmegen)
RUG	Rijksuniversiteit Groningen
Rv	Wetboek van burgerlijke rechtsvordering
RvdW	*Rechtspraak van de Week*
SER	Sociaal Economische Raad
SIDN	Stichting Internet Domeinregistratie Nederland
SRC	Stichting Reclame Code (Nederlandse Reclame Code)
Stb.	*Staatsblad* (*Staatsblad van het Koninkrijk der Nederlanden*)
t.a.v.	ten aanzien van
T&C	*Tekst & Commentaar*
Themis	*Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, ook *RM Themis*
TMA	Trade Marks Act of Trademark Act
TMR	Trade Marks Registry
toev.	toevoeging (in citaten)
Trb.	*Tractatenblad*
UAC	Universele Auteursrecht Conventie
UK	United Kingdom
UL	Universiteit Leiden
UM	Universiteit Maastricht
UN	United Nations
UNESCO	United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization
UU	Universiteit Utrecht
USA	United States of America
UvA	Universiteit van Amsterdam
UvP	Verdrag van Parijs tot bescherming van de industriële eigendom, of: Unieverdrag
UvT	Universiteit van Tilburg
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v./vs.	versus
vgl.	vergelijk
Vo.	Verordening (EG)
Vol.	Volume

VN	Verenigde Naties
VS	Verenigde Staten
VU	Vrije Universiteit (Amsterdam)
Vzr.	Voorzieningenrechter
WIPO	World Intellectual Property Organization
WPNR	*Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie*
WRB	Wet op de rechtsbijstand
WRP	*Wettbewerb in Recht und Praxis*
WvS	Wetboek van strafrecht
WZG	Warenzeichengesetz
zB	zum Beispiel (in sommige citaten uit de Duitse literatuur)
ZUM	*Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht*

1 Introductie problematiek en structuur

1 Tekens met een grote symbolische waarde

MERK, GOD EN VERBOD is een studie over juridische aanspraken ten aanzien van tekens met een grote symbolische waarde. Tekens met een grote symbolische waarde – of: symbolen – zijn benamingen en afbeeldingen die voor zowel mensen persoonlijk als de samenleving van eminent belang zijn, en raken veelal aan identiteit. Voorbeelden van symbolen van nationale, religieuze en cultuur-historische aard zijn: het Monument op de Dam, het Christus-teken Chi Rho, De Nachtwacht en Michiel de Ruyter.[1]



Onze multiculturele samenleving kent een veelheid en grote verscheidenheid van symbolen. De meeste tekens met een grote symbolische waarde hebben een positieve lading, maar er bestaan ook symbolen met een negatieve lading, zoals Nazi-symbolen.

Hoe gaat ons recht om en hoe zou ons recht móeten omgaan met zulke tekens die voor veel mensen een grote symbolische waarde hebben? Aanstootgevend of oneigenlijk gebruik kan allicht op bezwaren stuiten. Denk aan: Adolf Hitler op wijnetiketten, of ongeautoriseerd gebruik van Rode Kruistekens in een speelfilm. En als er van aanstootgevend of oneigenlijk gebruik niet of nauwelijks sprake is – gebruik van De Nachtwacht op een koekblik – mag een ondernemer dan zo'n teken monopoliseren als een wettelijk exclusief merk? Of een ander voorbeeld: de naam van een hindoe-god als merk voor erotische dvd's? Het is deze problematiek die in dit boek wordt belicht.

---

1 Bij de afbeeldingen: de eerste foto is van Codrutz, Boekarest en de andere foto's zijn ontleend aan resp. < http://www.londonbaystationery.com/Images/chi_rho_SM.gif >, < http://www.20eeuwennederland.nl/blobs/nachtwacht.jpg > en tot slot het portret van Ferdinand Bol, ontleend aan < http://nl.wikipedia.org/wiki/Michiel_Adriaenszoon_de_Ruyter >.

Ik vertel nu eerst iets nader over de begrippen teken met een grote symbolische waarde en symbool. Met deze begrippen heb ik níet het oog op generieke tekens als de letters van het alfabet en cijfers en evenmin commerciële iconen als de Shell-schelp en de KLM-zwaan, maar een slag wezenlijker: een symbool wordt in dit boek opgevat als een indicator van abstracte waarden.[2] Symbool kan worden vertaald met zinnebeeld, visuele voorstelling of *teken*, of, naar het Griekse *sumbolon*, afgesproken herkenningsteken[3], in de overdrachtelijke betekenis.[4] Ik begrijp er zowel woorden en namen als beelden onder.[5]

Het teken met een grote symbolische waarde is dus eerst en vooral een herkenningsteken of identificatieteken in verband met – bijvoorbeeld – een bepaalde afkomst, geografische herkomst, historisch of cultureel verleden, geloofsopvatting, levensbeschouwing of politieke visie. Tegelijkertijd is er ten aanzien van een symbool niet alleen sprake van een collectieve of sociale relevantie, maar ook van een persoonlijke, individuele.[6] Een symbool kan overigens meerdere betekenissen hebben en wordt regelmatig ook bínnen een groep of gemeenschap verschillend opgevat.

Als een synoniem voor grote symbolische *waarde* hanteer ik grote symbolische *betekenis*, hoewel die twee niet helemaal dezelfde duiding hebben.[7] Voor mijn betoog is het echter geen halszaak dat er enig licht tussen beide termen zit.

2 Ik verwijs voor nadere duiding van het symbool-begrip naar R. Firth, *Symbols. Public and private*, George Allen & Unwin: Londen 1973, 54 e.v. Voor Nederland wijs ik op M.Verkuylen, *Symbool en samenleving. Over symbolen en hun rol in het sociale leven*, Kerckebosch: Zeist 1990. Verkuylen spreekt op p. 20 van zijn boek van 'het zintuiglijk waarneembare verschijnsel dat als aangrijpingspunt dient voor de ervaring van de gedrukte inhoud.'

3 Van Dale Etymologisch woordenboek 1993 en Prisma woordenboek Latijn-Nederlands 1991; vgl. Van Klink 1998, p. 13 e.v.

4 Bijv. Van Klink 1998, p. 13-40 beschrijft verschillende aspecten van wat een symbool is, uitgesplitst naar (1) het symbool als een teken en (2) een semiotisch symboolbegrip.

5 Ik kies voor een pragmatische benadering en ga niet dieper in op bijvoorbeeld de taalkundige theorie van symbolen en tekens. Ik vermeld nog wel U.Eco, *Semiotics and the philosophy of language*, Indiana University Press: Bloomington 1984, over o.a. tekens, metaforen en symbolen en uiteenlopende aspecten als interpretatie en meerduidigheid.

6 Dit is in de literatuur over symbolen en symbolisering algemeen aanvaard (bijv. Firth 1973, o.a. p. 403).

7 De term waarde – grote symbolische waarde – is het meest passend voor het aanduiden van aan een symbool verbonden subjectieve beleving en waardering; de term betekenis – grote symbolische betekenis – kan ook neutraler worden opgevat. De term betekenis kan het beste worden gebruikt voor de erkenning *dat* een bepaalde benaming of afbeelding een symbool is, ook al is het een symbool van een ander – andere gemeenschap. De term waarde sluit weer het best aan bij andere zichtlijnen in dit boek (waarover in hoofdstuk 1, par. 3). Een al te strikt onderscheid is echter niet goed vol te houden en streef ik dus niet na.

Een opsomming van de symbolen die bestaan en de betekenissen die eraan worden gegeven, zal ik niet proberen te geven. Rubricering – of categorisering – van symbolen is daarentegen nodig en nuttig voor een zekere ordening in het betoog in dit boek. Hoewel vast niet onaanvechtbaar, kies ik voor de volgende onderverdeling: (i) nationale en internationale symbolen, (ii) culturele en historische symbolen en (iii) religieuze symbolen.

Deze onderscheiding zal in het boek steeds terugkeren, vaak verkort tot nationale, culturele en religieuze symbolen. Ik geef zo direct voorbeelden. Eerst merk ik nog op dat overlap tussen de rubrieken mogelijk is en andere 'labels' denkbaar zijn. Bijvoorbeeld: cultuurhistorie in plaats van cultuur, of cultureel erfgoed, en geschiedenis in plaats van cultuur en historie. Wellicht zou naast nationale en internationale symbolen aan symbolen met een universeel karakter gedacht kunnen worden, zoals de palmtak en de vredesduif. Maar de categorisering (i)-(iii) biedt werkbare vertrekpunten.

Het betoog in dit boek is geconcentreerd op symbolen die van betekenis zijn in de Nederlandse samenleving, die overigens multicultureel is en zodoende een veelheid van (onder meer etnische en geloofs-)identiteiten kent. Ook Europees of mondiaal cultureel erfgoed wordt in onze samenleving als betekenisvol ervaren en wordt daarom – in de illustratieve sfeer – in de problematiek betrokken.

In de voorbeeldensfeer kan het bij de rubriek (i) onder meer gaan om (afbeeldingen van) monumenten en '*landmark buildings*', en om landsvlaggen en -wapens, credo's en andere 'iconen' van de nationale identiteit. Ik noem er zomaar een paar. Te denken valt aan het Monument op de Dam, de rood-wit-blauwe vlag en de 'Nederlandse Leeuw', aan wereldberoemde bouwwerken als het Colosseum, de Eiffeltoren en het Vrijheidsbeeld, en aan het beroemde moeder-en-kind logo van UNICEF en de gouden sterren van de EU.

Als enkele van de talrijke voorbeelden bij rubriek (ii) noem ik schilderijen als de Nachtwacht en de Staalmeesters van Rembrandt en de Zonnebloemen van Van Gogh, alsmede de naam, de handtekening of het portret van de schilders zelf. Naast onze Hollandse Meesters is te denken aan andere, om uiteenlopende redenen beroemd geworden personen in de vaderlandse geschiedenis: Erasmus, Hugo de Groot, Michiel de Ruyter, Vondel, Willem van Oranje, Thorbecke en anderen die een afdruk in ons collectieve bewustzijn hebben achtergelaten en die eraan hebben bijgedragen dat de samenleving is geworden tot wat zij is. De rij van Europese namen die in de loop van de eeuwen ook voor Nederland van betekenis zijn geweest, is voor een klein land in het hart van West-Europa minstens zo groot: van verkondigers van een religieus gedachtegoed (Calvijn) en filosofen (Rousseau) tot veldheren (Napoleon) en componisten en schrijvers (Mozart, Goethe). Van dergelijke personen kunnen behalve de naam en de bijnaam ook beeltenissen en de handtekening, voor zover die wijde bekendheid genieten, gelden als een teken met een grote symbolische waarde.

Nu waren déze personen van vlees en bloed, maar ook sommige mythische of fictieve en in elk geval sterk geromantiseerde figuren – de heldhaftige Koning Arthur, het Kaasmeisje, Sint Nicolaas – hebben een plaats in de geschiedenis gekregen.

Onder (iii) vallen tekens van geloofsverering, zoals een afbeelding van het Chi Rho-teken en de Sint Pieter in Rome als symbolen van het christendom, de Ka'aba in Mekka als een symbool in de islam, en de Davidster en de Klaagmuur in Jeruzalem als symbolen in het jodendom. Ook hier zijn veel meer voorbeelden te bedenken.

Een symbool – zoals steeds in dit boek: in de overdrachtelijke zin – heeft voor mensen een uitzonderlijke immateriële waarde. Dit bleek ook uit de korte beschrijving van het begrip symbool en uit de reeks voorbeelden. Voor het doel van de juridische problematiek in dit boek is het voldoende dat die waarde er ís – hoe te verklaren valt dat die waarde is ontstaan en hoe de mens psychisch reageert op een aanval op die waarde, zijn andersoortige vragen.

Bepaalde symbolen, zoals etnische of religieuze, raken voornamelijk aan de identiteit van een *bepaalde* en soms maar kleine groep mensen. Andere zoals nationale vlaggen raken de identiteit van bijna iedereen in de samenleving.

De bedoelde uitzonderlijke waarde is een andere dan een eventueel daarnaast in de commercie verkregen betekenis, bijvoorbeeld in reclame-uitingen.[8]

Een uitzonderlijke waarde is in de regel positief van aard. Hiermee doel ik op de eigenschap van de meeste symbolen dat zij op een positieve, constructieve wijze raken of bijdragen aan de identiteit van mensen. Wanneer ik spreek van een symbool als een *representatie* van een identiteit heb ik het oog op symbolen met een *positieve* connotatie.

Is de hoofdrol in deze studie weggelegd voor symbolen met een *positieve* connotatie, er komen tevens symbolen met een – voor zeer velen, om niet te zeggen bijna iedereen – *negatieve* bijklank in voor. Denk aan symbolen van racisme, fascisme en nazisme, waaronder Derde Rijk-tekens, en symbolen van totalitaire overheersing, zoals het mouwembleem van de Stasi in de voormalige DDR en het portret van Stalin.

Het spreken over symbolen die land, volk, cultureel erfgoed of religie representeren, roept de vraag op of hier meer gezegd moet worden over wat ik onder dergelijke begrippen versta. Nadere definiëring is evenwel al gauw omstreden, terwijl tegelijkertijd toch eigenlijk iedereen wel aanvoelt wat er onder bijvoorbeeld cultureel erfgoed kan worden begrepen. Ik meen er

8 Het is de vraag of een in de commercie verkregen betekenis de authentieke kan verdringen. Ik heb deze vraag niet onderzocht maar durf de aanname wel aan dat men ook een in de reclame zeer veel toegepast cultureel symbool als de Mona Lisa nog wel kent als een schilderij en niet uitsluitend als 'reclamedame' voor bijv. parfums en zeepjes.

het best aan te doen hier gebruik te maken van die *common knowledge* en het, afgezien van enkele aanknopingspunten in een voetnoot, daarbij te laten.[9] Verdere begripsverklaring en bronmateriaal bewaar ik voor momenten waarop dat met het oog op *juridische* aspecten van het betoog noodzakelijk is.

2 Opzet: twee benaderingen vormen samen één geheel

De eerste vraag en naar bleek de aanzet voor deze studie kwam op in een museumwinkel. Mijn oog viel op souvenirs met afbeeldingen van beroemde oude schilderijen, waarbij op die producten merkenrechtelijke exclusiviteit werd gepretendeerd. Ik vroeg me af in hoeverre cultureel erfgoed kon worden *gemonopoliseerd* en exclusief geëxploiteerd. Nadien stelde ik dezelfde vraag voor religieuze symbolen en heb ik het studieobject verbreed tot tekens met een grote symbolische waarde. Voorts leek het onbevredigend om een studie over aanspraken op alleengebruik van symbolen op te zetten zónder iets te zeggen over níet-exclusief gebruik van symbolen, voor zover dat gebruik op niet onbegrijpelijke weerstand kan stuiten. Dan heb ik het over *oneigenlijk* gebruik of misbruik. Ik wilde inventariseren hoe de aan dergelijk gebruik gestelde grenzen in de praktijk uitvallen.

Bij de keuze voor een onderzoek naar de kaders van de gebruiksbezwaren heeft meegewogen dat de behandeling van de monopoliseringspecten daarop kon voortbouwen. Aldus is een tweeluik ontstaan. De problematiek van juridische aanspraken ten aanzien van symbolen is in elk geval voor Nederland nog niet eerder beschreven, zodat het mij des te zinvoller leek om een breed perspectief aan te houden.

De *centrale onderzoeksvraag in deze studie* luidt: hoe gaat ons recht om en hoe zou ons recht om móeten gaan met de voor mensen meest wezenlijke benamingen en afbeeldingen en de daaraan verbonden behoeften – of: waarden of belangen?

9 Er is veel literatuur en begripsomschrijvingen lopen uiteen. Ik noem als voorbeeld de inventarisatie en keuzes van de Adviesraad internationale vraagstukken (AIV), in het rapport 'De invloed van cultuur en religie op ontwikkeling. Stimulans of stagnatie?' (no. 42), AIV juni 2005, p. 7-10, met verdere bronverwijzingen. De AIV haakt voor de term cultuur aan bij de omschrijving van D. Gasper (1994), die cultuur heeft omschreven als een kenmerkend arrangement van gebruiken, objecten en gedragingen dat samenhangt met aangeleerde, gedeelde en plooibare regels, waarden, normen en ideeën waarmee mensen inspelen op hun omgeving. De term cultureel eigendom verwijst naar objecten met een artistieke, etnografische, archeologische of historische waarde; vgl. o.a. art. 1 onder *a* van het Haags Verdrag inzake de bescherming van culturele eigendom in geval van gewapend conflict (1954) en in de literatuur Merryman 2000, p. 27-28 en 122-123. Zie voor een omschrijving van geschiedenis en historische identiteit in Nederland Dorsman/Jonker/Ribbens 2000, p. 7-8 en 32-34. Een omschrijving van religie is het geloof in een niet-empirisch bepaalde werkelijkheid als zingevende bron van inspiratie voor menselijk gedrag (omschrijving van de AIV in genoemd rapport).

Een behandeling van juridische kaders die symboolgebruik omringen gaat logischerwijs aan vragen over monopolisering en exclusieve exploitatie van symbolen vooraf, dus begint het boek daarmee. Zo komt de indeling van dit boek uit op een deel I (de hoofdstukken 2-4) over *gebruik*, waaronder gebruik van symbolen, en een deel II (de hoofdstukken 5-8) over het claimen van exclusiviteitsaanspraken op symbolen *via industriële eigendomsrechten*. Deel II is omvangrijker dan deel I, wat het accent op de monopoliseringaspecten weerspiegelt. De beide delen, zo is de bedoeling, vertellen samen één verhaal over juridische aanspraken ten aanzien van symbolen.

De samenvatting, conclusies en aanbevelingen in het slothoofdstuk 9 zien – evenals dit hoofdstuk 1 – op zowel deel I als deel II.

Naast zorgen over het gebruik en de monopolisering, loopt als een rode draad door deze studie de verhouding tot het recht op vrijheid van meningsuiting, kortweg de uitingsvrijheid. Hoe juridische maatregelen die het gebruik van symbolen inperken zich verhouden tot de uitingsvrijheid – een algemeen erkend fundamenteel (grond- en mensen-)recht – moet goed in het oog worden gehouden. Hierbij blijkt vaak het onderscheid tussen commercieel en niet-commercieel gebruik, dat een rol speelt bij de mate van bescherming van diezelfde uitingsvrijheid.

Ik kies ervoor een apart hoofdstuk op te nemen waarin ik de algemene trekken van de uitingsvrijheid onderbreng (hoofdstuk 2). Met dat hoofdstuk 2 beoog ik niet het signaal af te geven dat de uitingsvrijheid, die weliswaar heel belangrijk is, altijd boven alles gaat. De manoeuvre dient veeleer praktische doelen: de clustering van informatie en een matigende werking op de omvang van de andere hoofdstukken. Nu de verhouding tot de uitingsvrijheid de meeste aandacht vraagt ten aanzien van de problematiek in deel I reken ik hoofdstuk 2 óók tot deel I, maar de werking ervan is niet tot dat deel beperkt.

Sprekend over fundamentele rechten, in onze Grondwet, internationale verdragen waaraan Nederland is gebonden of andere regelgeving valt een specifiek fundamenteel recht op bescherming van de eigen – religieuze of andere – symbolen, niet aan te wijzen.[10] Daarover zal de lezer dan ook geen hoofdstuk aantreffen. Voorstelbaar is wel dat symbolen *in het kader* van een beroep op en toetsing aan (andere) fundamentele rechten een rol zouden

10 Bescherming van privacy en bescherming van de godsdienstvrijheid, gewaarborgd in de Grondwet en in Verdragen, zijn niet toegeschreven op de bescherming van symbolen, maar zijn in ruimere zin gericht op de persoonlijke levenssfeer en de belijding van geloof in de privésfeer, op besloten plaatsen, en mogelijk op de (grenzen van) openbare belijding. De vraag of een fundamenteel recht op bescherming van symbolen er zou moeten komen, past niet in het doel dat ik me in deze studie stel (zie over het doel van deel I: par. 3). Hiermee strookt dat ik me niet begeef in onderzoek naar eventuele mogelijkheden voor verruimde interpretatie of aanvulling van bestaande fundamentele rechten in dat verband, zoals de godsdienstvrijheid.

kunnen spelen.[11] Dan zou zich mogelijk een botsing van fundamentele rechten voordoen, met name met de uitingsvrijheid. Dit is een lijn die aanvullend onderzoek zou vergen, terwijl naar ik meen ook zonder die extra lijn valt over te brengen wat in deel I over juridische mogelijkheden van erkenning van gebruiks*bezwaren* aan de orde moet komen.

Tot slot: zeker omdat de juridische problematiek nieuw is voor ons land, kan de neiging bestaan alles wat maar enig raakvlak heeft, te willen behandelen. Die neiging heb ik regelmatig onderdrukt, wat zich in het betoog kan verraden door een zin als: voor het doel van deze studie kan met een enkele opmerking worden volstaan. Op die plaatsen bedoel ik niet zuinig te zijn, maar wél de lezer (nóg) meer informatie te besparen en de lijn van het betoog te accentueren.

3 Inhoudsaanduiding van deel I (hoofdstukken 2-4)

Deel I richt zich, los van monopoliserings- en exclusiviteitskwesties, op eventuele bezwaren van de overheid of van burgers en groeperingen tegen het gebruik van symbolen, zoals het gebruik in reclame-uitingen of journalistieke uitingen. Bezwaren tegen gebruik van een symbool komen neer op – wat ik noem – (het verwijt van) *misbruik* of *oneigenlijk* gebruik.

Bij symbolen van de christelijke religie liggen de voorbeelden voor het oprapen, maar het gaat niet alleen dáárom. Kan worden opgetreden tegen de toepassing van een plaatje van een door hindoes in Nederland vereerde kuisheidsgodin in een reclamespot voor een erotische dvd-serie? Ook vragen met een – losjes uitgedrukt – multiculturele invalshoek komen aan de orde.

Met de termen misbruik en oneigenlijk gebruik doel ik op toepassingen die door veel mensen als misleidend of aanstootgevend kunnen worden ervaren. Het gaat hierbij om toepassingen zoals die in een bepaalde *uiting* naar voren komen. Ik beschouw misbruik als de sterkere vorm van oneigenlijk gebuik, namelijk één die kwade wil veronderstelt. Ik zal daarom vaak kortweg spreken van oneigenlijk gebruik – zoals al blijkt uit de titel van de hoofdstukken 3 en 4. Deel I is overigens overwegend gericht op de aanstootgevendheid van

11 Bijv. EHRM 2 oktober 2001, 29221/95 (*Stankov e.a.*), *NJCM* 2002, p. 414, m.nt. V. de Graaf, in het kader van art. 11 EVRM (betogingsvrijheid). In deze zaak – o.a. over vermeende "offensive appropriation of national symbols and sacred values" (r.ov. 106) door leden van een belangenorganisatie voor Macedoniërs in Bulgarije – overwoog het EHRM: "The fact that what was at issue touched on national symbols and national identity cannot be seen in itself – contrary to the Government's view – as calling for a wider margin of appreciation to be left to the authorities. The national authorities must display particular vigilance to ensure that national public opinion is not protected at the expense of the assertion of minority views, no matter how unpopular they may be" (r.o. 107).

uitingen waarin gebruikt wordt gemaakt van een symbool. Misleiding speelt een zelfstandige, maar aan aanstootgevendheid ondergeschikte rol.

De term aanstootgevend hanteer ik als een koepelterm voor de kwalificaties profaan, vulgair en/of anderszins kwetsend.

Het in dit boek centraal gehanteerde begrip oneigenlijk gebruik doelt in wezen op iedere symbooltoepassing die *vanuit het perspectief van de gekwetste* op bezwaren stuit. De 'ontvangende partij' stel ik voorop. Niet in de mate van rechtsbescherming of het morele gelijk, maar omdat de onvrede aan die zijde ontspringt en in die zin ook de potentiële juridische problemen dáár ontstaan.

Het *vertrekpunt* voor dit boek is dát er tekens met een grote symbolische waarde bestaan en dat die tekens veelal in verband staan met een identiteit. Mensen en gemeenschappen ontlenen aan zulke identiteiten behoeften en aanspraken.

Hieruit leid ik de volgende, *centrale vraagstelling voor deel I* af: in hoeverre bieden het strafrecht en het burgerlijk recht mogelijkheden om op te treden tegen vormen van misbruik en oneigenlijk gebruik van een symbool? In de beantwoording van deze vraag komt onder andere aan de orde of er binnen de behandelde kaders in de praktijk *voldoende* bescherming wordt geboden, mede in het licht van de – tegengestelde – uitingsvrijheid. Ook is een nadere vraag of de *aard* van symbolen – nationaal, cultuurhistorisch of religieus – verschil maakt voor de juridische waardering.

Strafrechtelijke aspecten van de problematiek in deel I worden besproken in hoofdstuk 3 en aspecten van burgerlijk recht in hoofdstuk 4. Telkens wordt daarin terugverwezen naar hoofdstuk 2 dat de algemene trekken van de uitingsvrijheid bevat in verband met de thematiek in dit boek.

Verhoudingsgewijs zal de meeste aandacht uitgaan naar de civielrechtelijke handhaving van normen. Ik behandel de misleidende reclameregeling, de algemene onrechtmatige daadregeling en zelfreguleringsnormen in de reclamebranche. Het brandpunt vormt de aanstootgevende uiting, zoals de publicatie van religieuze spotprenten. Bij de rechtshandhaving komt het aan op het vinden van een goede balans tussen de positie van degene die met zijn uiting misleidt of aanstoot geeft en de positie van degene misleid kan worden of die aanstoot neemt.

4 Inhoudsaanduiding van deel II (hoofdstukken 5-8)

Is het – aangenomen dat het *gebruik* niet afstuit op de in deel I behandelde regels – 'terecht' dat een ondernemer een *exclusief* recht opeist voor de zonet genoemde hindoe-kuisheidsgodin als merk voor een erotische dvd-serie, voor de naam Jezus als merk voor spijkerbroeken, of voor het Melkmeisje van Vermeer als zuivelmerk?

Anders geformuleerd: is er op dit moment, gelet op de aard van de betrokken tekens, sprake van een goede balans tussen enerzijds individuele belangen bij een exclusief merk- of modelrecht op een symbool en anderzijds algemene belangen?

De *centrale vraagstelling in deel II* luidt dan ook: hoe verhoudt de *monopolisering* van symbolen zich tot de behoeften en gevoelens die mensen ten aanzien van symbolen ervaren? Omdat ik een vermoeden heb dat daar iets wringt, is direct de volgende vraag of het recht mogelijkheden biedt voor verbetering en zo ja, welke. In de beantwoording van deze centrale vragen is er tevens aandacht voor mogelijkheden om monopolisering van symbolen *uit te sluiten*. Hierbij speelt de nadere vraag of de *aard* van symbolen – nationaal, cultuurhistorisch of religieus – van betekenis is voor de eventuele uitsluiting van de mogelijkheid van monopolisering.

Monopolisering vat ik op als occupatie via het merkenrecht, de hoofdstukken 5-7, of via het modellenrecht, hoofdstuk 8. Veruit de meeste aandacht laat ik uitgaan naar occupatie via het merkenrecht.

Het vertrekpunt van deze studie is Nederland, zodat het betoog in deel II wordt toegespitst op de voor ons land relevante wetgeving en rechtspraak. In Nederland geldt zowel voor nationale merken als voor nationale modellen Benelux-recht. Het Benelux-recht voor merken en modellen is overigens grotendeels Europees geharmoniseerd.

Een speciale plaats ruim ik in deel II in voor een bepaling in de Europese Merkenrichtlijn 89/104, die erop is gericht 'tekens met een grote symbolische waarde' uit te sluiten van occupatie. Deze aanduiding 'tekens met een grote symbolische waarde' is tevens opgenomen in de ondertitel van het boek, ook om de wortels van het onderwerp eer aan te doen.

Op sommige culturele symbolen rust auteursrecht. Auteursrecht eindigt na een bepaalde tijd van rechtswege. De vraag of een auteursrecht kan worden 'verlengd' door middel van registratie als merk, is het onderwerp van hoofdstuk 6.

Een excursie naar het Duitse merkenrecht, waarin veel meer ervaring bestaat met de occupatie van symbolen dan in ons merkenrecht, volgt in hoofdstuk 7. Een verbinding met het Benelux-hoofdstuk 5 volgt in hoofdstuk 9.

Met het onderzoek in deel II van dit boek hoop ik aan te tonen dat er – gelet op gevonden onevenwichtigheden – aanleiding is voor enkele aanpassingen die leiden tot een betere balans.

DEEL I
Oneigenlijk gebruik

2 Schets van de uitingsvrijheid

1 Introductie van het hoofdstuk

1.1 De uitingsvrijheid

De vrijheid van meningsuiting behoort tot de kernwaarden van een samenleving als de Nederlandse. Zij omvat zowel de vrijheid van burgers om hun mening uit te dragen als de vrijheid informatie te ontvangen en te verspreiden. De nadruk in deze studie ligt op het uiten en verspreiden van opvattingen.[1]

De vrijheid van meningsuiting of kortweg uitingsvrijheid is tot op een bepaalde hoogte buiten het bereik van de overheid. Een (grond- en mensen-) recht op vrijheid van meningsuiting is verankerd in de Grondwet (Gw) en in twee verdragen, het Europese Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) en het Internationale Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR).[2] Het gaat om resp. artikel 7 Gw, artikel 10 EVRM en artikel 19 IVBPR.[3]

Grond- en mensenrechten vat ik in deze studie gemakshalve ook wel samen onder de noemer fundamentele rechten.[4] Ik zal bovendien niet steeds

---

1 En dus niet op het vergaren van informatie; dit kan hierna accenten in woordgebruik verklaren wanneer de uitingsvrijheid ter sprake komt. Zie over het vergaren van informatie door journalisten: G.A.I Schuijt, *Vrijheid van nieuwsgaring*, Den Haag: Boom 2006.

2 Zie algemener, voor een overzicht en beschrijving van ook andere internationale regelingen van mensenrechten: *Handboek EVRM* 1, Inleiding, nr. 2-13, p. 3-22; Donnelly 2003, p. 127-151.

3 Door mij geraadpleegde algemene, ook internationale literatuur over de uitingsvrijheid omvat: Barendt 2005; *Handboek EVRM* 1 en *Handboek EVRM* 2-I, artikel 10 (Voorhoof), nr. 1-336, p. 837-1060; Van Dijk e.a. 2006 en de eerdere editie Van Dijk & Van Hoof 1990. Voor meer algemene literatuur in binnen- en buitenland verwijs ik naar *Handboek EVRM* 1, hoofdstuk 1, nr. 16, p. 22-25, dat tientallen *handboeken* over het EVRM vermeldt; zie nr. 17, p. 25-26 voor enkele bronnen die een selectie van uittreksels van EHRM-rechtspraak bevatten.

4 De term *grondrechten* hanteer ik als een verzamelnaam voor de in hoofdstuk 1 van onze Grondwet neergelegde (subjectieve) rechten van burgers, aangevuld met niet in de Grondwet opgenomen rechten waarvoor voldoende argumenten bestaan om ze eveneens als grondrechten aan te merken (zie deze redenering bij Alexy 1994, p. 61 (slot) en p. 63). Grondrechten vormen de weerslag van de in de Nederlandse samenleving als essentieel beschouwde vrijheden en waarborgen die aan iedere burger worden gegund, en verlenen de burgers een juridisch middel om deze vrijheden en waarborgen te kunnen afdwingen. *Mensenrechten* (ook wel internationale grondrechten of universele rechten genoemd) zijn evenzo minimumrechten die minimumwaarden uitdrukken, maar gelden ongeacht het grondgebied voor alle mensen; de term mensenrechten houd ik als een verzamelnaam aan voor internationaal erkende (veelal in verdragen neergelegde) rechten op vrijheden en waarborgen, die in iedere rechtsstaat *tenminste* hebben te gelden (vgl. in deze zin Donnelly 2003, p. 10 en p. 23). Evenals ten aanzien van grondrechten is er debat over de precieze samenstelling, invulling en reikwijdte van het begrip mensenrechten, o.a. als gevolg van verschillen in culturele opvattingen tussen landen en regio's.

van 'recht op' vrijheid van meningsuiting spreken, hoewel ik dat wel bedoel.[5]

De voorwaarden waaronder de Staat – (bevoegde) nationale autoriteiten zoals de wetgever en de rechter[6] – inbreuk mag maken op de uitingsvrijheid van burgers vloeien voort uit diezelfde Grondwet en diezelfde verdragen, die een zekere ruimte hebben gelaten voor de mogelijkheid dat in het concrete geval het belang van bepaalde anderen of de samenleving als geheel meer bescherming verdient.[7] De in de hoofdstukken 3 en 4 te behandelen, met het oog op aanstootgevend gebruik van symbolen relevante *regelgeving* in het strafrecht en het civiele recht, kan reeds als zodanig de uitingsvrijheid in meer of mindere mate begrenzen, evenals, in de praktijk voorál van belang, *toepassingen* van die regelgeving in concrete gevallen.

Om er achter te komen of de voorwaarden voor zulke begrenzingen in acht zijn genomen, is het, kort en algemeen gezegd, nodig om vast te stellen *waar* het beperken van de uitingsvrijheid geoorloofd is (in welke situatie), *in hoeverre* (tot op welke hoogte), en *door wie* (wie is bevoegd).[8]

1.2 Indeling hoofdstuk 2

Dit hoofdstuk 2 heeft de volgende indeling. Allereerst verklaar ik mijn keuze voor de focus op artikel 10 EVRM en de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) in het vervolg van deze studie (par. 2). Vervolgens geef ik de inhoud van artikel 10 en dan met name het daarin neergelegde toetsingsmodel weer, met de stand van de voor het onderwerp van dit boek meest wezenlijke rechtspraak van het EHRM daaromtrent (par. 3).

---

5 Er bestaat een theoretisch verschil en een relatie tussen (fundamentele) rechten en vrijheden (of waarden, beginselen). Het EVRM noemt zowel rechten als vrijheden. Voor deze studie is het m.i. niet noodzakelijk aan de beide termen zelfstandig aandacht te besteden en de nuance tussen beide door te voeren in de tekst. Ik verwijs voor theoretisch kader bij de begrippen naar, bijvoorbeeld, Donnelly 2003, p. 11, 22-37 en (rechtstheoretisch en -filosofisch) Raz 1988, p. 165-170, 176-180.

6 Het EHRM noemde in o.a. 26 april 1979, *NJ* 1980, 146, r.ov. 59 (*Sunday Times*) "the domestic legislator" en "the bodies, judicial amongst others that are called upon to interpret and apply the laws in force."

7 Zie art. 7 lid 1 (laatste zinsdeel) Gw, art. 10 lid 2 EVRM en art. 19 lid 3 IVBPR. De rechtvaardiging van het waarborgen van de uitingsvrijheid moet tevens in een achterliggende, rechtsfilosofische context worden gezocht. Er vallen vele auteurs te noemen; ik licht er één (buitenlandse) uit, vanwege de indrukwekkende analyse: K. Greenawalt, 'Free speech justifications', *Columbia Law Review* 1989, p. 119-155.

8 Ik ben mij ervan bewust dat de beantwoording van deze vraag verband houdt met rechtspolitieke en -filosofische opvattingen over het karakter, de betekenis en de reikwijdte van de uitingsvrijheid, en dat de rechter zich in een positie kan bevinden waarin hij er niet omheen kan zich over onderliggende noties van de uitingsvrijheid te buigen. Vaak zal de rechter ter beslechting van juridische geschillen echter voldoende hebben aan resp. kunnen volstaan met aanwijzingen in de toepasselijke regelgeving en jurisprudentie. In deze studie ga ik op dit punt niet dieper in. Zie nader bijvoorbeeld Barendt 2005, p. 5-6.

Dan bespreek ik de werking van artikel 94 Gw in verband met de gebondenheid van de (Nederlandse) rechter aan het toetsingsmodel in artikel 10 lid 2 EVRM (par. 4). Met het oog op het civiele recht is een kenmerkende bijzonderheid dat daarin sprake kan zijn van de zogenaamde horizontale werking van grond- en mensenrechten (par. 5).

De daarop volgende paragrafen bespreken hoofdzakelijk EHRM-jurisprudentie en nemen enkele met het oog op de hoofdstukken 3 en 4 wezenlijke aspecten van de uitingsvrijheid onder de loep. In die bespreking breng ik, in navolging van de lijn die ruwweg in de EHRM-rechtspraak valt waar te nemen, een rubricering aan in enerzijds niet-commerciële uitingen (par. 6) en anderzijds commerciële uitingen (par. 7).[9] Datgene wat in die paragrafen wordt behandeld legt als het ware een fundament voor de beschouwingen over de verhouding tot de uitingsvrijheid in de hoofdstukken 3 en 4. Het gaat daarbij (in par. 6) onder andere om arresten die iets vertellen over wat het hof doet met zaken die verband houden met de opvattingen omtrent *moraal* in de Staten, een van de rode draden in het debat over oneigenlijk gebruik van symbolen.

2 Toelichting focus op artikel 10 EVRM en jurisprudentie EHRM

Om een aantal redenen verdient het de voorkeur in deze studie artikel 10 EVRM tot uitgangspunt te nemen (en niet artikel 7 Gw of artikel 19 IVBPR). In de eerste plaats heeft de Nederlandse rechter op grond van artikel 94 Gw *de facto* de plicht na te gaan of hier te lande geldende nationale wetgeving en toepassingen daarvan zich verhouden met internationaal overeengekomen verdragbepalingen,[10] terwijl hij vanwege artikel 120 Gw nationale wetgeving van de Kroon en Staten-Generaal niet mag toetsen aan de Grondwet. De rechter mag deze zogenaamde *formele* wetgeving zodoende niet toetsen aan arti-

9 Het EHRM zit dan wel op die lijn, ik veroorloof mij toch de opmerking dat het onderscheid tussen niet-commerciële en commerciële uitingen een grof gesneden en waarschijnlijk vooral pragmatisch bedoeld onderscheid is, ook al neemt men doorgaans (terecht) aan dat de democratie bij niet-commerciële uitingen, zoals journalistieke persuitingen, het meest in het geding is, en dat dit minder geldt voor bijvoorbeeld wasmiddelreclame. Zoals elke categorische benadering draagt ook de tweedeling tussen niet-commerciële en commerciële uitingen het gevaar in zich niet altijd recht te doen of werkelijk bij te dragen aan de beoordeling van individuele gevallen – om maar iets te noemen, (waarom) zou een gesponsorde kunstuiting vanuit het oogpunt van bescherming van de uitingsvrijheid op een hoger plan moeten staan dan een kunstzinnige reclame-uiting, of zelfs een niet-gesponsorde kunstuiting? Men kan de vraag stellen of een andere benadering niet ook zinvol of misschien uiteindelijk zelfs zinvoller kan zijn, namelijk afstemmen op het selecteren van de terreinen van *regulering* door nationale overheden, waarop het gevaar van ontsporing door overheden het grootst is.

10 Om niet ronduit te zeggen dat art. 94 Gw tot uitdrukking brengt dat internationaal verdragsrecht naar zijn aard boven nationaal recht gaat; in deze zin bijvoorbeeld Martens 1998, p. 7. Nederland kent een zogenaamd gematigd dualistisch stelsel; aldus bijvoorbeeld Van Dijk & Van Hoof 1990, p. 12-13.

kel 7 Gw, maar wel aan (direct werkende) internationale verdragsbepalingen, zoals artikel 10 EVRM.[11]

In de tweede plaats bevat de uitzonderingsclausule in artikel 10 lid 2 EVRM door haar formulering preciezere aanknopingspunten voor de toetsing van *toepassingen* van nationale regels dan artikel 7 Gw.[12] Ik doel op het toetsingsmodel, dat ik hieronder in paragraaf 3 uiteenzet.

In de derde plaats is de klachtprocedure bij het EHRM in vergelijking met die van het IVBPR een veel gevolgde route, en op dit moment de meest gangbare. Het EHRM vervult in het systeem van Europese mensenrechtenbescherming een monitorfunctie ten aanzien van de effectuering van de bescherming in de bij het EVRM aangesloten Staten (vgl. art. 19 EVRM).[13] Over de uitleg en toepassing van het EVRM heeft het EHRM in gevallen waarin bij het hof wordt geklaagd tegen het toelaten of opleggen van een beperking door nationale autoriteiten het laatste woord,[14] terwijl de opvatting van het hof vervolgens ook voor de andere Staten betekenis kan hebben. Arresten van het EHRM bieden de Nederlandse rechter handvatten voor een antwoord op de vraag door wie, waar en in hoeverre een beperking in de zin van artikel 10 lid 2 EVRM mag worden opgelegd. De (abstracte en objectieve) verdragsuitleg in arresten van het EHRM kan worden beschouwd als een onderdeel van het EVRM. Dit brengt mee dat de Staten gehouden zijn het EVRM toe te passen met in achtneming van de meest recente uitleg door het hof, ongeacht of zij partij waren in de betreffende zaak.[15]

---

11 In gelijke zin bijvoorbeeld Hartkamp 2000, p. 23-24. Zie over art. 94 Gw tevens en nader i.v.m. art. 10 EVRM, par. 4 van dit hoofdstuk.

12 Aldus bijvoorbeeld ook Kraan 2004, p. 568-569. *Handboek EVRM* 2-I, Artikel 10 (Voorhoof), nr. 10, p. 851 merkt op dat de mogelijke legitimatiegronden die art. 19 lid 3 IVPBR verschaft in vergelijking met art. 10 lid 2 EVRM beperkter in aantal zijn maar ruimer van inhoud, en dat dit verschil tussen beide bepalingen "niet van wezenlijke aard" is (zie nader de genoemde bron).

13 Van Dijk & Van Hoof 1990, p. 238 noemen het toezichtmechanisme, naast (uiteraard) de formulering van de mensenrechten inclusief de beperkingsclausules, het belangrijkste aspect van het EVRM.

14 Aldus expliciet art. 32 EVRM. Terzijde: in verband met de omstandigheid dat het EHRM bij meerderheid van stemmen beslist, verleent het verdrag iedere rechter het recht om in zaken die niet unaniem worden beslist, een (eventueel gedeeltelijk) '*dissenting opinion*' of '*concurring opinion*' te formuleren, waarvan de tekst achter die van het meerderheidsoordeel wordt geplaatst (art. 45 lid 2 EVRM). Het 'laatste woord' van het EHRM hoeft dus niet altijd even eenduidig te zijn. Een kras voorbeeld vormt EHRM 20 november 1989, *NJ* 1991, 738, m.nt. EAA (*Markt Intern*), met liefst negen '*dissenters*'.

15 De verdragsstaten moeten zich houden aan de eindarresten in zaken waarbij zij partij zijn (art. 46 lid 1 EVRM; het 'relatief gezag van gewijsde', zie *Handboek EVRM* 1, hoofdstuk 12, nr. 20, p. 719), maar aangenomen wordt dat deze arresten ook de andere Staten kunnen binden, voor zover het hof daarin een abstracte en objectieve regel van uitleg heeft gegeven. Volgens *Handboek EVRM* 1, hoofdstuk 12, nr. 23-27, p. 721-725 (met literatuurverwijzingen) gebeurt dit via het aan arresten toekennen van een '*interpretatief gezag van gewijsde*.' Als de grondslag wordt wel art. 32 lid 1 EVRM (of art. 1 jo 32 lid 1 EVRM) gezien; zie ook EHRM 18 januari 1978, r.ov. 154 (*Ierland/Groot-Brittannië*): "The Court's judgments in fact serve not only to decide those cases brought before the Court but, more generally, to elucidate, safeguard and develop the rules instituted by the Convention, thereby contributing to the observance by the States of the engagements undertaken by them as Contracting Parties (Article 19)." Het interpretatief gezag van gewijsde is een instrument om deze functie te realiseren.

3 De inhoud van artikel 10 EVRM

3.1 Artikel 10 lid 1 EVRM

Het uitgangspunt van het recht op vrijheid van meningsuiting is neergelegd en omschreven in artikel 10 lid 1 EVRM. Voor zover hier relevant luidt lid 1:

> Een ieder heeft recht op vrijheid van meningsuiting. Dit recht omvat de vrijheid een mening te koesteren en de vrijheid om inlichtingen of denkbeelden te ontvangen of te verstrekken, zonder inmenging van enig openbaar gezag en ongeacht grenzen. (..)

Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens heeft in de beroemde *Handyside*-zaak (1976) de in het eerste lid bedoelde uitingsvrijheid toegelicht in nadien vaak door het hof herhaalde bewoordingen:[16]

> "Freedom of expression constitutes one of the essential foundations of (..) a (democratic) society, one of the basic conditions for its progress and for the development of every man. Subject to paragraph 2 of Article 10 (..), it is applicable not only to "information" or "ideas" that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb the State or any sector of the population. Such are the demands of that pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no "democratic society"."

Het heeft dus geen zin om de uitingsvrijheid te garanderen als die garantie zich alleen uitstrekt tot datgene waar we het allemaal wel over eens zijn.[17] Die garantie komt pas tot leven als mensen de uitingsvrijheid gebruiken op een wijze die pijn doet, of het nu om een pijnlijke waarheid of een pijnlijke mening gaat.

Volgens het hof komt het niet alleen aan op de inhoud van de uiting maar ook op de vorm. Dit betekent enerzijds dat ook de zeer kritische, de polemische of de agressieve toonzetting van een journalistieke uiting in de media op bescherming kan rekenen, ook al nemen anderen daar aanstoot aan, en anderzijds dat het niet aan het EHRM en evenmin aan de nationale rechter is om te beoordelen of de journalist voor een in het concrete geval 'toelaatbaar' medium heeft gekozen.[18]

---

16 EHRM 7 december 1976, *NJ* 1978, 236, r.ov. 49. *Handyside* is in de *NJ* opgenomen in de Franse taal; in de op het internet vrij toegankelijke databank van het EHRM op < www.echr.coe.int > is *Handyside* ook in het Engels na te lezen.

17 Woorden van gelijke strekking leest men in de *dissenting opinion*, ov. 3, van de rechters Palm, Pekkanen en Makarczyk bij EHRM 20 september 1994, *NJ* 1995, 366, m.nt. EJD (*Otto-Preminger Institut*). Th. Spijkerboer, 'Schelden doet geen zeer, slaan des te meer' (rubriek Stelling), *NJB* 2003, nr. 16, p. 832 schreef treffend: "Het weerbericht en de waterstanden kunnen ook wel zonder grondrechten." Zie voorts ook de standpunten van bijvoorbeeld Barendt 2005, p. 30; Dworkin 1977, p. 190-191.

18 Vgl. EHRM 24 februari 1997, *NJ* 1998, 360, r.ov. 47-48 (*De Haes en Gijsels*), m.nt. EJD; 23 mei 1991, *NJ* 1992, 456, r.ov. 57, m.nt. EJD (*Oberschlick I*).

3.2 *Artikel 10 lid 2 EVRM*

De uitingsvrijheid is een grondrechtelijke pijler van de democratie, maar is niet onbeperkt. De voorwaarden waaronder zij beperkt mag worden, zijn opgesomd in artikel 10 lid 2 EVRM. Dat luidt:

> Daar de uitoefening van deze vrijheden plichten en verantwoordelijkheden met zich brengt, kan zij worden onderworpen aan bepaalde formaliteiten, voorwaarden, beperkingen of sancties, die bij de wet zijn voorzien en die in een democratische samenleving noodzakelijk zijn in het belang van de nationale veiligheid, territoriale integriteit of openbare veiligheid, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden, de bescherming van de goede naam of de rechten van anderen, om de verspreiding van vertrouwelijke mededelingen te voorkomen of om het gezag en de onpartijdigheid van de rechterlijke macht te waarborgen.

Waar in een situatie van conflicterende belangen de aanspraak die iemand op de uitingsvrijheid maakt moet worden afgewogen tegen een ander legitiem belang, krijgt de aanspraak op de vrijheid van meningsuiting dus niet per se voorrang.

De inhoud van het tweede lid is te zien als een toetsingsmodel. Op grond van dit model moet in concrete gevallen cumulatief worden nagegaan of zich (i) een beperking van de uitingsvrijheid voordoet, en zo ja, of die (ii) is voorzien bij wet, (iii) bedoelt een van de in het tweede lid genoemde belangen te beschermen, en (iv) daartoe noodzakelijk is in een democratische samenleving. Deze vereisten, waarvan de laatste de meeste aanleiding heeft gegeven voor beschouwingen van het EHRM, worden hierna toegelicht.

1 Beperking

Een beperking van of inmenging in de vrijheid van meningsuiting kan zich op verschillende momenten en in verschillende gedaanten voordoen. In deze studie gebruik ik termen als ingreep, inbreuk en inmenging als synoniemen voor de term beperking.

Zowel met betrekking tot het strafrecht als het civiele recht zou een beperking al kunnen zijn gelegen in de enkele uitvaardiging van normen waarin de wetgever bepaalde uitingen verbiedt. De burger tot wie de norm is gericht zal immers zijn gedrag moeten aanpassen om het risico op vervolging respectievelijk aansprakelijkstelling te vermijden. Wanneer de consequentie hiervan is dat hij de uitingsvrijheid niet meer op dezelfde manier kan uitoefenen als voordien, *kan* er, in EVRM-termen, sprake zijn van een ontoelaatbare beperking. Over normen waarvan niet is uitgesloten dat die zich in de toekomst tegen burgers zullen keren, zou reeds (na het doorlópen van de route langs de nationale instanties) bij het EHRM kunnen worden geprocedeerd voordat

het tot een 'concrete' beperking van de uitingsvrijheid van een burger is gekomen.[19]

Zo heeft het EHRM in elk geval al meer dan eens een burger tegen wie geen vervolging was ingesteld maar die zich niettemin door het bestaan van bepaalde regels ernstig gehinderd voelde in zijn privé-leven, ontvankelijk verklaard in zijn klacht tegen de nationale autoriteiten.[20] Het hof heeft op deze wijze bijvoorbeeld (in 1981) Britse wetgeving tegen het (uit vrije wil) beoefenen van seks tussen mensen van hetzelfde geslacht, ontoelaatbaar geoordeeld: "[I]n the personal circumstances of the applicant, the *very existence* of this legislation continuously and directly affects his private life" (mijn cursivering).[21]

Zonder aan het voorafgaande iets af te doen, een beperking blijkt doorgaans wanneer normen in concrete gevallen tegenover burgers worden toegepast.

In het geval van een norm die als zodanig al niet toelaatbaar is, zoals zojuist geïllustreerd, zou logischerwijze iedere toepassing daarvan eveneens een ontoelaatbare beperking betekenen. Los van die situatie kan in de toepassingssfeer als een beperking worden aangemerkt: ten eerste de opgelegde sanctie (in het strafrecht in de vorm van bijvoorbeeld hechtenis, boete; in het civiele recht bijvoorbeeld verbod, bevel tot rectificatie) en ten tweede de zwaarte ervan (duur hechtenis, hoogte boete; resp. rectificatie naast verbod, hoogte schadevergoeding).

In de al genoemde *Handyside*-zaak bestond de beperking in de inbeslagneming, verbeurdverklaring en vernietiging in Groot-Brittannië van een boekje voor scholieren met maatschappijkritische en voor de jaren zeventig van de vorige eeuw liberale opvattingen over (seks en drugs).

Het gaat in zoverre 'alleen maar' om het identificeren van een beperking als bedoeld in artikel 10 lid 2 EVRM, of anders gezegd, het aanwijzen van het moment waarop de burger wordt geraakt in zijn uitingsvrijheid en de handeling waardoor dat gebeurt. In zaken voor het EHRM blijkt vaak niet te worden betwist dát er van een beperking sprake is, maar – en dat is natuurlijk niet zo vreemd – des te meer de toelaatbaarheid (hierna onder iv).[22]

---

19 Het EHRM heeft diverse malen op basis van de omstandigheden in het concrete geval geoordeeld dat een nationale regeling als zodanig een ontoelaatbare beperking van een EVRM-recht inhield, zij het niet met betrekking tot art. 10 maar met name met betrekking tot art. 8 en 14 EVRM. Verschil voor het principiële punt maakt dit laatste in mijn ogen niet. Zie o.a. EHRM 22 oktober 1981, nr. 7525/76, r.ov. 40-41 (*Dudgeon*); 26 oktober 1988, nr. 10581/83, r.ov. 35-38 (*Norris*); 31 juli 2000, nr. 35765/97, r.ov. 37-38 (*A.D.T.*), < http://www.echr.coe.int/echr >.

20 Zie de vorige voetnoot.

21 De zaak *Dudgeon*, zojuist vermeld, r.ov. 41.

22 Handelingen van overheden die de uitingsvrijheid raken, worden door het EHRM vrij snel resp. regelmatig zonder slag of stoot als een beperking in de zin van art. 10 lid 2 gezien. Zie bijvoorbeeld EHRM 25 november 1999, *NJ* 2001, 63-65, m.nt. EJD bij *NJ* 2001, 63 (*Nilsen en Johnsen*), waarin het door de Noorse rechter als lasterlijk en van nul en generlei waarde verklaren van uitlatingen over vermeend politiegeweld, zonder meer als een beperking wordt aangemerkt (zie de feiten onder E en r.ov. 44-45).

II Bij de wet voorzien

De beperking of inmenging moet door de verdragsstaat "bij de wet (..) voorzien" zijn, volgens de Nederlandstalige versie van artikel 10 lid 2 EVRM. De officiële versie in de Engelse taal hanteert "prescribed by law".[23] In de continentale rechtstraditie wordt "law" doorgaans vertaald met wet of wetgeving, maar in de Angelsaksische traditie niet of veel minder, met name omdat zij een systeem van (ongeschreven) *common law* kent.

Zoals het EHRM heeft aangegeven in *Kruslin* (1990), "[I]n relation to paragraph 2 of Article 8 (..) of the Convention and other similar clauses, the Court has always understood the term "law" in its "substantive" sense, not its "formal" one; it has included both enactments of lower rank than statutes (..) and unwritten law."[24] De term wet is dus in ieder geval niet beperkt tot regels afkomstig van de formele wetgever.[25] De term kan ook materiële wetgeving[26] en zelfs ongeschreven recht omvatten.

Het laatste bleek in *Sunday Times* (1979), waarin aan de orde was de toelaatbaarheid van een op jurisprudentierecht gebaseerd publicatieverbod van bijdragen in de gelijknamige krant over een lopende juridische procedure tegen de fabrikant van het medicijn *Softanon*.[27] Het EHRM stelde zich op het standpunt dat onder voorwaarden ook Brits jurisprudentierecht als 'wet' kan kwalificeren.[28] Nadien gaf het hof aan dat deze lijn mag worden doorgetrokken naar ongeschreven recht in continentale rechtsstelsels, waarin "case-law has traditionally played a major role (..), to such an extent that whole branches of positive law are largely the outcome of decisions by the courts."[29]

De voorwaarden van het hof voor het aanmerken van ongeschreven recht (of, wat dat aangaat, welbeschouwd alle soorten wet- en regelgeving) als 'wet' in de zin van artikel 10 lid 2 EVRM, komen kort gezegd op het vol-

23 De officiële EVRM-teksten zijn te raadplegen op < www.echr.coe.int >.

24 EHRM 24 april 1990, nr. 7/1989/167/223, r.ov. 29 (*Kruslin*); idem 24 april 1990, nr. 4/1989/164/220, r.ov. 28 (*Huvig*), < www.echr.coe.int >.

25 De term formele wetgever ziet in het Nederlands staatsrecht overigens op wetgeving van regering en Staten-Generaal gezamenlijk.

26 Zie in het bijzonder EHRM 18 juni 1971, nr. 2832/66, 2835/66 en 2899/66, r.ov. 93 (*De Wilde, Ooms & Versyp*), < www.echr.coe.int >, in het kader van art. 8 EVRM. Over dit punt valt meer te zeggen, maar omdat materiële wetgeving (als: niet afkomstig van de formele wetgever) in deze studie geen rol speelt, is dat hier niet noodzakelijk.

27 EHRM 26 april 1979, *NJ* 1980, 146. Zie ook Van Dijk & Van Hoof 1990, p. 637.

28 EHRM 26 april 1979, *NJ* 1980, 146, r.ov. 47 (*Sunday Times*): "It would clearly be contrary to the intention of the drafters of the Convention to hold that a restriction imposed by virtue of the common law is not "prescribed by law" on the sole ground that it is not enunciated in legislation: this would deprive a common-law State which is Party to the Convention of the protection of Article 10 (2) (..) and strike at the very roots of that State's legal system."

29 EHRM 24 april 1990, nr. 7/1989/167/223, r.ov. 29 (*Kruslin*), waarin het hof tevens overwoog: "it would be wrong to exaggerate the distinction between common-law countries and Continental countries". In Nederland was vóór de *Kruslin*-uitspraak al wel bepleit dat wat op grond van *Sunday Times* voor de Britse *case law* gold, moest kunnen gelden voor ongeschreven recht *in het algemeen* dat rechtstreeks of krachtens delegatie stoelt op een wet in formele zin; althans zo lees ik de opvatting van Alkema 1978, p. 42 en 248. Zie voor een andere opvatting Van Dijk & Van Hoof 1990, p. 638.

gende neer. De (potentiële) beperking van de uitingsvrijheid moet een basis hebben in het nationale recht ("basis"; grondslag),[30] voor burgers voldoende toegankelijk zijn ("accessible"; kenbaar), en inhoudelijk met voldoende precisie geformuleerd ("foreseeable"; voorzienbaar).[31] Indien er sprake is van "settled case-law", dan is er blijkens jurisprudentie van het hof spoedig aan de eisen voldaan.[32]

In aanvulling hierop vormt volgens het hof een *vage* norm (in de woorden van het hof: "a law that confers a discretion") in het geschreven of ongeschreven recht niet per se een bezwaar.[33] Voorbeelden vormen het delict blasfemie[34] en het begrip obsceniteit.[35] Het EHRM gaat uit van de onmogelijkheid de bewoordingen van wetteksten zo te formuleren dat absolute zekerheid bestaat over hun betekenis.[36] Dit geldt volgens het hof met name voor normen op een terrein waarop de maatschappelijke opvattingen fluctueren (zoals de goede zeden).[37] Wel moet dan de reikwijdte van de norm en de wijze van uitoefening in verband met het in het concrete geval te beschermen belang, met voldoende zekerheid zijn aangegeven, en dienen burgers adequate bescherming te genieten "against arbitrary interference".[38] Het hof heeft regelmatig de toepassing van vage normen beoordeeld.[39]

III Belangencatalogus

Met een beperking of inmenging in iemands uitingsvrijheid moet de overheid een "legitimate aim"[40] (legitiem doel of belang) nastreven, zo vereist artikel 10 lid 2 EVRM. De belangen of doelen die onder omstandigheden boven iemands uitingsvrijheid kunnen gaan, variëren, maar komen samen uiteindelijk neer op het algemeen belang.[41] Ze omvatten onder meer belangen die samenhangen met de bescherming van de rechten van anderen, of van de goede zeden, zoals in *Handyside* (opvattingen omtrent moraal in verband

30 EHRM 25 maart 1983, r.ov. 86 (*Silver*), nr. 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75 en 7136/75, < www.echr.coe.int >.
31 Zie r.ov. 49 in *Sunday Times*. Herhaald in o.a. *Silver*, zojuist vermeld, r.ov. 87-88 en EHRM 24 mei 1988, *NJ* 1991, 685, r.ov. 29, m.nt. EAA (*Müller*).
32 Lees het hof in *Kruslin*, r.ov. 29, met de slotsom: "Settled case-law of this kind cannot be disregarded."
33 Voor de begrippen vaagheid en vage norm verwijs ik naar Reurich 2005 (diss. Leiden).
34 Zoals in EHRM 25 november 1996, *NJ* 1998, 359, m.nt. EJD (*Wingrove*).
35 Zoals in EHRM 24 mei 1988, *NJ* 1991, 685, r.ov. 29, m.nt. EAA (*Müller*).
36 Zie EHRM 25 maart 1985, *NJ* 1987, 900, r.ov. 47 (*Barthold*).
37 EHRM in *Barthold*, zojuist, r.ov. 47. Een beoordelingsmarge van de overheid ligt in zo'n geval voor de hand; vgl. EHRM 21 december 2004, nr. 61513/00, r.ov. 52-54 (*Busuioc*), waarin het hof zijn arrest van 20 september 1994, *NJ* 1995, 366, r.ov. 45, m.nt. EJD (*Otto-Preminger Institut*) als voorbeeld noemt.
38 Zie bijvoorbeeld EHRM 13 juli 1995, *NJ* 1996, 544, r.ov. 37, m.nt. EJD (*Miloslavski*).
39 Zoals in EHRM 24 mei 1988, *NJ* 1991, 685, r.ov. 29, m.nt. EAA (*Müller*); 20 november 1989, *NJ* 1991, 738, r.ov. 30, m.nt. EAA (*Markt Intern*); 21 december 2004, nr. 61513/00, r.ov. 54 (*Busuioc*).
40 EHRM 26 april 1979, *NJ* 1980, 146, r.ov. 62 (*Sunday Times*).
41 Zie in deze zin *Handboek EVRM* 1, hoofdstuk 4, nr. 46, p. 135-136.

met minderjarige schooljeugd). De in artikel 10 lid 2 EVRM genoemde belangen zijn limitatief, maar blijken in de jurisprudentie van het EHRM ruim te worden opgevat. Het hof is er tot nu toe niet toe overgegaan de belangen op abstracte wijze te definiëren.[42]

De aard van de belangen bepaalt mede de manoeuvreerruimte die het EHRM aan de Staten toekent. Autonomie liet het hof aan Groot-Brittannië bijvoorbeeld nauwelijks toen het spande om het belang van het waarborgen van het gezag en de onpartijdigheid van de rechterlijke macht, in *Sunday Times*, en bijvoorbeeld wél aan Zwitserland toen het aankwam op het belang van het beschermen van de goede zeden, in de zaak *Müller*.[43] Het verschil in benadering zegt overigens minder over de vraag hoe serieus of ernstig het hof het ene of het andere belang opvat, dan over de opstelling van het hof ten opzichte van de Staten op het terrein waarop een bepaald belang zich afspeelt.[44]

iv Noodzakelijk in een democratische samenleving

De vrijheid van meningsuiting van de één vraagt het opbrengen van respect of toch in elk geval het gedogen van de ander: communicerende vaten. Het EHRM gaat er bijvoorbeeld van uit dat degene die een bepaald geloof of levensovertuiging aanhangt, moet kunnen aanvaarden dat er mensen zijn die een ander geloof of levensovertuiging aanhangen en daaraan uiting geven.[45]

Sinds *Handyside* en *Sunday Times* is vaste rechtspraak van het EHRM dat een inbreuk op de uitingsvrijheid alleen is toegelaten, indien een dergelijke ingreep niet alleen naar de tekst van artikel 10 lid 2 vanwege een daar genoemd belang noodzakelijk is in een democratische samenleving, maar er bovendien sprake is van een dringende maatschappelijke behoefte (in de bekende Engelstalige woorden van het hof: "a pressing social need").[46] Dit instrument voor supervisie van het hof komt erop neer dat enerzijds de overheid adequate redenen voor zo'n ingreep moet aanvoeren en dat anderzijds de ingreep evenredig moet zijn in verband met het nagestreefde doel ("a fair balance").[47]

Hieruit vloeit al voort de volgende, door het hof in verband met de noodzakelijkheidseis gestelde voorwaarde: de beperking dient in verband met het te beschermen belang proportioneel te zijn ("proportionate to the legitimate aim pursued").[48] Hoe dwingender de legitieme doelstelling zich opdringt, hoe eenvoudiger adequate redenen ter rechtvaardiging van de ingreep gevonden zullen kunnen worden.[49]

Het hof put uit een nog ruimer arsenaal van toetsingsinstrumenten, instrumenten die het met wisselende nadruk en soms ook níet in de overwe-

42 *Handboek EVRM* 1, hoofdstuk 4, nr. 46, p. 135-136.
43 EHRM 26 april 1979, *NJ* 1980, 146 resp. 24 mei 1988, *NJ* 1991, 685, m.nt. EAA.
44 Zie over dit punt tevens par. 3.3.
45 Vgl. EHRM 20 september 1994, *NJ* 1995, 366, r.ov. 47, m.nt. EJD (*Otto-Preminger Institut*).
46 EHRM 7 december 1976, *NJ* 1978, 236, r.ov. 48-50 (*Handyside*) en 26 april 1979, *NJ* 1980, 146, r.ov. 59 en 62 (*Sunday Times*).
47 *Handboek EVRM* 1, hoofdstuk 4, nr. 52, p. 141.
48 *Handyside*, r.ov. 48-50 en *Sunday Times*, r.ov. 59 en 62; beide zojuist al vermeld.
49 In deze zin *Handboek EVRM* 1, hoofdstuk 4, nr. 54, p. 144.

gingen betrekt.[50] Maar voor het doel van dit boek is voldoende gezegd. Om de kern van vereiste *iv* nog eens anders uit te drukken: in algemene zin stijgt de kans dat een beperking vanuit EVRM-perspectief overeind zal kunnen blijven naarmate zij enerzijds een minder vérstrekkende draagwijdte heeft en anderzijds efficiënter is.[51] En, ik merk het toch even op, ter beoordeling staat dus níet of een *uiting* wel of niet noodzakelijk is in een democratische samenleving.[52]

3.3 Een 'margin of appreciation' voor de nationale autoriteiten

3.3.1 Achtergrond

Het is volgens het EHRM eerst aan de verdragsstaten zelf, via de bevoegde nationale autoriteiten zoals de wetgever en de rechterlijke macht, om de in artikel 10 lid 2 EVRM bedoelde grens te trekken, "[B]y reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries."[53] Met name moeten de verdragsstaten bepalen of een beperking noodzakelijk is in een democratische samenleving, door "the reality of the pressing social need implied by the notion of "necessity" in this context" goed in te schatten.[54] Het EHRM gaat op zijn beurt in individuele zaken aan de hand van de omstandigheden van het geval na, of de argumenten van de nationale autoriteiten "relevant and sufficient" zijn om een inbreuk op de uitingsvrijheid te rechtvaardigen.[55] Het hof onderzoekt in dit kader met name of er aan de noodzakelijkheids- en de proportionaliteitseis in verband met het te beschermen belang is voldaan.[56]

Zegt deze gang van zaken wellicht vooral iets over de verhouding tussen het EHRM en de Staten en dus over politiek,[57] het is tevens zo dat het hof, meer vanuit pragmatische overwegingen, erkent dat verschillen in de

50 Aldus en nader *Handboek EVRM* 1, hoofdstuk 4, nr. 49-53, p. 138-147.

51 Aldus D. Voorhoof, 'De vrijheid van expressie en informatie en de rechtspraak van de ECRM en het EHRM betreffende artikel 10 EVRM (1958-1994)', *Mediaforum* 1994/11-12, p. 116-124, op p. 118.

52 Ten teken dat dit punt niet altijd voor zich spreekt, wijs ik op HR 6 januari 1995, *NJ* 1995, 422 m.nt. EJD (*Parool/Van Gasteren*), met commentaar in G.A.I. Schuijt, 'De Hoge Raad niet meer bang voor de uitingsvrijheid', *AMI* 1996, afl. 2, p. 23-30 en op een commentaar van De Meij 1995, p. 550 bij de vervolging in de zaak *Boomsma* (Hof Leeuwarden 26 januari 1995, *NJ* 1995, 388).

53 Zie EHRM 24 mei 1988, *NJ* 1991, 685, r.ov. 35, m.nt. EAA (*Müller*) en 25 november 1996, *NJ* 1998, 359, r.ov. 58, m.nt. EJD (*Wingrove*).

54 EHRM 7 december 1976, *NJ* 1978, 236, r.ov. 48 (*Handyside*).

55 *Handyside*, r.ov. 50; *Wingrove*, r.ov. 59.

56 *Wingrove*, r.ov. 53.

57 Waarover op zichzelf al veel meer te zeggen is; ik verwijs naar *Handboek EVRM* 1, hoofdstuk 5, nr. 20, p. 205; Martens 1998, p. 8-10; Schokkenbroek 1998, p. 31; Macdonald 1993, p. 83-85, 122-124. Hoe de verhouding tussen het EHRM en de Staten precies ligt, is belangrijk, maar doet aan de onderliggende verantwoordelijkheden van de Staten – de verdragsverplichtingen – niet af (aldus ook Martens 1998, p. 10).

politieke, sociaal-economische of culturele situatie en de traditie in de Staten hun weerslag hebben op de precieze inkleding van de bescherming van de in het EVRM neergelegde rechten in de Staten.[58] Of anders gezegd, dat een aan het hof voorgelegde zaak niet goed kan worden beoordeeld zonder daarin de in vóórkomende gevallen in de betreffende Staat spelende bijzonderheden mee te nemen.[59]

3.3.2 Beoordelingsmarge

De ruimte die het EHRM in verband met zowel het een als het ander aan de Staten kan gunnen, komt tot uitdrukking in het instrument van de "*margin of appreciation*" (beoordelingsmarge of interpretatieruimte).[60] In zaken die dienen voor EHRM kunnen de betrokken Staten niet voetstoots aannemen dat het hof hen een beoordelingsmarge laat. Zoals een rechter in het hof, Martens, het formuleerde: "States do not enjoy a margin of appreciation as a matter of right, but as a matter of judicial self-restraint. (..) It is (..) up to the Court to decide, in every case or in every group of cases, whether a "margin of appreciation" should be left to the State and, if so, how much."[61]

Een andere rechter in het hof, Macdonald, observeerde: "The scope of review refers to the intensity of judicial scrutiny of a challenged decision in order to see if it amounts to an unjustifiable breach of those standards. (..) It is (..) inevitable that there is a context-dependent spectrum of appropriate intensity, ranging from total deference (amounting to unreviewability at one extreme) through less differential standards to the most stringent standard of justification at the other."[62]

De beoordelingsmarge van Staten blijkt in de rechtspraak van het hof steevast eng(er) of minimaal daar waar met een beperking van de uitingsvrijheid de *democratie* in het geding is, met name bij politieke of journalistieke uitingen, die een algemeen belang betreffen of die in het kader van een publiek

58 *Handboek EVRM* 1, hoofdstuk 5, nr. 20, p. 204-205.

59 Martens 1998, p. 6, die stelde dat het gaat om "the fundamental tension between the call for equality of treatment versus that for diversity, or between universality and subsidiarity."

60 Bij mijn weten is het vroegste EHRM-arrest waarin de figuur van de beoordelingsmarge een rol speelt van 23 juli 1968, zaaknrs. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64 (*Belgian linguistic legislation*), < http://www.echr.coe.int/echr >. Vervolgens is de beoordelingsmarge in een Nederlandse zaak verwoord in EHRM 8 juni 1976, *NJ* 1978, 223, r.ov. 72 (*Engel*): "On the whole, the legislator does not seem in the circumstances to have abused the latitude left to him by the Convention."

61 Martens' *dissenting opinion*, nr. 3.6.3, bij EHRM 27 september 1990, *NJ* 1995, 678, (*Cossey*), m.nt. EAA onder EHRM 25 maart 1992, *NJ* 1995, 679. Idem Martens 1998, p. 6; Schokkenbroek 1998, 31.

62 Macdonald 1993, p. 84, met nog de observatie: "The margin of appreciation can fail to capture the subtlety of this spectrum if it prevents the articulation of the reasons for deference in any particular case."

debat zijn gedaan.[63] De beoordelingsruimte is even nauw daar waar "[T]he domestic law and practice of the Contracting States reveal a fairly substantial measure of common ground", zoals ten aanzien van de "objective notion" van het gezag van de rechterlijke macht.[64] De beoordelingsmarge blijkt daarentegen doorgaans ruim(er) of maximaal onder meer daar waar maatschappelijke ontwikkelingen en daarmee verband houdende nieuwe voorschriften elkaar snel opvolgen, zoals op het vlak van de mededinging, of daar waar de opvattingen in de Staten uiteenlopen, zoals op het vlak van de goede zeden.[65] Ook hier komt echter strikte(re) supervisie voor.[66]

3.3.3 Marginale toetsing tegenover meer eenheid

Een aan de Staten gegunde ruimere beoordelingsmarge impliceert spiegelbeeldig een meer marginale toetsing door het EHRM. Door in een concreet geval om welke reden dan ook, bijvoorbeeld vanwege in Staten bestaande verschillende opvattingen over moraal, een diepgaand eigen onderzoek en het uitspreken van een eigen oordeel achterwege te laten, geeft het (*supervi*serende) hof te kennen daarin de afweging van de toelaatbaarheid van het overheidsingrijpen in dat geval als een *eind*verantwoordelijkheid van de nationale autoriteiten te beschouwen.[67]

Omgekeerd kan worden gesteld dat hoe meer het EHRM zich op de verschillende terreinen uitspreekt voor een enge beoordelingsmarge of deze marge niet gunt, respectievelijk hoe meer het aangeeft wat het zélf van de uitkomst in de voorgelegde zaken vindt, hoe groter gaandeweg de eenheid

63 Volgens EHRM 24 juni 2004, nr. 59320/00, r.ov. 63 (*Caroline von Hannover*), < http://www.echr.coe.int/echr >, moet een onderscheid worden gemaakt tussen enerzijds pers met een waakhondfunctie, die essentieel is in een democratie, en anderzijds sensatiepers zoals de *tabloid*, die geen algemeen belang resp. publiek debat dient.

64 Citaten uit EHRM 26 april 1979, *NJ* 1980, 146, r.ov. 59 (*Sunday Times*); vgl. ook 28 november 1984, *NJ* 1986, 4, r.ov. 40, m.nt. EAA en EAAL (*Rasmussen*). Zie verder bijvoorbeeld: EHRM 8 juli 1986, *NJ* 1987, 901, r.ov. 42 (*Lingens*); 10 juli 2003, *NJ* 2005, 177, r.ov. 67, m.nt. EJD (*Murphy*); 4 december 2003, *NJ* 2005, 176, r.ov. 37, m.nt. EJD (*Gündüz*).

65 Zie bijv. EHRM 23 juni 1994, *NJ* 1995, 365, r.ov. 26, m.nt. EJD (*Jacubowski*) resp. EHRM 24 mei 1988, *NJ* 1991, 685, r.ov. 35, m.nt. EAA (*Müller*).

66 Op het vlak van de mededinging bijv.: de zich deels op het terrein van het publieke debat afspelende zaak in EHRM 25 augustus 1998, *NJ* 1999, 712, r.ov. 47, m.nt. EJD (*Hertel*); wat betreft de goede zeden bijvoorbeeld: EHRM 29 oktober 1992, nr. 64/1991/316/387-388, r.ov. 68, 80 (*Open Door & Dublin Well Woman*): "The Court cannot agree that the State's discretion in the field of the protection of morals is unfettered and unreviewable." Zie voorts nader bij de alinea in de hoofdtekst, ook voor verwijzingen naar meer rechtspraak: *Handboek EVRM* 1, hoofdstuk 5, nr. 35-40, p. 216-223; *Handboek EVRM* 2-I, artikel 10 (Voorhoof), nr. 326-336, p. 1045-1050; Prebensen 1998, p. 14-15; Schokkenbroek 1998, p. 34-35; Macdonald 1993, p. 89-93.

67 Vergelijkbaar Schokkenbroek 1998, p. 31; zie ook Alkema 1978, p. 128. Vgl. de moraalzaken in par. 6.

wordt op (vlakken van) het Europese mensenrechtenrecht.[68] Martens voorzag een ontwikkeling in de richting van méér eenheid en dus van een 'vernauwing' van beoordelingsmarges van de Staten.[69]

Voor de zekerheid, tot slot: een terughoudende opstelling van het hof ziet *niet* op de juistheid en volledigheid van de toetsing aan de vereisten volgens artikel 10 lid 2 EVRM en de interpretatie van deze vereisten door het hof.[70]

4 Artikel 94 Gw in verband met artikel 10 lid 2 EVRM

4.1 Introductie

Omdat in het slot van de volgende hoofdstukken 3 en 4 de strafrechtelijke respectievelijk civielrechtelijke handhaving wordt afgezet tegen de uitingsvrijheid in artikel 10 EVRM, dringt zich vooraf, in deze paragraaf 4, de vraag op hoe de (Nederlandse) strafrechter en burgerlijke rechter in uitspraken waarin de uitingsvrijheid een rol speelt om moeten gaan met artikel 10 lid 2 EVRM. Ik schets twee uitersten.[71] De rechter toetst expliciet en nauwgezet aan de voorwaarden volgens het artikel, of hij vermeldt die voorwaarden in het geheel niet. In het eerste geval is de toets direct en zonder meer te volgen, in het tweede geval moet een reconstructie van de door de rechter gevolgde redenering uitwijzen of het oordeel materieel strookt met de strekking van artikel 10 lid 2 EVRM.

4.2 De werking van artikel 94 Gw in verband met artikel 10 lid 2 EVRM

Hier past mijns inziens een excursie naar de werking van artikel 94 Gw, dat vanuit ons staatsrecht de reden verschaft waarom de rechtspraak aan de EVRM-verplichtingen gebonden is. Artikel 94 luidt:

> Binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften vinden geen toepassing, indien deze toepassing niet verenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties.

Het artikel bepaalt dat nationale wettelijke voorschriften *geen* toepassing mogen vinden indien zij *niet verenigbaar* zijn met internationaal verbindende

68 Een eenheidsstreven is verwoord in de Preambule van het EVRM.
69 Martens 1998, p. 9.
70 Schokkenbroek 1998, p. 31: "it is the Court which interprets and which is fully empowered by Art. 19 to interpret, implicitly or explicitly, in each and every case before it, the framework in which it operates: Articles 1 and 19 of the Convention in particular."
71 Tegen de achtergrond van de algemene theorie dat de Nederlandse rechtsorde uitgaat van een zogenaamd gematigd dualisme; zie bijvoorbeeld Van Dijk & Van Hoof 1990, p. 12-13.

bepalingen van verdragen.[72] Onder nationale voorschriften valt uiteraard ook het Wetboek van Strafrecht en het Burgerlijk Wetboek. Een ieder verbindende verdragsbepalingen zijn bepalingen die als het ware over de hoofden van nationale overheden heen zijn gericht tot de burgers van de Lid-Staten bij een verdrag, zoals een deel van de bepalingen in het EVRM.[73] Artikel 10 EVRM is zo'n een ieder verbindende verdragsbepaling.[74]

Met het oog op de toepassing van artikel 94 Gw kunnen arresten van het EHRM over de uitingsvrijheid worden gezien als een verlengstuk van de een ieder verbindende verdragsbepaling in artikel 10 EVRM.[75] Deze zienswijze heeft tot gevolg dat de rechter gehouden is om een uitspraak van het EHRM in zijn oordeel te betrekken, ongeacht of die uitspraak tegen Nederland of tegen een andere Staat is gewezen.[76] Ook de doelstelling van het EVRM van het bereiken van een grotere eenheid op het gebied van de mensenrechten tussen de Leden van de Raad van Europa, wordt hiermee omarmd.[77]

Artikel 94 Gw strekt de Nederlandse rechter níet in algemene zin tot de plicht verdragenrecht (artikel 10 EVRM) in plaats van nationaal recht (artikel 7 Gw) toe te passen, hetgeen zou neerkomen op een vorm van harmonisering.

---

72 Zie i.v.m. art. 94 ook art. 93 en 120 Gw. Art. 93 Gw brengt mee dat verdragen in onze rechtsorde van kracht zijn na ratificatie, zonder dat daartoe omzetten of opnemen in nationale wetgeving vereist is. Zie bijvoorbeeld Kraan 2004, p. 597; Van Dijk & Van Hoof 1990, p. 13. Art. 120 Gw verhindert dat de rechter wetgeving in formele zin rechtstreeks aan de Grondwet zou toetsen, zodat het de rechter niet is toegestaan te beoordelen of de wetgever zich in een bepaald geval zélf aan de Grondwet houdt (de term formele wetgever doelt op de regering en de Staten-Generaal gezamenlijk). Via art. 94 Gw wordt echter (indirect) hetzelfde resultaat bereikt, nu de rechter wettelijke voorschriften buiten toepassing moet laten indien die niet te verenigen zijn met internationale verdragsbepalingen die ieder (en niet slechts de Staat) verbinden. Zie Belinfante & De Reede 2005, p. 253.

73 Heringa & Zwart 1991, p. 206-207, met nadere uitwerking.

74 Vgl., iets algemener, Belinfante & De Reede 2005, p. 253 en Hartkamp 2000, p. 25.

75 Aldus Lawson 2000, p. 20, die van incorporatie spreekt. Lawson vermeldt daar rechtspraak van de Hoge Raad waaruit hij afleidt dat deze de incorporatiegedachte aanhangt. De alternatieve opvatting voor de incorporatiegedachte spreekt mij minder aan: EHRM-uitspraken aanmerken als besluiten van een volkenrechtelijke organisatie (zie de tekst van art. 94 Gw). De bevoegdheid van het EHRM is op zichzelf onomstreden en volgt uit art. 19 jo 1 EVRM. De internationale rechtspraak van dit hof vormt ongeschreven constitutioneel recht, aldus Kortmann 2001, p. 128. Ik ga ervan uit dat de genoemde incorporatie geen conflict oproept met de opvatting dat onder de ieder verbindende verdragsbepalingen zoals bedoeld in art. 94 Gw op zichzelf níet ongeschreven beginselen en regels van constitutionele aard vallen. Zie voorts nog vanuit strafrechtelijk perspectief Baauw 2000, p. 409-420 en Hartkamp 2000, p. 30-31 over het indalen van het besef, grofweg vanaf 1980, van de impact van het EHRM als uitleginstantie van EVRM-bepalingen en als corrector van overheidsfalen op het vlak van de verdragsverplichtingen.

76 Art. 32 lid 1 EVRM (of art. 1 jo 32 lid 1 EVRM) wordt als een grondslag gezien voor de theorie van het zogenaamd interpretatief gezag van gewijsde van eindarresten van het EHRM, die kort gezegd inhoudt dat eindarresten die een (abstracte en objectieve) regel bevatten voor alle Staten betekenis hebben. Zie nader *Handboek EVRM* 1, hoofdstuk 12, nr. 23-27, p. 721-725.

77 Preambule EVRM.

Het EVRM vraagt dat ook niet, daar het verdrag in het teken staat van niet minder maar vooralsnog ook niet méér dan het bereiken van een grotere eenheid in mensenrechtenrecht, met bepaalde minima.[78] Nationale variaties in wetgeving en de toepassing daarvan, bijvoorbeeld ingegeven door culturele verschillen tussen Staten, zijn tot op zekere hoogte toegestaan.[79] Artikel 7 Gw blijft aldus in zaken waarin de uitingsvrijheid een rol speelt van betekenis, maar moet het podium delen met andere terzake relevante (verdrags-)bepalingen.[80]

Anders gezegd, artikel 94 Gw gebiedt de rechter de vrij precies (preciezer dan in artikel 7 Gw) omschreven voorwaarden voor het toestaan van een beperking van de uitingsvrijheid in artikel 10 lid 2 EVRM, tenminste *materieel* in zijn oordeel te betrekken. Voldoende is in deze lezing dat de uitkomst in rechterlijke uitspraken *materieelrechtelijk* te verenigen is met de uitkomst die op basis van het toetsingsmodel in artikel 10 lid 2 EVRM zou zijn verkregen. Deze materiële overeenstemming vergt een reconstructie achteraf en derhalve *kenbaarheid* van de door de rechter gevolgde redenering in het vonnis of arrest.

4.3 *Motiveren aan de hand van de voorwaarden volgens artikel 10 lid 2 EVRM*

Motiveren aan de hand van de *voorwaarden* volgens het toetsingsmodel in artikel 10 lid 2 EVRM en de stand van de bijbehorende jurisprudentie van het EHRM is zo bezien toch ook voor de Nederlandse rechter bij uitstek de manier om vast te stellen dat een beslissing met de 'EVRM-uitkomst' strookt.[81] Dat moment is nu nog niet aangebroken, maar ontwikkeling in die richting is naar mijn mening wel wenselijk. Bovendien is de trend al dat EHRM-rechtspraak een steeds belangrijker plaats in onze rechtsorde inneemt, bijvoorbeeld in rechtspraak van de Hoge Raad.[82]

Deze opvatting is niet vrij van theoretische bezwaren, maar die wegen mijns inziens niet op tegen het voordeel van de kenbaarheid en daarmee de versterking van de rechterlijke motivering op het punt van de uitingsvrij-

78 Zie omtrent het "vooralsnog" in de hoofdtekst het voorzichtige toekomstscenario bij Van Dijk & Van Hoof 1990, p. 14-15.

79 In deze zin ook Lawson 2000, p. 16. De beoordelingsmarge die het EHRM regelmatig aan de bij het EVRM aangesloten Staten gunt, vormt hiervan een uitvloeisel, evenals de interpretatie van art. 1 EVRM, dat de wijze waarop de rechten en vrijheden voor een ieder worden verzekerd, op nationaal niveau mag worden bepaald.

80 Ik doel naast het EVRM op het IVBPR, dat overigens hier buiten beschouwing blijft; zie par. 1.

81 Dit past m.i. tevens in de zogenaamde incorporatiegedachte. Zie voor de precieze inhoud van art. 10 lid 2 reeds par. 3.2.

82 Zoals de toetsing in HR 6 januari 1995, *NJ* 1995, 422, m.nt. EJD (*Parool/Van Gasteren*).

heid.[83] Voor praktische bezwaren tegen het steeds volledig moeten aanleggen van de toets in artikel 10 lid 2 EVRM is het nodige begrip op te brengen. Voorkómen moet bovendien worden dat de voorwaarden in dat artikel zouden verworden tot een obligate toets, een standaardformulering waar geen leven in zit en die niet méér bijdraagt aan de bescherming van de uitingsvrijheid.

Voorstelbaar is daarom dat de voorwaarden volgens artikel 10 lid 2 EVRM achterwege zouden kunnen blijven in de gevallen waarin het zonneklaar is dat aan die voorwaarden is voldaan en dat inmenging is toegestaan – bijvoorbeeld: de uiting is niet alleen onwaar maar hanteert ook nog eens nodeloos grievende termen. Iets vergelijkbaars zou kunnen opgaan voor de gevallen die niet duidelijk in een andere richting wijzen en waarin de uitingsvrijheid niet tot strijdpunt is gemaakt in het partijdebat.[84] In andere gevallen zou de (straf- of civiele) rechter naar bevind van zaken moeten handelen, maar zou hij naar mijn overtuiging in ieder geval niet geheel aan artikel 10 lid 2 EVRM voorbij moeten gaan. Het ligt voor de hand in een concreet geval de *nadruk* te leggen op die voorwaarde of voorwaarden, die gezien de feiten en omstandigheden de meest nadrukkelijke argumentatie van de rechter vragen.

5 Horizontale werking van fundamentele rechten

5.1 Introductie

Grondrechten en mensenrechten of kortweg fundamentele rechten,[85] zijn van origine gericht op de verticale verhouding tussen de overheid en haar burgers en beogen burgers te beschermen tegen te ver strekkend overheidsingrijpen. Bijzonder is nu dat partijen in een procedure voor de burgerlijke rechter – het civiele recht is gericht op de *horizontale* verhouding tussen partijen in geschil – hun positie tegenover wederpartijen kunnen onderstrepen door de bescherming van grond- en mensenrechten in te roepen, al is dat nog niet zo lang vanzelfsprekend. Voor zover zo'n partij een beroep doet op een

83 Het expliciet in de toetsing betrekken van de voorwaarden volgens art. 10 lid 2 EVRM zou de vraag actueel kunnen maken of dit gevolgen zou moeten hebben voor de toetsing van andere grondrechten in relatie tot corresponderende verdragsbepalingen. Verder betekent een expliciete toets nog niet zonder meer dat daardoor de effectiviteit van de rechtsbescherming verder toeneemt (want die blijft primair afhankelijk van de kwaliteit van de rechtsbescherming in de Staat zelf), maar de kans daarop is wel groter als gevolg van het overnemen van de gemeenschappelijke EVRM-terminologie, de vergrote inzichtelijkheid van de rechtsoverwegingen en de uitgezette lijnen in de jurisprudentie van het EHRM.

84 Voor het civiele recht kan hieraan nog worden toegevoegd dat in procedures voor de voorzieningenrechter, waarin de gewone motiveringseisen niet gelden, ook op het punt van de toetsing aan de voorwaarden volgens art. 10 lid 2 lagere eisen zouden kunnen gelden. Dit betekent echter niet dat daarmee in alle gevallen de toets van de voorwaarden volgens dat artikel achterwege zou kunnen blijven.

85 Zie mijn eerdere opmerkingen over deze terminologie, in par. 1 van dit hoofdstuk 2.

grond- of mensenrecht, zoals de bescherming van de persoonlijke levenssfeer (art. 10 Gw/art. 8 EVRM) of de uitingsvrijheid (art. 7 Gw/art. 10 EVRM), spreekt men van horizontale werking of doorwerking van dat recht.[86]

5.2 *Erkenning van horizontale werking door de Hoge Raad*

In 1987 heeft de Hoge Raad erkend dat in een procedure voor de burgerlijke rechter grond- of mensenrechten tegenover andere burgers kunnen worden ingeroepen, en dat een inbreuk op zulke rechten in beginsel een onrechtmatige daad oplevert.[87] Bij die gelegenheid ging het om het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer van een door een buurtgenoot (die tevens bij de Sociale Dienst werkzaam was) bespiedde bijstandsmoeder.

Kort daarop gaf het arrest van de Hoge Raad *Beelen c.s./Van der Linde* (1987) een toepassing van horizontale werking van artikel 10 EVRM te zien. Deze zaak draaide om een verbodsactie van ruim twintig tandartsen tegen een tandprotheticus die zichzelf aanprees als specialist in het vervaardigen van volledige gebitsprothesen. De tandartsen voerden ter onderbouwing van de onrechtmatigheid onder meer een gedragscode aan, die het adverteren voor medische en tandheelkundige behandelingen verbood. De Hoge Raad overwoog dat artikel 10 EVRM zich in beginsel uitstrekt tot reclame-uitingen, maar dat het reclameverbod toelaatbaar was vanwege het belang van de volksgezondheid dat het verbod beoogde te dienen.[88]

In het arrest *Discodanser* (1997) van de Hoge Raad stond de afweging centraal van enerzijds het privacybelang (van een danser in een discotheek) en anderzijds het belang van een adverteerder (die een foto van de danser, zonder diens toestemming, in een homoblad had opgenomen). De Hoge Raad oordeelde dat het commerciële belang van de adverteerder, beschermd

86 Voor horizontale werking wordt ook de term derdenwerking of *Drittwirkung* gehanteerd, bijvoorbeeld door Van Dijk e.a. 2006, p. 784-788.

87 HR 9 januari 1987, *NJ* 1987, 928 (kort geding), r.ov. 4.4, m.nt. EAA (*Edamse Bijstandmoeder*). Zie ook HR 5 juni 1987, *RvdW* 1987, 135 (*Goeree*). Het recht op privacy opvatten als een subjectief recht en een inbreuk daarop als onrechtmatig merkt Hartkamp 2000, p. 30 aan als een vorm van *indirecte* horizontale werking van dat fundamentele recht. De problematiek van directe en indirecte horizontale werking (zie voor deze termen *Handboek EVRM* 1, Inleiding, nr. 14-15, p. 12-13) heeft praktische betekenis ten aanzien van de toetsing van nationale *wetsbepalingen* aan internationale fundamentele rechten; die toetsing is alleen mogelijk wanneer de rechter directe werking aanneemt (nader hierover, met voorbeelden, Hartkamp 2000, p. 30-33). De zaak *Edamse Bijstandmoeder* is de eerste waarin de *Hoge Raad* zich uitsprak over de horizontale werking van de uitingsvrijheid; de oudste lagere rechtspraak daaromtrent is *Boycot Outspan Aksie* van het Hof Amsterdam 30 oktober 1980, *NJ* 1981, 422, *NJCM* 1980, p. 374-384, m.nt. J.A. Peters, voorafgegaan door Rb. Amsterdam 1 mei 1980, *NJCM* 1980, p. 216-222, m.nt. J.A. Peters. Op *Boycot Outspan Aksie* kom ik terug in hoofdstuk 4, par. 6.4.

88 HR 13 februari 1987, *NJ* 1987, 899, r.ov. 4.1, m.nt. EAA (*Beelen c.s./Van der Linde*).

door artikel 10 EVRM, in dat geval niet zwaar genoeg woog om de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de danser te kunnen rechtvaardigen.[89]

Inmiddels is de mogelijkheid van het tot op zekere hoogte doorwerken van grond- en mensenrechten in civielrechtelijke verhoudingen in brede kring aanvaard. Noch de verdragsverplichtingen volgens het EVRM zelf, noch enige uitspraak hieromtrent van het EHRM staat eraan in de weg dat Nederland in de eigen rechtsorde aan de EVRM-rechten en -vrijheden (directe) horizontale werking toekent.[90] Bij de Grondwetsherziening van 1983 heeft de regering het standpunt ingenomen dat de rechter van grondrecht tot grondrecht moet bezien of en in zo ja, in welke mate sprake kan zijn van horizontale werking ervan. De mogelijkheid van doorwerking is niet beperkt tot individuele rechtssubjecten, maar kan ook gelden voor belangenorganisaties.[91]

Over de mate van doorwerking in horizontale verhoudingen bestaat op dit moment nog geen volledige duidelijkheid. Uit Grondwets- of verdragsbepalingen laat zich veelal niet eenvoudig afleiden of ze ook horizontaal zouden kunnen werken, want voor dat doel zijn ze nu eenmaal oorspronkelijk niet geschreven. Of zo'n toepassing 'niettemin' mogelijk is en zo ja, in welke mate, dient de rechter dus van geval tot geval te beoordelen en is bovendien mede afhankelijk van de rechten of (niet wettelijk, maar wel in rechte erkende of mogelijk te erkennen) belangen van anderen.[92] De ontwikkeling van het leerstuk in de Nederlandse rechtspraak moet worden afgewacht.[93]

89 HR 2 mei 1997, *NJ* 1997, 661, r.ov. 3.3 (slotalinea), m.nt. DWFV (*Discodanser*). Ik noem verder nog HR 26 april 1996, *NJ* 1996, 728, m.nt. EAA (*Rasti Rostelli*). Een gemeente weigerde een huurovereenkomst met de organisator van een hypnoseshow aan te gaan omdat de show zich niet zou verdragen met de door de gemeente gehanteerde *algemene voorwaarden*, die onder andere godslasterlijke, zedenbedervende of provocerende activiteiten verboden. Het conflict tussen beide werd voor de burgerlijke rechter uitgevochten. De Hoge Raad zag in de weigering een preventieve beperking van de uitingsvrijheid en oordeelde de handelwijze ontoelaatbaar. Zie met name r.ov. 3.4.1 en 3.5.1, en de noot.

90 *Handboek EVRM* 1, hoofdstuk 4, nr. 28, p. 109. Directe horizontale werking ziet op de situatie dat een burger voor de nationale rechter rechtstreeks de EVRM-bescherming inroept tegenover een andere burger (dus zónder over de band te spelen van de verdragsschending door de overheid, indirecte horizontale werking).

91 Dit acht ik overtuigend verwoord door Hartkamp 2000, p. 26.

92 In deze zin bijvoorbeeld Mon. Privaatrecht 4 (A.J. Verheij), nr. 55, p. 190. Zie over de vraag of de rechter (de mate van) doorwerking aan de hand van civielrechtelijke of ook publiekrechtelijke instrumenten zou moeten vaststellen: Biesheuvel 1986, p. 42-43; Alkema 1981, p. 17. Voorts is voor deze studie m.i. een nadere beschouwing van de terminologie van resp. de verhouding tussen 'rechten' en 'belangen' niet noodzakelijk. Een leessuggestie met betrekking tot de verhouding van '*rights*' en '*interests*' is Raz 1988, p. 180-183.

93 Volgens Hartkamp 2000, p. 27-29 is de rechtspraak in ons land in het algemeen terughoudend geweest met het toekennen van horizontale werking aan fundamentele rechten.

Het EHRM ziet voor zichzelf niet de taak weggelegd om een algemene theorie over horizontale werking van verdragsrechten te formuleren.[94]

5.3 *De relatie tot (rechten of belangen van) de wederpartij*

Denkbaar is dat *beide* partijen zich tegenover elkaar op een grond- of mensenrecht beroepen, of op een ander 'hoogwaardig maatschappelijk belang',[95] en dat een afweging daarvan nodig is. Zo zou de eiser zich bijvoorbeeld, in het kader van een gevorderd verbod, op de (onrechtmatige) inbreuk op zijn persoonlijkheidsrecht kunnen beroepen, terwijl de gedaagde zich daartegen zou kunnen verweren met een beroep op de dreigende aantasting van zijn eigendomsrecht (ook een fundamenteel recht) als gevolg van het verbod.

Hier is sprake van een *botsing* of conflict van de beide rechten.[96] In het geval van een botsing prevaleert de uitingsvrijheid niet *per se*. Er valt op enkele belangrijke arresten van de Hoge Raad te wijzen. In *Edamse Bijstandmoeder* overwoog de Hoge Raad dat een inbreuk op het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer "niet worden gerechtvaardigd door de enkele (..) door het hof vooropgestelde vrijheid van meningsuiting", en in *Gemeenteraadslid*: "Bij de hier aan de orde zijnde vraag staan in beginsel twee, ieder voor zich hoogwaardige, maatschappelijke belangen tegenover elkaar."[97]

94 EHRM 28 juni 2001, *NJ* 2002, 181, r.ov. 46, m.nt. EJD (*Tierfabriken*): "The Court does not consider it desirable, let alone necessary, to elaborate a general theory concerning the extent to which the Convention guarantees should be extended to relations between private individuals *inter se*." Wel kan het hof in concrete gevallen bijdragen aan het scheppen van duidelijkheid, wanneer in een zaak zogenaamde indirecte derdenwerking (d.w.z. via een verdragsschending door een Staat) wordt aangenomen; zie nader *Handboek EVRM* 1, hoofdstuk 4, nr. 25-27, p. 107-109.

95 HR 24 juni 1983, *NJ* 1984, 801, r.ov. 3.4, m.nt. MS (*Gemeenteraadslid*): "Bij de hier aan de orde zijnde vraag staan in beginsel twee, ieder voor zich hoogwaardige, maatschappelijke belangen tegenover elkaar: (..)." Herhaald in: HR 8 maart 1985, *NJ* 1986, 437, m.nt. CJHB (*Herrenberg/Parool*); HR 6 januari 1995, *NJ* 1995, 422, m.nt. EJD (*Parool/Van Gasteren*). In Hof 's-Hertogenbosch 5 november 2002, r.ov. 4.2, *NJ* 2003, 612 (*X/De Limburger*) en Vzr. Rb. Haarlem 6 oktober 2005, *NJF* 2005, 432, r.ov. 6.1 (*KPN/Pretium*) wordt onder verwijzing naar *Gemeenteraadslid* van 'hoogwaardige belangen' gesproken.

96 Over het discussiepunt of er wel of niet een *rangorde* in grond- en mensenrechten moet worden erkend, merk ik niet méér op dan de opmerkingen in de alinea hierboven in de hoofdtekst en in deze voetnoot. Er is het nodige te zeggen over het relatieve gewicht van de zogenaamde klassieke fundamentele rechten onderling (zie bijvoorbeeld Kraan 2004, p. 567 over het onderscheid van 'klassiek' en 'sociaal'; 'klassieke' rechten zijn in rechte afdwingbaar). Ook binnen de verzameling van *klassieke* fundamentele rechten prevaleert de uitingsvrijheid niet *per se*, zoals de hierna in de hoofdtekst te noemen rechtspraak illustreert. Meer rechtspraak is vermeld bij Schuijt (*Onrechtmatige daad* VII), aant. 14. Een belangrijke EHRM-zaak is het arrest van 24 juni 2004, 59320/00, *Mf* 2004, nr. 27, p. 252, m.nt. Schuijt (*Caroline von Hannover*).

97 HR 9 januari 1987, *NJ* 1987, 928, r.ov. 4.6, m.nt. EAA (*Edamse Bijstandmoeder*); 24 juni 1983, *NJ* 1984, 801, r.ov. 3.4, m.nt. MS (*Gemeenteraadslid*).

Last but not least is er *Ferdi E.*, waaruit volgt dat *ook* als iemand (in die zaak de moordenaar van G.J. Heijn) uit het oogpunt van privacybescherming een redelijk belang als bedoeld in artikel 21 van de Auteurswet heeft bij het zich verzetten tegen publicatie van zijn *portret*, vervolgens niettemin een belangenafweging is geboden (die kán meebrengen dat het belang van de uitingsvrijheid overweegt).[98]

Het doel van een beroep op een fundamenteel recht door een partij in een civielrechtelijk geschil is het versterken van de eigen juridische positie, hetzij als argument om in het concrete geschil de toepasselijkheid van een bepaalde grondslag zoals artikel 6:162 BW aan te nemen, hetzij als argument (verweer) voor het tegendeel. Het lijkt erop dat tussen rechtssubjecten onderling een fundamenteel recht niet *als zodanig* een rechtsverhouding creëert, maar de (buiten-) contractuele relatie tussen partijen beïnvloedt.[99]

6 Rechtspraak EHRM over verhouding niet-commerciële uiting tot artikel 10 EVRM

6.1 Introductie

In deze par. 6 bespreek ik enkele gezichtsbepalende arresten van het EHRM over de toelaatbaarheid van overheidsingrijpen in uitingen die – althans overwegend – niet-commercieel van aard zijn.[100] Het zijn arresten die een basis voor verdere ontwikkeling van de rechtspraak hebben gevormd en waaraan het EHRM is blijven refereren.

De eerste drie arresten – *Müller*, *Otto-Preminger-Institut*, *Wingrove*[101] – betreffen zaken waarin door nationale overheden was opgetreden tegen vulgair en/of profaan bevonden culturele uitingen. De toetsing van dit optreden door het EHRM leverde aanwijzingen op over de rol die dit hof voor zichzelf ziet inzake supervisie van ontoelaatbaar geoordeelde culturele uitingen en over

98 HR 21 januari 1994, *NJ* 1994, 473, r.ov. 3.3, m.nt. DWFV (*Ferdi E.*). De auteursrechtelijke invalshoek belicht Spoor/Verkade/Visser 2005, par. 6.8, p. 316 e.v.

99 Akkermans e.a. 1999, p. 205.

100 Ik geef hier enkele gerichte illustraties; zie par. 3 voor een algemene bespreking van art. 10 EVRM met verwijzingen naar rechtspraak.

101 EHRM 24 mei 1988, *NJ* 1991, 685, m.nt. EAA (*Müller*), ook in *NJCM* 1988, p. 666-676 met commentaar L. Zwaak; 20 september 1994, *NJ* 1995, 366, m.nt. EJD (*Otto-Preminger Institut*); 25 november 1996, *NJ* 1998, 359, m.nt. EJD, en noot Hirsch Ballin in *NJCM* 1998, p. 49-54 (*Wingrove*).

de beoordelingsruimte voor nationale autoriteiten.[102] De drie arresten liggen dicht aan tegen het terrein waarop de in hoofdstuk 3 te bespreken Nederlandse strafbepalingen zich doen gelden.

Een meer specifiek op rechtsbescherming ten aanzien van tekens met een grote symbolische waarde gerichte uitspraak van het EHRM is er niet.

In deze par. 6 geef ik tevens één belangrijke uitspraak van het EHRM weer over journalistieke persuitingen, *Jersild*.[103] Dat onderwerp bevindt zich in het hart van de uitingsvrijheid.

6.2 Müller (1988)

6.2.1 Bespreking

Kunstschilder Müller was uitgenodigd om met enkele schilderijen deel te nemen aan een tentoonstelling in Fribourg (Zwitserland) in 1981. Het door hem tentoongestelde werk omvatte voorstellingen van seksuele relaties/handelingen tussen mens en dier. Nog op de dag van de opening haalde een onderzoeksrechter de schilderijen weg, nadat eerder die dag een bezoeker die zijn minderjarige kind bij zich had, aangifte was komen doen. Müller en andere bij de organisatie van de expositie betrokken personen werden vervolgd en veroordeeld tot een geldboete wegens het openbaar maken van obsceen materiaal.

De rechter oordeelde dat de in beslag genomen werken in depot moesten worden bewaard om ze aan het publiek te onthouden. De werken werden pas in 1988 vrijgegeven.[104] Müller en de andere veroordeelden procedeerden tot aan de Zwitserse cassatierechter over de veroordeling en de inbeslagneming van hun werk. Belangrijke twistpunten vormden de inhoud van de term 'obsceen' en de vraag of er wel sprake was geweest van een openbaarmaking.

---

102 De jurisprudentievorming van het EHRM op het hier besproken gebied is na deze drie uitspraken niet opgehouden. In bijv. een recente Oostenrijkse zaak over een *civiel*rechtelijk verbod van expositie van een schilderij met een bewerkt portret van een politicus erop, EHRM 25 januari 2007, zaaknr. 68354/01 (*Vereinigung Bildender Künstler*), verwijst het hof (in r.ov. 26) naar de *Müller*-zaak, die over een *straf*rechtelijk verbod van expositie van een schilderij ging. Anders echter dan in *Müller* (zie hierna in par. 6.2) laat het hof de autoriteiten in *Vereinigung Bildender Künstler* niet wegkomen met de beperking van de uitingsvrijheid, maar of dit een verandering in opvatting over de beoordelingsmarge in dit soort zaken weerspiegelt, is m.i. onzeker, alleen al gezien de verschillen tussen de beide zaken.

103 EHRM 23 september 1994, *NJ* 1995, 387, m.nt. EJD en Kn (*Jersild*). Voor een overzicht van EHRM-zaken over journalistieke persuitingen verwijs ik naar een handboek over art. 10 EVRM en de jurisprudentie van het hof, zoals *Handboek EVRM* 2-I, artikel 10 (Voorhoof), nr. 1-336, p. 837-1060.

104 Müller kreeg zijn schilderijen terug nadat zijn verzoek om teruggave door een rechtbank was toegewezen. De rechtbank motiveerde de uitspraak met de overweging dat de maatregel van inbeslagneming zijn functie inmiddels had vervuld.

Succes hadden zij niet, en in 1983 dienden zij een klacht in bij de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens,[105] die tot het oordeel kwam dat de veroordeling geen strijd met artikel 10 EVRM opleverde, maar de inbeslagneming wel.

Het EHRM kwam tot het oordeel dat op geen van beide punten de uitingvrijheid geschonden was. Het hof sprak de erkenning uit dat artistieke uitingen door de vrijheid van meningsuiting worden beschermd, maar plaatste de kunstenaar en zijn werk niet op een voetstuk: "[w]hoever excercises his freedom of expression undertakes (..) "duties and responsibilities"; their scope will depend on his situation and the means he uses".[106] Wat dat precies voor plichten en verantwoordelijkheden (lid 2 van artikel 10 EVRM) waren, dat gaf het hof niet aan.

De beoordelingsmarge van de individuele landen indachtig, vond het EHRM de argumentatie voor de noodzakelijkheid van de veroordeling van Müller door de Zwitserse autoriteiten ter bescherming van belangen op het vlak van de goede zeden[107] in de omstandigheden door de beugel kunnen.[108] Het hof woog mee dat de tentoonstelling voor iedereen, zonder leeftijdsgrens, gratis toegankelijk was geweest en het publiek niet werd voorbereid op wat het te zien zou krijgen. Drie nationale instanties hadden achtereenvolgens geoordeeld dat veroordeling op zijn plaats was. Ook speelde voor het hof een rol dat er geen uniforme Europese opvatting over moraal bestaat – hoewel het toegaf dat de moraal toentertijd al wel losser was geworden – en dat het de schilderijen zelf had gezien en de kwalificatie aanstootgevend niet "unreasonable" vond. De noodzaak van de inbeslagname viel eveneens binnen de "margin of appreciation", vooral omdat deze maatregel uiteindelijk tijdelijk was gebleken.[109]

105 De vroegere ECRM had als kerntaak een ontvankelijkheidsonderzoek in de aangebrachte klachtzaken en vormde als het ware een voorportaal van een procedure voor het hof; zie over de ECRM uitvoerig Van Dijk & Van Hoof 1990, p. 67 e.v. Zie over de huidige gang van zaken: art. 27, 28 en 29 EVRM.

106 R.ov. 34.

107 Verwarrend is in dit verband dat het hof (r.ov. 30) overwoog dat er een "natural link [is] between protection of morals and protection of the rights of others." Beide worden als zelfstandige belangen genoemd in art. 10 lid 2 EVRM. Alkema wees in nr. 3 van zijn noot onder *NJ* 1991, 685 op de risico's van een dergelijke formulering, die de deur open zet voor overheidshandelen dat uit naam van anderen (bepaalde zwakkere groepen in de samenleving) de vrijheid van meningsuiting beteugelt.

108 De omstandigheden worden genoemd in r.ov. 35-36.

109 R.ov. 43.

6.2.2 Commentaar op de *Müller*-uitspraak

De beide beperkingen van de uitingsvrijheid werden in enige commentaren streng bevonden en de motivering van het EHRM niet zo overtuigend.[110] De, ook in mijn ogen, wat moeilijk te verteren uitkomst, die natuurlijk al niet zo recent meer is maar waarop andere rechtspraak wel voortbouwt, komt mede voort uit de combinatie van de aan de verdragsstaat gegunde beoordelingsmarge en de toepassing van een vage norm.[111] Wat het geven van aanstoot precies is, laat zich bij gebrek aan Europese consensus inderdaad moeilijk op het niveau van EVRM-supervisor vaststellen. Maar voor de Zwitserse autoriteiten en iedereen die nadien de uitspraak tot zich neemt, moet wel duidelijk kunnen zijn of langs de juiste lijnen is getoetst, en meer in het bijzonder wat de parameters zijn om te bepalen of de autoriteiten met recht hun sancties hebben kunnen opleggen.[112] Een vage term hindert het EHRM om zich over de inhoud daarvan uit te laten, maar belet het niet om het kader te verduidelijken en gezichtspunten te formuleren.[113]

Hoopgevend is dat ook rechters in het EHRM zelf later wel kritiek hebben geuit op de beslissing in *Müller*. Zie onlangs nog *dissenting* rechters Spielmann en Jebens:[114]

> "We might note in passing that in *Müller and Others v. Switzerland* the Court found that there had been no violation of Article 10, a solution which we do not find persuasive, seeing that the paintings in issue in that case did not infringe the rights of others but were simply deemed to be obscene."

110 Kritisch Alkema in zijn noot onder *NJ* 1991, 685, met verwijzingen naar andere (evenzeer kritische) commentaren.

111 *Müller* legde de basis voor met name de hierna te behandelen zaken *Wingrove* en *Otto-Preminger-Institut*. De door het hof vastgestelde regel is ook later nog herhaald, in o.a. EHRM 4 december 2003, *NJ* 2005, 176, r.ov. 37, m.nt. EJD (*Gündüz*): "a certain margin of appreciation is generally available to the Contracting States when regulating freedom of expression in relation to matters liable to offend intimate personal convictions within the sphere of morals or, especially, religion."

112 Algemeen, maar in vergelijkbare zin MacDonald 1993, p. 84.

113 Prebensen 1998, p. 36 spreekt in een iets breder verband van "a series of relative factors which may properly determine the scope of the review it will carry out" (waarbij "it" verwijst naar het EHRM). Zie voorts het commentaar bij het arrest van L. Zwaak, *NJCM* 1988, p. 673-676: "Met het veilig varen op het kompas van de 'margin of appreciation' worden de garanties neergelegd in de Conventie een dode letter."

114 *Joint dissenting opinion* onder EHRM 25 januari 2007, zaaknr. 68354/01 (*Vereinigung Bildender Künstler*), voetnoot 2.

6.3 *Otto-Preminger-Institut (1994)*

6.3.1 Bespreking

Naar aanleiding van een verzoek van het bisdom van de Rooms-katholieke Kerk in Innsbruck (Oostenrijk) in 1985, confisqueerde een rechtbank de film 'Das Liebeskonzil' op de grond dat de beelden denigrerend waren voor geloofsopvattingen. De film zou worden vertoond in een bioscoop van het Otto-Preminger-Institut in Innsbruck en was met een beschrijving van het verhaal aangekondigd in een folder voor leden en bij de bioscoop zelf. Het verhaal was gebaseerd op een oude, satirische tragedie (1894), waarvan de schrijver indertijd was veroordeeld voor blasfemie.

De maker van 'das Liebeskonzil' had de heropvoering van het toneelstuk in Rome gefilmd en liet deze beelden in zijn film vergezeld gaan van een fictieve registratie van het strafproces tegen de schrijver in München in 1895. Het toneelstuk portretteerde God als een weinig daadkrachtige grijsaard, Christus als een onderontwikkeld moederskind en de Maagd Maria als '*the woman in charge*', waarin zij gedrieën onder aanvoering van Maria werkten aan een duivels plan om de mensenwereld door middel van een seksueel overdraagbare ziekte te straffen voor haar immoraliteit. In de film kwam verder onder meer een scène voor waarin God de duivel kuste en hem zijn vriend noemde.

Het EHRM achtte zowel de inbeslagneming als de verbeurdverklaring niet in strijd met de vrijheid van meningsuiting van het Otto-Preminger-Institut, de exploitant van de bioscoop waar de film vertoond had zullen worden.[115] Het hof overwoog:[116]

> "Those who choose to exercise the freedom to manifest their religion, irrespective of whether they do so as members of a religious majority or a minority, cannot reasonably expect to be exempt from all criticism. They must tolerate and accept the denial by others of their religious beliefs and even the propagation by others of doctrines hostile to their faith. However, the manner in which religious beliefs and doctrines are opposed or denied is a matter which may engage the responsibility of the State, notably its responsibility to ensure the peaceful enjoyment of the right guaranteed under Article 9 to the holders of those beliefs and doctrines. (..)
> [T]he court [has] held in the context of Article 9, that a State may legitimately consider it necessary to take measures aimed at repressing certain forms of conduct, including the imparting of information and ideas, judged incompatible with the respect for the freedom of thought, conscience and religion of others (..). The respect for the religious feelings of believers as guaranteed in Article 9 can legitimately thought to have been violated by provocative portrayals of objects of religious veneration; and such portrayals can be regarded as malicious violation of the spirit of tolerance, which must also be a feature of democratic society."

115 EHRM 20 september 1994, *NJ* 1995, 366, r.ov. 9-12, m.nt. EJD (*Otto-Preminger Institut*).
116 R.ov. 47.

Volgens het hof diende de beperking dus een legitiem belang: respect voor de godsdienstige gevoelens van gelovigen. Om dit belang te beschermen kon de door de Oostenrijkse autoriteiten opgelegde beperking naar het oordeel van het hof, gegeven de *margin of appreciation*, als noodzakelijk en proportioneel worden aangemerkt. In het kader van de beoordeling van de noodzakelijkheidseis overwoog het hof nog, ten aanzien van de plichten en verantwoordelijkheden van degene die gebruik maakt van de uitingsvrijheid (in deze zaak het Otto-Preminger-Institut dat de film wilde vertonen):

> "Amongst them – in the context of religious opinions and beliefs – may legitimately be included an obligation to avoid as far as possible expressions that are gratuitously offensive to others and thus an infringement of their rights, and which therefore do not contribute to any form of public debate capable of furthering progress in human affairs."

6.3.2 Commentaar op *Otto-Preminger-Institut*

Anders dan in de *Müller*-zaak heeft het hof in het laatste citaat wél enige invulling gegeven aan de plichten en verantwoordelijkheden van degene die zich op een wellicht voor anderen kwetsende manier uit (het Otto-Preminger-Institut, door vertoning van de film). De drie *dissenting judges* in deze zaak waren evenwel kritisch en vroegen zich af wie zou moeten vaststellen, of een bepaalde uiting bijdraagt aan enig publiek debat dat op zijn beurt weer kan bijdragen aan maatschappelijke ontwikkelingen.[117] De geciteerde overweging is in latere uitspraken herhaald.[118] Ik haal er als gezichtspunt uit: een grens aan de uitingsvrijheid ligt bij de buiten het speelveld van enig publiek debat gedane ongegronde[119] of irreële uiting, waaraan mensen wegens een bepaalde godsdienstige overtuiging aanstoot nemen. Het zou dan bijvoorbeeld kunnen gaan om volkomen irreële perversiteiten of scheldkanonnades rondom de verering van de profeet Mohammed door moslims. Het kan niet anders of de context van de uiting is daarbij van belang: een interview op de radio is nog wel iets anders dan een show van een cabaretier.

Dat de Oostenrijkse overheid aan het langste eind trok, geeft in dit verband een wat vertekend beeld. Afgaande op de beschrijving van de inhoud van 'Das Liebeskonzil' in het arrest, bevatte de film scènes die ongetwijfeld door sommige kijkers als aanstootgevend zouden zijn ervaren. Maar waarom zou de omstandigheid dat de maker met de film een boodschap wilde brengen (het aan de orde stellen van bepaalde absurditeiten van het christelijk geloof en van de relatie tussen godsdienst en onderdrukking[120]), de film niet

117 De *dissenting opinion* achter het arrest, ov. 3. Kritisch is ook R. de Winter, 'De liefdesconcilie na 100 jaar terug bij af', *NJCM* 1995, p. 190.

118 EHRM 4 december 2003, *NJ* 2005, 176, r.ov. 37, m.nt. EJD (*Gündüz*).

119 *Van Dale* Handwoordenboek Engels/Nederlands 1996 geeft als betekenis van "gratuitous": ongegrond, nodeloos, onnodig; te denken valt ook aan 'gratuit'. Ik kies voor 'ongegrond', als de meest zakelijke uitleg.

120 R.ov. 10.

de context verlenen die maakte dat de maker, op zijn manier, bijdroeg aan een discussie over de rol van religie in de 'wereldse' maatschappij?

Het EHRM had óók met inachtneming van een beoordelingsruimte van de Oostenrijkse autoriteiten iets kunnen zeggen over de *wijze* van beoordelen en meewegen van de bedoeling van de filmmaker. Over de parameters bij deze toetsing is duidelijkheid van het hof gewenst, om vervolgens de feitelijke afweging aan de hand van die parameters te kunnen volgen. Bij gebreke van die duidelijkheid zullen we niet weten of het objectief niet doenlijk was om de gestelde boodschap achter de filmplaatjes te zien of dat het de *autoriteiten* waren die daar niet voor open stonden. In het meest obscure geval – ik abstraheer nu van de zaak *Otto-Preminger-Institut* – heeft een Staat er gewoonweg geen boodschap aan. Ik bedoel hiermee naar voren brengen dat de beoordelingsmarge zoals het hof die in *Otto-Preminger-Institut* toepast, een te wijd vallend kleed is.

Een ander aspect nog. Het eerste citaat hierboven (r.ov. 47 van het arrest) besloot met de zin: "The respect for the religious feelings of believers as guaranteed in Article 9 can legitimately thought to have been violated by provocative portrayals of objects of religious veneration; and such portrayals can be regarded as malicious violation of the spirit of tolerance (..)".[121] Klaarblijkelijk beschouwt het EHRM provocerende voorstellingen van objecten met een godsdienstige betekenis als uitingen waarop een beperking is toegestaan, ter bescherming van de in artikel 10 lid 2 EVRM genoemde 'rechten van anderen' (om hun godsdienstige overtuiging).

Op geloofskwesties gerichte provocerende uitingen kunnen inderdaad, in bepaalde omstandigheden, ál te zeer de levenssfeer van anderen onder druk zetten. (Het verkondigen van de oude mythe dat de joden Christus zouden hebben vermoord, zoals onder meer in het Derde Rijk wel gebeurde, is daarvan een voorbeeld.) Een bedenking tegen het gezichtspunt van het hof is evenwel dat het niet vergezeld gaat van een nader kader. Het is te algemeen, en draagt in combinatie met de bij kwesties van moraal doorgaans tóch al ruimere *margin of appreciation* voor de nationale autoriteiten, het gevaar in zich te worden toegepast in gevallen die eigenlijk niet ernstig genoeg zijn.[122] Die gevallen zullen dan weer eerst het Europese hof moeten bereiken voordat het zou kunnen bijsturen.

121 Het citaat is herhaald in EHRM 10 juli 2003, *NJ* 2005, 177, r.ov. 50, m.nt. EJD (*Murphy*). De vloeiende beweging waarmee het hof in r.ov. 47 respect voor godsdienstige gevoelens in verband brengt met de godsdienstvrijheid in art. 9 EVRM, ter inkleding van de in art. 10 lid 2 genoemde 'rechten van anderen', doet mij even achter de oren krabben. Ik verwijs verder naar de kritiek van Rosier 2000, p. 6. In *Wingrove*, hierna, r.ov. 58 lijkt de balans echter niet verstoord.

122 De Meij 2000 e.a., p. 257 constateert dat de bescherming van de goede zeden en de godsdienst betrekkelijk gemakkelijk als alibi voor beperkingen van de uitingsvrijheid wordt geaccepteerd. Ik bewaar enkele andere opmerkingen over de *margin of appreciation* voor mijn commentaar bij *Wingrove*, hierna.

6.4 *Wingrove (1996)*

6.4.1 Bespreking

De distributie op de videomarkt van een andere film, 'Visions of Ecstasy', werd verhinderd in Groot-Brittannië, in 1989. De verantwoordelijke autoriteit achtte de film obsceen en blasfemisch en als zodanig strijdig met de geldende wetgeving.[123] In de korte film stond een erotische droom of visioen centraal van de heilige Theresa van Avila, een zestiende-eeuwse non, gespeeld door een jonge actrice in een habijt. In de droom ontmoette Theresa haar ziel in de gedaante van een bijna naakte vrouw, die haar streelde en opwond. Later in de droom vlijde Theresa zich tegen de van het kruis afgenomen Christus aan en kuste ze zijn wonden en zijn mond. De door Wingrove geschreven en geregisseerde film bevatte geen dialoog; de beelden in de film werden begeleid door muziek. Alleen uit de aftiteling was op te maken dat de actrice de heilige Theresa verbeeldde.[124]

Wingrove zette zijn protest tegen het verhinderen van distributie van zijn 'Visions of Ecstasy' voort tot aan het EHRM. De overwegingen van het arrest vertonen gedeeltelijk gelijkenis met de zaken *Müller* en *Otto-Preminger-Institut* en hebben voor het overige voornamelijk betrekking op de specifieke Britse wetgeving voor blasfemie.[125] Voor de lijn van deze paragraaf is van belang vast te stellen dat het hof in *Wingrove* opnieuw een ruime beoordelingsmarge aan de nationale autoriteiten liet:[126]

> "Bearing in mind the safeguard of the high threshold of profanation embodied in the definition of the offence of blasphemy under English law as well as the State's margin of appreciation in this area (..), the reasons given to justify the measures taken can be considered as both relevant and sufficient for the purposes of Article 10 para. 2 (..). Furthermore, having viewed the film for itself, the Court is satisfied that the decisions by the national authorities cannot be said to be arbitrary or excessive."

Dat de maatregel neerkwam op een algeheel verbod te film te distribueren, botste niet met de proportionaliteitseis, aldus het hof. Het overwoog dat het

123 De (strenge) wetgeving verbood iedere publicatie, waaronder film, die ten aanzien van het christelijke geloof "comtemptuous, reliving, scurrilous or ludicrous matter" bevatte, waarbij het niet zozeer aankwam op de inhoud van de publicatie als wel op de manier waarop die werd gebracht. Ik verwijs verder naar r.ov. 23-29 van het arrest, EHRM 25 november 1996, *NJ* 1998, 359, m.nt. EJD (*Wingrove*).

124 Aldus de feitenweergave in r.ov. 8-10 van het arrest.

125 Een bijzonderheid was nog dat de beslissing om de film niet op de videomarkt toe te laten werd genomen door een bureau met gedelegeerde bevoegdheden (de *British Board of Film Classification*) en in stand werd gelaten door een andere instantie (de *Video Appeals Committee*), terwijl aan de hele zaak geen Britse rechter te pas kwam. Kritisch hierover de *dissenting opinion* van rechter De Meyer, ov. 2.

126 R.ov. 61. Het hof bracht begrip op voor het standpunt dat het aanbrengen van een waarschuwing op de doos waarin de video is verpakt, onvoldoende was, vanwege de ruime verspreidingsmogelijkheden.

in de aard van videofilms lag, dat ze na uitgifte eenvoudig verder te verspreiden zijn.[127] In samenhang met het citaat van zojuist kan dus worden geconcludeerd dat toen de film eenmaal was aangemerkt als verboden blasfemie, een verbod op circulatie mede gezien de aard van het medium niet buiten de in 'moraalzaken' doorgaans gegunde *margin of appreciation* viel.

6.4.2 Commentaar op *Wingrove*

Enkele rechters deelden de conclusies in de uitspraak niet en verzetten zich tegen de uitkomst. Voor rechter De Meyer, was *Wingrove* "a pure case of prior restraint", een geval van zuivere censuur, die een onacceptabele inbreuk op de vrijheid van meningsuiting vormde.[128] 'Visions of Ecstasy' was, net als 'Das Liebeskonzil', in het geheel niet door het publiek, welk publiek dan ook, gezien, waardoor kijkers niet eens aanstoot aan de film hebben kúnnen nemen.[129] Nu was dat precies de bedoeling van de bevoegde autoriteiten, maar in het licht van artikel 10 lid 2 EVRM is de vraag gerechtvaardigd of er werkelijk een "pressing social need" was om in te grijpen in de uitingsvrijheid van Wingrove (resp. het Otto-Preminger-Institut dat 'Das Liebeskonzil' wilde vertonen). De *dissenting* rechter Lohmus vond van niet.[130]

Het arrest illustreert tevens dat het EHRM kennelijk een Staat met wetgeving op het terrein van de goede zeden of godsdienst, *ongeacht* de precieze inhoud en strekking van die wetgeving,[131] bij de toepassing daarvan in zijn waarde laat (het zijn beoordelingsmarge gunt), wanneer het hof duidelijk is dat deze Staat daarbij alle nationale regels inclusief procedurele in acht heeft genomen en dus '*by the book*' heeft gehandeld. Dat het hof deze route in *Wingrove* heeft bewandeld wil misschien nog niet per se zeggen dat dit in vergelijkbare gevallen opnieuw zou gebeuren, maar kennelijk is het scenario reëel en voor het hof acceptabel.

Een dermate terughoudende opstelling van het hof, met de arresten in *Müller* en *Otto-Preminger-Institut* in het achterhoofd, maakt mijns inziens dat de *margin of appreciation* een vrijplaats voor Staten dreigt te worden als het aankomt op het beoordelen van de proportionaliteit van om redenen van moraal of geloof opgelegde beperkingen van (cultuur-)uitingen. Over de wijdte van de in zulke zaken aan te leggen beoordelingsmarge kan verschillend worden

127 R.ov. 63-64.

128 *Dissenting opinion* van rechter De Meyer, ov. 1, in *Wingrove*.

129 Dit geval is dus nog krasser dan de *Müller*-zaak, waar mensen de tentoonstelling wel konden bezoeken – hoewel ze daartoe natuurlijk niet verplicht waren, een m.i. ondergewaardeerd element in die zaak.

130 *Dissenting opinion* van rechter Lohmus in *Wingrove*, ov. 3.

131 Vgl. r.ov. 42, 48, 50, 57. Uit r.ov. 57 valt op de maken dat het EHRM de Britse wetgeving voor blasfemie uit de tijd en een uitdrukking van ongelijkheid vond, maar het *maakte pas op de plaats* om de Britse wetgever in deze godsdienstaangelegenheid niet voor de voeten te lopen. In r.ov. 50 overwoog het hof bovendien dat de ongelijkheid in de wetgeving *niet afdeed* aan de legitimiteit van het (in de blasfemiebepaling neergelegde) te beschermen belang.

gedacht,[132] maar een uitkomst die veel weg heeft van een 'moraalexceptie' ten gunste van de Staten heeft geen toekomst.[133] In kwesties van moraal en geloof is er immers net zo goed het niet te onderschatten belang van een (door het EVRM en via het EHRM) gegarandeerde *adequate* bescherming van de uitingsvrijheid op het nationale niveau.

In *Wingrove* liet het EHRM aan Groot-Brittannië niet alleen de eindverantwoordelijkheid voor de beoordeling van de noodzakelijkheid en de proportionaliteit van de beperking van de uitingsvrijheid, maar ook achtte het hof het niet opportuun te oordelen over de inhoud en de portee van de door de overheid toegepaste wetgeving over goede zeden en godsdienst, hoewel méér dan een enkeling die als discriminerend voor andere geloven en levensbeschouwingen beschouwde.[134] De combinatie van deze elementen maakt *Wingrove* misschien uitzonderlijk, maar roept de vraag op wat het hof bij deze stand van zaken zou vinden van nog extremere, door de overheid op zichzelf correct toegepaste wetgeving die sommige gelovigen een bevoorrechte positie verleent.

Er zal voor het EHRM vast wel een grens zijn aan de inhoud van normen op het vlak van de moraal en geloof, maar de overwegingen in *Wingrove* – of die in de andere hiervoor in deze par. 6 besproken arresten – sluiten daaromtrent in elk geval nog niets uit.[135] Wat naar mijn opvatting nodig zou zijn, is dat het hof gaandeweg een eigen, 'Europees' standpunt zou formuleren over de *lijnen waarlangs* in een democratische samenleving de in de Staten bestaande opvattingen over moraal bepalend kunnen zijn voor het beperken van uitingen van culturele aard. Het komt hierbij aan op het verfijnen van de toetsingscriteria in artikel 10 lid 2 EVRM en het formuleren van gezichtspunten.

Zou bijvoorbeeld het criterium van de dringende maatschappelijke noodzaak louter aan een abstractie moeten mogen worden getoetst, zoals in

132 Dat doen rechters in het EHRM overigens zelf ook – zie recentelijk de *joint dissenting opinion* van rechters Spielmann en Jebens onder EHRM 25 januari 2007, zaaknr. 68354/01 (*Vereinigung Bildender Künstler*), punt 6: "We also take the view that the State's margin of appreciation should be particularly limited, or indeed practically non-existent, where its interference affects artistic freedom." Deze opvatting is door het hof dus tot nu toe niet omarmd.

133 Het EHRM heeft wél ingegrepen in een aantal andere zaken over opvattingen omtrent moraal, maar die betroffen niet (meer of minder) culturele uitingen zoals in *Wingrove* maar o.a. informatievoorziening over abortus. Zoals EHRM 29 oktober 1992, nr. 64/1991/316/387-388, r.ov. 63, 68, 80 (*Open Door & Dublin Well Woman*), waarin het hof oordeelde dat een onbegrensd verbod van het in Ierland assisteren van ongewenst zwangere vrouwen bij hun voornemen abortus te laten uitvoeren in een kliniek buiten Ierland (dat abortus verbiedt), "disproportionate to the aims pursued" was. Klaarblijkelijk gunt het hof de Staten in bepaalde andere moraalkwesties dan in de relatie tot cultuur niet *volledige* autonomie. Zie voor een ander type voorbeeld (homoseksualiteit) EHRM 26 oktober 1988, nr. 10581/83, r.ov. 45 (*Norris*).

134 Omdat de wet uitsluitend opkwam voor christelijke geloofsbelangen. Vgl. met name r.ov. 57.

135 Vgl. het commentaar bij Van Dijk e.a. 2006, p. 806-807.

Wingrove en *Otto-Preminger-Institut* gebeurde toen overheidsorganen vóór de publicatie bepaalden dat de films aanstootgevend waren en de publicatie verhinderden? Of zou daarin zoveel mogelijk de werkelijkheid bepalend moeten zijn, zoals met name de reactie van publiek en media? Het EHRM zou over dit – Europese, niet nationale – criterium een standpunt hebben kunnen innemen en tegelijkertijd de aan de overheid vergunde mate van autonomie ten aanzien van de feitelijke afweging, intact hebben kunnen laten.[136]

6.5 Jersild (1994)

6.5.1 Bespreking

Ook buiten het terrein van de goede zeden en de godsdienst kunnen opvattingen omtrent behoren natuurlijk 'opspelen', maar dáár mogen ze van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens geen rol van betekenis spelen als het aankomt op het beperken van de uitingsvrijheid. In het bijzonder wanneer het gaat om politieke of journalistieke uitingen van algemeen belang of in het kader van een maatschappelijk debat, is de manoeuvreerruimte voor EVRM-verdragsstaten beperkt.[137] Ik bespreek een bekend arrest van het hof, *Jersild* (1994).[138]

Denemarken werd zogezegd op de vingers getikt, voor het veroordelen van de journalist Jersild voor zijn aandeel in het verspreiden van racistische denkbeelden. Jersild had een groep Deense jongeren geïnterviewd en de gesprekken gefilmd, met de bedoeling de kijker deelgenoot te maken van onder de jongeren levende sympathie voor de Klu Klux Klan en voor racisme en haat jegens immigranten. De beelden die Jersild had gemaakt waren verkort uitgezonden op televisie. Zijn *item* begon met commentaar van de journalist voor de kijker over de inhoud van de uitzending. Hij had bovendien aangegeven dat hij met de beelden aanhaakte bij een recente publieke discussie over het onderwerp in Denemarken en aandacht in de nieuwsmedia.

Het EHRM overwoog dat uit het interview en het begeleidende commentaar voldoende duidelijk was dat Jersild zich van de racistische uitlatingen distantieerde.[139] Het hof overwoog:[140]

136 Zoals opgemerkt in par. 3.3.3 onder verwijzing naar Schokkenbroek 1998, p. 31, ziet een terughoudende opstelling van het EHRM immers *niet* op de juistheid en volledigheid van de toetsing aan de vereisten volgens art. 10 lid 2 EVRM en de interpretatie van deze vereisten door het hof.

137 Vgl. bijvoorbeeld EHRM 8 juli 1986, *NJ* 1987, 901, r.ov. 42 (*Lingens*); 10 juli 2003, *NJ* 2005, 177, r.ov. 67, m.nt. EJD (*Murphy*); 4 december 2003, *NJ* 2005, 176, r.ov. 37, m.nt. EJD (*Gündüz*).

138 EHRM 23 september 1994, *NJ* 1995, 387, m.nt. EJD en Kn. Het arrest is ook besproken door F. Janssen, 'De afstand tot de belediging', *NJCM* 1995, p. 124-141.

139 R.ov. 34.

140 R.ov. 33.

> "Taken as a whole, the feature could not objectively have appeared to have as its purpose the propagation of racist views and ideas. On the contrary, it clearly sought – by means of an interview – to expose, analyse and explain this particular group of youths, limited and frustrated by their social situation, with criminal records and violent attitudes, thus dealing with specific aspects of a matter that already then was of great public concern."

Het hof overwoog tevens dat de hoogte van de aan de journalist opgelegde sanctie (een geldboete) voor de toets aan artikel 10 lid 2 EVRM niet relevant was; wat telde was diens veroordeling als zodanig. Het hof:[141]

> "Not only does the press have the task of imparting such information and ideas: the public also has a right to receive them. Were it otherwise, the press would be unable to play its vital role of "public watchdog"."
> "The punishment of a journalist for assisting in the dissemination of statements made by another person in an interview would seriously hamper the contribution of the press to discussion of matters of public interest and should not be envisaged unless there are particularly strong reasons for doing so."

Zodoende bereikte het hof de conclusie dat onvoldoende was gebleken om de beperking van de uitingsvrijheid van Jersild (door middel van een strafrechtelijke veroordeling) aan te merken als noodzakelijk in een democratische samenleving, noch als proportioneel in verband met de bescherming van de reputatie of rechten van anderen (tweede lid van artikel 10 EVRM).[142]

6.5.2 Commentaar op *Jersild*

Zo véél beoordelingsruimte als de nationale autoriteiten in de hiervoor besproken zaken kregen, zo weinig ruimte komt hier Denemarken toe. Het verschil is dat het in de *Jersild*-zaak gaat om een journalistieke uiting die is gedaan in de context van een publiek debat.[143] Het is meen ik goed om na de drie 'moraalzaken', die veel beoordelingsvrijheid voor de overheden lieten zien, terug te gaan naar het hart van het gebied dat artikel 10 EVRM bestrijkt: de politiek, de journalistiek in de rol van publieke waakhond,[144] en het publieke debat over onderwerpen van algemeen belang. Hier is het hof in zeer hoge mate wars van compromissen.

---

141 Citaten uit r.ov. 31 resp. 35.

142 R.ov. 37.

143 Zie over journalistieke uitingen in ieder geval ook EHRM 24 februari 1998, *NJ* 1998, 360 (*De Haes en Gijsels*). Het EHRM scheert niet alle journalistieke uitingen over één kam, zo is gebleken in EHRM 24 juni 2004, nr. 59320/00, r.ov. 63 (*Caroline von Hannover*), < www.echr.coe.int/echr >: "The Court considers that a fundamental distinction needs to be made between reporting facts – even controversial ones – capable of contributing to a debate in a democratic society relating to politicians in the exercise of their functions, for example, and reporting details of the private life of an individual who, moreover, as in this case, does not exercise official functions. While in the former case the press exercises its vital role of "watchdog" in a democracy by contributing to "impart[ing] information and ideas on matters of public interest (..), it does not do so in the latter case."

144 Zie *Caroline von Hannover*, in de vorige voetnoot.

Volgens het EHRM in *Jersild* mag de overheid in gevallen van een journalistieke uiting waarin ideeën worden uitgedragen die neerkomen op een belediging van of het zaaien van haat jegens bevolkingsgroepen wegens hun ras of herkomst, slechts in actie komen indien zij daar "particularly strong reasons" voor heeft. De jongeren die in het interview hun opvattingen hadden verkondigd zijn door de Deense rechter eveneens veroordeeld en volgens het Europese hof is zonneklaar dat hun uitingen niet de bescherming van artikel 10 EVRM verdienden.[145] De ideeën op zichzelf beschouwd kunnen niet door de beugel, lijkt het hof hiermee te willen benadrukken, maar het doel dat een weergave van die ideeën dient en de objectieve kenbaarheid daarvan zijn van belang.

Dommering heeft in zijn noot onder het arrest erop gewezen dat de functie van de pers als boodschapper van opvattingen en gebeurtenissen door het Europese hof hoog wordt geschat.[146] Dit neemt niet weg, volgens de annotator, dat de pers zich moet houden aan het geven van verantwoorde berichtgeving en dus ook zelf feitelijk onderzoek dient te doen. Schiet de pers daarin tekort, dan kan dat inderdaad afbreuk doen aan de zakelijkheid, verifieerbaarheid en integriteit van de berichtgeving, en wordt een uiting tendentieus. Hoe ernstiger de boodschap is, hoe hoger de eisen aan de onderbouwing zijn. In dit verband is te wijzen op een verschil tussen een door een journalist weergegeven mening – subjectief – en feit – neutraal.[147] Van een journalist mag niet worden verlangd dat hij zich van een feit distantieert, ook al gaat het om schokkende informatie.[148]

7 Rechtspraak EHRM over verhouding commerciële uiting tot artikel 10 EVRM

7.1 Introductie

Deze par. 7 over commerciële uitingen geef ik een wat andere opzet mee dan de vorige, par. 6. De reden hiervoor is dat bescherming van – overwegend – commerciële uitingen door artikel 10 EVRM minder voor de hand liggend is dan van niet-commerciële uitingen, en dat het beeld dat deze bescherming oplevert uiteindelijk een slag diffuser is. Intussen geef ik toch ook hier een overzicht, bij wijze van fundament voor het betoog in hoofdstuk 4, par. 6, uiteraard voor zover betrekking op – nogmaals: overwegend – commerciële uitingen.

145 R.ov. 35.
146 Punt 4 van de noot.
147 Vgl. EHRM 25 juni 1992, *NJ* 1987, 901 (*Lingens*).
148 In gelijke zin annotator Knigge, punt 4, onder het *Jersild*-arrest.

7.2 *Ook commerciële uiting valt onder artikel 10 EVRM*

Artikel 7 lid 4 Gw sluit handelsreclame, in deze studie gelijk gesteld met commerciële uitingen, uit van de bescherming die de leden 1-3 van dat artikel bieden aan uitingen in het algemeen. Dit betekent niet dat in Nederland voor commerciële uitingen niet de bescherming van artikel 10 lid 2 EVRM tegen beperkende regelgeving of sancties kan worden ingeroepen. De Hoge Raad heeft dit bevestigd in zijn arresten *Beelen c.s./Van der Linde* (1987) en *Discodanser* (1997).[149] Enerzijds bevat artikel 10 EVRM naar zijn aard als een ieder verbindende verdragsbepaling een 'hogere norm' dan artikel 7 Gw (vergelijk artikel 94 Gw), anderzijds sluit de tekst van artikel 10 lid 1 EVRM de handelsreclame niet van bescherming uit.[150]

Nadat de Europese Commissie van de Rechten van de Mens (ECRM) al in 1979, in een zaak van de Scientology-kerk tegen Zweden, had bevestigd dat óók commerciële uitingen bescherming genieten, zij het in mindere mate dan niet-commerciële uitingen,[151] heeft ook het Europese Hof van de Rechten van de Mens in de Duitse zaak *Markt Intern* in 1989 aangegeven dat commerciële uitingen onder het toepassingsbereik van artikel 10 lid 1 EVRM kunnen

149 HR 13 februari 1987, *NJ* 1987, 899, r.ov. 4.1, m.nt. EAA (*Beelen c.s./Van der Linde*), over een door tandartsen gevorderd verbod terzake van een reclame-uiting van een tandprotheticus, bevestigd dat handelsreclame door artikel 10 lid 1 EVRM kan worden beschermd, door te overwegen "dat de bescherming van art. 10 Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) en 19 Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBP) zich in beginsel uitstrekt tot reclame-uitingen (..)." Zie ook, zonder het "in beginsel", HR 2 mei 1997, *NJ* 1997, 661, m.nt. DWFV (*Discodanser*), over een zonder toestemming in een homoblad geplaatste foto van danser M. in een discotheek, door de exploitant van de discotheek, Bios. Ik geef het slot van r.ov. 3.3 weer: "Evenmin heeft Bios een belang aan de orde gesteld dat bij afweging tegen voormeld belang van M. de inbreuk op zijn persoonlijke levenssfeer zou kunnen rechtvaardigen. Het commerciële belang van Bios om voor de door haar aangeboden diensten reclame te maken, hoezeer het ook mede onder de bescherming van art. 10 EVRM valt, weegt hiervoor immers niet zwaar genoeg." Al 'verder van de hoofdweg' valt met betrekking tot toetsing van commerciële uitingen aan art. 7 Gw nog te wijzen op HR 26 april 1996, *NJ* 1996, 728 m.nt. EAA (*Rasti Rostelli*), waarin het ging om het *de facto* preventief verbieden van een aangekondigde 'paranormaal-show' van Rostelli. Hierin wees de HR de redenering van de hand dat de concrete reikwijdte van art. 7 lid 3 Gw zou verschillen naar gelang een uiting meer of minder commercieel van aard is, in elk geval in de context van hypnoseshows. Het EHRM maakt daarin in het kader van art. 10 EVRM wel een verschil (vgl. Alkema in zijn noot, onder *c* aldaar).

150 Niet terzake doet hier het verschil in invalshoek tussen de tekst van art. 7 Gw (communicatiemiddel) en die van art. 10 EVRM (communicatieproces); vgl. Dommering e.a. 2000, p. 96.

151 ECRM 5 mei 1979, nr. 7805/77 (*Scientology/Zweden*), < www.echr.coe.int >. Zoals al ergens opgemerkt was de kerntaak van de voormalige ECRM het onderzoek naar de ontvankelijkheid in de aangebrachte zaken. Zie Van Dijk & Van Hoof 1990, p. 67 e.v. Zie voor de tegenwoordige procedure: art. 27-29 EVRM.

vallen.[152] Ter verduidelijking volgt de overweging van het hof in deze zaak, die draaide om een verbod van herhaling van de beweringen in een (nogal commercieel) informatiebulletin voor drogisterijen en de parfumeriehandel, over het (vermeende) beleid van een postorderbedrijf:[153]

> "The Court recalls that the writer of the article in question reported the dissatisfaction of a consumer who had been unable to obtain the promised reimbursement for a product purchased from a mail-order firm, the Club; it asked for information from its readers as to the commercial practices of that firm. It is clear that the contested article was addressed to a limited circle of tradespeople and did not directly concern the public as a whole; however, it conveyed information of a commercial nature. Such information cannot be excluded from the scope of Art. 10 par. 1 which does not apply solely to certain types of information or ideas or forms of expression."

Een en ander betekent dat toetsing van beperkingen van handelsreclame aan artikel 10 lid 2 EVRM door de Nederlandse rechter mogelijk is.[154]

7.3 *Niveau bescherming commerciële uiting: lager dan niet-commerciële, en gradueel*

Artikel 10 EVRM en vooral het toetsingsmodel in lid 2 biedt een waarborg dat de overheid niet te pas en te onpas ingrijpt in de uitingsvrijheid van de burger. Het toetsingsmodel is tamelijk concreet en biedt de rechter vaste instrumenten voor het benaderen van uiteenlopende gevallen. *En passant* kan bij de toepassing van lid 2 worden gedifferentieerd naar de aard van de uiting: meer of minder commercieel en niet-commercieel.[155] Ook zuiver commerciële uitingen beschermt artikel 10 EVRM nog wel, maar in vergelijking met andere uitingen is de mate minimaal.[156] De mate van bescherming wordt al groter wanneer handelsreclame tevens op de een of andere manier een bijdrage aan een openbaar debat wil leveren, of informatie verstrekt aan het publiek. Ik noem enkele illustratieve uitspraken.

---

152 EHRM 20 november 1989, *NJ* 1991, 738, m.nt. EAA (*Markt Intern Verlag* of *Markt Intern*). Enige relevantie heeft in dit verband ook EHRM 24 mei 1988, *NJ* 1991, 685, r.ov. 27, m.nt. EAA (*Müller*): "Admittedly, Article 10 (..) does not specify that freedom of artistic expression, in issue here, comes within its ambit; but neither, on the other hand, does it distinguish between the various forms of expression." Zie voorts ook EHRM 24 februari 1994, *NJ* 1994, 518, r.ov. 35, m.nt. EJD (*Cassado Coca*): "The Court would first point out that Article 10 guarantees freedom of expression to "everyone". No distinction is made in it according to whether the type of aim pursued is profit-making or not (..) and a difference in treatment in this sphere might fall foul of Article 14." Art. 14 EVRM omvat het verbod van discriminatie. Over de nuance die het hof in *Cassado Coca* vervolgens op dit uitgangspunt lijkt aan te brengen zo méér.

153 R.ov. 26.

154 Zie par. 4 hiervóór over de materiële toetsing van de voorwaarden volgens art. 10 (lid 2) EVRM, in verband met art. 94 Gw.

155 De Meij e.a. 2000, p. 245 ziet in deze mogelijkheid tot differentiëren de grootste waarde van de toets in lid 2.

156 Aldus ook Dommering e.a. 2000, p. 386.

De ECRM onderscheidde in de *Scientology*-zaak (1979) handelsreclame die informeert of beschrijft, van handelsreclame die goederen of diensten te koop aanbiedt.[157] Het aanduiden van deze twee varianten, waartussen zich ongetwijfeld allerlei mengvormen kunnen bevinden, duidt er al op dat de bescherming van handelsreclame op grond van artikel 10 lid 1 EVRM kennelijk als een *graduele grootheid* moest worden gezien. Latere zaken van het Europese Hof van de Rechten van de Mens laten zien dat het hof niet wezenlijk afwijkt van de opvatting van de ECRM in *Scientology*.[158]

Te wijzen is in dit verband op de zojuist al genoemde zaak *Markt Intern* (1989) en de Spaanse *Cassado Coca*-zaak (1994).[159] In *Cassado Coca*, over een in Barcelona gevestigde advocaat die reclameregels voor de Spaanse advocatuur had overtreden, gaf het EHRM in een algemene overweging aan dat het artikel 10 lid 1 EVRM ruim opvat: "it also encompasses (..) information of a commercial nature (..) and even light music and commercials transmitted by cable";[160] maar het bracht vervolgens ten aanzien van de advertentie van de advocaat een verschil aan tussen het element van publieksinformatie in de uiting en dat van de aanprijzing van diensten. Het hof overwoog:[161]

> "In the instant case the impugned notices merely gave the applicant's name, profession, address and telephone number. They were clearly published with the aim of advertising, but they provided persons requiring legal assistance with information that was of definite use and likely to facilitate their access to justice.
> Article 10 is therefore applicable."

Had de informerende functie of element aan de commerciële uiting ontbroken, dan was kennelijk goed denkbaar geweest dat artikel 10 EVRM geen bescherming zou hebben geboden.

---

157 ECRM 5 mei 1979, nr. 7805/77 (*Scientology/Zweden*), < www.echr.coe.int >.
De Meij e.a. 2000, p. 245 noemt de tweede variant "zuivere" handelsreclame.

158 Aldus ook, iets stelliger, De Meij e.a. 2000, p. 246. Te vermelden is nog de latere uitspraak van het ECRM van 20 februari 1995, *NJCM* 1996, p. 368 (*IJspeerd/Nederland*), naar aanleiding van de klacht van IJspeerd dat sturen van "unsolicited advertising brochures" een "unjust interference with his right to respect for his private life and home" was (afgewezen); de ECRM haakte aan bij het EHRM 24 februari 1994, *NJ* 1994, 518, r.ov. 35, m.nt. EJD (*Cassado Coca*) en stelde dat reclame-uitingen (in de vorm van ongeadresseerde reclamefolders) onder het bereik van art. 10 EVRM vallen.

159 EHRM 20 november 1989, *NJ* 1991, 738, m.nt. EAA (*Markt Intern*) resp. 24 februari 1994, *NJ* 1994, 518, r.ov. 35, m.nt. EJD (*Cassado Coca*). Bij het noemen van deze zaken past de erkenning dat zij, bezien naar het type reclame-uiting, niet zonder meer over één kam te scheren zijn. Vgl. Verkade in nr. 3 van zijn noot onder Hoge Raad 2 mei 1997, *NJ* 1997, 661 (*Discodanser*), die ten aanzien van o.a. deze zaken spreekt van (enigszins) atypische gevallen van reclame.

160 EHRM 24 februari 1994, *NJ* 1994, 518, r.ov. 35, m.nt. EJD, waarin het hof bij "information of a commercial nature" verwijst naar zijn uitspraak van 20 november 1989, *NJ* 1991, 738, m.nt. EAA (*Markt Intern Verlag*) en bij "light music and commercials transmitted by cable" naar zijn uitspraak van 28 maart 1990, *NJ* 1991, 739, m.nt. EAA (*Groppera Radio*).

161 R.ov. 36-37.

In de *Hertel*-zaak (1998) was sprake van een kritische consumentenpublicatie, die door de Zwitserse rechter als (zuivere) handelsreclame was aangemerkt en die het EHRM vervolgens toch een ruimere bescherming toekende omdat het in de uiting een bijdrage aan een publiek debat zag.[162] Meer over *Hertel* in de par. 7.4 direct hieronder.

Binnen de veelheid en verscheidenheid van uitingen op het gebied van de handelsreclame, dat op zichzelf op een zekere mate van bescherming kan rekenen, bestaan dus kennelijk ook weer enkele gradaties in bescherming.

7.4 Beoordelingsmarge Staten

De rechtspraak van het EHRM laat zien dat het hof aan de bij het EVRM aangesloten Staten een min of meer ruime beoordelingsmarge gunt ten aanzien van commerciële uitingen. De breedte van de marge is afhankelijk van de concrete inhoud of vorm van de commerciële uiting en van de aard van de geschonden norm.

In elk geval heeft het hof de staten op het gebied van de *ongeoorloofde mededinging* een tamelijk ruime marge gelaten. Het *Jacubowski*-arrest (1994), in een Duitse zaak over een journalist die zich in een circulaire mede uit concurrentieoverwegingen kritisch had uitgelaten over het bedrijf dat hem had ontslagen, bevatte deze overweging van het EHRM:[163]

> "The Court has consistently held that a certain margin of appreciation is to be left to the Contracting States in assessing whether and to what extent an interference is necessary, but this margin goes hand in hand with European supervision covering both the legislation and the decisions applying it, even those given by an independent court.
> Such a margin of appreciation appears essential in commercial matters, in particular in an area as complex and fluctuating as that of unfair competition. The Court must confine its review to the question whether the measures taken at national level are justifiable in principle and proportionate."

In de *Hertel*-zaak, die net al even voorbij kwam, gold volgens het EHRM een minder ruime beoordelingsmarge dan in *Markt Intern* en *Jacubowski*.[164] *Hertel* betrof een Zwitsers mededingingsgeschil tussen een vereniging van elektrische huishoudelijke apparaten en de uitgever van een tijdschrift, waarbij ook de *auteur* van een publicatie in dat tijdschrift betrokken raakte.[165] De auteur was de wetenschapper Hertel en de publicatie een onderzoeksbijdrage over

162 EHRM 25 augustus 1998, *NJ* 1999, 712, r.ov. 47, m.nt. EJD (*Hertel*); noot J.J.C. Kabel, *Mediaforum* 1998-10, p. 296-297; noot A. Kamperman Sanders, *IER* 1998, p. 262-265.

163 EHRM 23 juni 1994, *NJ* 1995, 365, r.ov. 26, m.nt. EJD (*Jacubowski*). In deze r.ov. 26 verwees het hof naar *Markt Intern*, r.ov. 33.

164 EHRM 25 augustus 1998, *NJ* 1999, 712, m.nt. EJD (*Hertel*), ook noot J.J.C. Kabel in *Mediaforum* 1998-10, p. 296-297 en noot A. Kamperman Sanders in *IER* 1998, p. 262-265.

165 Een bijzonderheid van het in deze zaak toegepaste Zwitserse mededingingsrecht was dat het zich niet beperkte tot individuen en ondernemingen in concurrentieverhoudingen; zie nader het arrest.

gezondheidsrisico's van microgolven in magnetrons die de branche van elektrische huishoudelijke apparaten onwelgevallig was. De tegen de uitgever en Hertel ingezette juridische procedures mondden uit in een verbod aan het adres van Hertel om zijn bevindingen in het openbaar te herhalen.

Het EHRM overwoog over de beoordelingsmarge van de Zwitserse autoriteiten in deze zaak (met mijn cursiveringen):[166]

> "The Swiss authorities (..) had *some* margin of appreciation to decide whether there was a "pressing social need" to impose the injunction in question on the applicant.
> Such a margin of appreciation is particularly essential in commercial matters, especially in an area as complex and fluctuating as that of unfair competition (see the Markt Intern Verlag (..) judgment (..) and the Jacubowski (..) judgment (..)). It is however necessary to *reduce the extent* of the margin of appreciation when what is at stake is not a given individual's purely "commercial" statements, but his participation in a debate affecting the general interest, for example, over public health; in the instant case, it cannot be denied that such a debate existed. (..). In that respect, the present case is substantially different from the Markt Intern and Jacubowski cases cited above."

Het EHRM gunde de Zwitserse autoriteiten ten aanzien van het rapport in ieder geval niet méér dan een *enge* beoordelingsmarge, zo lees ik de strekking van de gecursiveerde woorden in het citaat. Het hof onderzocht het gerechtelijke verbod vanuit het perspectief van de bijdrage aan het publieke debat en oordeelde daarop dat de maatregel te zwaar was.[167] Daarbij kende het hof gewicht toe aan de wijze van presenteren van een wetenschappelijk onderzoeksverslag en het forum waarop zij was gepresenteerd (gedifferentieerd of ongedifferentieerd publiek), maar achtte het de vermeende *on*wetenschappelijkheid ervan niet relevant.[168]

---

166 R.ov. 47.

167 In gelijke zin Dommering (noot, nr. 5), die uit de r.ov. opmaakte dat Hertel's rapport moest worden gemeten naar de maatstaven van een debat over een zaak van openbaar belang. Tevens schreef Kabel dat op het deelgebied van de ongeoorloofde mededinging kennelijk een nader onderscheid moet worden gemaakt in zaken die puur commercieel zijn en zaken waarbij het publiek debat aan de orde is, waarbij op het laatste type zaken ('ondanks' het deelgebied tóch) de proportionaliteitstoets kan worden toegepast. Zie J.J.C. Kabel, 'Oneerlijke mededinging en de vrijheid van wetenschappelijke informatievoorziening', nr. 6, gepubliceerd op < www.ivir.nl/publicaties/kabel/Hertel.doc >, 6 februari 1999.

168 Zie r.ov. 48-50. In deze voetnoot vermeld ik nog EHRM 5 november 2002, nr. 38743/97 (*Demuth*), geraadpleegd in de internetdatabase van het EHRM op < www.echr.coe.int >. De feiten maken deze zaak meer *off-centre*. Het betrof de weigering van de Zwitserse autoriteiten om een licentie af te geven voor een nieuwe televisiezender over mobiliteit en autoverkeer, Car TV. De hoofdreden daarvoor vormde een vermeend gebrek aan culturele elementen (een eis in de toepasselijke federale wetgeving). De zaak is zijdelings van belang omdat het hof (in r.ov. 42) onder verwijzing naar *Markt Intern* en *Jacubowski* herhaalde dat "the authorities' margin of appreciation is essential in an area as fluctuating as that of commercial broadcasting (..). It follows that, where commercial speech is concerned, the standards of scrutiny may be less severe." Het hof uitte vervolgens bedekte kritiek, maar gunde de Zwitserse autoriteiten hun beoordelingsmarge, nu zij volgens het hof "reasonable grounds" hadden om hun weigering een licentie af te geven aan Car TV als noodzakelijk te beschouwen (zie r.ov. 48).

Tot besluit van deze subparagraaf een blik opzij naar het *Hof van Justitie van de EG*, in de in Oostenrijk spelende zaak *Karner/Troostwijk* (2004).[169] De concurrenten Karner en Troostwijk ruzieden daarin over de publieke aankondiging door Troostwijk van een veiling van goederen uit de failliete boedel van een bouwonderneming, waarna Karner bij de rechter met succes een verbod van de aankondiging vorderde wegens ongeoorloofde mededinging.[170] Troostwijk stelde een hogere voorziening in bij het *Oberste Gerichtshof* en betoogde dat het verbod in strijd was met het EG-Verdrag en bovendien onverenigbaar met artikel 10 EVRM. In het kader van een prejudiciële vraag van uitleg van het EG-Verdrag hieromtrent, stelde het Hof van Justitie van de EG zich op de lijn van het EHRM met betrekking tot de beoordelingsmarge van de Staten op het gebied van commerciële reclame-uitingen.[171]

8 Beknopte evaluatie

De voorwaarden waaronder nationale autoriteiten zoals de wetgever en de rechter inbreuk mogen maken op de uitingsvrijheid van burgers vloeien voort uit onder meer artikel 10 EVRM. Dit artikel laat een zekere ruimte voor de mogelijkheid dat in het concrete geval het belang van bepaalde anderen of de samenleving méér bescherming verdient. Om er achter te komen of de voorwaarden voor begrenzing in acht zijn genomen, moet worden vastgesteld waar het beperken van de uitingsvrijheid geoorloofd is, in hoeverre, en door wie. In het bijzonder voor hoofdstuk 3 (strafrecht) en hoofdstuk 4 (burgerlijk recht) is dit een nader thema.

Bescherming van commerciële uitingen – met name: reclame-uitingen – door artikel 10 EVRM is minder voor de hand liggend dan bescherming van niet-commerciële uitingen, zo volgt uit jurisprudentie van het EHRM. Binnen de veelheid en verscheidenheid van uitingen op het gebied van de handelsreclame, een gebied dat op zichzelf op een zekere mate van bescherming kan rekenen, bestaan blijkens EHRM-rechtspraak ook weer enkele gradaties in bescherming (hoofdstuk 2, par. 7).

169 HvJEG 25 maart 2004, C-71/02, *IER* 2004, nr. 83, p. 353-357.

170 Om preciezer te zijn, Karner beriep zich op strijd met de mededingingsregels van het EG-Verdrag en misleiding in de zin van de nationale wetgeving met betrekking tot ongeoorloofde mededinging, omdat de reclame bij het betrokken publiek de indruk zou wekken dat de curator de failliete boedel te gelde maakte.

171 Zie r.ov. 50-51 voor de precieze bewoordingen. Het HvJEG verwees onder meer naar het EHRM-arrest in *Markt Intern*. Het HvJEG overwoog in r.ov. 52 dat, gelet op de omstandigheden van het geval en op de beoordelingsmarge van de lidstaten, een beperking van reclame zoals die waarin de toepasselijke Oostenrijkse bepaling voorzag, "in casu redelijk en evenredig [lijkt] aan de legitieme doelen die met deze bepaling worden nagestreefd, te weten de bescherming van de consument en de eerlijkheid van de handelstransacties." Het "redelijk" lijkt iets ánders (lichter) dan het "noodzakelijk" waarvan artikel 10 lid 2 EVRM spreekt, wat denkelijk samenhangt met de commerciële aard van de uiting. Hier heeft mijn excursie naar het EG-Hof van Justitie het verste punt bereikt.

Ten aanzien van uitingen die – althans overwegend – niet-commercieel van aard zijn, is de bescherming groot tot maximaal. Maar het EHRM blijkt overheidsingrijpen in zulke uitingen regelmatig in stand te laten als dat ingrijpen geworteld is in opvattingen van geloof en moraal, die in Europa uiteenlopen (hoofdstuk 2, par. 6). Juist op het vlak van geloof en moraal speelt de problematiek van oneigenlijk symboolgebruik zich in belangrijke mate af (hoofdstuk 3 bijna geheel, hoofdstuk 4 ten dele).

Uit *Müller*, *Otto-Preminger-Institut* en *Wingrove*, gezichtsbepalende EHRM-arresten over de toelaatbaarheid van overheidsingrijpen met betrekking tot vulgair en/of profaan bevonden culturele uitingen, blijkt een (ook) naar mijn mening té terughoudende supervisie van dat hof. Het EHRM blijft niet alleen uit de buurt van het geven van een oordeel over de *juistheid* van opvattingen over moraal of geloof – wat verstandig is –, maar ook ziet het ervan af *ijkpunten* te formuleren, die door het hof én op de nationale niveaus kunnen worden aangehouden voor de toelaatbaarheid van beperkingen.

Als gevolg hiervan dreigt de *margin of appreciation* een vrijplaats voor Staten te worden, voor wat betreft het beoordelen van de *proportionaliteit* van om redenen van moraal of geloof opgelegde beperkingen van (cultuur-)uitingen. De voorwaarden volgens artikel 10 lid 2 EVRM en de interpretatie daarvan in kwesties van moraal of geloof zou het EHRM zich echter moeten aantrekken, want – ook – in die kwesties bestaat het belang van een adequate bescherming van de uitingsvrijheid.

3 Strafrechtelijke handhaving van oneigenlijk symboolgebruik

1 Inleiding

Oneigenlijk gebruik van benamingen en afbeeldingen met een grote symbolische waarde wordt deels door het strafrecht bestreken. Het doel van dit hoofdstuk 3 is de relevante bepalingen in het Wetboek van Strafrecht (WvS) in kaart te brengen en iets te zeggen over hun nut voor de rechtshandhaving van oneigenlijk gebruik. In deze aanpak is de vraag verdisconteerd of de overheid voldoénde bescherming biedt, mede in het licht van de uitingsvrijheid.

Wanneer de strafbepalingen ter sprake komen, valt direct op dat er geen algemene norm bestaat die mensen verbiedt om zich uit te laten op een wijze die een benaming of afbeelding met een grote symbolische waarde misbruikt of op een oneigenlijke manier gebruikt. Dit betekent niet, dat er niet met een zekere voorzichtigheid met symbolen zou moeten worden omgesprongen en evenmin, dat het strafrecht in het geheel geen rol zou hebben in de waarborging van de behoeften van mensen ten aanzien van symbolen. Ook zijn er civielrechtelijke normen die een zekere functie kunnen vervullen (vgl. hoofdstuk 4). Bij de toepassing van deze normen zijn mede de grenzen volgens artikel 10 lid 2 EVRM in acht te nemen (vgl. hoofdstuk 2).

De relevante strafrechtelijke normen zijn deze: smalende godslastering (artikelen 147, 147*a*; artikel 429*bis* WvS), discriminerende belediging van een bevolkingsgroep (artikelen 137*c* en 137*e* WvS) en misbruik en oneigenlijk gebruik van symbolen van openbare orde (artikelen 435*b*, 435*c* en 435*d* WvS).[1] Deze artikelen behoren tot de familie van strafbepalingen waarin de *inhoud van een uiting* strafbaar is gesteld. Meer in het bijzonder zien ze op (onder meer) oneigenlijk gebruik van symbolen van religieuze of officiële aard, zoals het smalend godslasterlijk voorstellen van God of het onbevoegd voeren van het Rode Kruissymbool.

1 Art. 137*c* en 137*e*, alsmede 147 en 147*a* WvS betreffen misdrijven tegen de openbare orde, genoemd in Boek II, Titel V; art. 429*bis* en 435*b-d* WvS betreffen overtredingen tegen de openbare orde, geregeld in Boek III WvS. In de strafwetgeving komen ook andere bepalingen tegen ongewenste uitingen voor, zoals art. 261 WvS over smaad en art. 262 WvS over laster, maar die hebben geen wezenlijke betekenis voor de problematiek van oneigenlijk symboolgebruik en kunnen daarom buiten beschouwing blijven. Voor de onderverdeling van strafbare feiten in misdrijven en overtredingen verwijs ik naar De Hullu 2006, p. 69-70. Verder merk ik op dat de gangbare aanduiding van het Wetboek van Strafrecht onder strafrechtjuristen 'Sr' is, maar dat ik in dit boek het daarbuiten vaak gebruikte 'WvS' aanhoud.

De overheid is bevoegd om, bij wijze van *ultimum remedium*, en alleen in wettelijk vastgelegde gevallen en met inachtneming van procedurele regels, op te treden tegen door burgers veroorzaakt onrecht. De procedure die tot de veroordeling van een burger kan leiden, is uniek voor het strafrecht, evenals bepaalde doeleinden van handhaving –zoals leedtoevoeging en preventie – en sancties – zoals taakstraf en vrijheidsontneming.[2]

In vergelijking met de hoeveelheid onderwerpen en normen in het civiele recht bestrijkt het strafrecht een beperkt gebied.[3] Artikel 1 WvS bepaalt al dat geen feit strafbaar is dan na voorafgaande strafbaarstelling. Het civiele recht kent zo'n restrictie niet – het Burgerlijk Wetboek verleent natuurlijke of rechtspersonen een waaier van deels open geformuleerde bevoegdheden waarmee tegen anderen kan worden opgetreden. Een goede norm, strafrechtelijk of civielrechtelijk, biedt adequate rechtsbescherming en is met het oog op de rechtszekerheid voldoende kenbaar voor degene tot wie de norm is gericht, zodat die zich daar in zijn gedrag op kan richten.

Ook deugdelijke normen en correcte toepassing kunnen niet helemaal verhinderen dat er onder burgers *zelfcensuur* plaatsvindt. Strafbaarstelling en de dreiging van vervolging dragen in algemene zin bij tot aangepaste – verantwoordelijke – uitingen en gedrag. Voor zover zelfcensuur op die manier wordt begrepen is er niets mis. De situatie waarin mensen onder in vloed van te ruime of te vaak ingeroepen strafrechtelijke normen terugdeinzen voor het doen van uitspraken, is daarentegen onwenselijk.[4] Omdat recht dynamisch is behoeft deze negatieve kant, algemeen gesteld, steeds voldoende aandacht.

Hierna behandel ik achtereenvolgens de smalende godslastering (par. 2),[5] de discriminerende belediging van een bevolkingsgroep (par. 3) en het oneigenlijk gebruik van officiële symbolen (par. 4). Dan volgen de verhouding tot de uitingsvrijheid (par. 5) en een evaluatie van het hoofdstuk (par. 6).

2 Smalende godslastering (artikelen 147, 147*a*; artikel 429*bis* WvS)

2.1 *De strafbaarstelling van smalende godslastering*

"Het is de plaatsing van het ene Godsbegrip, van het ene Godsbeeld, tegenover het andere…", schreef Gerard (Kornelis van het) Reve.[6] In de hem ken-

2 Zie nader bijvoorbeeld De Hullu 2006, p. 5-7.
3 Over de aard van het strafrecht De Hullu 2006, p. 32-33, met verwijzingen naar verdere literatuur.
4 Vgl. ook hoofdstuk 2, par. 3.2 onder *i* (beperking uitingsvrijheid).
5 Smalende godslastering is in de praktijk en ook in de lijn van deze bespreking de belangrijkste van de drie artikelen en van de drie in art. 147 WvS genoemde delicten; wat art. 147 betreft zal ik me hierna om deze reden beperken tot de norm onder 1.
6 Reve 1971, p. 12.

merkende trefzekere schrijfstijl getuigde Reve onder andere in zijn roman *Nader tot U* van de verhouding tot zijn God, een vermeend blasfemische daad waarvoor hij in de jaren zestig van de twintigste eeuw in Nederland strafrechtelijk is vervolgd. De grondslag van het proces tegen Reve vormde artikel 147, aanhef en onder 1 WvS, dat het delict smalende godslastering strafbaar stelt op de grond dat het (potentieel) krenken van godsdienstige gevoelens indruist tegen de openbare orde.[7]

De tekst van het gehele artikel 147 WvS luidt:[8]

> Met gevangenisstraf van ten hoogste drie maanden of geldboete van de tweede categorie wordt gestraft:
> 1. hij die zich in het openbaar, mondeling of bij geschrift of afbeelding, door smalende godslasteringen op voor godsdienstige gevoelens krenkende wijze uitlaat;
> 2. hij die een bedienaar van de godsdienst in de geoorloofde waarneming van zijn bediening bespot;
> 3. hij die voorwerpen aan een eredienst gewijd, waar en wanneer de uitoefening van die dienst geoorloofd is, beschimpt.

Het delict onder 1 komt sinds het begin van de jaren dertig van de vorige eeuw in de Nederlandse strafwetgeving voor en vormt een directe reactie op incidenten die samenhangen met de omstandigheden van die tijd.[9] Nederland kende in de nasleep van de Eerste Wereldoorlog economisch magere jaren, wat tegenstellingen voedde tussen aanhangers van politiek linkse en rechtse stromingen, die elkaar (doorgaans via de media) in de haren vlogen.[10]

---

7 Hierna spreek ik kortheidshalve niet steeds van smalende godslastering maar ook van godslastering.

8 Mét de twee andere, maar voor hetgeen in dit hoofdstuk 3 moet worden overgebracht m.i. niet principiële onderdelen 2 en 3.

9 Discussie over strafbaarstelling van godslastering gaat evenwel ook verder terug, zie daarover De Roo 1970, p. 24-30. De materiële normen in art. 147 onder 2 en onder 3 WvS zijn ouder dan die onder 1, dat in 1932 in het artikel is ingevoegd, waarna de twee andere bepalingen een plaats opschoven. De norm onder 1 is sinds de invoering niet meer gewijzigd. De normen in onder 2 en 3 dienen als aanvulling op de art. 143-146 WvS, die betrekking hebben op verstoring van vergaderingen en godsdienstige bijeenkomsten. Met de delicten onder de – huidige – nummers 2 en 3 heeft de wetgever de vrije godsdienstbelijdenis willen waarborgen zonder evenwel spot of kritiek zonder meer te verbieden. Een wetenschappelijke bron over art. 147 WvS uit de periode kort na de totstandkoming is Baelde 1935. Samenloop met het later te bespreken art. 137*c* – in de strafwet sinds 1971 – kan zich voordoen; zie De Roo 1970, p. 230. Zie ook de projectstudie van het ministerie van justitie 'Godslastering, discriminerende uitingen wegens godsdienst en haatuitingen. Een inventariserende studie', uitgevoerd door B. van Stokkom, H. Sackers en J.-P. Wils (eind 2006). Zie < http://www.wodc.nl/ >. Ik heb die studie niet meer in dit hoofdstuk betrokken.

10 Ons land kende na de invoering van de Franse *Code Pénal* in 1811 geen strafbaarstelling van godslastering meer. In het in 1881 ingevoerde nieuwe Wetboek van Strafrecht kwam het delict evenmin voor omdat, in de woorden van de toenmalige minister Modderman, de wetgever niet de rechten van God dient te beschermen maar de rechten van de maatschappij, en daarbij moet letten "op de beteekenis van het regt van den godsdienst in die maatschappij." Ontleend aan Baelde 1935, p. 191.

Vooral vanuit links-radicale en communistische hoek werd van leer getrokken tegen het christelijk geloof, dat wel als een verlengstuk van de macht van de 'kapitalistische bourgeoisie' werd gezien. Denk bijvoorbeeld aan Karl Marx, die in de negentiende eeuw godsdienst als de opium van het volk bestempelde.[11]

Om een voorbeeld te noemen: in het blad van de Communistische Partij Holland, *De Tribune*, verscheen een kerstartikel onder de titel "Weg met het Kerstfeest" met daarin de strijdkreet: "Christus op de mestvaalt, de Heilige Maagd in de stal, de Heilige Vader naar de duivel. Leve de stem van het kanon van de proletarische revolutie." Als reactie op deze en andere, toen in brede kring als shockerend ervaren, teksten viel in een weekblad de oprisping van een pater te lezen, dat het tijd werd dat een krachtige massa van potige Limburgse jongeren in hun heilige verontwaardiging die hele duivelse (linkse) bende uiteen zou jagen. En zo ging het, populair gezegd, nog even door.[12]

Het parlement ontging de commotie niet. Dat er bij deze gelegenheid nieuwe wetgeving voor godslastering moest komen, daarvan was echter niet iedereen overtuigd.[13] Ook de toenmalige minister van justitie, Donner, was terughoudend ten aanzien van strafbaarstelling, maar uiteindelijke ging hij mee in de wens van een deel van de Tweede Kamer om een delict op te nemen in het Wetboek van Strafrecht.[14] Over de inhoud van de norm heeft het parlement uitvoerig gedebatteerd. Godslastering strafbaar stellen "omdat God God is"[15] was voor de minister als wetgever een brug te ver, en daarmee dus ook het in het algemeen kwetsen van godsdienstige gevoelens.[16] Eenmaal 'om', was het hem te doen om het in het leven roepen van een instrument waarmee de Staat voortaan bepaalde excessieve vormen van bestrijding van godsgeloof kon aanpakken.[17] Minister Donner over de bedoeling van de wetsbepaling:[18]

11 "Das religiöse Elend ist in einem der Ausdruck des wirklichen Elendes und in einem die Prostestation gegen das wirkliche Elend. Die Religion ist der Seufzer der bedrängten Kreatur, das Gemüt einer herzlosen Welt, wie sie der Geist geistloser Zustände ist. Sie ist das Opium des Volks." K. Marx, "Zur Kritik der Hegelschen Rechtsphilosophie", in: *Karl Marx, Friedrich Engels, Werke* (Band 1), Berlin: Dietz Verlag 1961.

12 De genoemde en andere incidenten zijn terug te vinden in *Bijl. Hand. II* 1930/31, 348, nr. 3, p. 1 (MvT), voetnoot 1 aldaar, en *Bijl. Hand. II* 1930/31, 348, nr. 4, p. 3 (VV); verder bij Baelde 1935, p. 195-197 en J.W. Noteboom, 'Strafbaarstelling van Godslastering', *Antirevolutionaire Staatkunde* 1931, p. 189 e.v.

13 Zie de verdeelde meningen in de Tweede Kamer in *Bijl. Hand. II* 1930/31, 348, nr. 4, p. 3-8 (VV).

14 In het Voorlopig Verslag van de Tweede Kamer over de Begroting van Justitie in 1931 is te lezen dat op strafbaarstelling van godslastering in het Wetboek van Strafrecht is aangedrongen door o.a. kamerlid Van Wijnbergen, *Hand. II* 1930/31, p. 1160 e.v.

15 Citaat van Kamerlid Visscher, *Hand. II* 1931/32, 34, p. 2592.

16 *Bijl. Hand. II* 1931/32, 34, nr. 1, p. 1 (MvA).

17 *Bijl. Hand. II* 1930/31, 348, nr. 3, p. 1 en 2 (MvT).

18 *Bijl. Hand. II* 1930/31, 348, nr. 3, p. 2.

> "Godsdienstvrijheid in den ruimsten zin immers is een vrucht van onze historische ontwikkeling, waarop wij trotsch mogen zijn. Maar juist mede ter bescherming van die geestelijke vrijheid als een van onze hoogste nationale goederen, moet hier worden opgetreden. Geen goed kan op den duur blijven bestaan, welks misbruik onbeboet wordt gelaten. Waar de bestaande geestelijke vrijheid voert tot bandeloosheid, worde deze, in het belang der vrijheid zelf, met kracht tegengegaan. Geschiedt dit niet, dan ontstaat, sneller dan men zou denken, het gevaar, dat, als terugslag, met de bandeloosheid de vrijheid wordt beknot."

Uiteindelijk stemde een krappe meerderheid in de Tweede Kamer in met de "*Lex*-Donner". Vervolgens is deze wet in 1932 ingevoerd.[19] Sindsdien is artikel 147, onder 1 WvS ongewijzigd gebleven.

2.2 *Inhoud van artikel 147 aanhef en onder 1 WvS*

Wanneer gaat artikel 147 aanhef en onder 1 WvS op? De wetsbepaling ziet op met betrekking tot een godsbegrip smalende, dat wil zeggen onnodig geringschattende, denigrerende uitlatingen, die in het openbaar zijn gedaan. Over de term godsbegrip of godsbeeld zo iets meer, maar van belang is dat het geloofsneutraal moet worden opgevat.

Voor smalen in de zin van de bepaling is nodig dat de verdachte naar de *vorm* een bepaald godsbeeld schetst. Daarbij doet niet ter zake of hij persoonlijk in deze weergave gelooft en of deze overeenkomt met het godsbeeld zoals dat in de in aanmerking komende geloofsgemeenschap normaliter wordt opgevat.[20] Wél ter zake doet, is de vertaling van het door de verdachte geschetste godsbegrip naar het godsbegrip van de geloofsgemeenschap.[21] Dat is van belang omdat voor het smalen óók nodig is dat de verdachte de *bedoeling* heeft gehad om het *godsbeeld* van de geloofsgemeenschap onderuit te halen (en niet het *geloof* van die gemeenschap als zodanig).[22] In strafrechtelijke termen gezegd, het opzet moet zijn gericht op het smalen van het godsbeeld zoals dat door de geloofsgemeenschap wordt aangehangen.[23]

---

19 In de Tweede Kamer was de stemverhouding 49 tegen 44; in de Eerste Kamer 28 tegen 18. Wetsontwerp ingediend bij Koninklijk Besluit van 25 april 1931; invoering van de wetswijziging bij Wet van 4 november 1932, *Stb.* 524. In de periode dat het strafrecht in ons land geen strafbaarstelling van godslastering kende (van de invoering van de *Code Pénal* tot de invoeging van de nieuwe – huidige – bepaling in art. 147 sub 1 WvS), werd het uiten van godslasteringen in het openbaar wel strafbaar gesteld door lagere overheden, zie daaromtrent: J.P. Chardon, *Geschiedenis en begrip van strafbare Godslastering* (diss. Amsterdam VU), Oudshoorn: Baart 1907; ook in het militaire straf- en tuchtrecht komt het verbod van godslastering voor, zie Baelde 1935, p. 13-14. Voor een handzaam overzicht van reacties op de wet in beide Kamers en in de pers: Plooy 1986, p. 44-67.

20 Reve sprak van "de God van Nederland" tegenover "de God van je tante" (in: Fekkes 1968, p. 132).

21 Aldus NLR, art. 147, aant. 7.

22 Vgl. minister Donner, *Hand. II* 1931/32, 34, p. 2632.

23 Indertijd is bewust niet gekozen voor de term smaden, die ook objectief zou kunnen worden begrepen.

De implicaties van deze gecompliceerde toets zijn – tenminste – drieërlei. Ten eerste is niet vereist dat de uiting daadwerkelijk als krenkend is ervaren door een gelovige, omdat voldoende wordt geacht dat het smalen het *gevaar* van krenking van godsdienstige gevoelens creëert.[24] Ten tweede kan van krenking uitsluitend sprake zijn indien een individueel godsbegrip aansluit bij, of vertaald kan worden naar, een min of meer algemeen gedeeld godsbegrip.[25] Ten derde is de genoemde gevaarzetting nog niet voldoende voor strafbaarheid, omdat daarvoor de intenties van de verdachte bepalend zijn. (Het *bewijs* van deze intenties pleegt te worden geobjectiveerd door de context te laten meewegen.)

Wat valt níet onder het verbod? Datgene wat mensen privé vinden en buiten de openbaarheid houden, staat niet ter beoordeling. Gedragingen die geen uiting in de zin van de wetsbepaling vormen, zoals het ingooien van een kerkraam of het scanderen van de eerder genoemde leuze van Marx 'geloof is de opium van het volk', vallen buiten het bereik van artikel 147 onder 1 WvS, evenals verhitte publieke debatten waarin mensen zich kritisch of oneerbiedig uitlaten over godsdienstige onderwerpen.[26] Volgens de memorie van toelichting is de wettelijke regeling evenmin bedoeld om aan te zetten tot geloofsdwang of beperking van "ongeloofspropaganda".[27] Al met al heeft de wettelijke regeling in artikel 147 aanhef en onder 1 WvS een beperkte armslag gekregen.

2.3 Welke godsbeelden worden door de regeling beschermd?

Uit de parlementaire geschiedenis bij het ontwerp van artikel 147 onder 1 WvS blijkt op meerdere plaatsen dat de wetgever bij het opstellen van het voorschrift vooral de christelijke godsdienst op het oog heeft gehad.[28] Dat is begrijpelijk vanuit de gedachte dat in die dagen een groot deel van de Nederlandse bevolking in de een of andere vorm het protestante of katholieke geloof aanhing, een veel kleiner deel het joodse geloof, en andere godsdiensten, zoals de islam, in vergelijking met de hoofdstromingen, nauwelijks vertegenwoordigd waren.[29] De wetgever van toen heeft echter willen benadrukken

24 *Bijl. Hand. II* 1931/32, 34, nr. 1, p. 4 (MvA).

25 Als voorbeeld, met een blik vooruit op het *Ezel*-proces: had Reve (of iemand anders) de ezel niet als een *gedaante* van God opgevoerd, maar als een goddelijk dier op zichzelf, dan had men geen krenking van voor christelijke godsdienstige gevoelens kunnen aannemen (hooguit wel voor een animistische geloofsopvatting waarin de ezel als een heilig dier wordt aanmerkt).

26 Vgl. *Bijl. Hand. II* 1931/32, 34, nr. 1, p. 3 (MvA).

27 *Bijl. Hand. II* 1930/31, 348, nr. 3, p. 2; vgl. NLR, art. 147, aant. 6 en 7.

28 Bijvoorbeeld *Hand. II* 1931/32, 34, p. 2632 en *Bijl. Hand. II* 1931/32, 34, nr. 1, p. 1 (MvA).

29 Vgl. bijvoorbeeld het *Fact sheet* "Geloven in Amsterdam", nr. 5, juni 2001, p. 2 van het Amsterdamse Bureau voor Onderzoek en Statistiek. In 1930 was in Amsterdam, een grotere *melting pot* van ideeën en gezindten dan veel andere delen van het land, een kleine vijftig procent protestant of rooms-katholiek.

dat de christelijke godsdienst weliswaar op allerlei manieren verankerd was in, en een stempel drukte op, een samenleving die godsdienstvrijheid propageerde, maar dat daarom nog niet Gods naam diende te worden beschermd, en bovendien voorkómen moest worden dat in de context van artikel 147 aanhef en onder 1 WvS te snel van laster zou worden gesproken.[30]

De toenmalige minister van justitie Donner heeft geprobeerd genuanceerd positie te zoeken:[31]

> "De Staat erkent in velerlei uitingen God, en doet dat ook weder in deze bepaling, maar dit is (..) niet in concrete bepaaldheid, maar in deze algemeenheid, dat er is een hoogste Opperwezen (..). Maar ik erken tevens (..) dat deze het oog heeft (..) op de concrete realiseeringen van dit Godsbesef in ons volk, zooals die in de onderscheidene geloofsopvattingen, geloofsbelijdenissen zijn te aanschouwen. Daarom valt daaronder de Triniteit (..) maar niet exclusief, maar evenzeer andere vormen, waarin het geloof in een hoogste Opperwezen (..) is uitgedrukt."

Het wettelijk voorschrift heeft betrekking op (en houdt de erkenning van de wetgever in van) iedere persoonlijke interpretatie van God als opperwezen, en, voor de christelijke geloofsgemeenschap(pen), ook van Jezus Christus als diens verpersoonlijking op aarde, en de Heilige Geest. De ontwerpers hebben ervoor gekozen de Maagd Maria en andere christelijke heiligen, en tevens de paus, en relikwieën en sacramenten, buiten het bereik van de regeling te houden. Dat wil zeggen, zolang niet (door middel van Maria, de paus, *et cetera*) rechtstreeks het godsbegrip wordt gesmaald.[32] Het voorschrift ziet dus niet op alle objecten van christelijke verering.

Deze vaststelling bevestigt de gedachte dat het voorschrift algemeen dient te worden uitgelegd. Het citaat van zojuist laat immers open dat in "hoogste opperwezen" in beginsel de bovennatuurlijke macht van iedere religie wordt gelezen, terwijl ook taalkundig de bewoordingen van de wetsbepaling ("hij die zich in het openbaar, mondeling of bij geschrift of afbeelding, door smalende godslasteringen op voor godsdienstige gevoelens krenkende wijze uitlaat…") en in het bijzonder de term godslastering, niet tot een christelijk godsbeeld dwingen.[33]

Het voorschrift kan zo bezien ook godsbeelden van niet-christelijke religies beschermen. Dat dit inderdaad het geval kan zijn, blijkt bijvoorbeeld uit het volgende voorval. Vanuit de Nederlandse islamitische gemeenschap kwam in de jaren '80 van de vorige eeuw het verzoek strafvervolging in stellen tegen de romancier Salman Rushdie, vanwege vermeende blasfemie in

30 Zie ter nadere toelichting *Bijl. Hand. II* 1930/31, 348, nr. 3, p. 2 (MvT).
31 *Hand. II* 1931/32, 34, p. 2632.
32 Vgl. hieromtrent *Bijl. Hand. II* 1931/32, 34, nr. 1, p. 4 (MvA).
33 Ik spreek van "in beginsel" omdat niet op voorhand alle denkbare gedaanten van godsgeloof zijn te overzien, en omdat pantheïsme zal zijn uitgesloten (NLR, art. 147 , aant. 8). Uitgebreider over "het object van lastering" De Roo 1970, p. 102-105, met meer verwijzingen naar de parlementaire geschiedenis.

diens – zoals bekend in bepaalde islamitische kringen verketterde – roman "De Duivelsverzen".[34] De minister van justitie Korthals Altes verklaarde naar aanleiding van dat verzoek, dat weliswaar de belastering van God strafbaar is gesteld maar niet de belastering van binnen een godsdienst vereerde heilige figuren als Mohammed, Abraham en de aartsengel Gabriël, die in de gewraakte teksten vóórkwamen.[35]

2.4 Toepassing van artikel 147 onder 1 WvS

2.4.1 Algemeen

Tot veel strafrechtelijke vervolgingen heeft de *Lex-Donner* niet geleid.[36] De strafzaken in de eerste jaren na de invoering maakten duidelijk hoe moeilijk het is, ook voor rechters, om te bepalen welke gedragingen nu precies als smalende godslastering zijn aan te merken. De volgende strafzaken zijn in dit verband illustratief.

2.4.2 'Uitverkoop R.K.-beeldjes' (1934)

De oudste uitspraak wegens smalende godslastering die ik heb aangetroffen stamt uit 1934.[37] In die zaak werd de verdachte vervolgd omdat hij de volgende tekst in het blad *De vrije Socialist* had geschreven:

> "Ik las voor een winkelraam: Uitverkoop van R.K. Beelden. Spotkoopjes!!! Jezus, iets beschadigd, van f 4,50 voor 69 cent. Heilige P. van Donder iets beschadigd van f 7,50 voor 150 cent. Maria, iets beschadigd, van f 5,50 voor 89 cent. (..) Dat Jezus iets beschadigd is, dat is begrijpelijk, daar was hij een jood voor, maar Maria O dogma a priori Maria Onbevlekte Ontvangenis".

De rechtbank overwoog dat de schrijver met de laatste volzin in het citaat Jezus en daarmee de persoon Gods onnodig had gesmaad en gehoond. Volgens de rechtbank was niet aangetoond dat de tekst daadwerkelijk van een winkelaffiche afkomstig was. Zij sprak een veroordeling tegen de verdachte uit vanwege de "grove, opzettelijke, boosaardige krenking van anderer heiligste gevoelens, waarvoor generlei verontschuldiging is te vinden."[38]

---

34 Vertaling van "The Satanic Verses"; S. Rushdie, *De Duivelsverzen*, Amsterdam: Contact 1994.

35 Ontleend aan NLR, art. 147 , aant. 8, voetnoot 5 aldaar, waarin wordt verwezen naar berichtgeving in NRC Handelsblad van 13 maart 1989.

36 De Roo 1970, p. 228 zoekt een verklaring in de preventieve werking die van de wet zou zijn uitgegaan.

37 Het betreft het vonnis van de Rb. Amsterdam 20 december 1934, *NJ* 1934, p. 1713.

38 Baelde 1935, p. 236 spreekt van "erbarmelijke grappen over Jezus en Maria (..) van geslachtelijken aard."

De werkelijke bedoeling die de schrijver met zijn tekst zei voor te hebben – het aan de kaak stellen van de wijze waarop gelovigen van Jezus hun handel maken – achtte de rechtbank niet van belang. De memorie van toelichting bij het wetsontwerp enige jaren eerder, die uitging van de subjectieve intentie van de verdachte, ging aan de rechtbank voorbij, zo lijkt het.[39]

2.4.3 "Extra Jezus-nummer" *Propria Cures* (1965)

In 1965 ontstond ophef rond het studentenweekblad *Propria Cures*, waarin, in een "Extra Jezus-nummer", een stuk onder de titel "J.C.'s Nieuwe Testament" van de hand van een van de redacteuren van het blad was opgenomen.[40] Volgens het vonnis van de rechtbank schreef deze redacteur de bijdrage in de stijl van de *Haagse Post* en had hij de bedoeling om de schrijfwijze van die krant te ridiculiseren. Een fragment van het gewraakte stuk:[41]

> "…de volksmenner, gebedsgenezer en voedseldeskundige "J. Christus" van Nazareth (33), die enkele maanden geleden omstreeks de Paasdagen onder de rook van Jeruzalem op het executieterrein Golgotha onder grote belangstelling van bijbel-kenners, kerk-officials en "Farizeeërs" door ophanging aan een houten staketsel ter dood gebracht werd."

Daarnaast zette de schrijver Jezus in het stuk neer als amateur-ombudsman en kampioen-*surfrider*, terwijl hij over de aanduiding van Jezus als De Verlosser schreef dat "Van N." niet als gynaecoloog praktiseert bij gebrek aan de vereiste papieren.

De rechtbank achtte de schrijver strafbaar omdat zijn kwalificaties

> "…naar hun gewone betekenis en aard niet anders kunnen zijn bedoeld en worden verstaan dan als smalend, verachtend, grovelijk spottend of honend ten opzichte van de persoon van Jezus Christus (..) ook al zou verdachte daarmee slechts de schrijfwijze van een hedendaags weekblad hebben willen belachelijk maken."

De rechtbank sprak van "kwetsen" in plaats van het – een slag ernstiger – "krenken".

Van de geciteerde overweging gaat de suggestie uit dat de – iets minder ernstige – termen verachting en grove spot of hoon alternatieven zijn voor de term smalen. Hierover merkte De Roo in 1970 in zijn proefschrift over godslastering op, dat de Nederlandse rechter "soms geneigd is het begrip

39 In die eerste jaren werd het artikel óók juist geïnterpreteerd: de A-G Wijnveldt achtte in zijn conclusie bij Hoge Raad 23 mei 1938, *NJ* 1939, 11 niet aangetoond dat de uitlatingen van een koopman, die tijdens een treinreis ongevraagd en vooral een beetje onhandig zijn medereizigers probeert te vermaken door "op luide preektoon" zijn onbegrip te uiten over het feit dat er nog altijd mensen zijn die in de bijbelse wonderen geloven ("Mozes gooit een stok op de grond en het wordt een slang"), smalend zijn *bedoeld*. De Hoge Raad verwierp het beroep van de P-G bij het Gerechtshof Amsterdam tegen het uitgesproken ontslag van alle rechtsvervolging.

40 Rb. Amsterdam 23 juni 1965, *NJ* 1965, 282.

41 Te lezen in het vonnis.

"smalende Godslastering" per analogiam uit te breiden, althans extensief te interpreteren door ook de grove spot onder de delictsomschrijving (..) te doen vallen."[42] De *Propria Cures*-zaak lijkt daarvan een voorbeeld.

2.4.4 De 'Ezelgod' van Reve (1968)

In het al even aangestipte proces tegen Reve in de jaren zestig van de vorige eeuw, dat tot aan de Hoge Raad is gevoerd, is geaccentueerd dat de bedoeling van de verdachte niet anders dan subjectief dient te worden opgevat. De persoon van de schrijver, de inhoud van de gewraakte teksten en de omstandigheid dat Reve zijn eigen verdediging voerde,[43] maakten de zaak kleurrijk en mediageniek.

Het Openbaar Ministerie zag aanleiding om vervolging in te stellen wegens smalende godslastering in een passage in de roman *Nader tot U*[44] *en in een gelijkaardig, in het tijdschrift Dialoog* gepubliceerd stuk getiteld "Brief aan mijn Bank". In deze brief verzoekt Reve vanuit zijn verblijfplaats in Marokko met een onvoorstelbare omhaal van woorden aan zijn bank in Nederland geld aan hem over te maken en getuigt hij *en passant* van zijn relatie tot God, die hij vergelijkt met een ezel, want ezels, schrijft hij, zijn hem in Marokko toch wel het liefste. Reve vervolgt:[45]

> " [Het] zijn zulke schatten! Maar ze hebben het heel hard. Ik geef ze altijd mijn suiker, want die gebruik ik niet als ik op terrassen koffie drink.
> Als God zich opnieuw in de Levende Stof gevangen geeft, zal hij als Ezel terugkeren, hoogstens in staat een paar lettergrepen te formuleren, miskend en verguisd en geranseld, maar ik zal Hem begrijpen en meteen met Hem naar bed gaan, maar ik doe zwachtels om Zijn hoefjes, dat ik niet teveel schrammen krijg als Hij spartelt bij het klaarkomen.
> Ach, soms smelt je hart als je een ezel ziet met een ezelsveulen – wie dat ziet en dan nog God zou kunnen loochenen, dat is mij onbegrijpelijk. Want een kleine ezel is net een jonge herdershond, maar dan in het groot, en heel aandoenlijk hoog op de poten en hij doet de hele tijd dartele schijnaanvallen op zijn moeder. Je moet gewoon huilen als je het ziet. Ik zoen ze altijd allebei op de kop, want dat moet."

Het is uiteraard de tweede alinea waarop Reve is aangevallen. Het zou te ver voeren uitvoerig in te gaan op het procesverloop, hoe markant ook (bijvoorbeeld de omstandigheid dat getuigendeskundigen worden opgeroepen die een poging doen gemotiveerd uiteen te zetten of de passages een uiting zijn van smalende godslastering dan wel van literaire vrijheid,[46] wat de zaak alleen maar verder opblaast).

---

42 De Roo 1970, p. 124.

43 Prachtig opgezet en verwoord is zijn pleitrede voor het Gerechtshof Amsterdam, opgenomen in Fekkes 1968, p. 129-151 en Reve 1971, p. 14-38.

44 Reve 1966, p. 112-113.

45 Het citaat valt te lezen in de dagvaarding die tegen Reve werd uitgebracht, opgenomen in de documentaire van het proces Fekkes 1968, p. 32.

46 Ik verwijs verder naar Fekkes 1968, waarin ook de rapporten van de deskundigen zijn opgenomen (p. 95 e.v.).

Voldoende is hier, aan te geven dat volgens Reve in zijn pleidooi voor het Gerechtshof Amsterdam de tegen hem gevoerde rechtszaak in de kern een conflict is tussen twee Godsbegrippen. "Alle narigheid komt hieruit voort, dat God voor mij niet is de 'gans andere', de emanente, maar de 'meest eigene', dat wil zeggen: de immanente. Mijn God is kennelijk niet de God van Nederland", aldus de schrijver, en: "Alles wat ik in mijn werk over God te berde breng is op dit Godsbegrip gegrondvest. Wat het waard is, weet ik niet; ik weet alleen dat het voor mij het enig mogelijke is."[47] De ezel is voor Reve, zoals hij zelf aangeeft, een metafoor, opgezet met een speelse zucht naar bizarriteit, voor de schuldeloos lijdende en zich weerloos onderwerpende God.[48]

De Hoge Raad laat in zijn arrest van 2 april 1968 de vrijspraak van het hof in stand.[49] Hij overweegt daartoe over artikel 147 onder 1 WvS[50]

> "dat bij de mondelinge behandeling door de Tweede Kamer der Staten-Generaal van het ontwerp van wet (..) van Regeringszijde met name naar voren is gebracht, dat de term 'smalende' bevat het subjectieve element, de bedoeling van de smalende het als reëel gestelde hoogste Opperwezen neer te halen;
> dat de term 'smalende' dus niet slechts de functie heeft te omschrijven een bepaalde vorm van zich op voor godsdienstige gevoelens krenkende wijze uitlaten;
> dat om gelijke reden niet reeds door de bepaling wordt getroffen een auteur die de bedoeling heeft zich te uiten in zulk een vorm dat anderen in hun godsdienstige gevoelens wel gekrenkt moeten worden; (..)"

Kortom, als Reve in een roman zich God voorstelt als een éénjarige, muisgrijze ezel, met wie hij gemeenschap heeft, dan maakt hij zich met die weergave nog niet noodzakelijk schuldig aan smalende godslastering.

In de noot van Bronkhorst onder het arrest klinkt een lichte verzuchting door waar deze schrijft dat "[d]e wijze van interpretatie welhaast alle mogelijkheden af van bewijs van het zwaar geaccentueerde subjectieve element" en dat "[d]e strafrechtelijke bescherming tegen Krenking van Godsdienstige gevoelens van hen die een bepaald Godsbeeld, zij het dan een nog tamelijk wijd verbreid, voor heilig houden, door deze uitleg aanzienlijk [wordt] beperkt." Ik zou evenwel menen dat de bepaling in artikel 147 onder 1 WvS 'van huis uit' beperkt van opzet is en dat de Hoge Raad, teruggrijpend op de wetsgeschiedenis, die toch vooral in herínnering heeft gebracht.

Latere, door het Openbaar Ministerie onderzochte zaken zijn steeds op het bewijs van de subjectieve bedoeling gestrand, zodat van een serieuze vervolging sinds het *Ezel*-proces nauwelijks meer sprake is geweest.[51] De beperkte reikwijdte van het delict smalende godslastering in artikel 147 onder 1

47 Reve 1971, p. 17.
48 Reve 1971, p. 16, 21-22. Vgl. ook p. 31, tweede alinea.
49 *NJ* 1968, 373 m.nt. Bronkhorst.
50 Overwegingen afgedrukt in Fekkes 1968, p. 172-173.
51 Zie voor enige, weinig kansrijke, gevallen in de jaren '80 van de vorige eeuw: Plooy 1986, p. 78-82.

WvS voorkómt veroordeling van uitingen die voor gelovigen onwelgevallig kunnen zijn maar op de keper beschouwd niet ernstiger zijn dan dat, maar maakt ook de poging iemand te veroordelen die bij hoog en bij laag volhoudt (hoewel mogelijk niet oprecht) dat hij met zijn als krenkend beschouwde uitlatingen feitelijk niet heeft bedoeld het godsbeeld neer te halen, weinig kansrijk.[52]

Een voorbeeld van een geval waarin artikel 147 onder 1 WvS tegenwoordig kan opgaan, afhankelijk van de aanwezigheid van de bedoeling om te smalen én het bewijs daarvan, zou kunnen zijn het op de markt brengen van condooms met de opdruk van een Christusfiguur. Condooms met de opdruk van de Maagd Maria zouden daarentegen in het licht van deze strafbepaling wél mogen, omdat daarmee niet rechtstreeks het godsbegrip wordt gesmaald, een vereiste voor strafbaarheid.

2.4.5 Artikel 147 onder 1 WvS na het proces tegen Reve

Het artikel was meer en meer een slapend bestaan gaan leiden, toen in 2004 de minister van justitie Donner, een kleinzoon van de minister van justitie in de jaren dertig van de vorige eeuw, er opnieuw de aandacht op vestigde. Donner pleitte in de roerige weken na de moord op cineast en schrijver Theo van Gogh door een moslimextremist voor het strenger toepassen van de wetgeving met betrekking tot godslastering, in het verlengde van al langer bestaande kabinetsplannen om de strafbaarstelling van belediging en godslastering te verruimen in de strijd tegen moslimradicalisme in de Nederlandse samenleving.[53] Ineens buitelde iedereen over elkaar heen: wat was dat ook al weer voor een bepaling, en was de kous met het proces tegen Reve niet af geweest?

Het pleidooi van minister Donner om de teugels aan te halen was voorpaginanieuws en leidde tot een intens debat tussen voor- en tegenstanders. In de Tweede Kamer was regelrecht sprake van *backfire* toen D'66 een motie indiende vóór afschaffing van artikel 147 WvS, onder andere omdat "de belediging van gelovigen niet erger of minder erg [is] dan de belediging van bijvoorbeeld homo's of van mensen met een donkere huidskleur."[54] De motie haalde het niet, maar de toon was gezet. Minister Donner kwam op zijn aankondiging terug, er bleek sprake van een misverstand.[55] De al langer bestaan-

52 De Roo 1970, p. 124 heeft verdedigd dat de intenties van de verdachte ook uit de omstandigheden van het geval kunnen worden afgeleid. Weliswaar zal de subjectieve bedoeling om een godsbeeld te vernederen in sommige gevallen voor de buitenstaander direct uit het medium en de houding van de verdachte kenbaar kunnen zijn, maar in andere gevallen zou het meewegen van omstandigheden neerkomen op objectivering van diens intenties – dát is niet de strekking van art. 147 onder 1 WvS.
Zie al Rechtbank Almelo 13 juni 1933, *NJ* 1934, p. 107.

53 'Kabinet verdeeld over godslastering', *NRC Handelsblad* 15 november 2004, p. 1.

54 Toelichting in persoonlijke e-mailcommunicatie met mevrouw L. van der Laan, woordvoerder van D'66, op 25 november 2004.

55 'Godslastering niet harder aangepakt', *NRC Handelsblad* 16 november 2004, p. 1.

de kabinetsvoornemens waren in feite gericht op artikel 137*c* en 137*e* WvS en hebben in 2005 geresulteerd in een wetsvoorstel.[56]

2.5 *Het verspreidingsdelict in artikel 147a WvS*

Artikel 147*a* WvS is een verlengstuk van artikel 147 WvS in de zin dat het zich richt op de verspreiding van uitingen van smalende godslastering. Artikel 147*a* vult een leemte op die bij de toepassing van artikel 147 onder 1 WvS en het hierna te behandelen artikel 429*bis* WvS werd geconstateerd.[57] Artikel 147*a* luidt:

> 1. Hij die een geschrift of afbeelding waarin uitlatingen voorkomen die, als smalende godslasteringen, voor godsdienstige gevoelens krenkend zijn, verspreidt, openlijk tentoonstelt of aanslaat of, om verspreid, openlijk tentoongesteld of aangeslagen te worden, in voorraad heeft, wordt, indien hij weet of ernstige reden heeft om te vermoeden dat in het geschrift of de afbeelding zodanige uitlatingen voorkomen, gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste twee maanden of geldboete van de tweede categorie.
> 2. Met dezelfde straf wordt gestraft hij die, met gelijke wetenschap of een gelijke reden tot vermoeden, de inhoud van een zodanig geschrift openlijk ten gehore brengt.
> 3. Indien de schuldige een van de misdrijven omschreven in dit artikel in zijn beroep begaat en er, tijdens het plegen van het misdrijf, nog geen twee jaren zijn verlopen sedert een vroegere veroordeling van de schuldige wegens een van deze misdrijven onherroepelijk is geworden, kan hij van de uitoefening van dat beroep worden ontzet.

Artikel 147*a* heeft ten doel te verhinderen dat godsdienstige gevoelens onder meer door het verspreiden of tentoonstellen van godslasterlijke geschriften of afbeeldingen (potentieel) worden gekrenkt (lid 1). Het gaat om de vastlegging van de voor godsdienstige gevoelens krenkende uitbeelding op papier of op (of in) andere materialen. Ook verboden is het ten gehore brengen van teksten die vóórkomen in de in het eerste lid bedoelde geschriften of afbeeldingen (lid 2), zoals het voorlezen van een als smalend godslasterlijk aangemerkte tekstpassage. Aanvullende strafbedreiging bestaat voor gevallen waarin het plegen van het misdrijf in het kader van commerciële activiteiten plaatsvindt (lid 3), wat bijvoorbeeld boekhandelaren kan treffen.

Om te kunnen aannemen dat aan de delictsomschrijving is voldaan, moet worden aangetoond dat de dader weet of ernstige reden heeft om te vermoe-

56 Voorstel van wet tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht in verband met de strafbaarstelling van de verheerlijking, vergoelijking, bagatellisering en ontkenning van zeer ernstige misdrijven en ontzetting van de uitoefening van bepaalde beroepen, van 12 juli 2005. Te raadplegen via <www.justitie.nl>.

57 Wet van 19 juli 1934, *Stb.* 1934, 405. Vgl. tevens Rechtbank Almelo 13 juni 1933, *NJ* 1934, p. 107, als een voorbeeld van een zaak waarin noch art. 147 (d.w.z. het reeds – in 1932 – gewijzigde art. 147 onder 1), noch art. 429*bis* WvS op de verspreider van godslasterlijke geschriften bleek te kunnen worden toegepast. Hieromtrent ook Baelde 1935, p. 228 e.v.

den dat datgene wat hij verspreidt, smalend godslasterlijk is.[58] Zijn gedrag wordt geobjectiveerd. Volgens Noyon/Langemeijer/Remmelink is de uiterlijke indruk van het geschrift of de afbeelding bepalend.[59] Anders gezegd, het smalend godslasterlijke karakter van het geschrift of de afbeelding wordt in het kader van artikel 147 onder 1 WvS beoordeeld, en voor strafbaarheid van degene die vervolgens zo'n uiting verspreidt, is niet vereist dat ook deze zich smalend godslasterlijk uitlaat. Dit voert tot de consequentie dat wanneer artikel 147 onder 1 niet opgaat omdat de smalende godslastering niet kan worden bewezen, dat dan artikel 147*a* evenmin kan opgaan.

Dit vormt op zichzelf al een verklaring voor de in de praktijk onbeduidend gebleken rol voor artikel 147*a* WvS.

2.6 *Artikel 429bis WvS*

Ook artikel 429*bis* WvS, een overtreding van de openbare orde, ligt in het verlengde van artikel 147 onder 1 WvS.[60] Artikel 429*bis* WvS luidt:

> Hij die op een van de openbare weg zichtbare plaats woorden of afbeeldingen stelt of gesteld houdt, die, als smalende godslasteringen, voor godsdienstige gevoelens krenkend zijn, wordt gestraft met hechtenis van ten hoogste een maand of geldboete van de tweede categorie.

Artikel 429*bis* houdt een verbod in van het tonen van smalend godslasterlijke woorden of afbeeldingen op een vanaf de openbare weg zichtbare plaats, bijvoorbeeld achter het raam of op de deur van een huis plakken van een poster met een smalend godslasterlijke leuze. Deze gedraging zou voor godsdienstige gevoelens krenkend kunnen zijn en dus is de associatie met artikel 147 onder 1 WvS snel gemaakt, maar dat artikel gaat niet op in het geval dat de 'posterplakker' niet zelf tevens de smalende godslasteraar is. (Het zou de buurman wel kunnen zijn die een stapeltje posters meeneemt en er een ophangt.)

Net als voor artikel 147*a* WvS is voor 429*bis* WvS de mogelijkheid van kwetsing van godsdienstige gevoelens voldoende. Ook het godsbegrip in artikel 429*bis* is gelijk aan dat in artikel 147 WvS.

De wetsgeschiedenis bij artikel 147 WvS en het *Ezel*-proces maken aannemelijk dat ook voor wat betreft artikel 429*bis* WvS moet worden uitgegaan van zowel het oogmerk om godsdienstige gevoelens te krenken als het oogmerk

58 Vgl. omtrent de terminologie Remmelink 1996, p. 203, waar "weten" wordt aangeduid als begrijpen, beseffen, zich van iets bewust zijn, en p. 228, waar "redelijkerwijs moet vermoeden" (niet gelijk aan "ernstige reden om te vermoeden" maar wel gelijkend) in verband wordt gebracht met omstandigheden die bij een eerste indruk worden vermoed.

59 NLR, art. 147*a*, aant. 2.

60 Wet van 4 november 1932, *Stb.* 1932, 524. Over de verhouding tussen art. 147*a* en art. 429*bis* schreef Baelde 1935, p. 231-232.

om het godsbeeld neer te halen (te smalen).[61] Daarmee is de vorm op zichzelf – de poster met de leuze – niet doorslaggevend. Hierin schuilt een verschil met artikel 147*a*, dat niet gericht is tegen de smalende godslasteraar maar tegen de verspreider van smalend godslasterlijke geschriften of afbeeldingen.[62]

3 Strafbare belediging van een bevolkingsgroep (artikelen 137*c* en 137*e* WvS)

3.1 Algemeen

In tegenstelling tot de bepalingen met betrekking tot smalende godslastering, richten de breder opgezette artikelen 137*c-e* WvS zich tegen discriminerende belediging als zodanig van een groep mensen, onder andere wegens hun geloof.[63] Het gaat om misdrijven tegen de openbare orde die specifiek gericht zijn op de bescherming van bepaalde groeperingen. Artikel 137*c* bevat de kernbepaling en de artikelen 137*d* en 137*e* vormen daar afgeleiden van. Het artikel 137*d*, gericht tegen het aanzetten tot haat of discriminatie, is in de lijn van deze studie minder relevant en bespreek ik daarom niet.[64]

De normen in de artikelen 137*c* en 137*e* WvS vloeien voort uit verplichtingen die Nederland is aangegaan bij het Internationaal Verdrag van New York van 7 maart 1966 inzake de uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie (hierna: Verdrag van New York)[65] en maken in hun oorspronkelijke gedaante sinds 1971 onderdeel uit van onze strafwetgeving.[66] Men zou de beide strafbepalingen ook als een uitvloeisel van het non-discriminatiebeginsel in artikel 1 Gw kunnen zien.

In het begin van de jaren negentig van de vorige eeuw kregen de artikelen

61 Een andere uitleg verdraagt zich niet met de harmonie van het WvS, aldus NLR, art. 429*bis*, aant. 1 en 3.

62 Zie voor enkele (oude) toepassingen van art. 429*bis* WvS in de rechtspraak: Baelde 1935, p. 237-238.

63 Zie voor wat betreft de mogelijkheid van samenloop, waarbij zowel artikel 147 sub 1 als 137*c* WvS een rol spelen: De Roo 1970, p. 230; in voetnoot 2 noemt De Roo als voorbeeld: "Christus was een schurk, dus laten wij over de praktijken van die zogenaamde Christenen maar zwijgen." Wie tijdens een multiculturele manifestatie zou uitroepen: "hindoes zijn minderwaardige mensen", die beledigt hindoestanen als geloofsgroep en is vermoedelijk strafbaar op grond van art. 137*c* WvS, terwijl hij met: "Shiva is de hindoegod van de pornografie" zich door smalende godslastering op voor hindoestanen krenkende wijze uitlaat over een van hun belangrijkste goden en vermoedelijk strafbaar zou zijn op grond van art. 147 WvS.

64 Evenmin van belang is het nieuw voorgestelde, kort gezegd tegen extremisme gerichte art. 137*f* WvS.

65 *Trb.* 1967, 48, inwerkingtreding 4 januari 1969.

66 Beide wetsbepalingen zijn vastgesteld bij de Wet van 18 februari 1971, *Stb*. 1971, 96. De huidige bepaling kende een uit de jaren '30 van de vorige eeuw stammende voorganger met een beperktere reikwijdte (om één punt te noemen: onder de term groep werden enkel de van oudsher in Nederland voorkomende gemeenschappen begrepen). De voorganger werd ingevoerd naar aanleiding van de bij de bespreking van art. 147 WvS al aan de orde gekomen uitingen uit (extreem-)linkse en -rechtse politieke hoek.

137*c* en 137*e* WvS hun huidige inhoud, geactualiseerd naar aanleiding van maatschappelijke ontwikkelingen zoals de toename van het bevolkingsdeel dat van allochtone afkomst is en de roep om gelijkheid ongeacht seksuele gerichtheid.[67] De bepalingen zijn dan ook tevens te zien als een streven naar politieke correctheid. Over de strafbaar gestelde categorieën en de bewoordingen daarvan is veel discussie geweest, die van tijd tot tijd weer oplaait.[68]

3.2 Artikel 137c WvS

3.2.1 Inhoud

De tekst van artikel 137*c* WvS luidt:

> Hij die zich in het openbaar, mondeling of bij geschrift of afbeelding, opzettelijk beledigend uitlaat over een groep mensen wegens hun ras, hun godsdienst of levensovertuiging of hun hetero- of homosexuele gerichtheid, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste een jaar of geldboete van de derde categorie.

Om ten aanzien van een concrete uiting van belediging in de zin van het artikel te kunnen spreken, is vereist dat daarin een relatie wordt gelegd met een gemeenschappelijk aangeduide groep personen.[69] Beledigen betekent volgens de wetsgeschiedenis "het aantasten van de eigenwaarde of het in diskrediet brengen van een groep, omdat die van een bepaald ras is", of van een bepaald geloof, levensovertuiging, of seksuele gerichtheid.[70] In bijzondere gevallen is mogelijk meer dan één categorie van toepassing.[71]

---

67 Wijzigingen bij de Wet van 14 november 1991, *Stb.* 623 (in werking getreden per 1 februari 1992); zie voor aanvullende gegevens: NLR, art. 137*c*, aant. 1 en 2. De wetgever heeft een lange 'incubatietijd' nodig gehad alvorens tot de huidige tekst van de bepalingen te komen. Zie Rosier 1997, p. 75-80 voor een beeld van de maatschappelijke ontwikkelingen en W.G. Schimmel-Bonder, 'Wetgeving inzake verbod van discriminatie', *AA* 41 (1992) 7/8, p. 414-420 over de voorgeschiedenis en inhoud van de verschillende bepalingen tegen discriminatie in de strafwetgeving. Over strafbare belediging recentelijk Janssens & Nieuwenhuis 2005, p. 28-170 (met name p. 29-39).

68 Zie bijvoorbeeld de discussiebijdragen in de rubriek 'Stelling', *NJB* 2003, nr. 16, p. 829-834. Ik noem ter informatie ook de projectstudie van het ministerie van justitie 'Godslastering, discriminerende uitingen wegens godsdienst en haatuitingen. Een inventariserende studie', uitgevoerd door B. van Stokkom, H. Sackers en J.-P. Wils (eind 2006).

69 Wat enkel voor het individu beledigend is, is niet strafbaar onder art. 137*c*. De gemeenschappelijke aanduiding van de groep kan berusten op objectieve, algemeen bekende eigenschappen of kenmerken van de groep, maar ook op subjectieve, die uit de koker komen van degene die de uitlating doet. Vgl. Hoge Raad 26 juni 1984, *NJ* 1985, 40, waarin belediging van de joodse gemeenschap wordt afgeleid uit uitlatingen over een Duitse jodin (inhoudende dat "die dus blijkbaar ook niet (..) vergast [is]").

70 Omdat op grond van het artikel strafbaar is de belediging van een groep *wegens* hun ras, godsdienst of levensovertuiging, of seksuele gerichtheid, dient de uitlating terug te slaan op de groep waarover iets wordt opgemerkt, bijvoorbeeld: "De Turken zijn een onbetrouwbaar en achtergesteld volk, want zij zijn islamieten." Vgl. NLR, art. 137*c*, aant. 2.

71 De beledigende kreet "Davidster schoonmaken? Hou 'm in 't gas!" zou joden zowel wegens hun geloof als wegens hun ras raken.

Belediging impliceert opzet. Bewezenverklaring van het delict, dat voltooid is op het moment van openbaarmaking van de uiting, vereist voorts dat de opzet om een bepaalde groep wegens het een of ander te beledigen op de openbaarmaking is gericht.[72] Dit vertaalt zich bijvoorbeeld in de situatie dat het schrijven van een e-mail met beledigende teksten aan een moslimorganisatie op zichzelf niet strafbaar is, net zo min als bijvoorbeeld iemands eigen dagboek dat is. Pas wanneer hij de e-mail publiceert,[73] is aan de delictsomschrijving voldaan. Een andere situatie: een man die deelnemers aan een in Nederland gehouden manifestatie tegen terroristisch geweld toeroept, dat het terroristische netwerk van Osama bin Laden "de onreine christenhonden in het verdorven Westen zal verpletteren", laat zich beledigend uit in de zin van artikel 137*c* WvS voor zover hij voor anderen verstaanbaar is, en niet door het tromgeroffel of de leuzen van de deelnemers wordt overstemd.[74]

De norm in artikel 137*c* WvS verwijst door de uitleg van het opzetvereiste naar de subjectieve bedoeling van de verdachte. Voor het bewijs daarvan is de Hoge Raad tevens gewicht gaan toekennen aan *objectiverende* elementen, hetgeen is terug te voeren op de uitingsvrijheid.

Volgens de Hoge Raad kan zowel de context waarin de uiting is gedaan, zoals de plaats van het aangevallen tekstgedeelte in een betoog, de strafbaarheid van een op zichzelf beledigende uiting wegnemen, als bijzondere omstandigheden, waaronder in elk geval de geloofsopvatting van de verdachte die aan de uiting ten grondslag ligt of zijn intentie om met de uiting een publieke discussie op gang te brengen.[75]

Zo is de uitlating "waarom zou een praktiserend homoseksueel beter zijn dan een dief?", gedaan in een interview over onder andere de godsdienstige opvatting van de geïnterviewde (de politicus Van Dijke), door de Hoge Raad niet beledigend geacht in de zin van artikel 137*c* WvS omdat zij "kenbaar en in direct verband" stond met de geloofsopvatting van de geïnterviewde "en als zodanig voor hem van betekenis [is] in het maatschappelijk debat."[76]

---

72 Hoge Raad 30 september 2003, *NJ* 2004, 189, r.ov. 3.6 en 3.7.

73 Dan heeft hij de openbaarmaking zelf in de hand gehad en zal hij opzet op de gedraging hebben gehad.

74 Vgl. de voorbeelden in de conclusie van de A-G Jörg onder HR 30 september 2003, *NJ* 2004, 189, par. 13 van de conclusie.

75 Arresten van de Hoge Raad van 9 januari 2001, *NJ* 2001, 203 (*Van Dijke*) en *NJ* 2001, 204 (*A. van der W.*), m.nt. JdH, waarin de Hoge Raad onder andere de regel formuleerde dat de in de context van een publiek debat over het homohuwelijk uitgeoefende vrijheid van meningsuiting medebepalend kan zijn voor de vraag of sprake is van belediging in de zin van art. 137*c* WvS. Zie ook de noot, nr. 2-3. Van belang is tevens rechtspraak van het EHRM, waarvan ik noem EHRM 24 februari 1997, *NJ* 1998, 360 (*De Haes en Gijsels/België*), met name r.ov. 46-48, m.nt. EJD. Zie ook twee arresten rond de cineast en schrijver Theo van Gogh, waarin de betekenis van de context en de strekking van de uitlating naar voren komt: HR 11 februari 1986, *NJ* 1986, 689, m.nt. 'tH; HR 11 december 1990, *NJ* 1991, 313 m.nt. 'tH.

76 HR 9 januari 2001, *NJ* 2001, 203, r.ov. 3.4.4, in samenhang met, zonet al genoemd, HR 9 januari 2001, *NJ* 2001, 204 m.nt. JdH. Verder verwijs ik naar de bespreking van art. 10 EVRM en EHRM-rechtspraak in hoofdstuk 2, par. 3.

3.2.2 Nadere bespreking, met rechtspraak

3.2.2.1 Begrip ras

Eén van de categorieën in artikel 137*c* is ras. Het begrip wordt toegelicht in het Verdrag van New York, dat enkele kenmerken opsomt en aangeeft dat het ruim moet worden uitgelegd.[77] Het verdrag vermeldt nationale afstamming[78] (etnografische relatie tot een volk), etnische afstamming (culturele, geografische en taalkundige verwantschap met een volk of regio), huidskleur en afkomst (herkomst uit een groep, die niet etnisch of geografisch maar door bijvoorbeeld religie of tradities bepaald is). Daarnaast zijn fysieke trekken van belang, en specifieke historische gebeurtenissen.[79]

3.2.2.2 Symbolen met een positieve connotatie

Denkbaar is dat gebruik van een symbool met een *positieve* connotatie een belediging van een groep mensen wegens hun ras zou inhouden.

Beledigend voor moslims wegens hun herkomst uit onder meer Turkije en Marokko, zou zijn een actieposter van een nationalistische groepering, waarop de leeuw uit het Nederlandse Rijkswapen is afgebeeld, die brullend de Nederlandse moslimbevolking naar de landsgrenzen drijft. Beledigend voor joden wegens hun ras en hun gedeelde lot zou zijn een plaatje van de menora, de (liturgische) zevenarmige kandelaar, met brandende kaarsen, waarbij in de vlammetjes een duivel is afgebeeld; of, in de boog van de zeven vlammetjes, de omineuze leuze boven de entree van Auschwitz.

3.2.2.3 Symbolen met een negatieve connotatie

In de praktijk staat vervolging op grond van artikel 137*c* WvS vaak in verband met symbolen met een *negatieve* lading, zoals de swastika.[80]

---

77 Art. 1 van het Verdrag van New York. *Hand. II* 1967/68, 9724, nr. 3, p. 4 (MvT) en *Bijl. Hand. II* 1969/70, 9724, nr. 6, p. 3-4 (MvA) verwijzen naar dit artikel 1, evenals HR 15 juni 1976, *NJ* 1976, 551, m.nt. ThWvV en de conclusie in die zaak van de A-G Remmelink.
Maar niet: nationaliteit.

79 Zie NLR, art. 137*c*, aant. 3. Zie in de Nederlandse rechtspraak over het begrip ras in elk geval: HR 15 juni 1976, *NJ* 1976, 551, m.nt. ThWvW (*Glimmerveen*).

80 Incidenten, ongeacht de eventuele vervolging o.g.v. art. 137*c*, doen zich regelmatig voor, zoals in 2005 een postercampagne van het Centraal Joods Overleg (CJO), met medewerking van de Nederlandse Spoorwegen (NS). In de campagne vroeg het CJO aandacht voor de massamoord op Nederlandse joden en op het 'opkomende antisemitisme' van nu. Daartoe liet het foto's zien van deportaties per trein en leuzen als: "Vroeger vertrok hier de trein naar Auschwitz. Wanneer wordt de wereld wijzer?", en "Toen moesten de joden oprotten. Wie nu?" Nadat een deel van de achterban van het CJO de posters als beledigend beschouwde, is de campagne aangepast. Met het beschikbaar stellen van posterruimte wilden de NS spijt betuigen over de eigen rol in het wegvoeren van joden en anderen. Ontleend aan: C. Brendel, 'Stationsfoto's vallen verkeerd', *Algemeen Dagblad* 27 september 2005.

Van de jurisprudentie over belediging van een groep wegens hun ras is ter illustratie zo'n geval te vermelden, waarin tijdens een demonstratie van een neofascistische beweging een man zichtbaar een rode band voorzien van een zwart hakenkruis om de arm droeg.[81] De man werd vervolgd voor het zich beledigend uitlaten voor joden wegens hun ras. Het gerechtshof te Leeuwarden stelde vast dat de man met het opzettelijk zichtbaar dragen van het mouwembleem de bedoeling heeft gehad het nationaal-socialistische gedachtegoed uit te dragen. De Hoge Raad stemde in met het oordeel van het hof, dat er in de woorden van de Hoge Raad op neer kwam dat[82]

> "de nationaal-socialistische ideologie zich bij uitstek kenmerkt door rassenleer en antisemitisme en in de tweede wereldoorlog op grond van die ideologie de joden in Europa zijn vervolgd en op grote schaal zijn vermoord,"

en, vervolgde de Hoge Raad, daarom

> "is het dragen van het hakenkruis, als in de bewezenverklaring omschreven, met de door het hof vastgestelde bedoeling als voormeld, op zichzelve een uitlating bij afbeelding die beledigend is voor joden "wegens hun ras", als strafbaar is gesteld bij art. 137c Sr."

De intentie van de verdachte om joden te beledigen wegens hun ras is hier kennelijk afgeleid uit het zichtbaar dragen van de band tijdens een neofascistische betoging.[83] Annotator Schalken spreekt van een indirecte vorm van discriminatie via associatie van het symbool met de nationaal-socialistische ideologie en de jodenvervolging. Maar, aldus Schalken,

> "ook in deze zaak was de intentie van de drager van het hakenkruis uiteindelijk doorslaggevend (..). Die subjectieve instelling kon worden afgeleid uit het feit dat het zwarte hakenkruis, afgebeeld op een rode armband, werd gedragen tijdens een demonstratie van een neofascistische groepering waarbij over de nazisympathieën van de deelnemers geen enkele twijfel bestond. Dat duidde erop dat de intentie was gericht op het uitdragen van het nationaal-socialistische gedachtegoed. Het propagandistische karakter van de omstandigheden waaronder het symbool in het openbaar ten tonele wordt gevoerd, bepaalt dus het discriminatoire karakter. De connectie tussen het naziregime en de totalitaire vernietigingsdrift is zo dwingend, dat enig misverstand omtrent de werkelijke bedoeling is uitgesloten."

---

81 Arrest van 26 april 1994, kenbaar uit HR 21 februari 1995, *NJ* 1995, 452, m.nt. Sch. In het voorbijgaan meld ik dat ik hier de terugkerende ophef die wijlen Theo van Gogh met zijn uitspraken in columns en elders veroorzaakte, niet bespreek. Tegen Van Gogh is meermaals vervolging ingesteld vanwege uitlatingen als "Wat ruikt het hier naar Caramel. Vandaag verbranden ze alleen de suikerzieke joden"; zie o.a. HR 11 februari 1986, *NJ* 1986, 689, m.nt. 'tH; HR 11 december 1990, *NJ* 1991, 313, m.nt. 'tH. In par. 5 passeert de laatste zaak nog wél de revue.

82 R.ov. 5.2 van het arrest van de Hoge Raad.

83 In een eerder geval, waarin Nazi-mouwemblemen aan verzamelaars van militaire curiosa te koop werden aangeboden, werd art. 137*c* WvS vanwege bijzondere omstandigheden niet bewezen geacht. Het gaat om HR 22 september 1987, *NJ* 1988, 300. Het heeft het er veel van weg dat hier de intentie, die inherent is aan belediging van joden wegens hun ras, heeft ontbroken.

In de lijn van de uitspraak van de Hoge Raad, en van het standpunt van Schalken, zou het geen verschil maken welke lading een verdachte in vergelijkbare omstandigheden zélf aan zijn mouwembleem toekent.[84] Dit is daarmee een voorbeeld van het meewegen van objectiverende elementen naast, of kennelijk zelfs ongeacht, de subjectieve bedoeling van de dader in de beoordeling van het opzetvereiste, zoals ik eerder besprak.[85] In een andere context dan die van de deelname aan een neofascistische demonstratie zou met behulp van dezelfde objectivering een andere, voor die andere situatie passende uitkomst kunnen worden bereikt.

Het is verleidelijk om bij wijze van illustratie aan het – buitenissige – incident te denken rond de Britse prins Harry, die op een besloten, gekostumeerd verjaardagsfeestje verscheen in een Nazi-uniform met mouwembleem, dat hij voor de gelegenheid en 'voor de *fun*' had gehuurd in een feestspeciaalzaak. Van de uitdossing van de jeugdige prins kwam een door een andere gast van het feestje genomen foto naar buiten. Die foto vormde de aanleiding voor een in de pers breed uitgemeten affaire over het gebrek aan historisch besef en verantwoordelijkheidsgevoel bij de prins.[86]

Zie de volgende, van een Britse tabloid geleende illustratie:

84 Ik signaleer dat wat Schalken opmerkt over de uit de *omstandigheden* af te leiden subjectieve bedoeling, associatie opwekt met de opvatting van De Roo 1970, p. 124 met betrekking tot art. 147 onder 1 WvS (in een voetnoot vermeld in par. 2.4.4).

85 In deze richting lijken tevens te gaan NLR, art. 137*c*, aant. 9 ("Er is echter ongetwijfeld ook een 'humaan' gebruik [van het hakenkruis, toevoeging CvW], maar dan zullen de desbetreffende omstandigheden moeten blijken.") en J.L. van der Neut, *Discriminatie en strafrecht*, Arnhem: Goude Quint 1986, p. 70-73 (met name p. 71). Van der Neut verdedigt aldaar dat de context waarin een hakenkruis wordt gebruikt, uitmaakt of het om een uiting gaat die beledigend is voor joden *wegens hun ras*.

86 Zie bijvoorbeeld C. Burke, 'The Prince and the Swastika', *AIGA Journal of Design* 25 januari 2005, te lezen op: < http://journal.aiga.org/content.cfm?ContentAlias=_getfullarticle&aid=924698 >.

Dit voorval laat zien dat de toepassing van hetzelfde symbool als in de hierboven weergegeven Nederlandse zaak, in een heel andere context – letterlijk: een verkleedpartijtje – naar Nederlandse maatstaven in principe niet strafbaar zou zijn. Dit zou pas anders liggen wanneer iemand niet onnadenkend handelt, zoals de Britse prins deed, maar moedwillig, met de *bedoeling* om via de camera's in de mobiele telefoons van de andere verklede gasten op het feest in de roddelbladen te komen als sympathisant van kwade ideeën. In zo'n scenario zal de plaats – een besloten feest – niet per se in de weg staan aan de strafbaarheid van de belediging. Wat hiervan verder ook zij, er lijkt voldoende reden om de toets van artikel 137*c* WvS ook weer niet te *beperken* tot de uiterlijk waarneembare context waarin het hakenkruis wordt gebruikt.

3.2.2.4 Begrip godsdienst of levensovertuiging

Het beledigen wegens godsdienst of levensovertuiging is de tweede grond in artikel 137*c*. Onder de term godsdienst worden begrepen alle godsdiensten die uitgaan van het bestaan van een bovennatuurlijke macht, onder levensovertuiging groepen mensen die een existentiële opvatting over het bestaan en hun levenswijze hebben. Niet iedere verzameling mensen met dezelfde ideeën kwalificeert voor bescherming onder het artikel.[87] En probleemgevallen zijn er ook: wat te doen met de Satanskerk, de Scientology Kerk, of andere, niet door iedereen even gewaardeerde of serieus genomen organisaties?[88]

De zojuist al geschetste voorbeelden van oneigenlijk gebruik van de menora houden mijns inziens tevens een belediging in de zin van de strafbepaling in wegens het joodse geloof.[89]

3.3 Artikel 137e WvS

3.3.1 Inhoud

Artikel 137*e* WvS wordt ten opzichte van artikel 137*c* WvS wel aangeduid als het verspreidingsdelict, en luidt:

87 NLR, art. 137*c*, aant. 4 merkt op dat een politieke of maatschappelijke overtuiging doorgaans geen levensovertuiging zoals bedoeld in dit artikel zal zijn, maar dat een dergelijke overtuiging wel ingebed kan zijn in een levensovertuiging.

88 NLR, art. 137*c*, aant. 4 wijst erop dat niet-erkenning van deze verbanden evengoed kan leiden tot discriminatie als men niet voorzichtig te werk gaat.

89 In dit onderzoek speelt geen rol de derde en laatste categorie die in art. 137*c* WvS wordt genoemd, de belediging van een groep wegens hun hetero- of homoseksuele gerichtheid. Terzijde: er is wel kritiek geuit op de precieze inhoud van het artikel, onder andere vanwege het ontbreken van een rubriek 'sekse', waardoor het dom of zwak noemen van vrouwen wegens hun geslacht niet een strafbare belediging is.

1. Hij die, anders dan ten behoeve van zakelijke berichtgeving:
   1. een uitlating openbaar maakt die, naar hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden, voor een groep mensen wegens hun ras, hun godsdienst of levensovertuiging of hun hetero- of homosexuele gerichtheid beledigend is, of aanzet tot haat tegen of discriminatie van mensen of gewelddadig optreden tegen persoon of goed van mensen wegens hun ras, hun godsdienst of levensovertuiging, hun geslacht of hun hetero- of homosexuele gerichtheid;
   2. een voorwerp waarin, naar hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden, zulk een uitlating is vervat, aan iemand, anders dan op diens verzoek, doet toekomen, dan wel verspreidt of ter openbaarmaking van die uitlating of verspreiding in voorraad heeft;

   wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste zes maanden of geldboete van de derde categorie.
2. Indien de schuldige een van de strafbare feiten, omschreven in dit artikel, in zijn beroep begaat en er, tijdens het plegen van het feit, nog geen vijf jaren zijn verlopen sedert een vroegere veroordeling van de schuldige wegens een van deze misdrijven onherroepelijk is geworden, kan hij van de uitoefening van dat beroep worden ontzet.

In het artikel heeft niet alleen de belediging van een groep mensen wegens hun ras, godsdienst of levensovertuiging of hun hetero- of homoseksuele gerichtheid onderdak gekregen, bekend uit artikel 137*c* WvS, maar ook het aanzetten tot haat, discriminatie of geweld tegen personen of goederen wegens deze gronden, of wegens geslacht. Het artikel heeft in de eerste plaats betrekking op het openbaar maken van zo een uitlating. In de tweede plaats ziet het artikel op het ongevraagd doen toekomen, het verspreiden, of het in voorraad hebben van een voorwerp waarin een dergelijke uitlating is vervat, zoals een boek, een poster of een film.[90]

Artikel 137*e* WvS stelt de uitlating c.q. het voorwerp voorop, waarvan degene van wie de genoemde handelingen uitgaat "weet of redelijkerwijs moet vermoeden" dat de uitlating respectievelijk het voorwerp een discriminerend karakter draagt.[91] Wanneer de strafbaar gestelde gedraging zich voordoet in het kader van wat wordt aangeduid als zakelijke berichtgeving (het verstrekken van informatie) of als een bijdrage aan het maatschappelijke debat, dan is er evenwel geen sprake van een strafbaar feit, omdat die situaties vallen onder de bescherming van artikel 10 EVRM.[92]

90 NLR, art. 137*e*, aant. 5.

91 "Weten" houdt volgens Remmelink 1996, p. 203, in: begrijpen, beseffen, zich van iets bewust zijn; "redelijkerwijs moet vermoeden" wordt volgens Remmelink 1996, p. 228, in het WvS gebruikt ten aanzien van omstandigheden die bij een eerste indruk worden vermoed. Zie met betrekking tot de uitleg van het begrip weten verder nog HR 29 april 1940, *NJ* 1940, 831, waarin niet 137*e* WvS, maar een vergelijkbare bepaling (art. 137*d* WvS oud) centraal stond: de verdachte was bekend met de inhoud van de uitlatingen in het geschrift, terwijl de Hoge Raad bovendien meende dat het ten aanzien van deze uitlatingen voor iedere normale lezer duidelijk was dat het om beledigende uitlatingen ging.

92 *Kamerstukken II*, 1967/68, 9724, nr. 3, p. 5 (MvT). Op te merken valt dat de zakelijke berichtgeving-exceptie strookt met het oordeel in EHRM 23 september 1994, *NJ* 1995, 387, m.nt. EJD en Kn (*Jersild*) over de strafbaarheid van de maker van een televisiereportage over jongeren met racistische denkbeelden.

3.3.2 Toepassing

Uit de jurisprudentie blijkt dat artikel 137*e* WvS zijn dienst vooral bewijst met betrekking tot de belediging van joden, tegen de achtergrond van de tweede wereldoorlog.[93] Als voorbeeld kan worden genoemd de strafbaar bevonden handelaar die een prentbriefkaart in voorraad had, waarop afgebeeld een – grafisch – verticaal in tweeën gedeelde militaire figuur (*en profil*), met een helm die aan de ene kant was voorzien van de naam Israël en aan de andere een hakenkruis.[94]

4 Symbolen van openbare orde (artikelen 435*b*, 435*c* en 435*d* WvS)

4.1 Algemeen

De aanleiding om de bepalingen over godslastering en discriminerende belediging te bespreken, lag in het feit dat ze mogelijk ook met betrekking tot uitingen die een voorstelling met een grote symbolische betekenis bevatten, een begrenzing vormen van het vrije gebruik. Ten aanzien van de artikelen 435*b-d* WvS geldt dit ook en zelfs directer, daar zij voorschriften bevatten met betrekking tot oneigenlijk gebruik van bepaalde officiële symbolen, zoals de Nederlandse vlag. De artikelen 435*b-d* WvS hebben ieder hun eigen verhaal en ik bespreek ze daarom afzonderlijk.

4.2 Artikel 435b WvS

4.2.1 Inhoud

Artikel 435*b* WvS luidt:

> 1. Hij die, zonder daartoe gerechtigd te zijn, gebruik maakt van woorden, uitdrukkingen of kentekens, die aanduiden of de indruk kunnen wekken dat zijn optreden is bevorderd dan wel de steun of erkenning geniet van rijkswege, vanwege de Nederlandse Antillen, Aruba of een buitenlandse mogendheid dan wel vanwege een volkenrechtelijke organisatie, wordt gestraft met hechtenis van ten hoogste een maand of geldboete van de tweede categorie.
> 2. Vervallen)[95]

93 Ik noem: HR 5 november 2002, *LJN* AE8821 (“*Wir wollen Beweise*”); HR 18 oktober 1988, *NJ* 1989, 476, m.nt. GEM; HR 27 oktober 1987, *NJ* 1988, 538, m.nt. ThWvV.

94 Hof ’s-Hertogenbosch 22 september 1982, *NJ* 1984, 600. Het hof overwoog dat de handelaar “in redelijkheid heeft moeten vermoeden dat de daarop voorkomende afbeelding voor de Joden c.q. het Joodse volk, tenminste in Nederland, wegens ras (..) en levensovertuiging diep beledigend was.” Een handelaar als deze overtreedt in beginsel sub 2 van lid 1 van het artikel: hij heeft een voorwerp in voorraad waarvan hij weet of moet begrijpen dat het joodse volk daar aanstoot aan kan nemen. Vgl. HR 19 maart 1985, *NJ* 1985, 688 m.nt. ’tH.

95 Vervallen bij Wet van 23 juni 1976, *Stb.* 1976, 377. De bepaling, die volgens NLR, art. 435*b*, aanhef betrekking had op rechtspersonen, was overigens pas in 1972 ingevoerd.

3. Bij veroordeling van de in het eerste lid omschreven overtreding, kan openbaarmaking van de rechterlijke uitspraak worden gelast.

Deze bepaling is opgenomen in de strafwet als uitwerking van de door de Verenigde Naties uitgesproken wens, om *ieder* gebruik van emblemen, namen of afkortingen van staten en internationale en supranationale organisaties, dat door derden zonder toestemming zou worden gemaakt, strafbaar te stellen. De Nederlandse wetgever koos niet voor zo'n verregaande bescherming, maar voor het beperktere model van strafbaarstelling van *misbruik*.[96] In de memorie van toelichting valt te lezen dat de toenmalige regering meende dat het te ver zou gaan om het enkele gebruik van namen als "Hotel des Pays Bas" en "Hotel Polen" te verbieden, omdat men wel begrijpt dat er geen relatie is tussen de betrokken hotels en de regeringen van de beide landen.[97]

4.2.2 Toepassing

Artikel 435*b* WvS is een bepaling die zelden wordt ingeroepen. Misschien is de mógelijkheid om op te treden in ernstige gevallen ook wel voldoende. Een geval dat zich bij het openbaar ministerie in Rotterdam heeft voorgedaan betreft een 'nepagent'. Politieagenten troffen op de openbare weg een man aan die, naar bleek zonder enige bevoegdheid daartoe, in politie-uniform het verkeer regelde, waarbij naar verluid tenminste één aanrijding plaatsvond door zijn toedoen.[98]

In concurrentieverhoudingen vormt de regeling met betrekking tot misleidende reclame-uitingen in de artikelen 6:194-196 BW een civielrechtelijk alternatief voor strafrechtelijke handhaving, dat van de conflictpartijen zelf kan uitgaan en geen ingrijpen van het openbaar ministerie vereist. De in hoofdstuk 4 te bespreken *NIVAK*-zaak van de Hoge Raad vormt daarvan een duidelijk voorbeeld.[99] In die zaak kwam een organisatie in het geweer tegen het voeren van een logo door een concurrerende organisatie, dat een wapen omvatte dat veel weg had van het Rijkswapen.[100]

96 Zie *Bijl. Hand. II* 1955/56, 4342, nr. 3. NLR, art. 435*b*, aant. 2, wijst erop dat de specifieke omstandigheden die het opnemen van de artikelen 435*c* en 435*d* rechtvaardigen (zie de bespreking van die bepalingen hierna in de hoofdtekst), zouden ontbreken ten aanzien van internationale en supranationale organisaties. Voorts dringt zich een parallel op met het Verdrag van Parijs tot bescherming van de industriële eigendom van 20 maart 1883, *Trb.* 1969, 144 en *Trb.* 1970, 187, verkort aangeduid als: Unieverdrag of UvP. Het UvP strekt er mede toe de bescherming van industriële eigendomsrechten in de aangesloten staten te vereenvoudigen. Art. 6*ter* UvP richt zich, kort gezegd, tegen merkregistratie van Staatssymbolen die zonder goedkeuring van de autoriteiten plaatsheeft, en geldt via de Benelux-merkenwet ook voor Nederland (nader in hoofdstuk 5).

97 *Bijl. Hand. II* 1955/56, 4342, nr. 3.

98 Persoonlijke communicatie met parketsecretaris W. Karsemeijer van het openbaar ministerie in Rotterdam, op 6 november 2005.

99 HR 14 juni 1991, *NJ* 1992, 393, m.nt. DWFV.

100 Zie nader hoofdstuk 4, par. 2.

4.3 Artikel 435c WvS

4.3.1 Inhoud

Artikel 435*c* WvS luidt:

> Hij die, zonder daartoe gerechtigd te zijn, gebruik maakt van het rode-kruisteken of van de woorden "Rode Kruis" of "Kruis van Geneve", of van daarmede door de wetten en gebruiken van de oorlog gelijkgestelde tekens of woorden, dan wel van tekens of woorden die daarvan een nabootsing zijn, wordt gestraft met hechtenis van ten hoogste een maand of geldboete van de tweede categorie.[101]

De bepaling stamt in haar oorspronkelijke gedaante uit 1911 en vindt haar oorsprong in twee, elkaar opvolgende, internationale verdragen, waarvan de laatste de Geneefse Conventie van 1949 is.[102] Artikel 38 van deze Geneefse Conventie luidt:

> Als hulde aan Zwitserland wordt het heraldieke teken van het rode kruis op wit veld, gevormd door het verwisselen van de bondskleuren, als embleem en kenteken van de Geneeskundige Dienst der legers gehandhaafd.
> Evenwel worden voor de landen die reeds, in plaats van het rode kruis, de rode halve maan of de rode leeuw en zon op wit veld als kenteken gebruiken, deze emblemen eveneens in de zin van dit Verdrag erkend.

De Geneefse Conventie spreekt in dit artikel van het uitbrengen van hulde en, in artikel 53 van dezelfde regeling, van het voorkómen van verwarring. De bijzondere positie van de vanuit Zwitserland opgezette Rode Kruisorganisatie, onder andere actief in de beide wereldoorlogen in de twintigste eeuw, is hierin internationaal erkend. Ten bewijze daarvan is de organisatie het exclusieve gebruik van de naam en het symbool van de organisatie toegekend. Wat voor het symbool van het Rode Kruis geldt, geldt op gelijke wijze voor enkele aanduidingen van zusterorganisaties elders in de wereld, waarvan met name te noemen is de Rode Halve Maan.[103]

---

101 Onbevoegd gebruik van het symbool in tijden van oorlog geldt als een sinds 1 oktober 2003 onder de Wet Internationale Misdrijven vallend, met levenslange gevangenisstraf bedreigd misdrijf; zie NLR, art. 435*c*, aant. 1.

102 Wet van 7 januari 1911, *Stb.* 5. Geneefse Conventie (GC) voor de verbetering van het lot der gewonden en zieken, zich bevindende bij de strijdkrachten te velde van 12 augustus 1949, *Trb.* 1951, 72; aan deze GC zijn sinds de tweede helft van de negentiende eeuw enkele conventies voorafgegaan waarin de status van het Rode Kruisteken is benadrukt. Art. 38 van de GC is in andere woorden en zonder verwijzing naar Zwitserland herhaald in art. 12 van het Aanvullend Protocol bij de GC van 12 augustus 1949, van 8 juni 1977, te raadplegen op <www.icrc.org>. De materiële norm zoals die in onze strafwetgeving is gaan gelden na de wijziging (i.v.m. de GC) bij de Wet van 19 mei 1954, *Stb.* 216, geldt nog steeds. Terzijde: met de invoering van de strafbepaling in 1911 ging gepaard de invoering van een antimisbruikbepaling in de merkenwetgeving (*Stb.* 1911, 5).

103 Zie over de historie van het internationale Rode Kruis en het symbool: F. Kalshoven, *Het paradoxale Rode Kruis* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 1976.

Negatief geformuleerd dient artikel 435*c* WvS om te voorkomen dat de internationaal vastgestelde onderscheidingstekens door onbevoegden worden gebruikt, op welke wijze ook.[104] Nabootsingen mogen evenmin.[105] Ieder commercieel gebruik is verboden, evenals toepassingen voor charitatieve doeleinden of louter passief gebruik (dat wil zeggen: zonder enige rol of functie[106]), zolang gebruik van het symbool niet uitgaat van de Rode Kruisorganisatie.

4.3.2 Toepassing

Als het op het Rode Kruissymbool aankomt, is dus eigenlijk niets zomaar toegestaan. Zo zijn strafbaar de drogist die een uithangbord met het Rode Kruissymbool tegen zijn gevel plaatst, de fabrikant van een medicijn die het embleem op verpakkingsmateriaal of op zijn internetpagina afdrukt,[107] en de hobbyist die in een uit 1943 daterende militaire ambulance met Rode Kruislogo rondrijdt.[108]

Het laatste geval deed zich in de jaren zeventig van de vorige eeuw daadwerkelijk voor en doet in de huidige tijd, nu het 'in autotermen' om een oldtimer gaat en je mag aannemen dat iedereen dat ook wel weet, wel erg streng aan. Niettemin weet ik toevallig uit eigen ervaring dat willekeurige strandgasten op zo'n oude ambulance, geparkeerd langs het strand, afstappen en om een pleister vragen, waarbij ze afgaan op het embleem op de auto. De leeftijd van de auto houdt mensen kennelijk niet tegen (evenmin als de omstandigheid dat badlakens uit de raampjes hangen).[109]

Een ander incident deed zich voor rond de Nederlandse musicalfilm "Ja Zuster, Nee Zuster!" (2002).[110] Er ontstond commotie omtrent de satirische

104 Zie voor de gegevens omtrent de twee Geneefse conventies en de inwerkingtreding van de bepaling in de nationale strafwet (1 januari 1914) NLR, art. 435*c*, aant. 1 en 2; bevoegd tot gebruik van het teken zijn enkel geneeskundige verbanden en inrichtingen, nationale Rode Kruis verenigingen, de Vereniging het Rode Kruis, de Maltezer Orde en de Johanniter Orde in Nederland, zie NLR, art. 435*c*, aant. 2, voetnoot 1 en verwijzingen aldaar.

105 Zie hieromtrent HR 11 juni 1968, *NJ* 1968, 297. Geen nabootsing is de afbeelding van een wit kruis op een rood veld, aldus HR 3 juni 1935, *NJ* 1936, 6, m.nt. T.

106 HR 15 mei 1979, *NJ* 1979, 484, r.ov. 5, met een beroep op de bewoordingen en de ontstaansgeschiedenis van art. 435*c*.

107 Vgl. *Bijl. Hand. II* 1909/10, nr. 27.

108 Vgl. HR 15 mei 1979, *NJ* 1979, 484, r.ov. 5. Ik noem verder nog HR 6 juni 1932, *NJ* 1932, p. 1162-1164, m.nt. W.P.: strafrechtelijke veroordeling voor het bij wijze van protest plaatsen van een vanaf de openbare weg zichtbare afbeelding van een kritische variant op het Rode Kruisteken.

109 HR 15 mei 1979, *NJ* 1979, 484, waarin de Hoge Raad oordeelde dat de omstandigheid dat de eigenaar zich in de van oude Rode Kruisemblemen voorziene auto op de weg had begeven (een rit naar de garage voor een reparatie), zonder enige bevoegdheid te bezitten om de emblemen zichtbaar te voeren, voldoende was voor strafbaarheid.

110 De populaire speelfilm, een door Pieter Kramer geregisseerde en door Burny Bos geproduceerde *remake* van de gelijknamige Nederlandse televisieserie van Annie M.G. Schmidt uit de jaren zestig van de vorige eeuw, ging in september 2002 in première. In de film wordt naar hartelust gedanst en gezongen tegen het decor van een opgeruimd en verstild jaren zestig-straatje, de Primulastraat, waarin het rusthuis van zuster Klivia staat. In het verhaal krijgt het rusthuis met al zijn prettig gestoorde bewoners het aan de stok met Buurman Boordevol, die hen (via de rechter) het huis uit probeert te krijgen.

film, die als gevolg van een repeteergrap van de makers was vergeven van de Rode Kruisemblemen. Het meest in het oog sprong de hoofdpersoon in de film, zuster Klivia, die een kapje met het symbool op haar hoofd droeg, maar het embleem kwam ook op talloze andere plaatsen terug. Een illustratie uit promotiemateriaal bij de film:[111]

Toen het Nederlandse Rode Kruis dreigde met een gerechtelijke procedure en een kostbare beeldbewerking – de film digitaliseren en de rode kruisen blauw kleuren – in het verschiet leek te liggen, wisten de producent en andere betrokkenen niet wat hen overkwam. Ze hadden toch niets misdaan, door zo'n algemeen bekend symbool in hun film te gebruiken?[112] Het Rode Kruis en de producent bereikten uiteindelijk een compromis: in promotiemateriaal werden uitsluitend blauwgekleurde kruisen afgebeeld en zowel de film als het promotiemateriaal gingen vergezeld van een mededeling over de activiteiten en de exclusieve rechten van de Rode Kruisorganisatie.[113]

Hoe betrekkelijk onschuldig en speels deze voorvallen ook zijn, toch is het zaak dat over onbevoegd gebruik niet te soepel wordt gedaan. De internationale afspraak dat men het teken als een neutraal symbool in oorlog en vrede dient te respecteren is er nu eenmaal en, met het oog op calamiteiten en conflicten, met reden. Een probleem bij dit standpunt is dat, zeker nu er

111 Ontleend aan < http://www.bosbros.nl/web/portal/loc.nl?_scr=film_tv&lang=nl&prodid=825 >.

112 De producent heeft verklaard dat hij heeft laten nagaan of het symbool merkenrechtelijk beschermd was. Toen bleek dat dit niet het geval was, "dachten wij naïef het wel te kunnen gebruiken." Bron: W. Takken, 'Kriebels in de Primulastraat', *NRC Handelsblad* 27 september 2002, gezien op <www.archief.nrc.nl>.

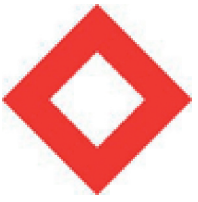
113 De mededeling bevat onder meer deze tekst: "In de film 'Ja Zuster Nee Zuster' verschijnt vaak het teken van het Rode Kruis. Het gebruik van dit speciale teken is wereldwijd aan strenge wetten en regels gebonden", en: "Het gebruik van het teken van het Rode Kruis in de film is hiermee in strijd. De producent erkent de rechten van het Rode Kruis." Zie bijvoorbeeld op < http://www.annie-mg.com/huiskamer/killendoornse_courant/jznz/rode_kruis.html >.

in Nederland al lange tijd vrede heerst en brandhaarden hier toch vooral op de televisie bestaan, het Rode Kruisteken hier een betrekkelijk onschuldig symbool is geworden, en een alledaags plaatje bovendien. Dat blijkt al uit bovenstaande voorvallen, en voor andere voorbeelden hoeven we maar naar plastic autootjes of dokterskoffertjes in de speelgoedwinkel te kijken.

In de 'Zuster Klivia-zaak' had de media-aandacht voor de Rode Kruisorganisatie vermoedelijk uiteindelijk een gunstig effect: iedereen wist weer dat men van het embleem af moet blijven, en de film kon met minimale ingrepen doorgang vinden. Naar de letter van de wet verdampte daarmee tevens het aanvankelijk strafbare karakter van de gedraging: de Rode Kruisorganisatie gaf, onder voorwaarden, alsnog haar toestemming.

4.3.3 Aanvullend embleem: de Rode Ruit

In de afgelopen jaren zijn inspanningen verricht om de wereldwijd opererende organisaties van het Rode Kruis en de Rode Halve Maan een aanvullend logo aan te meten, en inmiddels is er beslist dat dit logo er inderdaad komt.[114] De behoefte aan een alternatief voor de bestaande symbolen komt voort uit de ervaring van de organisaties dat in diverse regio's in de wereld regelmatig door strijdende partijen of de bevolking geen van beide emblemen wordt vertrouwd of gerespecteerd.[115] Het alternatieve symbool, de Rode Ruit of Rode Kristal gedoopt, moet het imago van de hulporganisatie in die gebieden als het ware herijken. Van de bestaande emblemen en het nieuwe embleem een afbeelding (resp. links en rechts):



114 Zie < http://www.rodekruis.nl/nieuws/nieuws.phtml?nieuws_id=412 > en < http://www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/iwpList2/Focus:Emblem?OpenDocument >. De beslissing om de Rode Ruit te introduceren dateert van december 2005.

115 Vooral omdat beide emblemen als representanten van het (overwegend christelijke) Westen respectievelijk het (overwegend islamitische) Nabije en Midden-Oosten worden gezien. Terzijde: Israël hanteert een eigen, tot op heden niet in de zin van de Geneefse Conventie erkend symbool, het rode schild van David; Iran kent een wél erkend embleem dat evenwel sinds 1980 niet meer in gebruik is (de Rode Leeuw en Zon).

De invoering van de Rode Ruit zal de strafbaarheid in Nederland van onbevoegd gebruik van de bestaande aanduidingen vermoedelijk niet raken.[116] De bewoordingen "daarmede door de wetten en gebruiken van de oorlog gelijkgestelde tekens of woorden" in artikel 435*c* WvS, laten mijns inziens voldoende ruimte om het nieuwe logo te huisvesten.

4.4 *Artikel 435d WvS*

4.4.1 Inhoud

Artikel 435*d* luidt:

> Met hechtenis van ten hoogste een maand of geldboete van de tweede categorie wordt gestraft hij die het wapen van het Zwitsers Eedgenootschap of een teken hetwelk een nabootsing daarvan vormt, gebruikt:
> 1 hetzij als fabrieks- of handelsmerk of als onderdeel van zulk een merk;
> 2 hetzij met een doel, strijdig met de eerlijkheid in de handel;
> 3 hetzij onder omstandigheden die het Zwitserse nationale gevoel zouden kunnen krenken.

Volgens Noyon/Langemeijer/Remmelink "zou men [het] artikel thans kunnen beschouwen als een uitvoering van het in art. 435c genoemde Geneefse verdrag van 1949, dat vanwege de relatie die er is tussen het Rode Kruis teken en het Zwitserse wapen (zei art. 38 lid 1 van gemeld verdrag) een dergelijke bescherming van het Zwitserse wapen uitdrukkelijk voorschrijft."[117]

Het artikel 435*d* WvS beschermt het Zwitserse nationale wapen (wit kruis tegen rode achtergrond) tegen onbevoegd gebruik dat in een van de drie in het artikel vermelde categorieën valt. Een in het oog springend verschil met de norm in artikel 435*c* is derhalve dat niet ieder onbevoegd gebruik ongeoorloofd is.

Onderdeel 1 van artikel 435*d* doet denken aan artikel 2.4 aanhef en onder *a* Benelux-Verdrag inzake de intellectuele eigendom (voorheen art. 4, aanhef en onder 1 Benelux-Merkenwet), dat merkrechten uitsluit op officiële aanduidingen waarvan artikel 6*ter* van het Unieverdrag[118] in weigering of nietigverklaring voorziet. Ik leg hier alvast deze connectie, maar bewaar de uitwerking van de beide regelingen voor hoofdstuk 5. Onderdeel 2 van artikel 435*d* WvS zal met name van toepassing zijn indien gebruik van het Zwitserse wapen voor handelswaar ten onrechte de indruk wekt dat die handelswaar uit Zwitserland afkomstig is.[119]

---

116 De implementatie in nationale wetgeving is aan de bij de Geneefse Conventie aangesloten landen.

117 NLR, art. 435*d*, aant. 1a. Art. 435*d* is ingevoegd bij Wet van 1 november 1948, *Stb.* I 480.

118 Verdrag van Parijs tot bescherming van de industriële eigendom van 20 maart 1883, *Trb.* 1969, 144 en *Trb.* 1970, 187.

119 Vgl. NLR, art. 435d, aant. 2.

Bij onderdeel 3 van artikel 435*d* wil ik iets langer stilstaan. Het is de minst scherp omlijnde categorie van de drie, maar wel een voor deze studie interessante. De norm in onderdeel 3 stelt de gecodificeerde weerslag voor van de door de verdragsstaten gedeelde wens, bepaalde toepassingen van een nationaal symbool, het embleem van Zwitserland, tegen te gaan. Daarmee vormt deze oneigenlijk gebruik-norm een tegenhanger van wat in deel II van deze studie op het menu staat: de monopolisering van dergelijke symbolen.[120]

Het open karakter van de norm in onderdeel 3 zorgt wel voor enige moeilijkheden bij de beantwoording van de vraag, wanneer het gebruik van het embleem geacht kan worden het Zwitserse nationale gevoel te krenken. Het aanwezig achten van krenking van dit gevoel is in elk geval niet op voorhand uitgesloten om de reden, dat het Nederlandse nationale gevoel onder overeenkomstige omstandigheden *niet* zou worden gekrenkt.[121] Het gevoel van een individuele Zwitser is niet doorslaggevend, men zal moeten zoeken naar een *communis opinio*.[122]

4.4.2 Toepassing van de regeling

In de praktijk is vervolging terzake van artikel 435*d* WvS nauwelijks voorgekomen. Bij gebrek aan recent materiaal van eigen bodem, haal ik een sterk voorbeeld uit het buitenland aan. Het internationaal bekend geworden incident rond een publicatie van de Amerikaanse diplomaat Eizenstat[123] in 2003 is een gebeurtenis die, in andere omstandigheden, in Nederland mogelijk tot vervolging wegens de (potentiële) krenking van het Zwitserse nationale gevoel had kunnen leiden.

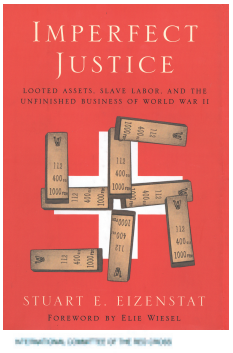
Eizenstat, onderminister van Buitenlandse Zaken in de regering-Clinton, onderhandelde jaren en met succes met Zwitserland over een afkoopsom in verband met het achteraf niet zo neutraal en belangeloos gebleken oorlogsverleden van dat land. Het boek dat hij over die periode schreef, kreeg een omslag mee waarop een Zwitserse vlag stond afgebeeld. Op het witte kruis was een uit goudstaven gevormd hakenkruis gelegd, voorzien van het stempel van de Reichsbank. De omslag zag er zo uit:

120 Over de tegenwoordige waarde van onderdeel 3 laat ik mij daarmee nog niet uit.

121 HR 5 juni 1951, *NJ* 1951, 521 (*N.V. Zwitserse Wasinrichting en Ververij Rijswijk*).

122 NLR, art. 435*d*, aant. 2. NLR voegt daaraan nog toe dat van belang is, datgene wat geacht kan worden "bij toonaangevende kringen in Zwitserland te leven" – naar mijn mening een "establishmentcriterium" dat minder representatief is dan bijvoorbeeld de opvattingen bij het gemiddelde publiek. Te noemen is verder HR 13 mei 1952, *NJ* 1952, 684 (*N.V. Zwitserse Wasinrichting en Ververij Rijswijk*), vervolg op HR 5 juni 1951, *NJ* 1951, 521, waarin naar voren kwam dat "aan het gevoelen van gezegden ambtsdrager [de Zwitserse Gezant, toevoeging CvW] zodanig gezag mag worden toegekend, dat het als maatstaf kan gelden voor de bepaling der omstandigheden, die, naar gangbare Zwitserse opvattingen, geschikt zijn het Zwitserse Nationale gevoel te krenken."

123 S.E. Eizenstat, *Imperfect Justice. Looted Assets, Slave Labor, and the Unfinished Business of World War II*, New York: PublicAffairs 2003.



In Zwitserland waren velen diep beledigd dan wel nerveus over de beeldvorming. Als reactie werd niet alleen door de regering onderzocht of het boek met die omslag verboden kon worden, maar ook gingen in het parlement stemmen op om Eizenstat tot *persona non grata* te verklaren.[124] Eizenstat zelf zag de connectie tussen het goud en de Reichsbank als een historisch feit en begreep de ophef niet goed, maar deed niettemin de concessie de omslag van de Duitstalige en Franstalige uitgaven aan te passen. Daarmee was de ergste kou uit de lucht.

De brug naar ons artikel 435*d* WvS is eenvoudig geslagen: was dit boek voor het eerst in Nederland uitgekomen dan was, in elk geval in theorie, denkbaar geweest dat het openbaar ministerie, bijvoorbeeld aangespoord door de Zwitserse overheid, de kansen voor vervolging zou hebben onderzocht. Die kansen zouden op voorhand, naar de letter van de wet, gunstig zijn geweest, nu de expliciete omslag bij dit boek alleen al blijkens de opgewonden berichtgeving in de Zwitserse media daadwerkelijk 'het Zwitserse nationale gevoel' had gekrenkt. Desnoods had ook een enquêtebureau in opdracht van het openbaar ministerie de mening van de doorsnee Zwitser in deze kwestie kunnen peilen. Ik ga hier nog maar even voorbij aan de invloed van de vrijheid van meningsuiting op de strafbaarheid.

Of het openbaar ministerie daadwerkelijk zover zou zijn gegaan, is de vraag, maar mijn punt is dat het kán. Wat overigens óók kan, zoals uit de afloop van het Eizenstat-incident blijkt, is dat door pressie een resultaat wordt bereikt.

124 'Zwitsers boos om boekomslag', *NRC Handelsblad* 17 december 2002.

5 Verhouding tot de uitingsvrijheid

5.1 *Introductie*

In dit hoofdstuk kwamen aan de orde drie 'clusters' met elk een eigen achtergrond: de artikelen 147, 147*a* en 429*bis* WvS (par. 2), de artikelen 137*c* en 137*e* WvS (par. 3) en de artikelen 435*b-d* WvS (par. 4). Het ging kort gezegd onder meer om de smalende godslastering, de belediging van een bevolkingsgroep en het onbevoegd voeren van het Rode Kruisembleem.

De besproken strafbepalingen en toepassingen stellen grenzen aan het recht van burgers om zich vrij te uiten, in artikel 10 EVRM.[125] Voldoen de normen enerzijds als zodanig (par. 5.2) en anderzijds in hun toepassing (par. 5.3) aan de voorwaarden volgens artikel 10 lid 2 EVRM?[126] Over beide vragen valt het nodige te zeggen, en vast ook nog wel meer dan hierna gebeurt, maar voor het doel van dit hoofdstuk 3 en de plaats van dit hoofdstuk in deze studie volstaat naar ik meen de volgende bespreking.

5.2 *De strafrechtelijke normen als zodanig*

5.2.1 Inleiding

De strafbepaling waarop de tenlastelegging is gebaseerd, dient *als zodanig* de toets aan artikel 10 lid 2 EVRM te kunnen doorstaan. Ligt in de regel voor de hand dat het daarmee wel goed zit, bestaande strafbepalingen kúnnen na verloop van langere tijd in verband met veranderde opvattingen over strafrechtelijke handhaving en de uitingsvrijheid in een ander licht komen te staan. Bovendien zou de – Nederlandse – rechter elke in ons land nieuw geïntroduceerde strafbepaling aan de hand van het toetsingsmodel in de genoemde EVRM-bepaling op de proef kunnen stellen, op grond van artikel 94 Gw.[127]

5.2.2 Artikelen 147, 147*a* en 429*bis* WvS

Ten aanzien van de eerste cluster van artikelen 147, 147*a* en 429*bis* WvS kan worden vastgesteld dat godsdienst en goede zeden op zichzelf een legitieme

125 Ik verwijs naar hoofdstuk 2 voor een bespreking van de uitingsvrijheid in art. 10 EVRM en jurisprudentie van het EHRM.

126 Deze tweedeling vindt men op meerdere plaatsen terug in de literatuur, zoals bij Akkermans c.s. 1999, p. 192-193. Hoofdstuk 3 ziet op de 'verticale' verhouding van grond- en mensenrechten, dat wil zeggen tussen overheid en burgers.

127 Art. 120 Gw staat híeraan niet in de weg; die bepaling blokkeert grondwettelijke toetsing van wetgeving. Zie in deze zin ook Hartkamp 2000, p. 27. Zie verder reeds hoofdstuk 2, par. 1.1, 3.2 onder *i* en 4.

aanleiding kunnen vormen voor het beperken of inmengen in de uitingsvrijheid (zie art. 10 lid 2 EVRM, "rechten van anderen" en "goede zeden").

In *Wingrove* heeft het Europese Hof voor de Rechten van de Mens met betrekking tot *Britse* wetgeving tegen blasfemische uitingen echter aangegeven dat de gemeenschappelijke basis in de Europese landen ontbreekt om op het niveau van dit hof te kunnen vaststellen of een dergelijke strafbaarstelling *op zichzelf* een in een democratische samenleving noodzakelijke beperking van de vrijheid van meningsuiting is.[128] Die vraag vormde in *Wingrove* een heet hangijzer omdat de exclusieve bescherming die de op het christelijk geloof gerichte wetgeving bood, in Groot-Brittannië en daarbuiten allesbehalve onomstreden was.[129] Ook het EHRM signaleerde dit, maar mengde zich niet dieper in de kwestie.

De Nederlandse pendant in de vorm van de bepaling over smalende godslastering strekt niet zo ver als de Britse, omdat hij niet is beperkt tot het christelijke geloof. De artikelen 147, 147*a* en 429*bis* WvS zijn zo bezien dus evenzeer (of eigenlijk: zéker) bestand tegen de toetssteen van het EVRM.[130] Of misschien is het zuiverder hier enkel te stellen dat het EHRM de artikelen naar alle waarschijnlijkheid zou *respecteren*. De ouderdom van de Nederlandse bepalingen (de jaren dertig van de vorige eeuw) doet daaraan niet af.

5.2.3 Artikelen 137*c* en 137*e* WvS

Ook wat betreft de middelste en in de praktijk belangrijkste gebleken cluster van de artikelen 137*c* en 137*e* WvS, kan worden aangenomen dat artikel 10 EVRM niet in de weg staat aan de strafbaarstelling als zodanig.[131] Hiervoor noem ik twee redenen.

Ten eerste strekt het EVRM er níet toe dat onder de vlag van de vrijheid van meningsuiting ten koste van anderen zomaar alles moet kunnen worden verkondigd. Te wijzen is op artikel 14 EVRM, dat een verbod van discriminatie wegens onder andere ras, afkomst of godsdienst inhoudt, en op artikel 17 EVRM, dat een verbod omvat van activiteiten van de staat dan wel groepen of individuen in die staat, die zijn gericht tegen de rechten of vrijheden die door het EVRM aan burgers zijn gegarandeerd.

---

128 EHRM 25 november 1996, *NJ* 1998, 359, m.nt. EJD (*Wingrove*); zie r.ov. 58.

129 Het hof overwoog in *Wingrove*, r.ov. 50, tevens dat "it is not for the European Court to rule in abstracto as to the compatibility of domestic law with the Convention." Het is echter niet geheel duidelijk hoe dit standpunt zich verhoudt tot andere, niet-religie-rechtspraak van het hof, waarin het hof via de (van die in *Wingrove* afwijkende) feiten en omstandigheden wél tot een standpunt kwam over nationale wetgeving op het vlak van de goede zeden (vgl. bijvoorbeeld EHRM 22 oktober 1981, nr. 7525/76, r.ov. 40-41 (*Dudgeon*); 26 oktober 1988, nr. 10581/83, r.ov. 35-38 (*Norris*); 31 juli 2000, nr. 35765/97, r.ov. 37-38 (*A.D.T.*), < www.echr.coe.int >).

130 In gelijke zin De Meij e.a. 2000, p. 261.

131 Ook De Meij e.a. 2000, p. 261 is van mening dat de bepalingen in art. 137*c* en 137*e* WvS als zodanig de toets aan artikel 10 kunnen doorstaan.

Ten tweede zijn de hier bedoelde strafrechtelijke artikelen deels ontleend aan verdragen ter bestrijding van discriminatie, racisme en belediging. Ik noem naast het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR) met het discriminatieverbod in artikel 20, het Internationaal Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie met de verplichting om rassendiscriminatie te bestrijden in artikel 2.[132]

5.2.4 Artikelen 435*b*, 435*c* en 435*d* WvS

De laatst overgebleven cluster is die van de uitingsdelicten in artikelen 435*b-d* WvS, gericht op oneigenlijk gebruik van bepaalde officiële symbolen, onder andere kentekens van Staten en het Rode Kruissymbool.

De voorschriften in de artikelen 435*b-d* WvS *als zodanig* kunnen eveneens geacht worden te stroken met de voorwaarden volgens artikel 10 lid 2 EVRM. Deze openbare ordebepalingen vloeien immers rechtstreeks voort uit internationale afspraken en intenties met betrekking tot het voorkómen van wanordelijkheden en strafbare feiten, een belang genoemd in artikel 10 lid 2 EVRM.

Dat artikel 435*d* WvS met betrekking tot de bescherming van het Zwitsers eergevoel, na verloop van tijd zijn actualiteit verloren heeft, brengt het *artikel* nog niet zonder meer in strijd met artikel 10 lid 2 EVRM.[133] Daar komt nog bij dat de inhoud van die bepaling kan worden gezien als een 'moraalkwestie', zodat het na met name *Wingrove* onwaarschijnlijk is dat het EHRM zich over de toelaatbaarheid van dat voorschrift *als zodanig* zou uitlaten.[134]

5.3 Toepassingen van de strafrechtelijke normen

5.3.1 Inleiding

Nu volgen de voor dit hoofdstuk relevante toepassingen in de rechtspraak over de drie clusters van strafbepalingen. Vooraf merk ik op dat het EHRM Nederlandse rechtspraak tot nu toe nauwelijks heeft beoordeeld op de wijze van toetsing aan artikel 10 EVRM.[135]

132 Resp. Verdrag van 16 december 1966, *Trb.* 1969, 99, in werking getreden 23 maart 1976 en Verdrag van 7 maart 1966, *Trb.* 1967, 48, in werking getreden 4 januari 1969. Er valt veel meer te noemen als het aankomt op internationale afspraken en uitgesproken intenties in de strijd tegen discriminatie, met name vanuit de Verenigde Naties en de Europese Unie.

133 Nog daargelaten de vraag welke mogelijkheden ons land zou hebben indien het van het (op een verplichting in de Geneefse Conventie van 1949 gebaseerde – par. 4.3.1) artikel afscheid zou willen nemen.

134 EHRM 25 november 1996, *NJ* 1998, 359, m.nt. EJD (*Wingrove*).

135 Zie voor een voorbeeld van een Nederlandse zaak: EHRM 9 februari 1995, *NJCM* 1995, p. 480, m.nt. De Meij (*Bluf!*).

5.3.2 Artikelen 147, 147*a* en 429*bis* WvS

In de zaken *Müller*, *Otto-Preminger-Institut* en *Wingrove*, waarin belangen centraal stonden die met godsdienst en goede zeden samenhangen, heeft het EHRM aan de Staten die het aanging een aanzienlijke beoordelingsruimte gelaten, met als argument dat in een pluriform Europa verschillend wordt gedacht over de goede zeden en met name religie (en dat het dus niet aan het EHRM is om daar – toch – één lijn in te trekken).[136] Dat deze ruimte ook wordt gegund ten aanzien van de opzet en inhoud van wetsbepalingen zelf, is op saillante wijze gebleken in *Wingrove*. Hoewel het EHRM wel enige kritiek uitte op de vérstrekkende blasfemiewetgeving in Groot-Brittannië die in die zaak centraal stond, liet het hof ook toen de beslissing van de nationale autoriteiten in stand.[137]

Langs deze lijn kan op voorhand al veilig worden aangenomen dat rechtspraak van eigen bodem waarin een veroordeling is uitgesproken op grond van een van de artikelen 147, 147*a* en 429*bis* WvS, door het EHRM bij wijze van uitgangspunt in stand zou worden gelaten.[138] De criticus zou kunnen beweren dat deze 'abstinentie' van het EHRM nog niet precies hetzelfde is als de *toelaatbaarheid* van beperkingen volgens artikel 10 lid 2 EVRM, maar dat is een andere discussie. Het is meen ik nog te vroeg om te weten of nieuwere rechtspraak van het EHRM de teugels iets aanhaalt als het gaat om de beperking van een uiting die raakt aan religie of de moraal.[139]

Los hiervan, de drie Nederlandse bepalingen hebben een enge delictsomschrijving – het subjectief op te vatten 'smalen' – waarin reeds op zichzelf een waarborg van de uitingsvrijheid valt te zien.

---

136 EHRM 24 mei 1988, *NJ* 1991, 685, m.nt. EAA (*Müller*); 20 september 1994, *NJ* 1995, 366, m.nt. EJD (*Otto-Preminger Institut*); 25 november 1996, *NJ* 1998, 359, m.nt. EJD, en noot Hirsch Ballin in *NJCM* 1998, p. 49-54 (*Wingrove*).

137 *Wingrove*-arrest, met name r.ov. 50, 57 en 65.

138 NLR 429*bis*, aant. 2 wijst op het belang van toetsing aan art. 10 lid 2 EVRM bij beslagen of verboden terzake van kunstzinnige uitingen.

139 Bijv. over een culturele uiting: EHRM 25 januari 2007, zaaknr. 68354/01 (*Vereinigung Bildender Künstler*), met name de tamelijk gedetailleerde toetsing in r.ov. 34-36, 38. Het EHRM is terughoudend gebleven "[W]here questions concerning the relationship between State and religions are at stake, on which opinion in a democratic society may reasonably differ widely, the role of the national decision-making body must be given special importance", aldus het hof zelf in een Turkse zaak over een verbod op het dragen van hoofdbedekking bij universitaire college's: EHRM 10 november 2005, zaaknr. 44774/98 (*Leyla Şahin*). Dit hof vervolgde: "It is not possible to discern throughout Europe a uniform conception of the significance of religion in society (*Otto-Preminger-Institut* (..)) and the meaning or impact of the public expression of a religious belief will differ according to time and context (..). Rules in this sphere will consequently vary from one country to another according to national traditions and the requirements imposed by the need to protect the rights and freedoms of others and to maintain public order (see, mutatis mutandis, *Wingrove* (..)). Accordingly, the choice of the extent and form such regulations should take must inevitably be left up to a point to the State concerned, as it will depend on the domestic context concerned (..)" (r.ov. 109).

Er moet zich een wel heel kras geval aandienen, nog een slag of een paar slagen ernstiger dan *Wingrove*, wil het EHRM zich ondanks zijn terughoudendheid in moraalkwesties inhoudelijk uitspreken over de *in concreto* af te wegen uitingsvrijheid van de verdachte enerzijds en religieuze belangen van anderen anderzijds.[140] Gelukkig heeft Nederland verstandige rechters.

Het *Ezel*-proces (1968) vormt de belangrijkste 'representant' in de Nederlandse rechtspraak. Reve is vrijgesproken,[141] zodat van een beperking van de uitingsvrijheid in de zin van een veroordeling geen sprake was. Niettemin zou de schrijver zich mogelijk met succes hebben kunnen beklagen bij het EHRM wegens de inbreuk op zijn recht op vrijheid van meningsuiting die het gevolg was van de *strafvervolging* terzake van de passages in zijn geschriften.[142]

De rechtsregel uit het arrest – kort gezegd: de wetgever heeft een op het smalen gerichte subjectieve bedoeling van de dader voor ogen gehad – staat, als *uitleg* van een nationale wetsbepaling, in principe níet ter beoordeling aan het EHRM.[143] Dit zou mijns inziens anders kunnen zijn indien als gevolg van de uitleg de onderliggende norm op zichzelf een ontoelaatbare beperking van de uitingsvrijheid zou gaan betekenen. Dit is niet het geval met de enge uitleg van artikel 147, onder 1 WvS.

Een ander punt is nog dat in het arrest van de Hoge Raad in de zaak tegen Reve iedere verwijzing naar het toetsingsmodel van artikel 10 lid 2 EVRM ontbreekt. Dit valt te verklaren door de andere tijd, waarin het mensenrechtenrecht zich nog moest ontwikkelen en jurisprudentie als *Handyside* nog niet was gewezen.[144] De verdediging deed in die zaak zelf ook geen beroep op artikel 10 EVRM.[145]

140 Ook recentere rechtspraak op dit vlak laat de Staat een ruime marge. Bijv. EHRM 13 september 2005, zaaknr. 42571/98 (*I.A./Turkije*): "A State may therefore legitimately consider it necessary to take measures aimed at repressing certain forms of conduct, including the imparting of information and ideas, judged incompatible with respect for the freedom of thought, conscience and religion of others" (r.ov. 26).

141 Zie par. 2.4.4.

142 In dit verband is vermeldenswaard echter dat het EHRM in 2005 – vrij vertaald – een Turkse 'Reve' heeft beticht van "abusive attack on the Prophet of Islam", en geen moeite had met het aannemen van een "pressing social need" – EHRM 13 september 2005, zaaknr. 42571/98 (*I.A./Turkije*). Dit hof in r.ov. 29: "Notwithstanding the fact that there is a certain tolerance of criticism of religious doctrine within Turkish society, which is deeply attached to the principle of secularity, believers may legitimately feel themselves to be the object of unwarranted and offensive attacks through the following passages: "Some of these words were, moreover, inspired in a surge of exultation, in Aisha's arms. ... God's messenger broke his fast through sexual intercourse, after dinner and before prayer. Muhammad did not forbid sexual intercourse with a dead person or a live animal."

143 Vgl. r.ov. 50 van *Wingrove*.

144 Zie hoofdstuk 2, par. 3.1.

145 De teksten zijn na te lezen bij Fekkes 1968.

5.3.3 Artikelen 137*c* en 137*e* WvS

In vergelijking met de artikelenreeks van zojuist is de hoeveelheid rechtspraak op het vlak van artikel 137*c* WvS, de strafbare belediging van bepaalde bevolkingsgroepen, een stuk groter. Artikel 137*c* WvS bestrijkt een ruimer terrein dan de op smalende godslastering toegespitste bepalingen, die bovendien de bewijsproblemen ten aanzien van het 'smalen' kennen. Toch is artikel 137*c* WvS zeker niet te pas en te onpas toegepast.[146]

Een terughoudende toepassing is de opdracht geweest van de regering ten tijde van de totstandkoming van de wetgeving,[147] omdat niet alleen de '*salonfähige*' mening telde, maar ook de kritische en onwelgevallige mening buiten schot dienden te blijven. Dit komt overeen met de actuele jurisprudentie van het EHRM over artikel 10 EVRM, waarin het hof als lijn aanhoudt dat – ook – uitingen die "offend, shock or disturb" bescherming moeten kunnen genieten.[148] "Wanneer men dit uitgangspunt naar de letter onderschrijft," aldus De Hullu, "moet worden aanvaard dat strafrechtstoepassing uiterst zelden gewenst is bij beledigende uitlatingen in een maatschappelijk debat."[149]

In dit verband valt de internationale commotie in over de wat vaak de *Mohammed cartoons* worden genoemd. Kritiek of satire ten aanzien van maatschappijopvattingen of geloofsopvattingen is geen discriminerende belediging of smalende godslastering, zoveel is duidelijk.[150] Artikel 10 lid 2 EVRM biedt wél ruimte voor een beperking ten aanzien van een beledigende uiting wanneer een geval "concerns not only comments that offend or shock, or a "provocative" opinion, but also an abusive attack", aldus het EHRM, in een zaak die – niet onbelangrijk – een aanval op "the Prophet of Islam" betrof.[151]

146 Strafrechtelijke vervolgingen op grond van art. 137*c* WvS hebben in het verleden soms kunnen rekenen op kritiek in verband met de inperking van de uitingsvrijheid. Bijv. over de zaak *Van Dijke* (hierna): Rosier 2000, p. 14; Schuijt 1998, p. 317.

147 *Bijl. Hand. II* 1969/70, 9724, nr. 6, p. 4 (MvA).

148 O.a. EHRM 24 februari 1997, *NJ* 1998, 360, m.nt. EJD (*De Haes en Gijsels*); 23 september 1994, NJ 1995, 387, m.nt. EJD en Kn (*Jersild*); 23 mei 1992, *NJCM* 1993, 423-428, m.nt. JvdV (*Thorgeir Thorgeirson*), ook besproken door G.A.I. Schuijt, *AA* 1993, p. 687-693.

149 Slotzin noot bij HR 9 januari 2001, *NJ* 2001, 204 (*A. van der W.*).

150 De *Mohammed cartoons* waren satirisch bedoeld en kwamen voort uit de wens van een Deense krant om met de publicatie een discussie op gang te brengen. Een redacteur van de Jyllands-Posten: "The intention was to provoke a debate about the extent to which we self-censor in our coverage of Muslim issues." De Jyllands-Posten had in ieder geval over het onderwerp gebrainstormd en was als krant hoe dan ook een voor de hand liggend medium om nieuwe discussies op gang te brengen. Zo waren er berichten dat de schrijver van een kritisch boek over de islam geen illustrator kon vinden en de krant ervoer zelf dat moslims alleen bereid waren onder anonimiteit over Mohammed te tekenen. Lees o.a. J. Burke e.a., 'How cartoons fanned flames of Muslim rage', *The Observer* 5 februari 2006, < http://observer.guardian.co.uk/focus/story/0,,1702538,00.html >.

151 EHRM 13 september 2005, zaaknr. 42571/98 (*I.A./Turkije*), r.ov. 29.

1 Enkele gevallen van vervolging

Terugkijkend werden in Nederland tot nu toe onder andere als beledigend ervaren uitlatingen van de politicus Van Dijke, van de columnisten Holman en wijlen Van Gogh, en van de schrijver Waterdrinker.[152] Van deze vier is alleen Van Gogh (op grond van artikel 137*c* WvS) voor zijn uitlatingen veroordeeld en in de zin van artikel 10 lid 2 EVRM beperkt in zijn uitingsvrijheid.[153] Daarom krijgt deze zaak hierna extra aandacht.

De andere zaken worden niet helemaal vergeten: ook in de zaken *Van Dijke*, *Holman* en *Danslessen* (Waterdrinker) is door de rechter gewezen op de vrijheid van meningsuiting van de verdachte. Van het expliciet en nauwgezet volgen van het toetsingsmodel van artikel 10 lid 2 EVRM, mede op basis van de jurisprudentie van het EHRM, is geen sprake, hoewel enkele belangrijke elementen in die toets zich wel laten reconstrueren.[154] Om een voorbeeld te geven van de wijze van toetsen, een gedeelte van een overweging van de Hoge Raad in de zaak *Van Dijke*:[155]

> "Het Hof mocht in dat oordeel betrekken dat de vrijheid van godsdienst en van meningsuiting mede bepalend kunnen zijn voor het al dan niet aannemen van een beledigend karakter van – op zichzelf beschouwd kwetsende of grievende – uitlatingen. De Hoge Raad neemt daarbij in aanmerking dat in 's Hofs overwegingen besloten ligt dat deze uitlatingen kenbaar in direct verband stonden met de uiting van de geloofsopvatting van de verdachte en als zodanig voor hem van betekenis zijn in het maatschappelijk debat."

De Hoge Raad staat hier op de bres voor de (godsdienstvrijheid en) uitingsvrijheid van de verdachte. Wat betreft de uitingsvrijheid was er kritiek van de annotator De Hullu op de "betrekkelijk royale kwalificatie" van een discussie over het bij de EO weren van praktiserende homoseksuelen als een maatschappelijk debat.[156] Toch past die kwalificatie op zichzelf wel in de lijn van het EHRM, nu dit hof tevens onderwerpen die voor een specifiek deel van de

152 HR 9 januari 2001, *NJ* 2001, 203 (*Van Dijke*) en daarmee verwant, op dezelfde dag gewezen, *NJ* 2001, 204, m.nt. JdH (*A. van der W.*); zie ook eerder in de zaak *Van Dijke*: Rb. 's-Gravenhage 6 oktober 1998, *Mediaforum* 1998/11-12, nr. 53 en Hof 's-Gravenhage 9 juni 1999, *LJN* AF5469 (*Van Dijke*); Hof Amsterdam 8 december 1989, kenbaar uit HR 11 december 1990, *NJ* 1991, 313, r.ov. 4.2.2 en 5.3, m.nt. 'tH (*Van Gogh II*); Hof Amsterdam 20 februari 1996, *Mediaforum* 1996/4, p. B57 (*Holman*); HR 9 oktober 2001, *LJN* ZD2776 (*Danslessen*).

153 De strafzaken tegen de genoemde anderen zouden wel nog vanuit het spiegelbeeldige perspectief kunnen worden bekeken: is wellicht in het licht van art. 10 lid 2 EVRM, gezien de belangen van anderen, de uitingsvrijheid ten onrechte níet beperkt? Deze vraag laat ik rusten.

154 Dit geldt ook voor andere rechtspraak, niet over artikel 137*c*; zie bijvoorbeeld de motivering van Hof Leeuwarden 26 januari 1995, *NJ* 1995, 388 (*Boomsma*) en HR 19 april 2005, *LJN* AR 7262, r.ov. 4.3 (*verfbom tegen gouden koets*).

155 R.ov. 3.4.4, HR 9 januari 2001, *NJ* 2001, 203, m.nt. JdH. De zaak is ook genoemd in par. 3.2.1.

156 Noot nr. 3.

samenleving van belang zijn (beroepsgroepen, branches *et cetera*[157]*) als publiek debat heeft aangemerkt*.[158]

II Van Gogh

Dan nu de *Van Gogh*-zaak, die rond 1990 speelde. Volgens het Gerechtshof te 's-Gravenhage in die zaak ontnam de enkele omstandigheid dat Van Gogh een redelijk belang nastreefde met passages waarin enkele *sick jokes* over de jodenvervolging voorkwamen, aan deze passages niet het grievende karakter en waren ze bovendien voor de strekking van het artikel allerminst onmisbaar.[159] Het hof legde een – vrij forse – boete op. Vervolgens verwierp de Hoge Raad het cassatieberoep. In dit proces werden de voorwaarden volgens artikel 10 lid 2 EVRM niet nagelopen.[160]

Verdraagt de uit het arrest van het gerechtshof en de Hoge Raad afgeleide regel zich materieel met de 'Straatsburgse toets'? Van belang is dat de uiting van Van Gogh is gedaan in het kader van – toch in elk geval *een zeker* – publiek debat: zijn uiting vormde een reactie in een cultureel tijdschrift op uitspraken die de (joodse) schrijver Leon de Winter in een televisie-interview had gedaan. Aangenomen moet daarom worden dat de rechter in deze zaak een enge *margin of appreciation* ter beschikking stond ten aanzien van de vraag of een veroordeling van Van Gogh noodzakelijk was in een democratische samenleving en of er een dringende maatschappelijke behoefte bestond. Van Gogh mocht dus vér gaan in zijn uitlatingen zonder strafbaarheid te hoeven vrezen.

Nu gíng Van Gogh ook ver, met zijn grappen over de jodenverbranding door de Nazi's. Geoordeeld kon worden dat het belang van waaruit Van Gogh handelde en zijn voorliefde voor onconventionele stijlfiguren uiteindelijk niet wegnamen dat de door hem geuite grappen en kwalificaties in het licht van wat hij met zijn uitlatingen wilde bereiken té ver gingen.[161] Zo bezien zal de uitkomst nog binnen de enge beoordelingsmarge kunnen vallen, aangenomen dat het EHRM hier aan de Nederlandse overheid een beoordelingsmarge zou hebben gegund.

157 Vgl. bijvoorbeeld de rechtspraak in hoofdstuk 2, par. 7.

158 Met dit standpunt zou echter tegelijkertijd de mate van bescherming van de godsdienstvrijheid kunnen toenemen, onder de vlag van de uitingsvrijheid. Dit soort moeilijkheden speelt in zaken tegen mensen die zich vanuit hun geloofsovertuiging op een voor anderen kwetsende wijze uitlaten. In het genoemde arrest speelt (dus) méér dan ik hier bespreek; ik verwijs verder naar de noot van De Hullu.

159 Hof Amsterdam 8 december 1989, kenbaar uit HR 11 december 1990, *NJ* 1991, 313, r.ov. 4.2.2 en 5.3, m.nt. 'tH (*Van Gogh II*).

160 Voor zover af te leiden valt uit de passages van het gerechtshof in het arrest van de Hoge Raad en uit de conclusie van de A-G, in *NJ* 1991, 313.

161 Vgl. een latere (en maar ten dele vergelijkbare) zaak over kritiek van een journalist op politieoptreden in IJsland, EHRM 23 mei 1992, *NJCM* 1993, p. 423-428, r.ov. 67-69, m.nt. JvdV (*Thorgeir Thorgeirson*), ook besproken door G.A.I. Schuijt, *AA* 1993, p. 687-693.

5.3.4 Artikelen 435*b*, 435*c* en 435*d* WvS

Dan nog aandacht voor de artikelen 435*b-d* WvS over oneigenlijk gebruik van bepaalde officiële aanduidingen, maar ik houd het kort, want enigszins recente rechtspraak is er niet. Strafzaken zijn, zoals in paragraaf 4 bleek, zelden voorgekomen en vervolging lijkt inmiddels ook een beetje uit de tijd – voor artikel 435*d* geldt dit het sterkst. Nu betreft het openbare ordebepalingen die zijn gericht op het voorkómen van wanordelijkheden en strafbare feiten (zie de tekst artikel 10 lid 2 EVRM), maar dat maakt toepassingen ervan uiteraard nog niet onaantastbaar. In individuele gevallen zou het recht op bescherming van de uitingsvrijheid van de dader ertoe kunnen leiden dat een straf niet noodzakelijk of niet proportioneel moet worden geacht.

Te denken valt bijvoorbeeld aan een protestactie tegen een optreden van de Rode Kruis*organisatie* ergens in de wereld (of tegen te hoge salariëring van Rode Kruispersoneel), waarbij zonder toestemming van de organisatie het Rode Kruissymbool wordt meegevoerd. Zulk gebruik is onbevoegd en als zodanig strafbaar, maar een verbod bemoeilijkt het protest – men kan stellen: een vorm van deelname aan een publiek debat. Aangezien het EHRM een prominente plaats toekent aan de uitingsvrijheid in het kader van het publieke debat en daarbij mede de kritische en contraire opvatting beschermt, zou het best zo kunnen zijn dat het EHRM een op grond van artikel 435*c* WvS uitgesproken verbod van het meevoeren van het Rode Kruisembleem in een demonstratie, niet in alle omstandigheden door artikel 10 lid 2 EVRM gelegitimeerd zou vinden.

Over artikel 435*d* WvS over het wapen van het Zwitsers Eedgenootschap of nabootsingen daarvan, kan worden gezegd dat de kans dat dit artikel nog eens zal worden ingeroepen, gering is, zo niet te verwaarlozen. Hieraan is omgekeerd evenredig de kans dat de rechter, indien het tóch tot vervolging zou komen, het artikel buiten toepassing zou laten vanwege het overwegende belang van de uitingsvrijheid.[162] Zou er immers, als iemand iets lelijks over Zwitserland heeft gezegd, naar de huidige maatstaven nog een dringende (Nederlandse) maatschappelijke behoefte *kunnen* bestaan om het *Zwitserse eergevoel* te beschermen door het uitspreken van de strafbaarheid en het opleggen van hechtenis of een boete? Het antwoord kan eigenlijk alleen maar ontkennend luiden.[163] Zelfs een publicatie in Nederland die vol zou staan met onwaarheden en zwartmakerij ten aanzien van de opstelling van Zwitserland in de periode van het Derde Rijk, zou waarschijnlijk tegenwoordig al geen aanleiding meer vormen voor het openbaar ministerie om

162 Dit punt sluit aan bij par. 5.2.4.

163 Tegelijkertijd is de mogelijkheid van een, bijvoorbeeld in verband met de context van de uiting, door het EHRM aan de overheid gegunde *ruime* beoordelingsmarge, reëel. Theoretisch kan dit meebrengen dat het hof Nederland (reeds daarom) niet zou corrigeren.

déze bepaling in te roepen.[164] Voor zover het strafrechtelijk optreden nodig acht, bijvoorbeeld nadat de media hebben bericht over gevoelens van hevige verontwaardiging van in Nederland woonachtige Zwitsers, lijkt de norm in artikel 137*c* WvS, die niet de belediging wegens nationaliteit maar wel onder meer wegens etnische afstamming beschermt, toereikend. Artikel 435*d* WvS kan wel worden gemist.

5.3.5 Tussenevaluatie

Inmiddels valt de balans van deze par. 5 op te maken. De besproken uitspraken leveren ondanks een beperkte althans beperkt zichtbare toetsing aan artikel 10 lid 2 EVRM geen moeizaam met de jurisprudentie van het EHRM te verenigen veroordelingen en sancties op.[165] Kennelijk komen de gerechtshoven en de Hoge Raad in de hiervoor vermelde arresten tot een vergelijkbaar *resultaat* als het EHRM via artikel 10 lid 2 EVRM met de noodzakelijkheids- en proportionaliteitseisen, of beter gezegd tot een resultaat dat met de EHRM-rechtspraak valt te verenigen.[166] Deze bevinding stelt gerust, onverminderd de wens dat de strafrechtspraak toegroeit naar het zichtbaar aanleggen van een toets aan de voorwaarden volgens artikel 10 lid 2 EVRM. Deze aanscherping van de motivering dient vooral om de rechterlijke oordeelsvorming te kunnen volgen en controleren.

6 Evaluatie en slotbeschouwing

Voor de handhaving van oneigenlijk gebruik van namen en afbeeldingen met een grote symbolische betekenis, symbolen, kunnen de strafrechtelijke normen in de artikelen 137*c*, 137*e*, 147, 147*a*, 429*bis* en 435*c-e* WvS in specifieke situaties van waarde zijn. Naast een (verondersteld) preventief effect dat van de straf*bedreiging* uitgaat, is per saldo de waarde van de genoemde strafbepalingen voor deze studie vooral daarin gelegen, dat de overheid in bepaalde gevallen van oneigenlijk symboolgebruik daadwerkelijk kán optreden. Over de precieze inkleding en bewoordingen van de bepalingen kan wel worden getwist, maar in élk geval hebben we bepalingen van de strekking van de artikelen 137*c* en 137*e* WvS nódig.

164 De commotie in Zwitserland over de boekpublicatie van Eizenstat (buiten Nederland) had vooral met de politieke gevoeligheid van het plaatje op de stofomslag te maken, en veel minder met de inhoud van het boek, een persoonlijk verslag van de onderhandelingen over de opstelling tegenover de slachtoffers van het Nazi-regime. Zie par. 4.4.2.

165 De slotbeschouwing van De Meij e.a. 2000, p. 265 lijkt met deze bevinding overeen te komen.

166 In vergelijkbare zin, al weer iets langer geleden, Schuijt 1993, p. 693.

Die blijken dan ook in de praktijk het belangrijkst te zijn: de overheid roept de cluster van artikelen 137*c* en 137*e* WvS het vaakst in. Voor de problematiek van het oneigenlijk gebruik van symbolen blijken deze artikelen in de rechtspraak een rol te spelen als het aankomt op symbolen met een *negatieve* connotatie, zoals wanneer die zijn vervat in de belediging van een groep mensen wegens het ras (hakenkruis, SS-embleem, de naam Sobibor *et cetera*). Voor beledigingen die symbolen met een *positieve* betekenis omvatten, zoals religieuze aanduidingen, kunnen de artikelen 137*c* en 137*e* ook worden aangewend, maar tot nu toe zijn daar in de praktijk geen voorbeelden van.

De lijn kan worden doorgetrokken naar de artikelen 147, 147*a*, 429*bis* en 435*c-e* WvS – mede gericht op bepaalde religieuze en (inter-)nationale symbolen –, die door de jaren heen hoogst zelden zijn toegepast.

Een verklaring van het geringe aantal zaken ligt in de nauwkeurige omschrijving van de bepalingen en het beperkte en afgebakende toepassingsbereik. Als gevolg hiervan kunnen vormen van oneigenlijk gebruik van symbolen, religieuze of anderszins, eenvoudigweg vaker níet dan wél onder de normen worden beoordeeld.

Een andere verklaring ligt in de uitingsvrijheid. Niet alles, maar wel veel mág. Mijn indruk is dat de strafbepalingen als zodanig evenals de toepassingen ervan níet op gespannen voet staan met artikel 10 EVRM en de jurisprudentie van het EHRM. Wél is er ruimte voor verbetering wat betreft de rechterlijke toetsing aan de voorwaarden volgens artikel 10 lid 2 EVRM, die momenteel beperkt is, of in elk geval beperkt zichtbaar. Deze omstandigheid maakt de begrijpelijkheid van rechterlijke uitspraken en de controle op de rechtspraak lastiger dan nodig.

Eén van de conclusies luidt dan dat strafrechtelijke mogelijkheden terzake van symboolgebruik er wel zijn, maar dat er niet teveel van moet worden verwacht. Een andere conclusie is dat overheidsingrijpen met betrekking tot het gebruik van symbolen met een *positieve* lading kennelijk toch minder nodig geacht is of als niet haalbaar is ingeschat.

De afwezigheid van strafbaarstelling of het niet voldoen aan een delictsomschrijving geeft aan dat de eventuele handhaving in ieder geval niet aan de *overheid* is. Andere kanalen bieden dan misschien wél mogelijkheden, zoals het burgerlijk recht, waarover hoofdstuk 4.[167] Dit gaat bijvoorbeeld burgers aan die door een uiting in hun persoonlijke geloofsovertuiging zijn geraakt, daar waar zo'n uiting geen strafbare belediging of smalende godslastering is.

167 De beledingsartikelen in art. 261 e.v. WvS worden in de regel alleen toegepast op klacht (zie art. 269 WvS). Deze artikelen vormen als het ware een tussencategorie: vervolging is (in de regel) niet aan de overheid maar aan de burger (het slachtoffer van de belediging), maar het is wel *straf*recht. De beledigingsartikelen konden in dit hoofdstuk 3 buiten beeld blijven, zoals ik aangaf in de eerste voetnoot van par. 1. Ik verwijs voor een introductie van de term klachtdelict naar De Hullu 2003, p. 84-85.

Wellicht kan een onderwerp voor nader onderzoek zijn of de overheid (het openbaar ministerie), binnen de bestaande wettelijke kaders (met name artikel 137*c* WvS en art. 10 lid 2 EVRM), een signaal kan en wil afgeven over een minimaal niveau van respect voor elkaars symbolen in de samenleving.[168] De achtergrond van deze opmerking is dat Nederland veel verschillende culturen en religies kent en een deel van de burgers een niet-westerse oorsprong heeft. Evident is dat beschadiging van de eigenwaarde van met name het van origine niet-westerse deel van de samenleving – door beledigingen – en frictie in de maatschappelijke verhoudingen – idem – moeten worden voorkómen. Daar ligt een taak in de handhaving, kan men menen, in het bijzonder ten behoeve van de minst mondige, minst georganiseerde en dus minst zelfredzame gemeenschappen. Dit botst m.i. niet met de terughoudende inzet van het strafrecht als middel om burgers te corrigeren. Het haalt veeleer de functie van het strafrecht als 'maatschappelijke actor' naar voren.[169]

168 Dit past in een internationale tendens. Bij de Verenigde Naties (UNESCO) en aangejaagd door landen als Turkije en Marokko klinkt de roep om uitoefening van de uitingsvrijheid "with a deep sense of responsibility and in a spirit of respect for religions, beliefs and convictions." Uit de initiatieven spreekt de gedachte dat er voor een vreedzame co-existentie van mensen met verschillende culturele achtergronden geen alternatief is voor zoeken naar evenwicht en *harmonie* tussen de uitingsvrijheid en de bescherming van religieuze overtuigingen en symbolen. Zie Item 46 of the provisional agenda, 'Respect for freedom of expression and respect for sacred beliefs and values and religious and cultural symbols', UNESCO doc. 174 EX/42, 30 maart 2006, Explicatory note par. 1-5. Een document van vergelijkbare strekking is nadien in de algemene vergadering van UNESCO aangenomen (doc. 174 EX/46). Begrip en respect zijn sleutelwoorden, en veel is gericht op dialoog en educatie in alle landen waar zich spanningen voordoen.

169 Vgl. De Hullu 2006, p. 10-11 en zijn opmerkingen aldaar over de opvattingen van Boutellier.

4 Civielrechtelijke handhaving van oneigenlijk symboolgebruik

1 Introductie

1.1 Het doel van het hoofdstuk

De strafrechtelijke bepalingen vertegenwoordigen niet de enige grenzen van gebruik van symbolen. In hoofdstuk 1 werd de volgende rubricering voorgesteld: (i) nationale en internationale symbolen, (ii) culturele en historische symbolen (iii) religieuze symbolen. Het aanwenden van benamingen of afbeeldingen met een grote symbolische waarde in bijvoorbeeld reclame-uitingen kan door (groepen) mensen als profaan, vulgair of anderszins kwetsend worden ervaren, of – in weer andere omstandigheden – als misleidend, terwijl het strafrecht wellicht geen succesvolle of aangewezen weg is of mensen zélf het initiatief willen nemen.

Het is interessant om te bekijken in hoeverre misbruik en oneigenlijk gebruik van symbolen via het burgerlijk recht kunnen worden benaderd, naast of onafhankelijk van het strafrecht. Hierbij ga ik ervan uit dat het voornaamste doel van de benadering via het burgerlijk recht een gebruiksverbod zou zijn. Onder het burgerlijk recht begrijp ik in dit hoofdstuk 4 overigens tevens de zogenaamde zelfregulering in de reclamebranche. In dit hoofdstuk wordt tevens de vraag betrokken of de gevonden normen voldoende bescherming bieden tegen misbruik en oneigenlijk gebruik, mede in het licht van de uitingsvrijheid.

Voor het leesgemak vermeld ik alvast dat volgens de wet zowel een individueel rechtssubject – een natuurlijke of rechtspersoon – als een collectief – een belangenorganisatie – civielrechtelijke handhaving op zich zou kunnen nemen.[1] Voorts loopt als een rode draad door het hoofdstuk het onderscheid tussen commerciële uitingen en niet-commerciële uitingen. Dit onderscheid is terug te voeren op de verschillende mate van bescherming van wat in zekere zin de tegenvoeter is: de uitingsvrijheid. Het principe van de uitingsvrijheid symboliseert dat de opvatting – en de emotie – van de één die van de ander niet *hoeft* te zijn, en dat in de samenleving beide, tot op grote hoogte, naast elkaar moeten bestaan.[2]

1 De voorwaarden voor procesbevoegdheid van belangenorganisaties bespreek ik in par. 4; het gaat om art. 3:305*a* BW.

2 Zie over de uitingsvrijheid nader hoofdstuk 2.

Hoewel het betoog hierna evenzeer culturele, historische en (inter-)nationale symbolen aangaat, houd ik er rekening mee dat *religie* mensen het sterkst beweegt en in beweging kan brengen. Waar mensen het gevoel hebben dat een uiting te weinig respect of begrip toont voor hun geloof, raken de gemoederen navenant snel verhit. De ergernis of woede die dan zichtbaar wordt, kán duiden op diepere spanningen tussen groepen in de samenleving. Wanneer het in zulke gevallen tot procederen voor de burgerlijke rechter komt, is het *more likely than not* dat de eisende partij de kwetsing uit haar oorspronkelijke verband haalt en tot een politiek of sociaal hangijzer maakt. Ook bij andere typen symbolen zoals nationale, is niet uitgesloten dat dit gebeurt. Bijzondere vragen die in politiek geladen procedures kunnen rijzen, bieden stof voor een zelfstandige studie. Ik zal enkele van die vragen aanstippen.

In de ogen van de meer empathisch ingestelde beschouwer staat, vaak onbewust, de gekwetste die een procedure start tegen degene die hem heeft gekwetst – in deze studie: door op een oneigenlijke manier met een bepaald symbool om te gaan – door zijn rol als benadeelde – of: slachtoffer – al snel op een morele voorsprong ten opzichte van de beklaagde, terwijl de gekwetste in juridisch opzicht op voorhand niet méér gelijk heeft dan zijn opponent. Deze 'luchtspiegeling' zal ook in dit onderzoek best hier en daar zichtbaar zijn, maar mijn insteek is om beide perspectieven aan bod te laten komen. Vanuit het oogpunt van de rechtszekerheid is immers de vraag hoe de normadressaat zich moet gedragen van niet minder groot belang dan de vraag wanneer de gekwetste een gedraging onrechtmatig kan laten verklaren.

1.2 *Juridische achtergrond van het hoofdstuk: civiel aansprakelijkheidsrecht*

Voor een goed begrip van mijn betoog over burgerlijk recht is het goed om aandacht te geven aan enkele algemene vertrekpunten en begrippen. Ik doe dat onder andere in deze par. 1.2.

De voornaamste drijfveer van het civiele recht, althans het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht, is de bescherming van rechten en belangen van individuele rechtssubjecten tegen onzorgvuldige aantasting.[3] De vorm

3 Functies c.q. benaderingen van het civiele aansprakelijkheidsrecht zijn bijvoorbeeld: compensatie en preventie (Mon. Privaatrecht 4 (Verheij), nr. 8, p. 16); (alternatief) maximalisatie, rechtvaardige verdeling, verplaatsing van welvaart (Nieuwenhuis 2001, p. 41); een doelmatige organisatie van de samenleving (zie Sieburgh 2000, p. 9). Voorts: ik zal doorgaans, zoals in de alinea in de hoofdtekst, zowel 'rechten' als 'belangen' noemen. Tussen beide termen bestaande correlaties en verschillen, maar gelíjk zijn ze hooguit soms in het spraakgebruik. Rechten zijn voorwaardenscheppend voor handelen met het oog op wat in algemene zin als de belangen van de rechthebbende worden beschouwd; tegenover rechten staan verplichtingen van anderen (derden) ten opzichte van de rechthebbende. Zie Raz 1988, p. 180, 183-186. In een betoog over handhaving en bescherming, dit hoofdstuk, laat zich de nadruk op rechten en belangen wellicht niet goed vermijden, maar daaruit moet niet worden afgeleid dat ze per se zwaarder wegen dan de verplichtingen die er tegenover staan.

die het civiele recht voor deze bescherming aanhoudt, is de aansprakelijke op vordering van de benadeelde de schade te laten vergoeden of dreigende (verdere) schade te voorkómen door een rechterlijk verbod.[4]

Schade als gevolg van oneigenlijk gebruik van symbolen doet zich voor in de vorm van schending van *immateriële* rechten of belangen. Eenvoudig uitgedrukt vormt hier het nemen van aanstoot, de kwetsing, de schade. Zulke schade kan, als 'aantasting in de persoon' (art. 6:106 lid 1 onder *b* jo art. 6:95 BW), voor vergoeding in aanmerking komen, maar is inherent moeilijker op geld waardeerbaar dan materiële schade. Schadevergoeding speelt echter nauwelijks een rol in de handhaving van oneigenlijk symboolgebruik,[5] zodat die waardering zich niet als een (te bespreken) complicatie voordoet; het verbod is veel belangrijker.

Op de vraag wie er 'voldoende belang' als bedoeld in artikel 3:303 BW heeft bij een (verbods-)vordering in rechte met betrekking tot de bescherming van bijvoorbeeld een cultureel, historisch of religieus symbool, ga ik niet diep in. Het antwoord is van belang voor de *ontvankelijkheid* van de eiser in zijn vordering. Het (processuele en materiële) belang moet voldoende zijn om het instellen van een vordering te rechtvaardigen, wat neerkomt op een belang bij beïnvloeding van subjectieve rechten en plichten.[6]

Of een vordering met betrekking tot de bescherming van aan symboolgebruik verbonden rechten of belangen een eenmansactie is, een initiatief van een groep individuen of van een belangenorganisatie, moet mijns inziens voor de *ontvankelijkheid* geen verschil maken. In het algemeen mag worden verondersteld dat de eiser voldoende belang heeft, ook als de eiser een belan genorganisatie is (art. 3:305*a*-305*b* BW). Er is mijns inziens geen reden waarom dat voor de problematiek van oneigenlijk symboolgebruik anders zou liggen.

4 Zie art. 6:95 BW en art. 3:296 BW. De termen schade en nadeel gebruik ik in dit hoofdstuk naast elkaar.

5 Hierover nader par. 3.2.3. In algemene zin merk ik op dat niet alle schade die rechtssubjecten leiden, voor vergoeding in aanmerking komt. In de meest gevolgde en ook in deze studie aangehangen zienswijze, dient aansprakelijkheid *als regel* de uitzondering te zijn (vgl. de verschillende visies bij Asser-Hartkamp 2006 (4-III), nr. 12 e.v., p. 16 e.v.). Vanuit dit perspectief komt het, in de praktische toepassing, aan op het vaststellen van gevallen van aansprakelijkheid (bijv. Sieburgh 2002, p. 9), waarvoor de billijkheid en de rechtvaardigheid leidraden vormen (vgl. Nieuwenhuis 2006; Asser-Hartkamp 2006 (4-III), nr. 19, p. 27; Schut 1997, p. 2).

6 Algemeen: Deurvorst (*Onrechtmatige daad* II.1), aant. 151 e.v., p. 1-133 e.v.; Frenk 1994, p. 23 e.v.; H.J. Snijders, 'Proces en (rechts)belang in civilibus, van Jeffrey naar de mediatie', *BWKJ* 17 (2001), p. 19-23; Mon. Nieuw BW A-11 (Van Nispen), nr. 15, p. 25-26. Er bestaat blijkens de literatuur geen volstrekte duidelijkheid over de eisen die voortvloeien uit art. 3:303 BW.

1.3 Zelfcensuur

Wat zich buiten de sfeer van juridische procedures, inclusief klachtprocedures in de reclamebranche, aan conflicten over kwetsing afspeelt, blijft in dit hoofdstuk 4 buiten beeld. Veel kan worden bereikt door de uitoefening van pressie, zoals de boycot van een bedrijf of product.[7] Het doel van pressie is een ander bewust te maken van de positie van de gekwetste en, idealiter, een gedragswijziging te bewerkstelligen. De media, als het ware gepositioneerd tussen de werkelijkheid en de kijker of lezer in, kunnen door een onderwerp op te pakken en te volgen, bijdragen aan het bereiken van dat doel.

Naast zulke 'informele handhaving' is er ook 'zelfcensuur', een niet te onderschatten fenomeen op een terrein als dat van het – oneigenlijk? – gebruik van tekens met een grote symbolische waarde. De – soms opgedrongen – keuze om af te zien van een bepaalde inhoud of vorm van een uiting, die op zichzelf waarschijnlijk wél onder de uitingsvrijheid zou vallen, komt voort uit huiver voor reacties op wat de zelfcensor eígenlijk had willen zeggen of laten zien[8] of uit de mate van verantwoordelijkheid die de zelfcensor bij zijn rol vindt passen – politiek correct.[9] Dit alles speelt bij uitstek ten aanzien van kwesties van identiteit, waarmee symbolen veelal nauw samenhangen.

Een recent voorbeeld in de media biedt de Britse omroep BBC, die over het tonen van door moslims als aanstootgevend ervaren Deense spotprenten van de profeet Mohammed, begin 2006, verklaarde dat "still images that focus and linger on the offending cartoons would be excessively offensive (..). We've used moving pictures of the newspapers where they've appeared to show people the context in which they've appeared and to give them some flavour of the type of imagery but without focusing closely on them."[10]

---

7 In Nederland verdween bijvoorbeeld een voorverpakte maaltijd met een hindoe-symbool uit het schap van een supermarktketen, na protest van en oproep tot boycot door een hindoe-organisatie. Het ging om voorverpakte maaltijden bij Albert Heijn met een decoratief bedoeld plaatje. Bron: Stichting Agni te Den Haag (zie nader par. 3.3.3 en 4.7). Een ander (type) voorbeeld vormt een incident rond bezorgers van het NRC Handelsblad, die de bezorging van een magazine weigerden in verband met de afbeelding van Koranteksten op de omslag (novembernummer 2001 van magazine *M* bij het NRC Handelsblad). Zie nader: 'Geen billen en koran in één blad', *NRC Handelsblad* 6 november 2001.

8 Verwant is het zogenaamde *chilling effect*, dat optreedt als gevolg van de dreiging die bedoeld of onbedoeld kan uitgaan van bijvoorbeeld een protestactie van een groepering of van een uitspraak van de rechter.

9 Vgl. in gelijke zin maar net een slag behoedzamer I. Sluiter, 'Vrije meningsuiting – maar jegens wie?', *De Volkskrant* 24 februari 2007, bijlage 'Het Betoog', p. 2: volgens haar moet niet iedere vorm van zelfbeheersing in het publieke debat worden uitgelegd als zelfcensuur of een gebrek aan moed, maar impliceert de uitingsvrijheid "ook het recht om uit vrije wil keuzen te maken in onze omgang met dat recht".

10 Bron: J. Plunkett, 'BBC defends cartoon coverage', *The Guardian* 6 februari 2006, < http://media.guardian.co.uk/site/story/0,,1703379,00.html >. Zie par. 3.2.1 voor twee van de spotprenten in de Deense krant Jyllands-Posten. Niet onbelangrijk is, zoals onder andere P. Belien, 'Jihad against Danish newspaper', *The Brussels Journal*, 22 oktober 2005 schreef, dat de cartoons juist waren gepubliceerd in het kader van een actie van de krant tegen zelfcensuur; zie < http://www.brusselsjournal.com/node/382 >.

1.4 Vervolg van het hoofdstuk; opbouw

Hierna onderzoek ik in hoeverre de volgende civielrechtelijke regelingen hun diensten kunnen bewijzen met het oog op optreden tegen oneigenlijk symboolgebruik. Hierbij worden als gezegd commerciële uitingen van niet-commerciële uitingen onderscheiden, met het oog op de mate van bescherming van de uitingsvrijheid.

Allereerst bespreek ik de artikelen 6:194-196 BW, die een op misleidende reclame-uitingen toegespitste invulling geven van het onrechtmatigheidsvereiste alsmede een aantal procedurele vereisten (par. 2). Vervolgens stel ik artikel 6:162 BW aan de orde, de algemene grondslag voor aansprakelijkheid voor eigen onrechtmatige gedragingen (par. 3).[11] De functie van het burgerlijk recht als middel om oneigenlijk symboolgebruik tegen te gaan wordt versterkt door het bestaan van het collectief actierecht in artikel 3:305*a* e.v. BW (par. 4). Voorts zijn ook niet-wettelijke civielrechtelijke normen, te weten gedragsregelen van de reclamebranche – zelfregulering op basis van de Nederlandse Reclame Code –, van belang (par. 5). Tegen het eind volgt een bespreking van de verhouding van de gevonden wijzen van handhaving van oneigenlijk symboolgebruik tot de uitingsvrijheid in artikel 10 EVRM (par. 6). Het hoofdstuk besluit met een evaluatie (par. 7).

2 Onrechtmatigheid van misleidende commerciële reclame-uitingen (artikelen 6:194-196 BW)

2.1 Introductie van het deelonderwerp

Wanneer voorstellingen met een grote symbolische betekenis in een commerciële boodschap worden vervat en op een misleidende manier worden gebruikt, komt de regeling in de artikelen 6:194-196 BW (afdeling 6.3.4 BW) voor toepassing in aanmerking.[12] Deze regeling verbiedt handelsreclame in

11 Aansprakelijkheid voor eigen onrechtmatige gedragingen moet worden onderscheiden van de risicoaansprakelijkheden in het BW, die in deze studie geen betekenis hebben en daarom buiten beeld blijven. Het (op de basis van art. 1401 BW(oud) ontwikkelde leerstuk) van misleidende reclame behoort niet tot de laatste groep. Voorts kende het burgerlijk recht tot de invoering van het nieuwe Burgerlijk Wetboek in 1992 een reeks 'beledigingsbepalingen' in art. 1408-1416 BW(oud); zie Schuijt (*Onrechtmatige daad* VII), aant. 2-3. Die vervallen artikelen blijven in deze studie (met uitzondering van enkele *toepassingen* in de rechtspraak) onbesproken, ook al omdat ze voor de inzet in gevallen van oneigenlijk gebruik van symbolen niet toegesneden zijn en evenmin zijn toegepast.

12 Onderdeel van de regeling vormt een bepaling in art. 6:194*a* BW over zogenaamde vergelijkende reclame-uitingen. In deze studie kan de vergelijkende reclame buiten beschouwing blijven, omdat zij geen rol speelt voor oneigenlijk symboolgebruik. Voor de volledigheid wordt nog gemeld dat de strafwetgeving een (nauwelijks toegepaste) bepaling bevat tegen misleidende handelingen in de concurrentiestrijd (art. 328*bis* WvS).

woord of beeld die de concurrent c.q. de consument op de in artikel 6:194 BW omschreven wijze misleiden.[13]

De wettelijke regeling met betrekking tot misleidende reclame vormde in de ogen van de wetgever een aanvulling op enerzijds artikel 6:162 BW en anderzijds op de toenmalige wettelijke regeling in de Omroepwet omtrent toezicht op de inhoud van reclamespotjes.[14] De wettelijke regeling met betrekking tot misleidende reclame is in werking getreden in 1980 en kreeg toentertijd haar basis in de artikelen 1416*a-c* BW(oud).[15] Zij moest een sneller en doeltreffender optreden tegen misleiding in de reclame mogelijk maken en bovendien kon de daarmee verband houdende aansprakelijkheid er nader in worden geregeld.[16]

2.2 De inhoud van de wettelijke regeling

2.2.1 Artikel 6:194 BW

De tekst van artikel 6:194 BW luidt:

> Hij die omtrent goederen of diensten die door hem of degene ten behoeve van wie hij handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf worden aangeboden, een mededeling openbaar maakt of laat openbaar maken, handelt onrechtmatig, indien deze mededeling in een of meer opzichten misleidend is, zoals ten aanzien van:
> a. de aard, samenstelling, hoeveelheid, hoedanigheid, eigenschappen of gebruiksmogelijkheden;
> b. de herkomst, de wijze of het tijdstip van vervaardigen;
> c. de omvang van de voorraad;
> d. de prijs of de wijze van berekenen daarvan;
> e. de aanleiding of het doel van de aanbieding;
> f. de toegekende onderscheidingen, getuigschriften of andere door derden uitgebrachte beoordelingen of gedane verklaringen, of de gebezigde wetenschappelijke of vaktermen, technische bevindingen of statistische gegevens;
> g. de voorwaarden, waaronder goederen worden geleverd of diensten worden verricht of de betaling plaatsvindt;
> h. de omvang, inhoud, of tijdsduur van de garantie;
> i. de identiteit, hoedanigheden, bekwaamheid of bevoegdheid en degene door wie, onder wiens leiding of toezicht of met wiens medewerking de goederen zijn of worden vervaardigd of aangeboden of de diensten worden verricht.

---

13 De term 'handelsreclame' komt niet voor in afd. 6.3.4 BW maar helpt het terrein van de ideële reclame-uitingen af te bakenen; de term komt wél voor in art. 7 lid 4 Gw. De term 'reclame' is in het BW gereserveerd voor de regeling in art. 7:39-44 BW over het recht van reclame – dat niets met afd. 6.3.4 BW te maken heeft – en komt buiten het BW voor in onder meer de Nederlandse Reclame Code (par. 5).

14 *Kamerstukken II* 1975/76, 13 611, nrs. 1-4, p. 5 (MvT). De regeling met betrekking tot misleidende reclame pleegt te worden gerubriceerd onder het recht van de ongeoorloofde mededinging. Aldus en met nadere bespreking Mon. Nieuw BW B-49 (Verkade), nr. 1- 3, p. 1-5.

15 Zie voor de aanloopgeschiedenis van de regeling Mon. Nieuw BW B-49 (Verkade), nr. 8, p. 10-12.

16 *Kamerstukken II* 1975/76, 13 611, nr. 1-4, p. 4 (MvT).

Onrechtmatig is volgens artikel 6:194 BW iedere in het kader van een beroep of bedrijf, rechtstreeks of via een ander, openbaar gemaakte reclame-uiting die is gericht op bepaalde goederen of diensten, en die misleidend is omtrent aspecten zoals de aard, de prijs of de herkomst van de aangeboden goederen of diensten.[17] De term 'mededeling' in lid 1 wordt ruim uitgelegd, de reden waarom ik het algemenere begrip 'uiting' hanteer.[18]

Omdat men in het juridisch spraakgebruik naast commerciële reclame wel van 'ideële reclame' spreekt, vat ik de term reclame ruim op: iedere openbare aanprijzing die strekt tot het aan de man brengen van goederen of diensten, waaronder het uitdragen van ideeën.[19] Maar zo ziet afdeling 6.3.4 BW dat níet: die richt zich op (misleidende) handelsreclame oftewel commerciële uitingen, zoals bedoeld in de omschrijving in artikel 6:194 lid 1 BW, en níet op (misleidende) ideële uitingen.[20]

De grens tussen wat commercieel in de zin van de regeling is en wat niet, is niet scherp te trekken. Verkade noemt in zijn monografie als beslissend criterium de regelmatigheid van de activiteiten in combinatie met de doelstelling om met die activiteiten voor zichzelf voordeel te behalen.[21] Het komt mij voor dat dit inderdaad de wezenlijke elementen zijn. De omstandigheid dat iemand zich erop beroept een particulier te zijn, lijkt minder bepalend, omdat hij door zijn feitelijke handelsactiviteiten (de frequentie van zaken doen bijvoorbeeld) mogelijk toch onder de regeling kan vallen.

17 De in art. 6:194 BW vermelde opsomming van aspecten zoals de hier vermelde prijs en herkomst is niet-limitatief van aard (zie de woorden "zoals ten aanzien van" in de wettekst en *Kamerstukken II* 1975/76, 13 611, nr. 1-4, p. 10). De vraag is hoeveel waarde aan de categorisering onder *a-i* moet worden gehecht, vanwege overlap in de indeling ervan en omdat art. 6:194 BW geen aanwijzingen geeft over wat precies misleidend moet worden geacht; aldus Mon. Nieuw BW B-49 (Verkade), nr. 19, p. 22; nr. 34, p. 36; nr. 52, p. 50. *Kamerstukken II* 1975/76, 13 611, nr. 1-4, p. 10 (MvT) verwijst naar het rechterlijk oordeel daaromtrent in het concrete geval.

18 In navolging van Mon. Nieuw BW B-49 (Verkade), nr. 28, p. 31.

19 Hiermee stem ik tevens par. 2 af op par. 5, omdat ook de Nederlandse Reclame Code van de ruime uitleg van reclame uitgaat. De keuze voor het in par. 2 en 5 aanhouden van de ruime uitleg is een praktische. Ik wijs er alvast op dat par. 3 en par. 7, die over meer dan alleen reclame-uitingen gaan, worden opgezet vanuit het onderscheid tussen enerzijds commerciële uitingen en anderzijds niet-commerciële uitingen, beide in verband met de onderling verschillende mate van bescherming van de uitingsvrijheid. Onverhoopte, met een en ander samenhangende terminologische verschillen zal ik signaleren en proberen op te heffen.

20 Zie *Kamerstukken II* 1975/76, 13 611, nr. 1-4, p. 7 (MvT), dat van "mededelingen van wereldbeschouwelijke, ideële of politieke aard" spreekt. Zie over de grens tussen handelsreclame en ideële reclame-uitingen De Meij e.a. 2000, p. 240-243. Voor het doel van hoofdstuk 3 gebruik ik de termen niet-commercieel en ideëel naast elkaar alsof ze inwisselbaar zijn, al is dit een versimpeling van de werkelijkheid; zie nader par. 2.6.

21 Mon. Nieuw BW B-49 (Verkade), nr. 27, p. 31. Ik teken bij het element van het behalen van voordeel aan, dat een organisatie met een ideëel oogmerk doorgaans aan fondsenwerving doet en weliswaar in die zin vermogen aantrekt, maar daarmee niet, uiteindelijk, individuen zoals aandeelhouders financieel verrijkt.

De wet geeft niet aan wanneer van misleiding moet worden gesproken. Duidelijk is wel dat misleiding in de zin van de regeling een veelal bewust in het leven geroepen onjuiste – waaronder: onware, onvolledige, suggestieve[22] – voorstelling van zaken impliceert, die ten doel heeft om potentiële consumenten daardoor aan te zetten tot het afnemen van de aangeprezen goederen of diensten. Verkade spreekt, algemener en korter, van de reclame-uiting die geschikt is om een onjuiste indruk te vestigen.[23] Iets anders is dat *overdrijven* zoals iedereen weet bij reclame hoort en in beginsel dan ook mág.

Bij de beoordeling of de reclame-uiting al dan niet heeft kunnen misleiden, moet volgens het Hof van Justitie van de EG worden uitgegaan van "de vermoedelijke verwachting van een gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument", waarbij kan worden afgestemd op "de aard van de doelgroep" tot welke de mededeling was gericht.[24]

Wat is nu een voorbeeld van een geval waarin op een misleidende manier gebruik wordt gemaakt van een algemeen bekende voorstelling, een symbool? Te denken valt aan de snoepfabrikant die op zijn zoute drop in reliëf het aesculaapteken afbeeldt, terwijl van een medicinale werking van de dropjes hoegenaamd geen sprake is. Zie de volgende figuur:

Consumenten zullen geneigd zijn op de schijn van medicinale werking en/of geneeskundige goedkeuring af te gaan en de drop te kopen, waarmee zij op het verkeerde been worden gezet. Ten opzichte van concurrent-dropmakers betekent dit een vorm van ongeoorloofde mededinging, die via de artikelen 6:194-196 BW kan worden aangepakt.

In het kader van de beoordeling van een vordering wegens misleiding in de zin van artikel 6:194 BW speelt tevens een rol of de eiser 'voldoende belang' heeft bij het instellen van zijn vordering tegen de gedaagde (art. 3:303 BW resp. art. 3:305*a-b* BW).

---

22 Vgl. de tekst van art. 6:195 lid 1 BW hierna. Zie voor vormen van misleiding nader Mon. Nieuw BW B-49 (Verkade), nr. 46-49, p. 44-48.

23 Mon. Nieuw BW B-49 (Verkade), nr. 34, p. 36.

24 Zie HvJEG 16 juli 1998, C-210/96, *NJ* 2000, 374 (*Gut Springenheide*), r.ov. 31 en 34 ("consumenten tot wie de betrokken reclame zich richtte"), m.nt. DWFV onder *NJ* 2000, 375; HvJEG 25 oktober 2001, C-112/99, *NJ* 2002, 142 (*Toshiba/Katun*), r.ov. 52, m.nt. DWFV. Vgl. in ons land o.a. Rb. 's-Hertogenbosch 16 februari 2006, *NJF* 2006, 265 (*Kulzer/Biomet*), r.ov. 4.5; Rb. Utrecht 7 september 2005, *NJF* 2005, 438 (*X/Groeivermogen*), r.ov. 4.12; Rb. Breda 28 juli 2004, *NJF* 2004, 524 (*Dometic/Thetford*), r.ov. 3.10; HR 8 mei 1998, *NJ* 1998, 888 (*Boterenbrood e.a./MeesPierson*), r.ov. 3.4 en 3.8.1 ("doorsnee belegger"), m.nt. Ma en DWFV. Vgl. voorts de Nederlandse parlementaire geschiedenis, die uitging van de "gemiddelde consument": *Kamerstukken II* 1978/79, 13 611, nr. 6, p. 24 (MvA); *Kamerstukken II* 1975/76, 13 611, nr. 1-4, p. 10 (MvT).

2.2.2 Artikel 6:195 BW

De hoofdregel omtrent de verdeling van de bewijslast tussen partijen in geschil, is dat wie zich beroept op rechtsgevolgen van door hem gestelde feiten of rechten, de bewijslast van die feiten of rechten draagt.[25] Artikel 6:195 BW vormt een uitzondering op die regel en houdt een bewijslastomkering in met betrekking tot zowel de onrechtmatigheid (lid 1) als de toerekenbaarheid van de onrechtmatigheid (lid 2).[26] Artikel 6:195 BW, voor zover betrekking op artikel 6:194 BW,[27] luidt:

> 1. Indien een vordering ingevolge artikel 194 (..) wordt ingesteld tegen iemand die inhoud en inkleding van de mededeling geheel of ten dele zelf heeft bepaald of doen bepalen, rust op hem de bewijslast ter zake van de juistheid of volledigheid van de feiten die in de mededeling zijn vervat of daardoor worden gesuggereerd en waarop het beweerde misleidende karakter van de mededeling berust (..).
> 2. Indien volgens artikel 194 (..) onrechtmatig is gehandeld door iemand die inhoud en inkleding van de mededeling geheel of ten dele zelf heeft bepaald of doen bepalen, is hij voor de dientengevolge ontstane schade aansprakelijk, tenzij hij bewijst dat zulks noch aan zijn schuld is te wijten noch op andere grond voor zijn rekening komt.

Door artikel 6:195 lid 1 BW geldt dat degene die de inhoud en inkleding van de reclameboodschap geheel of gedeeltelijk zelf heeft bepaald of doen bepalen, moet als regel bewijzen dat de daarin vervatte of gesuggereerde feiten juist of volledig zijn. De achterdeur staat echter open voor (uitzonderings-) gevallen waarin omkering van de bewijslast onredelijk zou zijn, zoals wanneer een concurrent de bewijslastomkering probeert in te zetten om achter bedrijfsgeheimen te komen.[28] Een bewijslastomkering ten aanzien van het al dan niet misleidende karakter van de uiting houdt artikel 6:195 BW níet in.[29]

Voorts geldt op grond van lid 2 dat degene die zelf de inhoud en de inkleding van de reclameboodschap geheel of ten dele heeft bepaald of doen bepalen, behoudens tegendeelbewijs daarvan, aansprakelijk kan worden gehouden voor schade die is ontstaan door een misleidend in de zin van artikel 6:194 BW geoordeelde mededeling. De bewijslast is hier (wél) omgekeerd, om de reden dat het aanwijzen van degene die ten aanzien van de misleidende reclame een toerekenbare onrechtmatige daad heeft gepleegd, voor de buitenstaander – de eisende partij – een moeilijke opgave kan zijn.

---

25 Art. 150 Rv =177 Rv(oud).

26 De begrippen onrechtmatigheid en toerekenbaarheid verwijzen naar art. 6:162 lid 2 resp. lid 3 BW.

27 De verwijzingen naar art. 6:194*a* BW laat ik terzijde.

28 Noot Verkade, nr. 3, onder HR 15 januari 1999, *NJ* 1999, 665 (*Procter & Gamble/Kimberly Clark*).

29 Aldus Mon. Nieuw BW B-49 (Verkade), nr. 72, p. 69.

2.2.3 Artikel 6:196 BW

De rechter kan op vordering van de eisende partij sancties opleggen aan degene die aansprakelijk is voor de schade, ontstaan uit de misleidende uiting.[30] De sancties beogen (verder) onrecht te voorkómen.[31] De sancties bestaan in andere vormen dan het toekennen van betaling van een geldsom (art. 6:103 BW) en worden vermeld in artikel 6:196 BW. Dit laatste artikel luidt, voor zover het betrekking heeft op artikel 6:194 BW:

> 1. Indien iemand door het openbaar maken of laten openbaar maken van een in artikel 194 omschreven mededeling (..) aan een ander schade heeft toegebracht of dreigt toe te brengen, kan de rechter hem op vordering van die ander niet alleen het openbaar maken of laten openbaar maken van zodanige mededeling (..) verbieden, maar ook hem laten veroordelen tot het op een door de rechter aangegeven wijze openbaar maken of laten openbaar maken van een rectificatie van die mededeling (..).
> 2. Indien een vordering als in het vorige lid bedoeld wordt toegewezen jegens iemand die niet tevens aansprakelijk is voor de in artikel 195 lid 2 bedoelde schade, is artikel 167 lid 3 van overeenkomstige toepassing.

De sancties genoemd in lid 1 strekken tot een verbod van openbaarmaking c.q. herhaling van de misleidende uiting en een bevel tot rectificatie ter opheffing van de misleiding.[32] Het spreekt voor zich dat vanuit het perspectief van de eisende partij vaak snelheid geboden is.

De rechter kan een gevraagde rectificatie weigeren, ook al is aan de voorwaarden van lid 1 voldaan. Wijst hij de voorziening toe, dan is hij gehouden de inhoud en reikwijdte ervan zoveel mogelijk te preciseren en kan hij alle wijzigingen aanbrengen die hij nodig acht voor een doelmatige en eenduidige rectificatie.[33] Een verbod kan worden versterkt door een dwangsom, met name in de gevallen waarin herhaling dreigt of waarin de aanbeveling van

30 Mits, als gezegd, de eiser voldoende belang heeft bij het instellen van zijn vordering tegen de gedaagde (art. 3:303 BW resp. art. 3:305*a-b* BW).

31 Verkade 1976, p. 362, voetnoot 21, met verwijzing naar A.R. Bloembergen.

32 Er is discussie (geweest) over de vraag of het opnemen van de rectificatie in de regeling van misleidende reclame wel nodig was/is náást de algemene(re) regels in de art. 3:296 en 6:167 BW. Zie Asser-Hartkamp 2002 (4-III), nr. 253, p. 255 en Verkade 1976, p. 362, par. 3, die in voetnoot 19 signaleert dat het wetsontwerp (zijns inziens terecht) níet koos voor de pendant van de rectificatie, de machtiging aan de eiser tot publicatie. Ik merk op dat de explicitering in art. 6:196 BW in ieder geval geen kwaad kan en, meer nog, dat art. 6:196 dusdoende benadrukt dat een verbod en rectificatie in de praktijk de belangrijkste sancties zijn (belangrijker dan schadevergoeding); vgl. *Kamerstukken II* 1975/76, 13 611, nr. 1-4, p. 13 (MvT), met nadere beschouwing.

33 Zo vat ik *Kamerstukken II* 1975/76, 13 611, nr. 1-4, p. 14 (MvT) op. Over de opdracht aan de rechter om te preciseren is meer te zeggen, zoals Verkade 1976, p. 363, par. 3 al deed; en er is rechtspraak over, zoals bijvoorbeeld recentelijk Hof 's-Hertogenbosch 27 september 2005 *LJN* AU5199, r.ov. 4.7-4.8 (*ontkrachten rectificatie in toegevoegd commentaar*): "Uitgangspunt vormt, dat de rechter kàn verbieden dat aan een gebod tot rectificatie commentaren worden toegevoegd (..). Het gewicht van het in (..) [art. 10 EVRM] vervatte grondrecht brengt met zich mede, dat er in een concreet geval geen misverstand over mag bestaan, dàt (bepaalde) commentaren niet toelaatbaar zijn, wil men zich later op het standpunt kunnen stellen dat door het bijplaatsen van zodanig commentaar feitelijk niet aan het gebod tot rectificatie is voldaan."

een zelfreguleringsinstantie zoals de Reclame Code Commissie om niet meer op een misleidende manier reclame te maken, wordt genegeerd.[34]

De sanctie van schadevergoeding wordt in het artikel niet genoemd (maar ook niet uitgesloten), zodat dáárvoor de algemene regeling van artikel 6:162 jo 6:95 e.v. BW van toepassing is.[35] De consument-koper die door misleidende reclame is benadeeld kan ook kiezen voor alternatieve vorderingen, waaronder een actie uit wanprestatie (art. 6:74 BW) of bedrog (art. 3:44 lid BW).[36]

Lid 2 van artikel 6:196 BW voorziet nog expliciet in de mogelijkheid om aan de rechter een verbod en rectificatie te vragen ten laste van het medium dat de misleidende reclameboodschap onder het publiek heeft verspreid.[37]

2.3 *Collectief ageren tegen misleidende reclame*

Het novum van de nieuwe regeling was destijds het aan ondernemers- en consumentenorganisaties ter beschikking gestelde collectieve actierecht in voorheen artikel 1416*c* lid 2 BW(oud), opgevolgd door artikel 6:196 lid 2 BW. Rechtspersonen die de behartiging van belangen van ondernemers of consumenten ten doel hadden, konden van het actierecht gebruikmaken indien die belangen door de openbaarmaking van de misleidende uiting dreigden te worden aangetast of de aantasting al een feit was.

De wetgever stelde bij de totstandkoming van de wet dat individuele ondernemer of consument niet zo snel in de juridische pen klimt om voor zichzelf op te komen, "aangezien deze personen in het algemeen ieder voor zich hetzij te weinig materieel belang, hetzij onvoldoende financiële middelen hebben om een gerechtelijke actie te voeren", maar in verenigd verband wel, en meer structureel.[38] Het opnemen van een expliciete actiebevoegdheid voor belangenorganisaties (met volledige rechtspersoonlijkheid) werd dan ook gezien als een grote stap voorwaarts op het gebied van bescherming van de belangen van consumenten en ondernemers.[39]

---

34 Mon. Nieuw BW B-49 (Verkade), nr. 68, p. 61. De regeling van de dwangsom staat in art. 611*a* Rv e.v.

35 Omtrent (vermeend) geleden en eventueel nog te lijden schade, of dreigende schade, kunnen lastige bewijskwesties spelen; ik kan dit laten rusten omdat schadevergoeding in deze studie niet van betekenis is.

36 *Kamerstukken II* 1975/76, 13 611, nr. 1-4, p. 8 (MvT). Zie hierover en over de vragen van samenloop die daarbij kunnen rijzen, Asser/Hartkamp 2006 (4-III), nr. 255, p. 267-269.

37 Omdat de media, als doorgeefluik van reclame-uitingen, veelal geen bemoeienis hebben met de inhoud van de schadeveroorzakende mededeling, is het in voorkomend geval mogelijk dat de rechter de eisende partij geheel of gedeeltelijk in de kosten van rectificatie veroordeelt (art. 6:196 lid 2 jo 167 lid 3 BW). Voor de kosten van het geding en van de rectificatie van zowel de partij die de vordering heeft ingesteld als het medium dat de uiting heeft openbaargemaakt en verspreid, bestaat een verhaalsrecht op degene die aansprakelijk is voor de schade als gevolg van het onrechtmatige handelen in de zin van art. 6:194 BW.

38 Zie *Kamerstukken II* 1975/76, 13 611, nr. 1-4, p. 8.

39 Zie over procesbevoegde organisaties nader Mon. Nieuw BW B-49 (Verkade), nr. 69, p. 65-68.

De collectieve actie strekte niet tot verhaal van schade, maar maakte een verbod op openbaarmaking van misleidende reclame-uitingen en een bevel tot openbare rectificatie mogelijk.[40]

Nadien, in 1994, is in artikel 3:305*a* BW de algemene bepaling over de collectieve actie in de wet ingevoegd. Het bijzondere actierecht van artikel 6:196 lid 2 was overbodig geworden en verdween uit de afdeling 6.3.4 BW.[41]

2.4 *Aanvullend karakter ten opzichte van zelfreguleringsmechanismen*

In de toelichting bij de wettelijke regeling van misleidende reclame is duidelijk naar voren gebracht dat de BW-regeling is bedoeld als aanvulling op de reeds bestaande zelfregulering in de reclamebranche.[42] Het omgekeerde kan evenwel ook waar zijn, bijvoorbeeld in gevallen waarin een klagende concurrent bij de RCC nul op het rekest kreeg. Een door de RCC terechtgewezen adverteerder zou ook naar de rechter kunnen stappen, en op grond van artikel 6:162 BW kunnen betogen dat het ontoelaatbaar verklaren van zijn reclame-uiting onrechtmatig (onzorgvuldig) is.[43]

Zelfregulering doelt, zoals de term al aangeeft, op handhaving tegen (onder andere) misleidende mededelingen vanuit de branche zelf op basis van een gedragscode. De belangrijkste instantie die op dit terrein opereert op basis van een branchecode is de Reclame Code Commissie (RCC), waarover meer in par. 5. Het bestaan van zelfregulering beperkt de gang naar de burgerlijke rechter in het algemeen tot, met name, ernstige gevallen van misleiding met (dreigende) grote schade voor een concurrent en gevallen waarin uitspraken van de zelfreguleringsinstantie niet worden opgevolgd door de adverteerder c.q. niet worden geëffectueerd bij gebrek aan medewerking van de aangesloten branchepartijen.[44]

---

40 Zie nader Asser-Hartkamp 2006 (4-III), nr. 254, p. 267.

41 De bijzondere regeling in art. 6:196 lid 2 is vervallen bij Wet van 6 april 1994, *Stb*. 1994, 269 (inwerkingtreding 1 juli 1994). Voorafgaand aan de nieuwe wetsbepaling kreeg de groepsactie in de regeling met betrekking tot misleidende reclame al een minder unieke status door HR 1 juli 1983, *NJ* 1984, 360, m.nt. MS (*Landelijke Specialisten Vereniging*) en HR 27 juni 1986, *NJ* 1987, 743 (*Nieuwe Meer*). Voorts is te wijzen op het overgangsarrest van de HR 2 december 1994, *NJ* 1996, 246, m.nt. DWFV (*ABN AMRO/Coopag*). Zie over artikel 3:305*a* BW par. 4.

42 Zie *Kamerstukken II* 1975/76, 13 611, nr. 1-4, p. 4 (MvT): "Een dergelijke regeling [van misleidende reclame, CvW] zal echter niet in de weg staan van het thans reeds bestaande systeem van "zelfregulering" in de reclame, zoals op ruime schaal wordt uitgeoefend door bijv. de [Reclame, CvW] Code Commissie", en, even verderop: "...de ondergetekenden [achten] een wettelijke regeling gewenst (..)". Mon. Nieuw BW B-49 (Verkade), nr. 20, p. 23 spreekt van een aanvullend karakter in drieërlei opzicht: de regeling vormt een uitwerking van de algemene regeling van de onrechtmatige daad, laat andere actiemogelijkheden onverlet (bijvoorbeeld in geval van wilsgebreken) en bestaat naast zelfregulering.

43 Art. 17 Gw schrijft voor dat niemand tegen zijn wil kan worden afgehouden van de rechter die de wet hem toekent.

44 Zie hierbij *Kamerstukken II* 1975/76, 13 611, nr. 1-4, p. 6 (MvT). Zie voor de parallel met het misleidingsverbod in afdeling 6.3.4 BW: art. 7 van de Nederlandse Reclame Code (NRC). Overigens dekt afdeling 6.3.4 BW de gedragscodes van de diverse zelfreguleringsinstanties niet geheel af: zo toetst de RCC o.a. aan de eisen van de "goede smaak en fatsoen". Zie nader par. 5.

2.5 *Rechtspraak over misleidende reclame-uitingen*

Voor het stellen van onrechtmatigheid van reclamegedrag wordt regelmatig een beroep gedaan op artikel 6:194 BW. Een al wat oudere, maar bekende toetsing van reclamegedrag aan het misleidingsverbod door de rechter is de *Pokon/Substral*-zaak (1985) omtrent een reclame-uiting voor vloeibare plantenvoeding.[45] De Hoge Raad overwoog hierin dat[46]

> "wie omtrent de samenstelling van zijn eigen produkt onjuiste mededelingen doet – suggereren valt te dezen onder het doen van mededelingen – en dusdoende het publiek leidt tot de veronderstelling dat zijn produkt beter is dan soortgelijke produkten van zijn concurrenten, zich in de zin van de art. 1416a e.v. BW schuldig maakt aan misleiding, ook al is zijn produkt in feite niet minder goed dan concurrerende produkten."

Ik beperk mij verder tot de voor deze studie meest toepasselijke zaak. Het betreft *NIVAK/NGA* (1991), die draaide om het als woord- en beeldmerk ingeschreven onderscheidingsteken van de stichting Nederlands Instituut voor Administratiekantoren (NIVAK), dat door de stichting werd toegekend aan bij het NIVAK geregistreerde administrateurs.[47] Het teken bestond uit de woorden "bevoegd administrateur" en de afkorting "BA", en omvatte een wapen dat sterke gelijkenis vertoonde met het Rijkswapen, eenvoudig gezegd: de Nederlandse leeuw. Juist door het opnemen van dit wapen kon het NIVAK het vermoeden van staatserkenning wekken, terwijl die er in werkelijkheid niet was.

De concurrerende vereniging Nederlands Genootschap van Administrateurs (NGA) kwam in het geweer tegen de suggestie van erkenning van overheidswege die van het onderscheidingsteken uitging (vergelijk het huidige artikel 6:194 sub *f* en *i* BW). De NGA koos voor een beroep op de regeling in het Burgerlijk Wetboek omdat zij een gebruiksverbod wilde afdwingen. De toepasselijke merkenwetgeving, het Benelux-Verdrag inzake de intellectuele eigendom (BVIE), is in haar nietigheidssanctie gericht op het wegnemen van de status van door die wet beschermd merk en biedt de mogelijkheid van het afdwingen van een gebruiksverbod niet.[48]

De Hoge Raad, die uiteindelijk om een oordeel werd gevraagd, gaf de gedachtegang van het Hof 's-Gravenhage als volgt weer:[49]

45 HR 29 maart 1985, *NJ* 1985, 591, m.nt. LWH.

46 R.ov. 3.6.

47 HR 14 juni 1991, *NJ* 1992, 393, concl. A-G Asser, m.nt. DWFV. Het onderscheidingsteken kon door het NIVAK exclusief worden beheerd omdat zij de merkrechten bezat in de zin van de toepasselijke merkenwetgeving. Zie over merkenrecht: hoofdstuk 5.

48 Zie in deze zin A-G Asser, de conclusie bij het arrest, par. 2.5; zie ook de noot van Verkade, par. 3, waarin nog wordt gewezen op art. 38 BMW, dat een beroep op art. 6:194 e.v. BW toelaat.

49 R.ov. 3.3 van het arrest van de Hoge Raad.

> "Uitgangspunt is dat het in aanmerking komende deel van het publiek door het gebruik van het merk wordt misleid. Hierdoor krijgen de bij NIVAK aangesloten administrateurs die van het merk gebruik maken, in de concurrentiestrijd een voorsprong op andere administrateurs, waaronder de administrateurs die lid zijn van NGA. Dit kan tot gevolg hebben dat administrateurs ertoe worden gebracht zich aan te sluiten bij NIVAK, te meer omdat in de circulaires van NIVAK de indruk wordt gewekt dat sprake zou zijn van een wettelijk beschermde titel. Op grond van een en ander is aannemelijk dat zowel de leden van het NGA als het NGA zelf nadeel ondervinden van het gebruik van het misleidende merk. Er is hier sprake, zo ligt in 's hofs gedachtengang besloten, van onrechtmatig handelen jegens de leden, omdat zij als gevolg van de voorsprong die de administrateurs van het NIVAK door het gebruik van het misleidende merk verkrijgen, in de concurrentiestrijd in een nadeliger positie komen te verkeren, en van onrechtmatig handelen jegens NGA, omdat het als gevolg van deze voorsprong aantrekkelijk is lid van NIVAK te worden, waardoor NGA nadeel ondervindt."

De Hoge Raad liet de redenering in stand, en het NIVAK-logo moest verdwijnen.

2.6 *Niet door afdeling 6.3.4 BW bestreken reclame-uitingen*

Een scala van gedragingen wordt niet door afdeling 6.3.4 BW bestreken. De afdeling beperkt zich tot misleidende commerciële reclame-uitingen, wat dus zowel de commerciële reclame-uiting die niet misleidt, als de misleidende uiting die niet commercieel is (dat wil zeggen niet in het kader van de uitoefening van een beroep of bedrijf plaatsheeft), uitsluit. Wie als particulier via internet eenmalig twee van grootmoeder geërfde stukken antiek te koop aanbiedt en deze aanprijst als "originele Franse stijlmeubelen, Louis XVI" terwijl het om meubelen gaat die rond 1900 in die stijl zijn vervaardigd, kan door de koper die zich door deze informatie op het verkeerde been gezet voelt, waarschijnlijk níet via artikel 6:194 BW worden aangepakt.[50] Een vordering uit wanprestatie of een dwalingsactie vormt een voor de hand liggend alternatief.[51]

Ook ideële reclame-uitingen vallen buiten het bereik van de regeling, zo heeft de wetgever benadrukt bij de totstandkoming.[52] Zoals in par. 2.2.1

50 Wellicht zou Van Maanen mogelijkheden zien ten aanzien van het verkrijgen van schadevergoeding in gevallen waarin een verbod niet voor de hand ligt vanwege het incidentele karakter van de gebeurtenis; G.E. van Maanen, 'Misleidende reclame; de onvermoede potentie van een slapende regeling', *WPNR* 1996, nr. 6241, p. 745-746.

51 Art. 6:74 resp. art. 6:228 BW.

52 *Kamerstukken II* 1975/76, 13 611, nr. 1-4, p. 7 (MvT). Zie ook Rb. Utrecht 12 april 2001, *KG* 2001, 170, r.ov. 3.9 (*Staat/Stichting Jongeren Milieu Producties*). Verkade 1976, par. 1, p. 361 noemde nog als een pragmatische reden voor het uitsluiten van ideële reclame-uitingen, dat de rechter dan zou moeten oordelen over het al dan niet misleidende karakter van dergelijke boodschappen. Een andere reden zag Verkade in de moeilijke maar noodzakelijke begripsbepaling van wat dan eigenlijk in de niet-commerciële sector als reclame heeft te gelden (om te voorkómen dat de regeling van misleidende reclame zich tot de preek en de verkiezingsspeech zou uitstrekken).

gesignaleerd, wordt in het spraakgebruik nogal eens de tweedeling commercieel-ideëel aangehouden, maar duidelijk mag zijn dat niet iedere uiting die (mogelijk) buiten het bereik van de regeling in de artikelen 6:194-196 BW valt, reeds ideëel van karakter is.

Onder een ideële reclame-uiting versta ik de uiting waarin een wereld- of levensbeschouwelijk, ideëel of politiek idee, kortweg een ideaal, wordt uitgedragen of waarin activiteiten ter verwezenlijking van dat ideaal onder de aandacht worden gebracht, eventueel versterkt door fondsenwerving ten behoeve van financiële ondersteuning van de ontplooide initiatieven. Meestal zijn zulke initiatieven afkomstig van de 'voor de hand liggende' politieke of maatschappelijke verenigingen of non-profit organisaties, kortom van organisaties waarvan je het verwacht, maar soms is het beeld diffuser, zoals wanneer commerciële ondernemingen tevens idealen uitdragen (of claimen dat te doen).[53]

(Vermeend) misleidende ideële reclame-uitingen kunnen niet aan afdeling 6.3.4 BW worden getoetst, zodat teruggevallen moet worden op de algemene eisen van artikel 6:162 BW.[54] Artikel 6:162 BW biedt wat ruimere mogelijkheden dan de relatief beperkt opgezette regeling voor misleidende reclame-uitingen, al betekent de reguliere bewijslastverdeling voor de eisende partij een iets moeilijker route dan de route die langs artikel 6:194 e.v. BW voert.[55]

2.7 *Tussenevaluatie*

De regeling van misleidende reclame in artikel 6:194 e.v. BW vormt een bijzondere regeling van de onrechtmatige daad die is gericht op en beperkt tot misleidende commerciële uitingen. In het spectrum van symbolen in het publieke domein vervult zij, als methode van handhaving van oneigenlijk gebruik, een 'nichefunctie'. De vroegere *nouveauté* van de regeling, een wettelijk erkende collectieve actiebevoegdheid, is tegenwoordig verbreed tot c.q. ingehaald door de algemene bepalingen daaromtrent in de artikelen 3:305*a* en 3:305*b* BW. De *NIVAK*-zaak van de Hoge Raad (1991) is een voor het onderwerp van deze studie interessante toepassing van het privaatrechtelijke misleidingsverbod, zoals de regeling gemakshalve kan worden genoemd.

53 Op dergelijke 'subproblemen', waarbij uiteindelijk vooral (de mate van bescherming van) art. 10 EVRM van belang is, ga ik niet in (vergelijk nog wel par. 5.5.3). Als voorbeelden zijn wellicht te noemen de omstreden reclamecampagnes van het kledingconcern Benetton omtrent thema's als armoede, en de maatschappijbewuste profielschets (vermoedelijk tevens reclame-uiting) op de internetpagina van The Body Shop, verkoper van lichaamsverzorgingsproducten (< http://www.thebodyshopinternational.com/web/tbsgl/values.jsp >, met links).

54 Zie nader par. 3. Als gezegd is ook een rol weggelegd voor zelfregulering in de reclamebranche, zie par. 5.

55 Een relativering is dat de reguliere bewijslastverdeling niet geldt in het (vaak gevoerde) kort geding.

Voor dergelijke incidenten is de regeling een reële optie, voor andere is zij niet geschreven en niet geschikt. Voor de civielrechtelijke handhaving van oneigenlijk symboolgebruik komt al met al veel aan op andere routes.

3 Onrechtmatigheid van oneigenlijk gebruik in commerciële en niet-commerciële uitingen, uitgezonderd misleidende reclame (artikel 6:162 BW)

3.1 Profaan, vulgair of anderszins kwetsend gebruik van symbolen

Het podium is nu voor artikel 6:162 BW, de algemene regeling van de onrechtmatige daad. Wie ervaart benadeelde te zijn van een vorm van oneigenlijk symboolgebruik die níet onder het bereik van de regeling van misleidende reclame (par. 2) valt, kan proberen zijn heil te zoeken bij artikel 6:162 BW.[56] Als vormen van dergelijk oneigenlijk symboolgebruik noem ik (1) profaan, (2) vulgair of (3) anderszins kwetsend gebruik. Het gaat om gebruik dat tot uitdrukking komt in uitingen.

De genoemde vormen van gebruik kunnen elkaar overlappen en ik beschouw ze als van onderling gelijk gewicht (ernst), maar het kan nu eenmaal handig zijn om een bepaalde vorm van aanstoot nader aan te duiden. Want *aanstoot* – het geven van aanstoot en het nemen van aanstoot, 'it takes two' –, dat is waar het bij deze vormen van oneigenlijk gebruik om gaat. Ik spreek daarom van aanstoot en, om niet steeds met dezelfde term te hoeven werken, ook van kwetsing.

Of een als aanstootgevend ervaren uiting in het concrete geval daadwerkelijk op grond van artikel 6:162 BW kan worden verboden, is afhankelijk van het antwoord op de vraag of de eiser voldoende belang heeft bij het instellen van zijn vordering tegen de gedaagde (art. 3:303 of 3:305*a-b*) en of er voldaan is aan de vereisten van de aansprakelijkheidsgrondslag. Naast het overwegende belang van de vrijheid van meningsuiting speelt mee dat wat voor de één pijnlijk of stuitend is, voor de ander lichter verteerbaar of zelfs kostelijk zal zijn. Dit laatste betekent weer niet, dat uitingen die als aanstootgevend worden ervaren, niet onrechtmatig zouden kúnnen zijn.

56 Ook misleidende uitingen die niet commercieel zijn in de zin van afdeling 6.3.4 BW of ideëel, kunnen op grond van art. 6:162 BW worden aangepakt. Niettemin noem ik ze in het rijtje 'profaan, vulgair of anderszins kwetsend' níet, om het onderscheid met par. 2 te accentueren en omdat ze niet goed passen in dat rijtje, dat immers op het geven resp. het nemen van aanstoot ziet. Waar nuttig in par. 3 zal ik naast aanstoot ook misleiding noemen en/of terugkoppelen naar par. 2. Een voorbeeld van onrechtmatige misleiding die niet onder de regeling van misleidende reclame valt, is misschien de stichting voor het goede doel die onder gelovigen donaties inzamelt ten behoeve van de restauratie van een vervallen kerkje in Bolivia, waarin echter geen erediensten meer plaatsvinden doch een jongerensoos is gevestigd.

Wat komt er in deze paragraaf 3 verder ter tafel? De belangrijkste vraag is wannéér uitingen die als profaan, vulgair of op andere wijze kwetsend worden ervaren, onrechtmatig zijn. Een alomvattend antwoord op deze vraag is niet het doel. Het gaat erom een goed beeld te geven van de problematiek en op aspecten te wijzen die in het bijzonder de aandacht verdienen.

Na voorbeelden in de illustratieve sfeer en een algemene schets van de onrechtmatige daadregeling (par. 3.2), passeren enige incidenten en rechtszaken de revue (par. 3.3; om welke zaken het precies gaat, staat in par. 3.3.1). Nadere (probleemspecifieke) aspecten worden aansluitend uiteengezet (par. 3.4). Aan het eind volgt een evaluatie (par. 3.5).

3.2 *Enkele illustraties en algemene bespreking onrechtmatige daad*

3.2.1 Voorbeelden van profane, vulgaire of anderszins kwetsende uitingen

Het is nuttig om op deze plaats te brainstormen over de vraag, welke aanstootgevende uitingen er zoal te bedenken zijn, ánders dan de hiervoor al voldoende besproken misleidende commerciële reclame-uitingen.[57] Ik doe dat in de vorm van een opsomming van korte geïllustreerde situaties, gerubriceerd naar commerciële uitingen en niet-commerciële uitingen, en aan de (binnen- of buitenlandse) werkelijkheid ontleend of zelf bedacht.[58] De brainstorm geeft 'maar' voorbeelden en impliceert niet onrechtmatigheid zonder meer. Ik wil evenmin de indruk wekken dat ik zelf wél steeds schande roep. De voorbeelden zijn in elk geval provocerend genoeg voor twist en debat, en daar gaat het me om.

57 Ter aanvulling: er zijn op zichzelf wel gevallen te bedenken van mogelijk onrechtmatige *misleidende* commerciële c.q. niet- commerciële uitingen die buiten het bereik van art. 6:194-196 BW vallen, maar hun belang is in vergelijking met de rubrieken profaan, vulgair resp. anderszins kwetsend uiteindelijk toch ondergeschikt. Ik houd het daarom bij wat is opgemerkt in par. 2. Ik noem hier enkel als voorbeeld een gebedsgenezeres die publiekelijk een afbeelding van het aesculaapteken verbrandt om haar oproep de gangbare geneeswijzen af te wijzen visueel kracht bij te zetten en mensen aan te sporen voor de behandeling van ziekte op haar spirituele krachten te vertrouwen (een misleidende niet-commerciële uiting, indien zij geen wederdienst vraagt). Atypisch is de Zuster Klivia-affaire in 2002 (hoofdstuk 3, par. 4.3), waarin met enige moeite een voorbeeld van een misleidende commerciële uiting kan worden gezien, voor zover het gebruik van het Rode Kruissymbool in de film en het oorspronkelijke promotiemateriaal, bij het publiek de indruk wekten van betrokkenheid of instemming van de Rode Kruisorganisatie (en dat een reden voor het kopen van een filmkaartje vormde, wat onwaarschijnlijk is).

58 Onder de niet-commerciële uiting begrijp ik hier eenvoudigweg al het andere dan de commerciële uiting, waaronder het uitdragen van ideële of religieuze boodschappen en kunstzinnige uitingen. Daarmee neem ik hier de in par. 2 en later in par. 5 gehanteerde ruime uitleg van de term reclame niet één op één over.

Commerciële uitingen die als profanerend, vulgariserend of anderszins kwetsend ervaren (kunnen) worden:

– Kwetsend: wijn van de Italiaanse producent Lunardelli met flessenetiketten waarop Adolf Hitler en andere dictators zoals Mussolini zijn afgebeeld. Een impressie van hoe deze wijn geschonken wordt:[59]

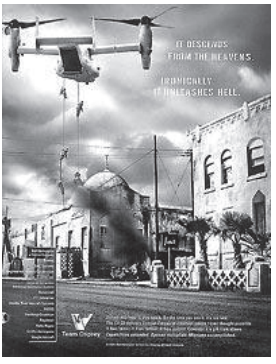
– Profanerend: bijvoorbeeld condooms met een plaatje van de Maagd Maria of zuurstokken met een kopje van Maria. Maar een zelf bedacht voorbeeld is eigenlijk niet eens nodig, wat er is op internet van alles te koop, zoals: bijbel-bingo voor kinderen, een Jezus-luchtverfrisser ('The Jesus Air Freshener has the sweet scent of Purification!') en een doosje *after dinner* snoepjes met de klassieke voorstelling van het Laatste Avondmaal. Een afbeelding van dit doosje:[60]

59 In par. 3.3.4 volgt meer. Afbeelding op < http://www.rightwingnews.com/archives/week_2003_12_07.PHP >.

60 De afbeelding heb ik ontleend aan < http://www.mcphee.com/items/11626.html >.

– Kwetsend, in ieder geval voor onderdrukte Chinezen en Tibetanen: de verkoop van kleding en parafernalia met afbeeldingen van de Chinese dictator Mao Zedong in warenhuis De Bijenkorf in 2005, in het kader van haar actie 'Shanghai Weken'. Het assortiment omvatte tal van artikelen met Chinese communistische propaganda, waaronder het beruchte Rode Boekje en zijden portretten van Mao (en, voor de gelegenheid, ook Stalin):[61]

– Kwetsend: een advertentie voor de Osprey (2005), een vliegtuig en helikopter in één die nuttig is voor snelle militaire acties, waarop is afgebeeld hoe commando's zich vanuit dit toestel aan een lijn op het dak van een moskee laten zakken, met de begeleidende tekst: 'It descends from the heavens. Ironically it unleashes hell. (..) Consider it a gift from above.' De advertentie ziet er zo uit:[62]



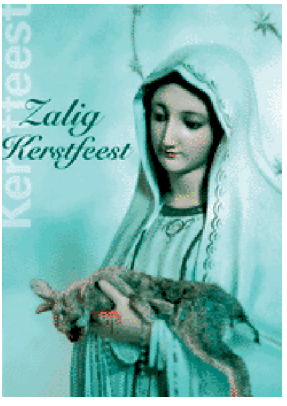
61 Afbeelding ontleend aan < http://www.commietravel.nl/shop/maoshop.htm >. Na protest is de verkoop gestopt; zie: 'Bijenkorf stopt met Mao-lijn. Afbeeldingen Chinese dictator niet maatschappelijk verantwoord', *Het Parool* 22 april 2005, p. 3.

62 Aan de werkelijkheid ontleend: advertentie van Boeing en Bell over de mogelijkheden van hun *Osprey*-toestel, in oktober 2005. De advertentie, opgesteld door een in de arm genomen Texaans reclamebureau en aanvankelijk geautoriseerd door Bell, is na publicatie ingetrokken. Ontleend aan H. Bernton, 'Magazine ad "unleashes hell" for Boeing and Bell', *The Seattle Times* 1 oktober 2005, geraadpleegd op < www.seattletimes.nwsource.com >.

– Vulgair en kwetsend voor Nederland en het koningshuis: een 'Hup-Holland-Hup'-vibrator uitgevoerd in, volgens de tekst op de oranje verpakking, 'Kingdom colours', 'to fit a queen'. De verpakking oogt als volgt:[63]

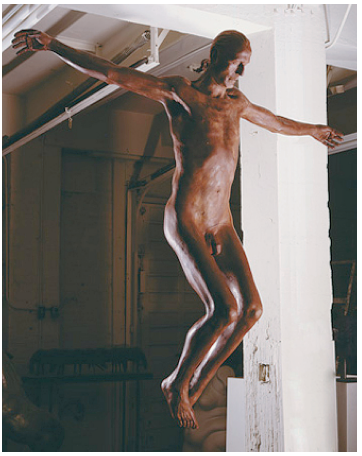
Niet-commerciële uitingen die als profaan, vulgair of anderszins kwetsend ervaren (kunnen) worden:

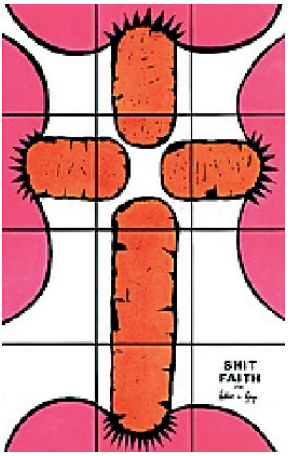
– Profanerend: een kerstactie van de Dierenbescherming in 2002 onder de titel 'Zalig Kerstfeest... Maak 't niet te wild', die gericht was tegen het op grote schaal consumeren van wild, afkomstig uit de bio-industrie of gevangen door jagers, met de volgende afbeelding:



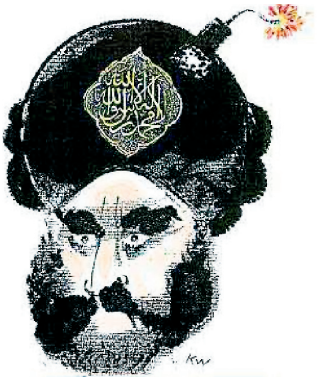
63 Afbeelding ontleend aan < http://www.x-toys.nl/detail.php?hup_holland_hup_vibrator_set&id=1036 >.

– Ook profaan: tentoonstelling van een levensgroot chocolade beeld van een gekruisigde en naakte Christus, getiteld 'My sweet Lord' (Cosimo Cavallero 2007, hieronder links[64]) of van het grafische werk 'Shit Faith' (Gilbert & George, rechts[65]):





– Nog meer profane uitingen: een serie spotprenten over de profeet Mohammed in Deense media (2005/2006). Kwetsend voor aanhangers van de islam omdat velen van hen leven naar de geloofsregel dat Mohammed niet mag worden afgebeeld. Twee tekeningen uit de Deense serie:[66]



64 Zie < http://www.cosimocavallaro.com/ >. Op de internetnieuwsrubriek van de BBC was op 31 maart 2007 te lezen: 'A New York art gallery has decided to cancel an exhibit of a chocolate sculpture of Jesus Christ after protests by a US Catholic group.'

65 Voor zover ik weet maakt het werk onderdeel uit van de serie 'Fundamental Pictures' (1996).

66 Zie bijvoorbeeld 'International cartoon protests spread', *The Guardian* 6 februari 2006, < http://www.guardian.co.uk/religion/Story/0,,1703443,00.html >.

– Vulgair: een metershoge sculptuur van de kerstman die een kerstboom annex reusachtig seksattribuut omhoog houdt ('Santa Claus', Paul McCarthy):[67]

3.2.2 Grondslag onrechtmatigheid en categorieën in artikel 6:162 BW

3.2.2.1 Algemeen

Artikel 6:162 BW is de algemene juridische grondslag waarop een vordering met betrekking tot oneigenlijk symboolgebruik kan worden gebaseerd. Voor aansprakelijkheid op deze grondslag gelden de vereisten in artikel 6:162 en 163 BW. Artikel 6:162 lid 1 luidt:

> Hij die jegens een ander een onrechtmatige daad pleegt, welke hem kan worden toegerekend, is verplicht de schade die de ander dientengevolge lijdt, te vergoeden.

Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad vereist dus de aanwezigheid van een onrechtmatige gedraging, die toerekenbaar is aan de dader, geleden en/of nog te lijden schade, causaal (*condicio sine que non*-)verband tussen de gedraging en de schade, en ten slotte relativiteit ("jegens een ander"), mede uitgewerkt in artikel 6:163 BW. Is aan één of meer vereisten niet voldaan, dan kan schade niet op de aangesprokene worden afgewenteld en evenmin een andere sanctie, zoals een gebruiksverbod, worden gevorderd.[68]

67 Het beeld is ontworpen voor de stad Rotterdam, waar het na veel gedoe is neergezet op de binnenplaats van museum Boijmans Van Beuningen. Het plan voorzag aanvankelijk in plaatsing in het hart van het winkelgebied, maar dat leverde protest op over het beeld, dat al snel 'Kabouter *Butt-plug*' heette. Bron: 'Ophef over Kerstman', *NRC Handelsblad* 26 februari 2003, p. 11.

68 Er bestaan nuanceringen voor dreigende schade en de sanctie van rectificatie.

De eis van toerekenbaarheid heeft geen echte – probleemspecifieke – betekenis in deze studie en blijft hier daarom onbesproken.[69] Iets vergelijkbaars geldt meen ik voor het vereiste van relativiteit.[70] Over het schadebegrip heb ik eerder al iets opgemerkt (par. 1.2) en zo direct volgt nog iets meer (par. 3.2.3).

3.2.2.2 Artikel 6:162 lid 2 BW

In een juridische procedure met betrekking tot aanstootgevend gebruik van symbolen komt veel gewicht toe aan de toetsing aan de categorieën van onrechtmatigheid in artikel 6:162 BW. Ik zet die categorieën hier kort uiteen. Artikel 6:162 lid 2 BW luidt:

> Als onrechtmatige daad worden aangemerkt een inbreuk op een recht en een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, een en ander behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond.

De bepaling noemt drie alternatieven: (1) een inbreuk op een recht, (2) een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht, (3) een doen of nalaten in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, kortweg: de maatschappelijke betamelijkheid. De drie categorieën staan op zichzelf, maar zijn niet strikt gescheiden.[71]

---

69 Voor de volledigheid ook art. 6:162 lid 3 BW, dat luidt: "Een onrechtmatige daad kan aan de dader worden toegerekend, indien zij te wijten is aan zijn schuld of aan een oorzaak welke krachtens de wet of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt."

70 Art. 6:163 BW luidt: "Geen verplichting tot schadevergoeding bestaat, wanneer de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden." De vraag 'is het veroorzaken van gevoelens van kwetsing, bijvoorbeeld door middel van het beledigen van het object van geloofsverering, onrechtmatig *jegens deze eisers*?' speelt vooral wanneer de eisende partij zich in het kader van art. 6:162 BW beroept op strijd met een wettelijke plicht. Afgezien van het geval dat relativiteit niet aanwezig is omdat iemand klaagt over de overtreding van een geschreven norm terwijl hij zelf helemaal geen last heeft van (schade lijdt door) die normschending, gaat het, in de context van deze studie, om strafrechtelijke normen als die in art. 137*c* WvS, en dáár is op zichzelf juist goed voorstelbaar dat een individu klaagt omdat het tot de groep behoort tot wie de strafbare belediging was gericht. In andere onrechtmatigheidsrubrieken dan die van strijd met een wettelijke plicht – met name strijd met de maatschappelijke betamelijkheid, met haar invulling door zorgvuldigheidsnormen – zal relativiteit meestal wel aanwezig kunnen worden geacht.

71 Een bekend voorbeeld: indien er een wettelijke plicht is geschonden die evenwel niet jegens de eiser onrechtmatig is, kan onder omstandigheden tóch onrechtmatigheid worden aangenomen op de grond dat de gedraging jegens de eiser *onbetamelijk* is. Verder dient te worden gesignaleerd dat sommigen menen dat de eerste twee categorieën geen zelfstandige betekenis hebben naast de derde, omdat zij gedragingen uitsluitend onrechtmatig achten indien deze *tevens* in strijd komen met de maatschappelijke betamelijkheid. Deze opvatting staat bekend als de *leer-Smits* (1940). Zie bijvoorbeeld Mon. Privaatrecht 4 (A.J. Verheij), nr. 15, p. 42 die stelt dat de categorie inbreuk op een recht in beginsel opgaat in die van de maatschappelijke betamelijkheid. Veel schrijvers zijn evenwel van mening dat de *leer-Smits*, in elk geval onder het huidige BW, geen navolging verdient, onjuist is of niet kan gelden; zie bij Jansen (*Onrechtmatige daad* I), aant. 3 (slot); Asser-Hartkamp 2006 (4-III), nr. 54, p. 79-80; Sieburgh 2000, p. 62-68.

Het begrip recht in artikel 6:162 lid 2 doelt op 'subjectief recht', dat Meijers (in 1948) ruim heeft opgevat in zijn omschrijving: "een bijzondere door het recht aan iemand toegekende bevoegdheid, die hem wordt verleend om zijn belang te dienen."[72] Enerzijds gaat het om absolute rechten zoals eigendomsrechten en anderzijds om – in de Grondwet, verdragen of rechtspraak erkende – persoonlijkheidsrechten.

In dit hoofdstuk 4 zijn de *persoonlijkheidsrechten* van belang. Tot deze rechten, die als het ware de civielrechtelijke pendant vormen van grond- en mensenrechten, rekent men onder meer het recht op bescherming van de eer en goede naam, het recht om gevrijwaard te blijven van beledigende discriminatie en het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer.[73]

I Inbreuk op een recht

De categorie inbreuk op een recht wordt wel beperkt opgevat in die zin dat zij uitsluitend ziet op gevallen waarin de gedraging zelf, ongeacht haar eventuele schadelijke gevolgen, de aantasting van een subjectief recht inhoudt.[74] Dit is het geval ten aanzien van handelingen waartoe de rechthebbende met uitsluiting van anderen bevoegd is, of die de rechthebbende belemmeren in de uitoefening van zijn recht of in het genot van het voorwerp van zijn recht.[75]

Het belemmeren in de uitoefening van een recht doet zich bijvoorbeeld voor in het geval dat protestgangers een groep gelovigen de toegang tot de eredienst belet. Van belemmering in het genot van het voorwerp van een recht is sprake – om in dezelfde sfeer te blijven – wanneer demonstranten de bezoekers van een godsdienstige bijeenkomst onthalen met spandoeken waarop kwetsende teksten staan die betrekking hebben op die bijeenkomst.

II Doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht

Indien een strafrechtelijke norm wordt overtreden door een gedraging waarin sprake is van oneigenlijk symboolgebruik, zoals het geval kan zijn met de wettelijke norm omtrent de strafbare belediging van een bevolkingsgroep, is *tevens* in strijd met een wettelijke plicht in de zin van artikel 6:162 BW gehandeld.[76]

Aansprakelijkheid kan dan worden aangenomen jegens benadeelden van wie het getroffen recht of belang door de overtreden strafrechtelijke norm

72 Meijers 1948, p. 86.

73 Jansen (*Onrechtmatige daad* I), aant. 32-34; Schuijt (*Onrechtmatige daad* VII), aant. 1, 101-102; Asser-Hartkamp 2006 (4-III), nr. 35, p. 44-45; Lindenbergh 1999 (T&C Vermogensrecht), art. 6:162 BW, aant. 8.

74 Sieburgh 2000, p. 59 en 64-67, in navolging van H. Drion.

75 Asser-Hartkamp 2006 (4-III), nr. 36, p. 46 (zie ook p. 47).

76 Zie in dit verband de memorie van toelichting en de memorie van antwoord bij art. 137*c* en 137*e* WvS: *Hand. II* 1967/68, 9724, nr. 3, p. 5 (MvT) en *Bijl. Hand. II* 1969/70, 9724, nr. 6, p. 1 (MvA). Daarin wordt met zoveel woorden gewezen op de mogelijkheid van de civielrechtelijke actie tegen discriminatoir gedrag wegens strijd met de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betamelijk is jegens een ander.

wordt beschermd – het vereiste van relativiteit. In de gevallen waarin niet aan alle vereisten voor strafbaarheid is voldaan of de schadeveroorzakende gedraging niet is strafbaar gesteld, kunnen benadeelden een beroep doen op inbreuk op een persoonlijkheidsrecht, of op strijd met de maatschappelijke betamelijkheid.[77]

III Doen of nalaten in strijd met de maatschappelijke betamelijkheid

De rubriek van de maatschappelijke betamelijkheid bestrijkt een breed scala van gedragingen.[78] Zij wordt in de rechtspraak ingevuld aan de hand van *zorgvuldigheidsnormen* die op deelterrein plegen te worden geclusterd: (1) verkeers- en veiligheidsnormen (waaronder normen tegen gevaarzetting), (2) normen ter bescherming tegen zuivere vermogensschade en (3) normen ter bescherming tegen immateriële schade.

De laatste cluster bevat zorgvuldigheidsnormen tegen immateriële schade in verband met persoonlijkheidsrechten of andere immateriële belangen. Met name deze groep normen is meen ik relevant voor burgers of belangenorganisaties die voor de burgerlijke rechter wensen te ageren tegen de (dreigende) schadelijke gevolgen van oneigenlijk gebruik van een symbool.

3.2.3 Sancties

Een rechterlijk bevel tot staken van het aanstootgevend gebruik van een symbool, oftewel een verbod van (toekomstig) gebruik, eventueel aangevuld met een bevel tot rectificatie, is een passende sanctie om een als problematisch ervaren praktijk te laten eindigen of te voorkómen (art. 3:296 BW en art. 6:103 BW; rectificatie ook art. 6:167 BW).[79] Deze weg spreekt eigenlijk voor zich.[80]

Wellicht iets minder voor de hand liggend, maar naar mijn mening in veel gevallen passend en toereikend, is een 'verklaring van recht' – ook wel 'verklaring voor recht' – als bedoeld in artikel 3:302 BW. De verklaring van recht is door de rechter met zoveel woorden in zijn vonnis vermelde waardering van de rechtsverhouding tussen procespartijen.[81]

---

77 Asser-Hartkamp 2006 (4-III), nr. 34, p. 43-44. Voor de benadeelde zal de verhoudingsgewijs aantrekkelijkste weg zijn, die van het aantonen van de overtreding van een strafrechtelijke norm.

78 De categorie is oorspronkelijk door de Hoge Raad geïntroduceerd en later door de wetgever overgenomen; zie HR 31 januari 1919, *NJ* 1919, p. 161, W10365, m.nt. Mff (*Lindenbaum/Cohen*).

79 Een door de rechter toegewezen bevel of verbod heeft een constitutief karakter, wat betekent dat de rechtsverhouding tussen partijen er door wijzigt, en is vatbaar voor executie. Zie als algemene bron bij deze subparagraaf Deurvorst (*Onrechtmatige daad* II.1), aant. 483, p. 584-595 en aant. 493, p. 596-601.

80 Met nog de aanvulling, dat om een eis kracht bij te zetten en herhaling van bepaald gedrag te voorkómen, naast een verbod veelal een dwangsom zal worden gevorderd (art. 611*a*-611*i* Rv).

81 Een verklaring van recht is declaratoir (constaterend) van aard, zodat zij geen directe wijzing in de relatie tussen de procespartijen bewerkstelligt.

Een dergelijke verklaring kan in conflicten over de (onrechtmatigheid van) aanstootgevendheid van symboolgebruik neerkomen op de vaststelling dat, bijvoorbeeld, het afbeelden van een religieus symbool op kleding onrechtmatig is jegens de gedaagde, een belangenorganisatie van gelovigen.

Een verklaring van recht kan uitsluitend worden gevorderd door een bij de rechtsverhouding onmiddellijk betrokken (natuurlijke of rechts-)persoon (art. 3:302 BW), die bovendien voldoende belang heeft bij de vordering (art. 3:303 BW).[82] In de context van procedures die zijn gericht op het beschermen van bepaalde, aan symbolen verbonden rechten of belangen, laat zich indenken dat eenieder die in een relatie tot het betrokken symbool staat en terzake in rechte bescherming inroept, kan worden aangemerkt als een bij de rechtsverhouding onmiddellijk betrokken persoon.

Het belang van de verklaring van recht is ten eerste die van een stok achter de deur voor *toekomstig* gedrag. Gaat de gedaagde in de toekomst weer 'in de fout' door een als aanstootgevend ervaren plaatje of tekst opnieuw in dezelfde context af te beelden, dan heeft de eisende partij een wapen in handen om (nu wél) een verbod of een bevel te vorderen.

Ten tweede is de verklaring van recht een middel om de door de rechter uitgesproken *erkenning* te verkrijgen dat bepaalde persoonlijke opvattingen of waarden zijn geschoffeerd, bijvoorbeeld door een belediging aan het adres van een etnische of godsdienstige bevolkingsgroep. Deze erkenning stelt tevens een vorm van genoegendoening voor, die meestal in beeld zal komen omdat de gedaagde – in de ogen van de eisende partij – tot dat moment te weinig boete heeft gedaan voor de kwetsing of de kwetsing niet serieus heeft genomen.[83]

De vergoeding van immateriële schade (als sanctie) heeft in dit hoofdstuk slechts een zeer beperkte betekenis. Organisaties die gebruik maken van de collectieve actiebevoegdheid in artikel 3:305*a* BW, kunnen op grond van die regeling überhaupt geen schadevergoeding vorderen. Een groot gemis is dat niet, want zij zullen veel meer belangstelling hebben voor het doen staken van een gedraging.[84] *Individuele* eisers kúnnen wél schadevergoeding vorderen in verband met persoonsaantasting, bijvoorbeeld als gevolg van belediging van de bevolkingsgroep waartoe zij behoren, maar ook voor hen geldt dat een verbod op de gedraging – of een verklaring van recht – interessanter zal zijn.[85]

82 Zie over het vereiste van voldoende belang tevens de opmerkingen in par. 1.2.

83 Vgl. hierbij, over de waarde van de figuur van de erkenning in rechte in verband met het emotionele belang bij handhaving, van mensen die geen rechtens te vergoeden vermogensschade lijden: Hartlief 2003, p. 132-135, met verwijzingen naar andere literatuur.

84 Ik verwijs verder naar de dissertatie van Frenk 1994, p. 30, 148.

85 Zie algemeen over immateriële schadevergoeding bijvoorbeeld Lindenbergh 1998, p. 103-107.

3.3 Rechtspraak en incidenten: Rails, Shiva, Führer-wijn en Submission

3.3.1 Procederen vanwege oneigenlijk symboolgebruik

In Nederland komt het voor dat een individu of collectief in een juridische procedure probeert een als profaan, vulgair of op andere wijze kwetsend ervaren uiting onrechtmatig in de zin van artikel 6:162 BW te laten verklaren,[86] maar tot nu toe niet vaak. Ik herhaal dat het doel van zo'n procedure vooral is een verbod, zodat de onwelgevallige uiting uit het (straat-)beeld verdwijnt en daar weg blíjft, eventueel aangevuld met een rectificatie.

De bedoelde procedures zijn schaarser dan misschien zou mogen worden verwacht van een wettelijke regeling die *bij uitstek* kan worden benut voor afdwingen van een recht of belang en die bovendien versterkt wordt door de mogelijkheid om als collectief te ageren.[87] Ter vergelijking: de hoeveelheid procedures over kwetsende uitingen in de pers die op de *persoon* zijn gericht – denk aan smaad en laster – is aanzienlijk. Dat leeft (of steekt) dus sterk.

In het kader van handhaving van oneigenlijk gebruik of misbruik van symbolen speelt – en meer dan bij smaad en laster – schadevergoeding praktisch geen rol (en vormt dat dus geen reden voor een proces). De nadruk ligt op de verkrijging van de erkenning dat door de uiting een belang is geschonden en de toezegging dat de ongewenste uiting niet of niet langer plaatsvindt.

Deze erkenning en toezegging zal men echter vaak al eerder en ook, zonder de verhoudingen te zeer op scherp te stellen, effectiever in de sfeer van overleg kunnen bewerkstelligen.[88] Daarnaast vangt de zelfregulering door de Reclame Code Commissie, een klachtinstantie die is gericht op de handhaving van ontoelaatbare reclame-uitingen, veel op.[89]

Bij wijze van inventarisatie, en een beetje vrij associërend, kom ik op vier voorvallen ter bespreking: (i) een als vrouwonvriendelijk ervaren modereportage in het tijdschrift Rails; (ii) een juridische procedure over het gebruik van de naam Shiva, een belangrijke hindoe-godheid, voor pornografische videobanden; (iii) de activiteiten van een Italiaanse wijnproducent die zijn flessen voorziet van etiketten met afbeeldingen van Adolf Hitler en (iv) een juridische procedure over uitingen die door enkele moslims als kwetsend zijn ervaren.[90]

86 Anders dan onrechtmatigheid van op de specifieke persoon gerichte smadelijke of beledigende uitingen.

87 Zie over de collectieve actiebevoegdheid par. 4.

88 Denk ook aan de eerdere opmerkingen over 'informele handhaving' in par. 1.2.

89 Zie par. 5 over de zelfregulering in de reclamebranche en voorbeelden van klachtzaken over geloof.

90 Andere en eerdere rechtspraak over de – algemenere – vraag wanneer een uiting onrechtmatig is, heeft niet de probleemspecifieke invalshoek van deze studie en kan daarom buiten beschouwing blijven. Voor enkele uitspraken bestaat echter een goede reden om die hierna wél aan bod te laten komen, zoals met name HR 24 juni 1983, *NJ* 1984, 801, m.nt. MS (*Gemeenteraadslid*) in par. 3.4.3.

Rails is te vinden in par. 3.3.2; *Shiva* in par. 3.3.3; de *Führer*-wijn in par. 3.3.4; *Submission* in par. 3.3.5.

3.3.2 De *Rails*-zaak (1994)[91]

3.3.2.1 De fotoreportage in Rails

In 1992 verscheen een fotoreportage onder de kop "Modetrend: Dressed to kill" in Rails, een door de Nederlandse Spoorwegen N.V. gratis aan treinreizigers ter beschikking gesteld en door Multi Magazines B.V. uitgegeven maandblad.[92] De fotoreportage in dit Rails-nummer was opgenomen tussen bijdragen over onder andere theater, muziek en film.

De inhoudsopgave van het blad vermeldde de aankondiging "Dressed to kill. Thriller met modieuze hoofdrolspelers." De tekst boven de acht pagina's tellende reportage luidde: "Dressed to kill. Rails regisseert een modieuze thriller. Hoofdrolspelers: huurmoordenaar en gangsterliefje. Inzet: leven of dood. Kleding: mannenpakken. Afloop: fataal." De foto's in de reportage gingen vergezeld van teksten als "Hij: wollen krijtstreeppak jeansshirt en singlet van Calvin Klein" en "Zij: vrouwenpak met gouden kettingen", waarbij de prijzen stonden vermeld en de winkels waar de kleding verkrijgbaar was. Zie de volgende afbeelding uit de reportage:

91 *NJ* 1996, 346, met noot Brunner. Tevens annotaties Verhey, *NJCM* 1995, p. 420 en Drupsteen, *AB* 1995, 393. De zaak is ook bekend onder de naam *Dressed to kill*.

92 Nummer augustus/september 1992.

Op de eerste foto in de reportage was te zien dat een man met een nylonkous over zijn hoofd onder bedreiging van een vuurwapen een vrouw ontvoerde. Op de tweede en derde foto was de vrouw vastgebonden en geblinddoekt, en op de vierde, zojuist afgebeelde foto was het ultieme leed al geschied en voerde de man het slappe en op het oog levenloze lichaam van de vrouw weg. De laatste foto toonde het lichaam van de dode vrouw tussen stenen en afval.

3.3.2.2 Kort geding door Blijf van m'n Lijf

De Landelijke Vereniging Blijf van m'n Lijf te Utrecht (hierna: Blijf van m'n Lijf) dagvaardde in kort geding voor de President van de Rechtbank Amsterdam de uitgever van Rails, Multi Magazines.[93] Blijf van m'n Lijf, die blijkens haar statuten onder andere het doel had mishandelde vrouwen op te vangen en "het aan de orde stellen van al die feiten en strukturen, die vrouwenmishandeling veroorzaken en in stand houden", stelde dat de fotoreportage schadelijk was voor het werk van de Blijf van m'n Lijf-instellingen en bovendien onnodig grievend voor de vrouwen voor wie de instellingen werken. Vrouwenmishandeling zou maatschappelijk in een verkeerd daglicht zijn komen te staan doordat de reportage mishandeling bracht als een spannend en aantrekkelijk vermaak. Het handelen van Multi Magazines, stelde Blijf van m'n Lijf toen, was daarmee jegens haar onrechtmatig en zij eiste op die grondslag onder andere verontschuldigingen.[94] Van haar kant verwierp Multi Magazines deze kwalificatie en gaf aan dat de reportage was bedoeld als "pastiche" en geïnspireerd was op het thrillergenre.[95] Zij had getracht de traditionele clichés van het genre, waaronder de stereotype man-vrouw verhouding, door overdrijving te relativeren, terwijl écht geweld in de reportage niet voorkwam. Multi Magazines betreurde dat de boodschap achter de reportage bij een deel van het publiek niet was overgekomen.

De president van de rechtbank, Asscher, nam onrechtmatigheid aan "jegens een groot aantal lezers en daarmee jegens Blijf van m'n Lijf op grond van haar doelstellingen, omdat de beelden inspireren tot geweld tegen vrouwen."[96] De fotoreportage, zo lichtte de president toe,[97]

93 Pres. Rb. Amsterdam 26 november 1992, *KG* 1993, 39 (ook *Mediaforum* 1993-1, p. B14-B15). Een klacht bij de Reclame Code Commissie (RCC), die inhield dat de fotoreportage als reclame-uiting weerzinwekkend was en de grens van het betamelijke overschreden had (namelijk: door geweld tegen vrouwen als verkoopbevorderend middel te gebruiken), is afgewezen bij beslissing van 6 oktober 1992, dossiernrs. 92 7449, 92 7449A, 92 7449B, 92 7449C, 92 7449D. De RCC oordeelde, kort gezegd, dat de reportage in Rails geen *reclame* in de zin van de Nederlandse Reclame Code (NRC) was.

94 Zie voor de vorderingen r.ov. 2 van het vonnis.

95 De titel van de reportage schijnt te verwijzen naar de film "Dressed to Kill" van de hand van Brian De Palma.

96 R.ov. 7.

97 R.ov. 5.

> "is geplaatst temidden van serieuze artikelen (..). In die context wordt (..) geen satire of parodie verwacht. Aangezien het blad Rails beschikbaar is voor treinreizigers gedurende hun reis, nodigt het uit tot een kennisneming die niet anders dan oppervlakkig kan zijn. Ook daardoor zal de satirische intentie van de reportage, die niet duidelijk is uit de beelden, niet op het eerste gezicht kenbaar zijn voor degenen die daarvan kennis nemen zonder te letten op de relativerende tekst over de aankleding van de "spelers"."

Niettemin weigerde de president de gevraagde voorzieningen wegens gebrek aan belang van Blijf van m'n Lijf, nu de Rails-redactie in een redactioneel schrijven haar verontschuldigingen al had aangeboden.

3.3.2.3 Hoger beroep door Multi Magazines

Multi Magazines ging met succes in beroep bij het gerechtshof Amsterdam tegen het oordeel van de president dat de publicatie onrechtmatig was.[98] Het gerechtshof overwoog:[99]

> "Multi Magazines [maakt] naar het oordeel van het hof terecht bezwaar tegen de overweging van de president dat de fotoreportage onrechtmatig is "omdat de beelden inspireren tot geweld tegen vrouwen". Dit criterium biedt – nog daargelaten dat Multi Magazines heeft aangevoerd [in hoger beroep, CvW] dat men er nog steeds niet achter is of beelden die, anders dan volgens haar de onderhavige modereportage, echt geweld tonen, inderdaad tot geweld inspireren – onvoldoende mogelijkheden om onder de vrijheid van meningsuiting vallende publicaties op rechtmatigheid te toetsen. Hantering van een dergelijk onvoldoende scherp omlijnd criterium zou (kunnen) leiden tot een onaanvaardbare, en in ieder geval in een democratische samenleving niet noodzakelijke, beperking van het recht op vrije meningsuiting."

Kort gezegd: ingrijpen in de vrijheid van meningsuiting op grond van de wettelijke beperkingen zoals bedoeld in artikel 10 lid 2 EVRM, was naar het oordeel van het gerechtshof niet op zijn plaats.

Ook twee andere, door Blijf van m'n Lijf aangevoerde argumenten voor onrechtmatigheid, faalden in de ogen van het hof. Het eerste was dat de reportage inbreuk maakte op het recht op de integriteit van het lichaam van de "argeloze" lezers, die "onverhoeds" werden geconfronteerd met een serie "schokkende, provocerende, onnodig grievende beelden." Het tweede argument was dat de fotoreportage in strijd was met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt "doordat geweld van de man ten opzichte van de vrouw op een aantrekkelijke manier wordt voorgesteld, juist door de combinatie met mode."[100]

98 Arrest van 29 juli 1993, kenbaar uit HR 21 oktober 1994, *NJ* 1996, 346 (het arrest van het hof is tevens gepubliceerd in *Mediaforum* 1993-9, p. B82-B83).

99 R.ov. 4.7.

100 R.ov. 4.8.

Het hof oordeelde evenwel dat de beelden en de bijbehorende teksten[101]

> "...niet oproepen tot gangsterpraktijken noch anderszins tot geweld of mishandeling. Ook een aanmoediging tot het mishandelen van vrouwen of een expliciete goedkeuring van dergelijke misdragingen leveren de beelden en teksten niet op. (..) Dat de presentatie van de komende mode in de hier gekozen vorm van een in scène gezette huurmoord gevoelens van afkeer oproept en als provocerend en shockerend wordt ervaren, is alleszins begrijpelijk, maar een aantasting van de lichamelijke integriteit van de lezeressen en lezers levert de reportage niet op. (..) Aan de modereportage kan – nog afgezien van de vraag of dat op zich zelf in een uiting als de onderhavige onrechtmatig zou zijn – in redelijkheid niet de strekking worden toegedicht dat met de gevoelens van mishandelde vrouwen of met het werk van Blijf van m'n Lijf-instellingen de spot wordt gedreven."

Het hof oordeelde dat de reportage ook overigens niet onrechtmatig was. De verwijten van Blijf van m'n Lijf dat in het beeldverhaal moord, doodslag en mishandeling aantrekkelijk werd voorgesteld en vrouwenmishandeling maatschappelijk in een verkeerd daglicht werd geplaatst, hadden volgens het hof "veeleer betrekking op hetgeen volgens regels van goede smaak en fatsoen geoorloofd is te achten."[102] In feite wees het hof hier op de (zelfregulerings)normen die de Stichting Reclame Code hanteert en herinnerde het in zoverre aan de klacht bij de Reclame Code Commissie waarmee het getouwtrek tussen de partijen was begonnen.[103] Maar, aldus het gerechtshof,[104]

> "[d]e enkele overtreding van regels van goede smaak en fatsoen levert echter geen onrechtmatig handelen op. Evenals de vraag of beelden "tot geweld inspireren" is de vraag of geweld (te) aantrekkelijk wordt getoond niet met voldoende mate van objectiviteit en zekerheid te beantwoorden om daarvan te laten afhangen of een publicatie jegens (potentiële) slachtoffers van geweld en hen die zich het lot van dergelijke slachtoffers aantrekken onrechtmatig is en op die grond ondanks de vrijheid van meningsuiting kan worden verboden."

3.3.2.4 Cassatieberoep Blijf van m'n Lijf

De Hoge Raad verwierp het daarop volgende cassatieberoep van Blijf van m'n Lijf, omdat naar zijn oordeel het gerechtshof niet was uitgegaan van een onjuiste opvatting van het recht en het oordeel niet onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd was.[105] Naar het oordeel van de Hoge Raad had het gerechtshof terecht niet alleen de door Blijf van m'n Lijf aangevoerde argumen-

101 Passages uit resp. r.ov. 4.9, 4.11 en 4.12.
102 R.ov. 4.13.
103 Het oordeel van de RCC zelf stond overigens niet meer ter discussie en zelfreguleringsnormen op zichzelf evenmin.
104 R.ov. 4.13.
105 HR 21 oktober 1994, *NJ* 1996, 346, r.ov. 3.2 en 3.3, m.nt. CJHB (arrest ook gepubliceerd in *Mediaforum* 1994-11/12, p. B111-B-114). Noten Verheij in *NJCM* 1995-4, p. 416 en Drupsteen in *AB* 1995, 393. De conclusie van de A-G Koopmans strekte eveneens tot verwerping van het cassatieberoep. De Hoge Raad toetst rechtsoverwegingen op schending van het recht en verzuim van vormen.

ten voor onrechtmatigheid onderzocht, maar ook de (feitelijke) voorvraag of de fotoreportage opriep tot geweld tegen vrouwen of dat daarvan een aanmoediging of goedkeuring uit ging.[106] De Hoge Raad was bij zijn beslissing uiteraard gebonden aan de feitelijke overwegingen van het hof en aan de inhoud van het cassatiemiddel.

De Hoge Raad schonk intussen nog enige aandacht aan het recht op vrijheid van meningsuiting en de beperkingen vermeld in lid 2 van artikel 10 EVRM.[107] De vrijheid van meningsuiting ziet zowel op de inhoud als op de vorm van uitingen, gaf de Hoge Raad aan.[108] Toewijzing door de Nederlandse rechter van een vordering tot rectificatie,[109] zo had het hof overwogen, moet worden aangemerkt als een in lid 2 dan dat artikel bedoelde sanctie. Het gerechtshof heeft daaruit de juiste slotsom getrokken, aldus de Hoge Raad,[110]

> "dat voor zulk een toewijzing tenminste was vereist dat duidelijk en overtuigend kon worden vastgesteld dat en waarom de reportage in strijd kwam met of inbreuk maakte op een van de in lid 2 van art. 10 limitatief opgesomde rechten of belangen. Door in dit kader (..) de stellingen dat de beelden van de gewraakte fotoreportage jegens de Vereniging onrechtmatig waren omdat zij "inspireren tot geweld tegen vrouwen", resp. omdat daarin "geweld jegens vrouwen als aantrekkelijk wordt voorgesteld", als onvoldoende scherp omlijnd terzijde te stellen, heeft het Hof dan ook niet blijk gegeven van een onjuiste opvatting van voormelde verdragsbepaling."[111]

3.3.2.5 Commentaar

In de kern ging deze zaak om drie, in elkaars verlengde liggende vragen. Ten eerste, inspireren de beelden in de Rails-reportage tot geweld tegen vrouwen respectievelijk wordt daarin geweld (te) aantrekkelijk voorgesteld? Ten tweede, is een als kwetsend ervaren uiting als de onderhavige aan te merken als onrechtmatig in de zin van artikel 6:162 BW? Ten derde, kan de met een onrechtmatigheidsoordeel verbonden beperking van de uitingsvrijheid aan de hand van de vereisten in artikel 10 lid 2 EVRM worden verantwoord? Hierbij

106 R.ov. 3.3.

107 Ik loop met dit gedeelte van de bespreking onvermijdelijk vooruit op par. 6.

108 R.ov. 3.3 arrest Hoge Raad; vgl. EHRM 23 mei 1991, *NJ* 1992, 456 (*Oberschlick I*). Buiten twijfel staat dat art. 10 EVRM van toepassing is op mode of kunst, vgl. EHRM 24 mei 1988, *NJ* 1991, 685 (*Müller*).

109 Het toewijzen van deze vordering zou uiteraard impliceren dat de grondslag voor aansprakelijkheid opgaat.

110 R.ov. 3.3.

111 De A-G Koopmans heeft met betrekking tot de in het vermelde citaat bedoelde stellingen gesteld, dat niet zou moeten worden nagegaan of de reportage "inspireert" tot geweld tegen vrouwen, maar "of er een dusdanig nauw verband is tussen publikatie en gewelddadigheden dat, naar aan te nemen valt, gewelddadigheden zullen intreden als rechtstreeks en dadelijk gevolg van deze publikatie"; enkel wanneer "de reportage zelf onmiddellijk tot onrechtmatig feitelijk handelen zal leiden, bestaat er ruimte voor rechterlijk ingrijpen." De Hoge Raad is op deze afwijkende benadering niet ingegaan. Mij is dit standpunt van de A-G te eng. Ook bijvoorbeeld de beeldvorming over (mishandelde) vrouwen die naar aanleiding van publicaties als in Rails bij het publiek ontstaat kan een reden zijn voor ingrijpen, niet alleen de dreiging van fysiek geweld.

moet wordt opgemerkt dat Blijf van m'n Lijf ten aanzien van de tweede en de derde vraag betoogde, dat de reportage inbreuk maakte op het recht op lichamelijke integriteit van vrouwen respectievelijk dat de beperking van de uitingsvrijheid het belang diende van de bescherming van rechten van anderen, te weten de lichamelijke integriteit van vrouwen.[112] Het antwoord van het gerechtshof Amsterdam op de genoemde vragen, ingekaderd door dit standpunt van Blijf van m'n Lijf, luidde driemaal ontkennend, en de Hoge Raad steunde het gerechtshof hierin.

Ten aanzien van de eerste en de tweede vraag samen oordeelde het gerechtshof dat op basis van hetgeen Blijf van m'n Lijf had aangevoerd niet met voldoende mate van objectiviteit en zekerheid was vast te stellen of de gewraakte uiting onrechtmatig was. Een inbreuk op de lichamelijke integriteit van (vrouwelijke) lezers, zoals Blijf van m'n Lijf had betoogd, leverde de reportage naar zijn oordeel in elk geval niet op. De Hoge Raad sloot zich bij dit oordeel aan en wees Blijf van m'n Lijf op haar verkeerde uitleg van het recht op onaantastbaarheid van het lichaam, dat níet omvat een recht om verschoond te blijven van de – in de woorden van de Hoge Raad – ongewilde en onvoorbereide confrontatie met beelden die de waarnemer dermate schokken dat hij dientengevolge geestelijk ontredderd raakt.[113] Van belang is verder dat het hof niettemin overwoog dat het zich kon voorstellen dat de vorm van de reportage, te weten de in scène gezette huurmoord, gevoelens van afkeer opriep en als provocerend en shockerend werd ervaren. Het beschouwde dergelijke emoties echter kennelijk als onvoldoende ernstig of te subjectief, door ze op het 'lagere' niveau van fatsoen en goede smaak te plaatsen.[114]

Betekent de vaststelling van het gerechtshof, dat van strijd met artikel 6:162 BW geen sprake was, nu dat kwetsing van gevoelens of, iets anders gezegd, aanstoot, per definitie een te onbepaalde grootheid is om een onrechtmatigheidsoordeel op te kunnen baseren? Dat zou een té ver strekkende conclusie zijn. De Hoge Raad sloot niet uit dat kwetsing onrechtmatig kán zijn; hij overwoog dat het hof kon oordelen dat daartoe in dít geval te weinig was aangevoerd en gebleken. Bovendien valt erop te wijzen dat de rechter ook in andere gevallen dient om te gaan met open begrippen als smaad, laster en goede zeden, ook al staan die wél in de wet. De *Rails*-zaak had misschien ook anders kunnen aflopen, hoewel deze zaak zich niet zo goed leende voor een principiële uitspraak.[115]

112 Zie r.ov. 4.8 van het arrest van het gerechtshof en het cassatiemiddel onder b, beide kenbaar uit *NJ* 1996, 346. Blijf van m'n Lijf beriep zich niet (ook) op strijd met de maatschappelijke betamelijkheid.

113 R.ov. 3.3 van het arrest van de Hoge Raad. Ik herinner er voorts aan dat er al sinds EHRM 7 december 1976, *NJ* 1978, 236, r.ov. 49 (*Handyside*) door dat hof jurisprudentie is opgebouwd rond het standpunt dat de vrijheid van meningsuiting ook van toepassing is op inlichtingen of ideeën "that offend, shock or disturb (..) any sector of the population", omdat daar in een democratische samenleving ruimte voor moet bestaan.

114 Zie r.ov. 4.11 en 4.13 van het gerechtshof. Fatsoen en goede smaak doen denken aan de gedragsnormen van de Reclame Code Commissie (waarmee de *Rails*-zaak in 1992 begon), die niet de status hebben van rechtsnormen, zoals de norm in art. 6:162 BW.

115 In gelijke zin Drupsteen in de slotalinea van zijn noot bij *Rails* in *AB* 1995, 393.

Ten aanzien van de derde vraag zou gezegd kunnen worden dat Blijf van m'n Lijf 'te weinig uit de kast heeft gehaald' om aan te tonen dat en waarom het uitspreken van onrechtmatigheid een noodzakelijke beperking was als bedoeld artikel 10 lid 2 EVRM. Veel woorden wijdde het gerechtshof niet aan het toetsingsmodel in dit tweede lid en ook de Hoge Raad deed dat niet. Dat was in zoverre niet van veel belang, dat het niet tot het aannemen van onrechtmatigheid kwam (en inbreuk op de uitingsvrijheid dus niet behoefde te worden verantwoord). Maar het gerechtshof en de Hoge Raad wezen niettemin op de in artikel 10 lid 2 EVRM genoemde rechten en belangen die een beperking kunnen rechtvaardigen, omdat zij daarin in deze zaak een probleem zagen: de rechten of belangen van (mishandelde) vrouwen, zoals door Blijf van m'n Lijf naar voren gebracht, lieten zich onvoldoende scharen onder de in artikel 10 lid 2 EVRM limitatief opgesomde beperkingsgronden.

3.3.2.6 Slotopmerking

Een laatste woord over een overweging van het Hof Amsterdam die een beetje losstaat van het voorgaande, maar ik toch wil signaleren. Dit hof overwoog dat de lezers van Rails hebben moeten begrijpen dat de reportage niet een échte huurmoord liet zien, want "zelfs bij oppervlakkige beschouwing is (..) duidelijk dat het hier niet om een echte huurmoord, maar in scène gezette beelden gaat."[116]

Deze opvatting is in zoverre aanvechtbaar, dat een uiting die op indringende wijze geweld *suggereert*, gelijksoortige emoties teweeg kan brengen onder (mishandelde) vrouwen, en in die zin niet hoeft te verschillen van een uiting die écht geweld afbeeldt. Niet duidelijk is bovendien hoe deze vorm van 'bagatellisering' van de mogelijke *impact* van de beelden 'omdat ze niet echt zijn' zich verhoudt tot het door het hof getoonde begrip voor de aanstoot die lezers aan de reportage namen.

3.3.3 Het Shiva-incident (2001-heden)

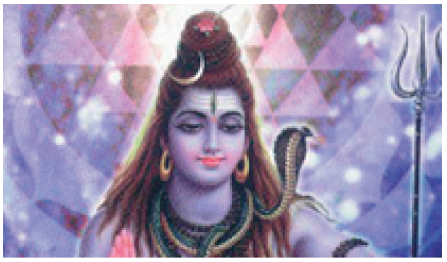
3.3.3.1 Feiten en juridisch kader

Het Nederlandse Shiva Entertainment C.V. heeft op een internetsite pornografisch beeldmateriaal te koop aangeboden onder de naam Shiva. Uit de hoek van hindoe-gelovigen is tegen dit gebruik van de naam Shiva geprotesteerd. Shiva, Brahma en Vishnu gelden in het hindoeïsme als een goddelijke drie-eenheid, waarbij van Shiva wel gezegd wordt dat deze 'transformerende' gebeurtenissen als dag en nacht, de vier seizoenen en geboorte en sterven veroorzaakt.[117] Een afbeelding van Shiva:[118]

116 R.ov. 4.10.

117 Zie bijvoorbeeld (kort) de webpagina van de Landelijke India Werkgroep < http://www.indianet.nl/ks-hindoe.html > of (langer) de teksten op het internationale forum < http://hinduism.about.com/od/lordshiva/ >.

118 Ontleend aan < http://www.bbc.co.uk/religion/religions/hinduism/ >.



Het protest uitte zich onder meer in tienduizenden handtekeningen van gelovigen in binnen- en buitenland en een betoging op het Haagse Binnenhof, en werd gevolgd door een reactie van enkele ministers. Een afbeelding van de god Shiva bevatte de internetsite niet, evenmin als een andere verwijzing naar het (hindoe-) geloof.

In Nederland wonen ongeveer 100.000 hindoes, waarvan een ruime meerheid een Surinaamse herkomst heeft.[119] De Stichting Werkgroep Agni – hierna: Agni – genoemd, was de motor achter het protest tegen Shiva Entertainment. Bij monde van haar voorzitter en afgaande op de steunbetuigingen van andere organisaties en het aantal opgehaalde handtekeningen, geniet het werk van Agni de instemming van duizenden hindoes in Nederland. Niettemin is de stichting, die onder meer tot haar activiteiten rekent het ontmoedigen van ieder commercieel gebruik van hindoe-symbolen, in hindoe-kringen alleen al door haar actiebereidheid niet onomstreden.[120]

Agni heeft in 2001 een procedure in kort geding aangespannen tegen Shiva Entertainment voor de President van de Rechtbank Amsterdam, waarin zij om wijziging van de handelsnaam verzocht. De procedure liep uit op niet-ontvankelijkheid, onder meer omdat niet kon worden vastgesteld of Agni rechtspersoonlijkheid bezat.[121] In een overweging ten overvloede gaf voorzieningenrechter Peeters onder meer aan dat door Agni te weinig was gesteld om aan te nemen dat de gedaagde had bedoeld door het gebruik van het woord Shiva in de handelsnaam de naam van de *godheid* te gebruiken of misbruiken, zodat de gedraging niet onrechtmatig jegens de eisers kon worden geacht.[122] Shiva Entertainment zelf stelde de naam te hebben gekozen

119 Regelmatig worden grotere aantallen genoemd (tot ongeveer 200.000), maar ik ga hier af op de cijfers van het Centraal Bureau voor de Statistiek (< www.cbs.nl >) uit 2002 met een prognose tot 2005.

120 Persoonlijke communicatie met Agni-voorzitter S. Sital op 14 oktober 2005. De Stichting Werkgroep Agni, gevestigd te Den Haag, heette eerder Werkgroep Agni. De stichting is opgericht op 10 januari 2002 en heeft blijkens de oprichtingsakte ten doel: "het behartigen van belangen van hindoes in binnen- en buitenland, het opkomen voor mensenrechten, het beschermen van de normen en waarden van het Hindoeïsme, alles in de ruimste zin van het woord. De stichting kan daartoe ook procederen."

121 R.ov. 2 vonnis Pres. Rb. Amsterdam 2 augustus 2001, *KG* 2001, 212 (*Shiva*). Het gevorderde was gebaseerd op bepalingen in de Handelsnaamwet. De wijziging van een handelsnaam is *constitutief* van aard en kan niet bij voorlopige voorziening worden gevorderd (r.ov. 7).

122 R.ov. 8.

omdat zij 'Shiva' kende als een meisjesnaam, en dat een religieuze betekenis haar was ontgaan.

Eind 2001 reageerde de Minister van Economische Zaken, in die tijd mevrouw Jorritsma-Lebbink, mede namens de Minister van Justitie in een brief op een petitie van Agni. De minister schreef:[123]

> "In de Nederlandse samenleving heeft een commercieel gebruik van religieuze – waaronder zowel Katholieke/Christelijke, Islamitische, Boeddhistische als ook Hindoestaanse – symbolen en namen een hoge vlucht genomen, zonder dat gesproken kan worden van strafbare feiten. Op zichzelf is denkbaar dat bepaalde uitingen verwijtbaar zijn, bijvoorbeeld op grond van artikel 147 of 137c Wetboek van Strafrecht. De petitie van de werkgroep Agni is echter weinig specifiek en biedt geen aanknopingspunten voor strafrechtelijke vervolging."

In 2003 is Agni bij de Rechtbank Amsterdam een bodemprocedure tegen Shiva Entertainment gestart, in de vorm van een collectieve actie.[124] In de procedure is Agni opgekomen tegen de in haar ogen onrechtmatige kwetsing van godsdienstige gevoelens.[125]

Nadat de rechtbank oordeelde dat van de gestelde onrechtmatigheid geen sprake was, bracht Agni de zaak voor het Gerechtshof te Amsterdam.[126] De stichting riep de grondrechtelijke bescherming van de godsdienstvrijheid (art. 6 Gw en art. 9 EVRM) in tegenover de uitingsvrijheid van Shiva Entertainment, en stelde verder dat ook los van de godsdienstvrijheid door Shiva Entertainment onzorgvuldig was gehandeld.[127]

Het Hof Amsterdam toonde – net als de rechtbank – begrip voor de door hindoe-gelovigen ervaren kwetsing, maar oordeelde dat gezien de omstandigheden in deze zaak van onrechtmatigheid geen sprake was (r.ov. 12). In dit verband gaf het hof aan mede betekenis toe te kennen aan het feit dat Shiva Entertainment – in mijn woorden – afgezien van de naam Shiva geen gebruik maakt van "andere gegevens (woorden, symbolen of tekens) (..) die op directe of indirecte wijze als een verwijzing naar een aan het hindoeïsme ontleend begrip kunnen worden opgevat" (r.ov. 4.10). En: "Ook is hier van belang dat 'Shiva' een naam is die in het handelsverkeer als bedrijfsnaam wordt gebezigd voor diverse, onderling uiteenlopende, niet religieuze bedrijfsactiviteiten."

123 Brief aan de Voorzitter van de Vaste Commissie voor Economische Zaken van de Tweede Kamer der Staten-Generaal, daterend van 24 oktober 2001; kopie in mijn bezit. Ook de Minister voor Grote Steden- en Integratiebeleid formuleerde een reactie, daterend van 25 januari 2002, maar bespreking daarvan voegt hier niet iets wezenlijks toe.

124 Rechtbank Amsterdam 1 oktober 2003, zaak-/rolnr. 248973/H02.1872 (*Agni/Shiva Entertainment*). De collectieve actie wordt behandeld in par. 4.

125 Persoonlijke communicatie met de Agni-voorzitter op 14 oktober 2005. De zaak is aangespannen tegen Shiva Entertainment C.V., Diemen, en Jaroe Entertainment B.V., Amsterdam.

126 Hof Amsterdam 30 november 2006, rolnr. 04/213 (*Agni/Shiva Entertainment*).

127 Zie nader en voor de behandeling door het hof r.ov. 4.6-4.10.

Het hof overwoog vervolgens nog in r.ov. 4.13:

> "Met de rechtbank is het hof van oordeel dat aan een en ander [de door het hof besproken gronden om het beroep af te wijzen, toevoeging CvW] niet afdoet dat hier van de vorengenoemde kwetsing van hindoes sprake kan zijn, dat pornografie geen moraalvrije kwestie is en dat sommige ondernemingen op verzoek van Agni vrijwillig het gebruik van aan het hindoeïsme ontleende namen of symbolen voor hun producten hebben gestaakt. Ook indien de keuze voor en het behoud van haar naamvoering door SE c.s. [Shiva Entertainment en een andere BV, toev. CvW] in verband met die kwetsing en die moraliteitsvraag als onkies moet worden gekenmerkt, brengt dat onder de vorenomschreven omstandigheden immers nog niet mee dat Agni aan die naamvoering, met een beroep op hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt, met succes een einde kan maken. Daarbij weegt ten voordele van SE c.s. dat zij zich – naar zij stelt en door Agni niet voldoende is weersproken – bij de keuze voor de naam Shiva voor haar handelsactiviteiten heeft laten leiden door het neutrale gebruik van die naam als meisjesnaam."

3.3.3.2 Omstandigheden voor (wel of geen) onrechtmatigheid

Ik bespreek naar aanleiding van de *Shiva*-zaak aspecten die zich in disputen over geloof en symbolen kunnen voordoen.

Om te beginnen de vraag wat het juridische antwoord zou moeten zijn op het geloofsstandpunt, zoals dat bijvoorbeeld in het hindoeïsme en de islam wel wordt ingenomen, dat ieder commercieel gebruik van een religieus symbool, of nog ruimer, ieder gebruik buiten de directe sfeer van de godsdienstbeleving, oneigenlijk en niet toelaatbaar is. Zo'n geloofsstandpunt is primair gericht op het omgaan met de eigen symbolen door de betreffende gemeenschap zelf, maar houdt tevens verwachtingen in omtrent de mate van respect van niet- of anders gelovigen.[128]

De godsdienstige opvatting zelf staat hier buiten discussie. De gevolgtrekking dat de geschetste gedragingen automatisch onzorgvuldig en onrechtmatig zijn jegens leden van de geloofsgemeenschap die aan zulk gebruik aanstoot nemen, zou echter onjuist zijn. Zowel (commercieel) het te koop aanbieden van kleding met, bijvoorbeeld, christelijke symbolen of teksten *sec*, als (niet-commercieel) het duidelijk zichtbaar dragen van die kleding, is, in relatie tot gelovigen die daaraan aanstoot nemen, *op zichzelf* nog niet in strijd met artikel 6:162 BW te achten, alleen al vanwege het overwegende gewicht van de uitingsvrijheid (die óók in een commerciële context tot op zekere hoogte beschermd wordt).

De bewering dat het uitdragen van een religieuze opvatting onrechtmatig is wanneer juist *anderen*, niet- of anders gelovigen, daaraan aanstoot nemen, kan evenmin zonder meer worden volgehouden.

128 Ik ga er hier maar even aan voorbij dat er binnen een geloofsovertuiging vaak diverse stromingen bestaan.

Wat de *Shiva*-zaak betreft, of Shiva Entertainment wel of niet wist – of zou moeten weten – dat Shiva als een hindoe-godheid geldt, is op zichzelf nog niet doorslaggevend voor onrechtmatigheid. Zoals ook blijkt uit het geschil, Shiva is een populaire meisjesnaam en veel vrouwen heten Maria; alle Johans, Jossen en Mohammeds zijn te herleiden tot heiligen, maar zullen vaak toch óók naar hun vader of grootvader vernoemd zijn. De 'twee gezichten' van dergelijke namen maakt voor het beantwoorden van de onrechtmatigheidsvraag dus de precieze wijze van het gebruik en andere omstandigheden van het geval bepalend.[129]

Voorstelbaar is dat het op een pakje condooms afbeelden van de naam Maria en een devoot plaatje, met het motto "Vertrouw niet op je beschermengel", hoewel in de ogen van de één heel geestig, jegens de ander, in elk geval jegens gelovige katholieken, onrechtmatig zou worden beschouwd. Al zijn daar naar het oordeel van de rechter misschien nog wel extra omstandigheden voor vereist, zoals de plaats van verkoop of de wijze van adverteren. Ten aanzien van religieuze namen als – vooral – God, voor zover ik weet geen jongensnaam, en symbolen zoals het Kruisteken, is denkbaar dat alleen al het in verband brengen met het aanbieden van porno al onrechtmatig zou zijn. Maar mogelijk bestaan er ook dan '*escapes*'.

Een bijzonderheid is dat het hindoeïsme verschillende stromingen omvat en vele goden kent, die vaak aantrekkelijk afgebeeld worden, met veel kleur en leuke verschijningsvormen. De praktijk laat zien dat het in Nederland niet zo gek gevonden wordt, en het zeker niet *op voorhand* onrechtmatig is, om ergens als decoratie mooie plaatjes van hindoe-goden op af te beelden. Wanneer het reclame-uitingen betreft is zelfregulering een optie voor handhaving, en anders resteert, bij gebrek dus aan een reële kans om gebruik *an sich* onrechtmatig te laten verklaren, het voeren van overleg en het vragen van begrip voor geloofsstandpunten. Voor andere geloven dan het hindoeïsme is dat niet anders.

Een bijkomende omstandigheid die in algemenere zin het vermelden van de naam van een godheid wél onrechtmatig kan maken, is het – naar het oordeel van de rechter objectief kenbaar – kwaadspreken over of denigreren van de naam of de verschijningsvorm van de godheid – waarbij deze naam of verschijningsvorm eveneens als zodanig objectief kenbaar moeten zijn. Hetgeen de rechter dan beoordeelt kan materieel dicht aanliggen tegen of zelfs overeenkomen met het delict smalende godslastering. Worden hindoes door middel van een zodanige toepassing van het symbool als geloofsgroep aangesproken, dan wordt de beledigende discriminatie dicht genaderd. In de *Shiva*-zaak deed dit zich echter niet voor.

129 Een indicatie is ook, dat blijkens het genoemde vonnis van de Voorzieningenrechter (onweersproken is gebleven dat) er meer bedrijven zijn, van allerlei aard, die "Shiva" in hun handelsnaam voeren (r.ov. 8).

Komen we dan in het algemeen in civiele procedures over geloofskwesties niet gewoon bij de strafrechtelijke normen als richtsnoer uit? Hoewel het inderdaad een eind gelijk op kan gaan, zou ik die vergelijking maar tot op zekere hoogte willen maken.[130] De diversificatie van (zorgvuldigheids-)normen die het gevolg is van de mogelijkheid om de invulling van de maatschappelijke betamelijkheid toe te snijden op een specifieke casus – de kracht van die onrechtmatigheidsrubriek – is zozeer eigen aan het burgerlijk recht dat dit moeilijkheden oplevert voor de vergelijking met strafrechtelijke normen, voor wie daarin een leidraad zoekt.

3.3.4 De Hitlerwijn-affaire (2003-heden)

3.3.4.1 Feiten en juridisch kader

Een Italiaanse wijnproducent, Lunardelli, heeft sinds de tweede helft van de jaren negentig van de vorige eeuw wijn en andere drank verkocht die is voorzien van etiketten waarop de namen en portretten van beruchte dictators zijn afgebeeld.[131] Met zijn "Linea della storia" (Historische lijn) heeft de wijnproducent naar eigen zeggen een gat in de markt aangeboord, want zijn producten vonden en vinden aftrek in Italië, Duitsland en elders.[132] Zo is bijvoorbeeld verkrijgbaar "Der prosecco vom Führer", op het etiket vergezeld van het adelaarsymbool van het Derde Rijk en een portret van Adolf Hitler in militair uniform terwijl deze zijn bekende groet brengt (fig. 1). Ook te koop is een variant met de leuze "Ein Volk, ein Reich, ein Führer" (fig. 2), en een staatsieportret met de begeleidende tekst "Sieg Heil" (fig. 3). Andere omstreden leiders figureren eveneens, zoals Jozef Stalin; en Benito Mussolini, afgebeeld met de tekst "Dolce d'Italia" (fig. 4).[133]

130 Hier is níet bepalend de afwijkende invalshoek van het burgerlijk recht, die meebrengt dat de ene burger (of groep) de andere kan aanspreken *ongeacht* eventueel (en wel of niet succesvol) overheidsingrijpen, en dat hij daarbij een beroep kan doen op alternatieve rubrieken van onrechtmatigheid. De invalshoek brengt immers nog niet mee dat het burgerlijk recht de ernst van gedragingen per se lichter of zwaarder waardeert dan het strafrecht.

131 De internetpagina van de wijnproducent is te vinden op < http://www.vinilunardelli.com/scelta.html >.

132 Lundardelli verkocht medio 2003 naar eigen zeggen zo'n 30.000 flessen van de Hitlerwijn per jaar; zie S. Arie, 'Germany complains to Italy about Hitler wines', *The Guardian* 9 september 2003, < http://www.guardian.co.uk/germany/article/0,,1038191,00.html >. Voor andere berichtgeving in de pers, zie bijvoorbeeld M. Blumenthal, 'Hitler wine – Bitter aftertaste', *Time Europe Magazine* 26 juli 2004; M. Gross, 'Tasteless Hitler wine causes headaches throughout Europe', *Forward News* 19 september 2003, < http://www.forward.com/issues/2003/03.09.19/news18.hitler.html >; 'Fuhrer wine leaves bitter taste', *CBS News* 5 september 2003, < http://www.cbsnews.com/stories/2003/09/05/world/main571824.shtml >.

133 De plaatjes zijn afkomstig van < http://www.vinilunardelli.com/scelta.html >.

(1)

(2)

(3)

(4)

De Hitler- of *Führer*-wijn is, volgens persberichten, in Italië veel verkocht aan Duitse toeristen bij tankstations langs de snelweg. De beweegredenen van de kopers daargelaten, in Italië is de *verkoop* zo niet van overheidswege toegestaan dan toch in ieder geval niet verhinderd. Daar komt bij dat de Italianen tegenwoordig door de bank genomen vrij laconiek staan tegenover het uitventen van merchandising rond de persoon van hun voormalige leider Mussolini, over wie zij sinds de tweede wereldoorlog milder zijn gaan oordelen.[134]

In tegenstelling tot Italië kent Duitsland een verbod op de verkoop van producten die Nazi-symbolen afbeelden.[135] Dit verbod belemmert Lunardelli bij de verkoop op Duitse bodem, en volgens het Duitse openbaar ministerie in 2003 ook bij de verkoop via internet, waarmee de wijnproducent afgaande op de hoeveelheid verzoeken die hem uit Duitsland bereikt, een fortuin zou kunnen maken.[136]

Dat de wijn niet bij iedereen even goed valt, zal duidelijk zijn. Behalve in internationale media en op het niveau van Duitse en Italiaanse ministers, is ook in internationale wetenschappelijke literatuur aandacht geweest voor de juridische mogelijkheden tegen deze vormen van commercieel uitventen van Nazi-parafernalia door de wijnproducent.[137] Deze bleef intussen stoïcijns onder alle commotie. In de Britse krant The Guardian verklaarde Lunardelli: "I am sorry if there are some people – German politicians, Jewish groups or that type of thing – who get upset. But it's just history. I see no reason for such a fuss." Onder verwijzing naar de flessenetiketten merkte hij op (mijn cursivering): "People *like* these characters. They make good table conversation. So I'm not about to stop selling." Een andere reden vormt ongetwijfeld de hoogte van zijn verkoopcijfers.

134 Waarbij aangetekend dat een deel van de Italianen hem altijd al als een dictator van een andere orde zag dan Hitler. Zie R. Carroll, 'Italians grow nostalgic for the days of Mussolini', *The Guardian* 10 september 2001.

135 Nazi-symbolen zijn in Duitsland niet per se verboden. Verboden is het publiekelijk tonen of verspreiden, wat vooral bepaalde politieke organisaties aangaat. Toepassingen op gebieden als onderwijs en kunst mogen wel.

136 Informatie ontleend aan S. Arie, 'Germany complains to Italy about Hitler wines', *The Guardian* 9 september 2003.

137 Zie opnieuw de eerder vermelde persberichten. Aan de affaire zitten merkenrechtelijke aspecten die hier onbesproken blijven, maar in hoofdstuk 4 terugkomen; zie ook Phillips & Simon 2004, p. 327-330 en Van Woensel 2005, p. 37-42.

In Italië hebben enkele joodse organisaties hun krachten gebundeld en geprobeerd in een juridische procedure tegen Lunardelli de verkoop via de rechter te verbieden, waarbij ze een beroep deden op een Italiaanse wet die publieke verheerlijking van leiders of principes van het fascisme verbiedt. Hun poging bleef zonder succes, omdat de rechter oordeelde dat de wijnproducent zich door de afbeelding van Hitler op een etiket niet schuldig maakte aan verheerlijking van de dictator.[138] In België trok het onafhankelijke Centrum voor Gelijkheid van Kansen en voor Racismebestrijding (CGKR) te Brussel zich de verkoop van de wijn in enkele Belgische winkels aan.[139] Het starten van een juridische procedure tegen de wijnproducent c.q. de winkeliers, een methode die het CGKR aanwendt om ernstige uitingen van racisme aan de kaak te stellen, was uiteindelijk niet nodig, omdat de verkoop slechts op geringe schaal had plaatsgevonden en was gestopt na de publiciteit waar het CGKR mede voor had gezorgd.[140]

3.3.4.2 De *Führer*-wijn naar maatstaven van Nederlands recht

Het verheerlijken van fascisme, nazisme of de staat van dienst van dictators, door middel van het op de markt brengen van *Führer*-wijn, is naar huidig Nederlands recht te rubriceren onder de anti-beledigings- en anti-discriminatieartikelen 137*c* respectievelijk 137*d* WvS, maar voor de bewezenverklaring is opzet vereist.[141] Dát punt vormde nu juist een probleem in de Italiaanse rechtszaak.[142] Zou in Nederland een individu of een collectief een verkoopverbod willen afdwingen via de burgerlijke rechter, dan lijkt dus een actie uit onrechtmatige daad (strijd met de in het maatschappelijk verkeer betamelijke zorgvuldigheid) de meest aangewezene.[143]

Een sterk argument vóór onrechtmatigheid zou in het geval van de *Führer*-wijn de omstandigheid zijn, dat de in Europa beruchtste dictator en massamoordenaar in vol ornaat wordt geportretteerd en afgebeeld op een genotsproduct voor consumenten. Toch is het de vraag of de toepassing van

138 Zie de eerder vermelde berichtgeving in de pers.

139 Zie over deze organisatie: < http://www.stop-discrimination.info/fileadmin/pdfs/Nationale_Inhalte/Belgium/CECLR.pdf >.

140 Persoonlijke communicatie met de heer M. van Haegenborgh van het CGKR, laatstelijk op 15 december 2005. Voor een eerder bericht in de pers, zie 'Belgian bid to ban Nazi wine', *Expatica News* 8 december 2003, < http://www.expatica.com/source/site_article.asp?channel_id=1&story_id=2930 >.

141 Zie over art. 137*c*, dat het opzettelijk beledigen van een groep mensen wegens hun ras, zoals joden, strafbaar stelt, hoofdstuk 2, par. 3.1.2. Art. 137*d* is in hoofdstuk 2 buiten beschouwing gebleven.

142 De wederverkoop is in Nederland strafbaar op grond van art. 137*e* WvS. Zie voor deze bepaling hoofdstuk 3, par. 3.2.

143 Indien de handeling van Lunardelli desalniettemin, of met andere argumenten, strafbaar wordt geacht, zou de wijn tevens in strijd met een wettelijke plicht als bedoeld in art. 6:162 lid 2 BW en derhalve onrechtmatig kunnen worden geoordeeld, jegens mensen die zich door de uiting persoonlijk aangesproken voelen (in elk geval overlevenden van de holocaust).

de naam en afbeelding van Hitler op dít type product (wijn) – hoe onsmakelijk velen deze toepassing ook zullen vinden – wel ernstig genoeg is om objectief ontoelaatbaarheid aan te kunnen nemen.

Het enkele gebruik van zijn naam of portret is niet onrechtmatig, denk bijvoorbeeld aan een geschiedenisboek waarin die is opgenomen. Voor ander commercieel gebruik ligt dat anders dan voor toepassingen in de sfeer van kennisoverdracht, maar niettemin zijn best commerciële toepassingen te bedenken die toelaatbaar zijn. Zoals, waarom niet, "Adolf Hitler Sightseeing Tours" voor rondleidingen in het Beierse toevluchtsoord voor Nazi-kopstukken Berchtesgaden, waar jaarlijks pakweg honderdduizend toeristen op afkomen.

Maar de naam Adolf Hitler en/of zijn portret op glimmende legerkisten of op een (fictief) jubileumjack van Lonsdale?[144] Of – al even theoretisch, maar dat maakt voor de discussie niet uit – "Adolf Hitler" voor douchegel, reiskoffers en kammen? Ongeacht strafbaarheid zijn zulke uitingen mijn inziens strijdig met de in het maatschappelijk verkeer jegens elkaar, of toch tenminste jegens overlevenden van de jodenvervolging, in acht te nemen normen van zorgvuldigheid.

3.3.4.3 De swastika

In het voorbijgaan kan in dit verband ook iets worden gezegd over de swastika, die eveneens figureert op etiketten van de wijnproducent. In de context van de Nazi-ideologie wordt de swastika vaak hakenkruis genoemd; ik gebruik beide termen hier naast elkaar. De swastika heeft, vooral in Europa, een uitgesproken *negatieve* connotatie als het Nazi-embleem bij uitstek en heeft daardoor tevens een hoge politieke gevoeligheid.[145]

Af en toe duikt in de politiek het idee op om *ieder publiekelijk gebruik* van de swastika in de Europese Unie te verbieden. Een voorstel daartoe onder het EU-voorzitterschap van Luxemburg in 2005 haalde het echter niet. De Lid-Staten waren het ver eens over de swastika maar kwamen er niet uit welke ándere aanduidingen van racisme en totalitaire onderdrukking (bijvoorbeeld: oude Sovjet-emblemen wel of niet) het verbod precies moest gaan omvatten, terwijl daarnaast enkele Lid-Staten een lans braken voor de uitingsvrijheid.[146] Onder het EU-voorzitterschap van Duitsland in 2007 is het onderwerp

144 Lonsdale is een kledingmerk waarmee in Nederland vaak een bepaalde subcultuur met een extreemrechtse oriëntatie wordt geassocieerd, overigens tot verdriet van de fabrikant van de kleding. 'Lonsdalejongeren' zijn zelfs een studieobject gaan vormen; zie < http://www.monitorracisme.nl/content.asp?PID=77&LID=1 >.

145 Voor het doel van deze studie vereenzelvig ik de swastika met het hakenkruis, al ben ik me ervan bewust dat soms wordt gemeend dat in de context van het Nazisme alleen van het hakenkruis mag worden gesproken.

146 Aldus berichtgeving in de pers. Ik noem: 'EU-wide Nazi symbols ban rejected', *BBC News* 24 februari 2005, < http://news.bbc.co.uk/1/hi/world/europe/4294907.stm > en < 'Hindus opposing EU swastika ban', *BBC News* 17 januari 2007, < http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/6269627.stm >.

opnieuw op de Europese agenda gezet (zij aan zij met een voorstel voor strafbaarstelling van holocaustontkenning).[147]

De kans dat het nu wél tot Europese overeenstemming komt lijkt klein, want de bezwaren zijn blijven bestaan. Ik deel de mening dat een algemeen swastika-gebruiksverbod onverstandig is, ook los van het bezwaar dat een dergelijk verbod niet het antwoord is op de voortdurende vrees voor de vorming, groei en invloed van extreemrechtse groeperingen in verschillende Europese landen. Hoewel de swastika onder grote delen van de Europese bevolking sterke gevoelens van weerstand oproept, zijn er immers ook voor dít teken legitieme toepassingen. Dit brengt een *categorisch* verbod in strijd met de uitingsvrijheid.

Een afbeelding van het hakenkruis opnemen in een geschiedenisboek moet gewoon mogelijk blijven, evenals bijvoorbeeld zakelijke berichtgeving in de media, een studie als deze, of een Ludlum-vakantiepocket met een omslag waarop het Nazi-mouwembleem is afgebeeld als geldwikkel voor dollarbiljetten.[148] Het is allemaal vanzelfsprekend. Daarnaast zijn er natuurlijk bepaalde *geloven*, zoals het boeddhisme en het hindoeïsme, die aan het swastikasymbool en varianten ervan van oudsher een geheel andere, *positieve* betekenis toekennen.[149] Voorbeelden van gangbaar gebruik van de swastika (in dit geval in India):[150]

147 In Duitsland zelf bestaat een strafrechterlijk verbod terzake van gebruik of dragen van hakenkruizen (zie met name art. 86*a Strafgesetzbuch*). Het Duitse Bundesgerichtshof (BGH) besliste onlangs, bij arrest van 15 maart 2007 (zaak 3 StR 486/06), dat een rood omcirkeld en doorgestreept hakenkruis (als het ware een verbodsbord) níet in strijd is met de Duitse strafrechtelijke bepaling over gebruik van tekens van ongrondwettelijke organisaties. Het BGH overwoog "dass Anhänger rechtsextremer Organisationen Darstellungen, in Denen solche Kennzeichen in gegnerischer Zielrichtung verwendet werden, als Verhönung der ihnen "heiligen" Symbole empfinden und selbst nicht gebrauchen würden."

148 R. Ludlum, *The Scarlatti Inheritance* (Panther-reeks), Frogmore: Granada Publishing 1976.

149 Onder meer in de betekenis van teken van geluk. Zie over gebruik van de swastika in het boeddhisme bijvoorbeeld: < http://www.swastika-info.com/nl/application/application/1111195365.html >; zie ook: < http://www.reclaimtheswastika.com/news/eu_ban.php >.

150 Zie < http://www.reclaimtheswastika.com/history/ >, < http://off.net/diary/2002/11/images/img_0666.jpg >.

Die andere betekenis van het symbool wordt, in elk geval in de Westerse wereld, zwaar overschaduwd door de ruwe adoptie van het teken door de Nazi's. Deze omstandigheid mag er in diezelfde Westerse wereld echter niet toe leiden dat het boeddhisten, hindoes en anderen onmógelijk wordt gemaakt om in het kader van hun geloof hún aloude swastikateken te gebruiken en af te beelden.

3.3.5 *Submission* (2005)

3.3.5.1 Het kort geding

In ons land hebben in 2005 enkele moslims geprocedeerd bij de voorzieningenrechter met als doel langs de weg van artikel 6:162 BW een reeks uitlatingen van VVD-politica en lid van de Tweede Kamer Hirsi Ali te bestrijden.[151] De zaak heeft in veel media aandacht gekregen.[152] Mevrouw Hirsi Ali, op het publieke toneel bekend van haar inspanningen om verlichting te brengen in de heilige huisjes van de meer traditionele islam in Nederland, liet zich in de voorafgaande jaren in interviews en boeken kritisch uit over de Koran, de leefwijze van de profeet Mohammed en uitspraken die aan hem wordt toegedicht. Daarnaast maakte zij in 2004 samen met de in november van dat jaar vermoorde filmmaker Theo van Gogh de korte film *Submission Part I*, die het thema onderdrukking van moslimvrouwen aansnijdt.[153]

In de juridische procedure was het de eisers erom te doen de politica-filmmaker te verbieden zich in de toekomst op voor moslims kwetsende wijze uit te laten alsmede haar te veroordelen tot rectificatie van grievende en onjuiste standpunten. Onderdeel van de missie vormde het vorderen van een verbod om een vervolg te maken op *Submission*, die door de eisers als aanstootgevend ervaren scènes met koranteksten bevat. Blijkens het vonnis van de voorzieningenrechter namen de eisers de volgende standpunten in:[154]

> "De uitlatingen van gedaagde zijn kwetsend, onnodig grievend, generaliserend en druisen in tegen de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt ten aanzien van de religieuze gevoelens van in Nederland wonende islamieten.
> De uitlatingen, die voor eisers en andere gelovige moslims stigmatiserend en godslasterlijk zijn, leiden slechts tot een verdere segregatie en polarisatie binnen de Nederlandse samenleving. De uitlatingen van gedaagde ten aanzien van de profeet Mohammed geven bovendien een onjuist en vertekend beeld van de islam. Daarvan is de islamitische gemeenschap

151 Vzr. (mr. Paris) Rb. 's-Gravenhage 15 maart 2005, *NJF* 2005, 194, *LJN* AT0303 (*Submission Part I*, in deze studie kortweg *Submission*). Ook in *Mediaforum* 2005, afl. 4, nr. 15, p. 178-180, met commentaar G.A.I. Schuijt.

152 Bijvoorbeeld: 'Moslims klagen bij rechter over Submission II', 1 maart 2005, < http://www.elsevier.nl/nieuws/politiek/nieuwsbericht.asp?artnr=30818 >; 'Hirsi Ali wint kort geding over Submission deel Twee en uitlatingen over 'pedofiel' Mohammed', 15 maart 2005, < http://juridischdagblad.nl/content/view/1074/0/ > (bevat ook tekst vonnis).

153 Aldus r.ov. 2.1-2.2.

154 R.ov. 3.

> de dupe. Volgens het EVRM kan de vrijheid van meningsuiting worden beperkt indien de volgende belangen in het geding zijn: de goede naam of rechten van anderen, het voorkomen van wanordelijkheden alsmede de goede zeden. Dergelijke belangen zijn thans aan de orde."

De voorzieningenrechter, mr. Paris, volgde mevrouw Hirsi Ali in haar verweer dat de uitlatingen in hun context moesten worden beschouwd, en gaf aan dat de eisers de uitlatingen uit hun verband hadden gehaald – waarmee zal zijn bedoeld het appel aan segregatie en polarisatie, in het citaat van zojuist. De voorzieningenrechter overwoog daarop:[155]

> "Van belang is ook om steeds te bezien in welke situatie en in welk verband gedaagde kritiek uit op misstanden die zij veelal zelf of in haar omgeving heeft ervaren. Gedaagde kiest in het kader van haar strijd tegen de vrouwenonderdrukking en -mishandeling bewust voor een methode die prikkelt en aanzet tot een debat over hervorming van de islam. Enerzijds is van belang dat een zekere mate van overdrijving daarbij niet zonder meer ongeoorloofd is. Anderzijds dient gedaagde bij de woordkeuze een zekere mate van prudentie in acht te nemen en de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit niet uit het oog te verliezen. Voorshands is echter niet gebleken dat de handelwijze van gedaagde (..) tot nu toe jegens eisers onrechtmatig is. Daarbij is het wel de vraag of het nodig was om de woorden "pedofiel" en "pervers" te gebruiken. Deze woorden heeft gedaagde gehanteerd in verband met het verhaal dat de profeet Mohammed een negenjarig meisje 'Aisha' heeft gehuwd. Eisers zijn, naar hun zeggen, hierdoor diep in hun religieuze gevoelens gekwetst."

Paris oordeelde dus dat de uitlatingen uiteindelijk niet onrechtmatig jegens de eisers waren, ook al had mevrouw Hirsi Ali, onder meer door de profeet Mohammed een "pedofiel" te noemen, wel "de grenzen (..) opgezocht van wat nog toelaatbaar te achten is" en kan zij haar kritische zienswijze "ook op andere (doeltreffender) wijze en met betere bewoordingen (..) illustreren".[156] Mevrouw Hirsi Ali ontsprong de dans, maar kreeg een boodschap van de voorzieningenrechter mee: bij doelbewuste, veelvuldige herhaling én gebruik los van de context zou zij zich zonder twijfel in de gevarenzone bevinden, zo valt *a contrario* uit de volgende overweging af te leiden (mijn cursiveringen):[157]

> "Dat gedaagde in een recent interview nog zou hebben verklaard dat zij deze uitspraken over de profeet nooit terug zal nemen, impliceert *niet zonder meer* dat gedaagde van plan is *doelbewust* de woorden "pervers" en "pedofiel" *veelvuldig* en *los van de context* te gebruiken."

Andere gedeelten van het vonnis kunnen hier buiten beschouwing blijven. In paragraaf 6.3.3 komen nog enkele rechtsoverwegingen over de verhouding tot de uitingsvrijheid aan de orde.

155 R.ov. 4.9.
156 R.ov. 4.10.
157 R.ov. 4.10.

3.3.5.2 De onrechtmatigheidsdrempel

Is de in het laatste citaat ingelezen strekking correct, dan is de door de voorzieningenrechter gesuggereerde drempel voor onrechtmatigheid dermate hoog, dat die materieel niet lager zou liggen dan die van het strafbare beledigen van moslims als bevolkingsgroep en gezien het stelselmatige karakter ("veelvuldig") mogelijk zelfs hoger. Tot een gedragsverandering bij mevrouw Hirsi Ali met betrekking tot haar uitlatingen als politica en opiniemaker, noopt het vonnis zo beschouwd niet. Of het met het zogenaamde *chilling effect* – zelfcensuur als gevolg van deze juridische procedure en uitspraak – ook wel mee valt, laat zich moeilijk meten.[158]

3.4 Nadere aspecten van de onzorgvuldigheid van oneigenlijk gebruik van symbolen, religieuze in het bijzonder

3.4.1 De affaire rond de *Mohammed cartoons* en daarvan afgesplitste vragen

Na de rechtszaken en incidenten in par. 3.3 is er nu aandacht voor enkele nadere, van die individuele zaken losgekoppelde aspecten van onrechtmatige daadsacties met betrekking tot aanstootgevend gebruik van symbolen. De in deze par. 3.4 gegroepeerde aspecten bestrijken enkele andere vlakken van de problematiek, vooral in verband met religieuze symbolen. Ik haak bij wijze van illustratie aan bij de in 2006 hoog opgelopen affaire rond de spotprenten over de profeet Mohammed in diverse media in Europa.[159] In par. 3.3 noemde ik de affaire niet, maar zij past wel in de lijn van de daar genoemde zaken.[160] De bui rond de spotprenten barstte vooral in het buitenland los, zoals in Denemarken en Frankrijk, maar heeft ook in Nederland veel aandacht getrokken.

Vroeger kwam het in Nederland naar aanleiding van de publicatie van spotprenten over God en religie nog wel eens tot vervolging wegens smalende godslastering (zie de voorbeelden in hoofdstuk 3, par. 2), en tegenwoordig hebben we daar tevens de bepalingen tegen strafbare belediging voor. Kennelijk werd echter in de affaire rond 'de Mohammed cartoons' geen aanleiding voor vervolging gezien. Voor zover ik weet kwam het evenmin tot een civiele procedure – bijvoorbeeld door een moslimorganisatie ingesteld tegen een

158 Volgens G.A.I. Schuijt (*Mediaforum* 2005, afl. 4, nr. 15, p. 180) gaat er een groot *chilling effect* uit van deze uitspraak nu de voorzieningenrechter aangeeft de uitlatingen van Hirsi Ali 'thans' nog niet te verbieden. Algemeen over zelfcensuur: par. 1.3 van dit hoofdstuk. Ik leg geen verband met dit vonnis, maar kan niet onvermeld laten dat mevrouw Hirsi Ali inmiddels in Nederland politica-af is en is geëmigreerd naar de VS.

159 Zie voor een afbeelding par. 3.2.1.

160 De aspecten in deze par. 3.4 licht ik toe vanuit het perspectief van geloofskwesties. De strekking van het betoog gaat ook symbolen van andere aard aan, maar de problematiek spreekt nu eenmaal sterk bij religie.

persmedium dat de spotprenten vertoonde[161] – maar dat had gekund. Precies zo'n onrechtmatige daadsprocedure zou de aspecten in zich kunnen dragen die ik hierna aan de orde wil stellen. Ik noem ze hieronder alvast kort, voor de overzichtelijkheid, met een verwijzing naar de plaats van behandeling.

Ten eerste speelt de procedure zich (niet per se, maar wel *waarschijnlijk*) af tegen de achtergrond van een maatschappelijk *issue* als de integratie van minderheden of internationaal terrorisme. De politieke dimensie kan de beslechting van het geschil door de rechter bemoeilijken, en daarom is de focus op de concrete normschending en de direct daarop betrekking hebbende argumentatie cruciaal. Ik werk dit punt uit in par. 3.4.2.

Ten tweede stoelt het nemen van aanstoot aan de spotprenten op een interne geloofsopvatting. Hoe zouden rechters in een spotprentenconflict de ernst van de kwetsing kunnen bepalen? Twee opties zijn via een ruim opgezette zorgvuldigheidsnorm voor vergelijkbare gevallen en in te vullen aan de hand van gelijke parameters, of via een eng geformuleerde zorgvuldigheidsnorm die welhaast één-op-één een weerslag is van de getoetste onwenselijke situatie, toegespitst op de relevante bijzonderheden van de betrokken geloofsopvatting en gelovigen. De eerste route komt mij vóór als de juiste. Zie de par. 3.4.3 en 3.4.5, in samenhang. (De tussenliggende par. 3.4.4 bevat een uitwerking van par. 3.4.3, over symbolen in de commercie.)

Ten derde is er het aspect van de toewijzing van een vordering. Zou het in een procedure over de onrechtmatigheid van aanstootgevend gebruik van een bepaald symbool, voor de toewijzing van een vordering verschil – mogen, kunnen of moeten? – maken wie de eiser is en voor wie en wat hij staat? Par. 3.4.6 gaat op deze vraag in.

In de slotparagraaf 3.4.7 filosofeer ik enigszins, door een verwachting uit te spreken over ontwikkelingen op het vlak van de problematiek in de komende jaren.[162]

161 Of gericht tegen het afbeelden van de spotprenten op de politieke website van Tweede Kamerlid Geert Wilders, bijvoorbeeld. Het initiatief van Wilders – bedoeld als een ode aan de uitingsvrijheid – haalde alle landelijke media en leidde tot commotie. Zie < http://www.geertwilders.nl/ >. De plaatjes zijn inmiddels alleen te bekijken nadat de bezoeker zich heeft aangemeld (het verrassingseffect op de 'argeloze' *websurfer* is daardoor afgenomen), maar ze waren ten tijde van de plaatsing van de cartoons toegankelijk voor iedereen zonder meer.

162 Deze par. 3.4 is tevens een vertrekpunt voor verdere beschouwing over rechtspraak als waarderende activiteit. De wijze waarop de rechter feitelijk tot een beslissing komt – het recht 'vindt' –, is niet minder bepalend voor het vaststellen van gevallen van aansprakelijkheid (en dus ook van grenzen van onrechtmatigheid) dan de daarop gegrondveste legitimatie van zijn beslissing, die kenbaar is uit zijn motivering. Op vragen van *heuristiek* ga ik niet nader in, omdat ik mij hier moet beperken, en omdat ik kan verwijzen naar de dissertatie van Smith 1998.

3.4.2 Politieke dimensie procedures over aanstootgevend symboolgebruik

Wie het heeft over procederen in zaken over aanstootgevend symboolgebruik kan er niet omheen dat zulke procedures mede kunnen voortkomen uit politieke en/of ideële motieven. Dat is weliswaar niet of veel minder het geval wanneer de eiser opkomt voor schending van zijn recht of belang als gevolg van het symboolgebruik, maar wél indien hij zijn pijlen richt op het symboolgebruik als zodanig en claimt dat de aanstoot die hij aan dat gebruik neemt (in de gegeven omstandigheden) onrechtmatig is. In het laatste geval rijst de vraag of en zo ja, hoe de aanwezige politieke en/of ideële motieven de rechterlijke beoordeling van het geschil beïnvloeden.

Voorop staat dat het níet zo is dat rechtspraak in ons land weg zou (moeten) blijven van politiek – in de zin van onderwerpen die bijdragen aan de richting van de samenleving en die in de maatschappij gevoelig kunnen liggen. Het gaat dan om onderwerpen waarvoor het wereldbeeld van mensen bepalend is, of om hete hangijzers zoals integratie van minderheden, of ook wel rechtstheoretische, zoals een zeker gebrek aan consensus in het openbare debat en onder juristen over de inhoud en reikwijdte van de uitingsvrijheid.[163] Maar de rechter kan wel *verkiezen* zich niet inhoudelijk uit te spreken wanneer een inhoudelijk oordeel een standpuntbepaling zou vergen die naar zijn overtuiging de rechtsvormende taak van de rechter te buiten gaat.[164] De bal ligt dan (meer) bij *politiek* verantwoordelijken, de wetgever. Zo'n keuze, om bijvoorbeeld een lopend debat op het niveau van de regering en het parlement niet te doorkruisen, heeft tot gevolg dat de gedraging waarvan in rechte stopzetting is verzocht, voorshands kan worden voortgezet.[165]

Ook een geschil over de onrechtmatigheid van aanstootgevend gebruik van een symbool waarmee de eiser een relatie heeft, zou kunnen worden gekleurd door grote (conflict-)thema's als respect voor minderheden en behoud van identiteit. Zulke thema's overstijgen het individuele geschil en dreigen de inhoudelijke beoordeling ervan te frustreren – wat zich bijvoorbeeld kan

163 In vergelijkbare zin de noot van A.R. Bloembergen bij HR 22 juni 1973, *NJ* 1973, 386 (*Fluoridering*), punt 6. Zie over rechter en politiek bijvoorbeeld: Stolker 1993, m.n. p. 55-58; J. Leijten, 'Wie komt daar uit zijn hokje? Over civiele rechtspraak en haar grenzen', *RM Themis* 1974, p. 698 e.v.; W. van Gerven, *Het beleid van de rechter*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1974.

164 Vgl. verder Stolker 1993, p. 58 e.v., met rechtspraak van de Hoge Raad. Bij wijze van excursie, met betrekking tot rechtspraak van de *Supreme Court* van de Verenigde Staten: Chemerinsky 2002, par. 2.8.1, p. 127. Voor de goede orde: de rechter heeft de hierboven bedoelde keuze níet in art. 120 Gw-gevallen.

165 Niet uitgesloten is dat dit op zichzelf evenzeer als een politieke stellingname wordt uitgelegd (door de partijen of commentatoren); zie in deze zin noot A.R. Bloembergen bij HR 22 juni 1973, *NJ* 1973, 386 (*Fluoridering*), punt 6. Voor voorbeelden en rubriceringen verwijs ik verder naar Chemerinsky 2002, par. 2.8.2, p. 130-132, die over de VS schrijft, maar wiens uiteenzetting over de zogenaamde '*political question*', zoals het onderwerp daar wordt genoemd, m.i. voor mijn betoog heel wel als illustratie kan dienen.

vertalen in het weigeren van de gevraagde voorziening. Maatschappelijke thema's staan echter niet noodzakelijk in de weg aan het beantwoorden van de onrechtmatigheidsvraag in dat geschil, zolang de rechter in die maatschappelijke thema's geen partij kiest.

Dit laatste betekent dat de rechterlijke beoordeling zich zou concentreren op de uiting in haar directe context. De directe context kan overigens best een religieuze zijn, wanneer de wortels van de kwetsing liggen in de persoonlijke godsdienstige leefregels van de eiser. Verdere argumentatie waarin de eiser ter onderstreping van de noodzaak van ingrijpen een appèl doet aan maatschappelijke thema's, wordt het beste terzijde gelaten.

Om een voorbeeld aan te wijzen in de affaires die in par. 3.3 voorbijkwamen: in de *Submission*-zaak tilden de eisers de uitlatingen van de gedaagde naar het niveau van maatschappelijk gezien *hot issues* als polarisatie tussen bevolkingsgroepen. Dit niveau oversteeg het concrete dispuut over de aard van de aangevochten uitlatingen, maar de voorzieningenrechter filterde dat er in de beoordeling van dat geschil terecht uit.[166]

De poging een oplossing te zoeken voor het conflict tussen partijen zonder partij te kiezen in met het geschil verbonden maatschappelijke thema's – wat verder gaat dan zich in zulke thema's *mengen* – is nodig om de geschilbeslechting niet verder te compliceren. Tevens moet worden voorkómen dat de rechtspraak zelf niet onbedoeld in wild vaarwater raakt, bijvoorbeeld doordat zij tot mikpunt van kritiek in een verhit publiek debat wordt, of dat zij (onbedoeld) de kraan opendraait voor (door haarzelf) niet wenselijk geachte typen procedures.[167] In de internationale literatuur is het geen onbekend geluid dat de rechtspraak de samenleving het best dient wanneer zij individuele geschillen beslecht zónder een kant te kiezen in bredere maatschappelijke problematiek.[168]

166 Vzr. Rb. 's-Gravenhage 15 maart 2005, *NJF* 2005, 194, r.ov. 3 en r.ov. 4.8.

167 Hiermee neem ik nog geen standpunt in over de wenselijkheid van een toekomstbeeld van het veelvuldig in de rechtszaal aantreffen van geloofsgemeenschappen, bijvoorbeeld via organisaties, in civiele procedures, die *de facto* over de bescherming van geloofsopvattingen gaan; of over de maatschappelijke wenselijkheid zulke gemeenschappen omwille van hun opvattingen tegenover *elkaar* te zien optreden. Daarover kort in par. 3.4.7.

168 Op zoek naar een bron die aansloot bij mijn opvatting stuitte ik op overzeese literatuur: C.R. Sunstein, *Legal reasoning and political conflict*, Oxford: University Press 1996. Dat boek, een commentaar op het rechtssysteem in de Verenigde Staten, bevat een min of meer gelijkluidende opvatting, maar veel uitvoeriger uiteengezet dan mijn standpunt hierboven.

3.4.3 Relevante gezichtspunten ter indicatie van de onrechtmatigheid

3.4.3.1 Gelijke toets van uiteenlopende gevallen door middel van een gezichtspuntenlijst

De onrechtmatigheid zelf, veelal toegespitst op de maatschappelijke betamelijkheid, wordt uiteindelijk vooral bepaald door de uitkomst van een afweging van de in het concrete geval gestelde rechten of belangen van enerzijds de eiser, bijvoorbeeld bij diens recht op eerbiediging van zijn persoonlijke levenssfeer, en anderzijds de gedaagde, bij het recht om zich te uiten zoals hem dat goeddunkt.[169] In *Gemeenteraadslid* (1983), sprak de Hoge Raad van "twee, ieder voor zich hoogwaardige maatschappelijke belangen", in díe zaak aan de ene kant het belang van individuele burgers om niet aan lichtvaardige verdachtmakingen in persuitingen te worden blootgesteld en aan de andere het belang van het publiek om over misstanden in de samenleving te worden ingelicht.[170] De rechter weegt de belangen die in het spel zijn tegen elkaar af en betrekt daarbij de omstandigheden van het geval.[171]

Zo duidelijk als dit op zichzelf ook mag óverkomen, de eerste indruk van een geschil over aanstootgevend symboolgebruik is voor de beschouwer misschien toch vooral die van een tamelijk ongrijpbaar probleem. Valt het onderwerp niet gewoon in de afdeling lange tenen, wat moet het burgerlijk recht daar dan mee? In de casusposities in paragraaf 3.3 kan echter allereerst een bevestiging worden gevonden van de gedachte dat onrechtmatigheid van aanstootgevend gebruik van symbolen in de regel *bijkomende* omstandigheden vergt. Wanneer deze gedachte als *vuistregel* wordt aangenomen, dan kan vervolgens het gevoel van ongrijpbaarheid verder worden weggenomen door het opstellen van een lijst met relevante *gezichtspunten* voor de beoordeling van de onrechtmatigheid in geschillen over oneigenlijk symboolgebruik.[172] Zoals uit de opzet van deze par. 3.4 blijkt zal het meestal om een geschil over het gebruik van een religieus symbool gaan, maar de gezichtspunten zijn algemeen bedoeld en inzetbaar.

---

169 Zie voor een pleidooi voor een ontwikkeling in de richting van beslissen zónder belangenafweging in zaken over aantasting van eer en goede naam resp. inbreuk op persoonlijke levenssfeer: Griffiths 2002, p. 833-840.

170 HR 24 juni 1983, *NJ* 1984, 801 m.nt. MS.

171 Terzijde, en dus in een voetnoot: in het beoordelingsproces zou aan de rechter kunnen blijken, dat het beoordeelde gedrag naar de maatschappelijke opvattingen van het moment niet (of misschien nog niet, of niet langer) als onrechtmatig wordt ervaren. Alternatief is mogelijk, dat het gedrag naar de maatschappelijke opvattingen op zichzelf wel onrechtmatig zou kunnen zijn, maar dat de afweging van de betrokken rechten of belangen voor de eiser negatief uitvalt. Dit laatste kan het gevolg zijn van de omstandigheid dat het recht of belang van een ander prevaleert – zie hetgeen zojuist in de hoofdtekst is geschreven – maar ook is denkbaar dat de maatschappelijke opvattingen te sterk uiteenlopen om een gemene deler te kunnen distilleren.

172 Voor een duiding van de begrippen vuistregel en gezichtspunt verwijs ik naar Asser procesrecht/Veegens-Korthals Altes-Groen (2005), nr. 102, p. 230-233; zie ook Wiarda 1999, p. 90-92 (en eventueel over rechtspraak en de toepassing van vage normen zoals de maatschappelijke betamelijkheid, helder en bondig, p. 30-33).

3.4.3.2 Aansluiten bij arresten Hoge Raad inzake oude beledigingsbepalingen

Op het vlak van oneigenlijk gebruik van symbolen bestaat op dit moment nog weinig jurisprudentie. Voor een indicatie van onrechtmatig handelen kan naar mijn idee evenwel worden aangehaakt bij rechtspraak over de oude beledigingsbepalingen in het burgerlijk recht, zoals het net al even genoemde arrest *Gemeenteraadslid*, waarin de Hoge Raad niet-limitatief een serie relevante omstandigheden opstelde ter beantwoording van de vraag of er in het concrete geval is gehandeld in strijd met de in het maatschappelijk verkeer betamelijke zorgvuldigheid.[173] Deze omstandigheden kunnen vervolgens worden toegespitst op de problematiek van aanstootgevend symboolgebruik, en aangevuld met andere omstandigheden.

Zo ontstaat een vaste, zij het niet-limitatieve lijst van gezichtspunten, waaruit de rechter in een concreet geval een selectie kan maken. De rechter zou zich enerzijds rekenschap moeten geven van gezichtspunten waarop procespartijen zich beroepen, maar zou anderzijds niet van die inbreng afhankelijk moeten zijn, in die zin dat hem vrij staat ook zelf (andere) gezichtpunten in de beoordeling van het geschil te betrekken.[174] Zoals de Hoge Raad in een andere oude beledigingszaak, *Herrenberg* (1985), overwoog, is het immers in beginsel aan de rechter die over de feiten oordeelt, om de kenmerkende bijzonderheden van het geval vast te stellen en aan te geven welk gewicht daaraan in onderling verband behoort te worden toegekend.[175]

3.4.3.3 Relevante gezichtspunten voor onrechtmatigheid

Mede op basis van de genoemde rechtspraak van de Hoge Raad vallen de volgende gezichtspunten op te stellen voor het beoordelen van de onrechtmatigheid van aanstootgevend gebruik van religieuze en andere symbolen:

---

173 Zie de 'omstandighedencatalogus' in o.a. HR 24 juni 1983, *NJ* 1984, 801 m.nt. MS (*Gemeenteraadslid*) in het kader van het vroegere leerstuk van belediging in art. 1408-1416 BW(oud); op dit arrest heeft ook betrekking de noot van Brunner onder HR 27 januari 1984, *NJ* 1984, 803 (*VARA/Vereniging Leading Success People*). Andere rechtspraak is vermeld bij Schuijt (*Onrechtmatige daad* VII), aant. 27; en ook bij Mon. Privaatrecht 4 (Verheij), nr. 29, p. 102-104. Dat de omstandigheden niet-limitatief zijn en niet in concrete gevallen alle bespreking en motivering behoeven, volgt uit HR 7 maart 1985, *NJ* 1986, 437, r.ov. 3.3, m.nt. CJHB (*Herrenberg*). Zie ook Asser-Hartkamp 2006 (4-III), nr. 238, p. 253. Tot slot, bezien vanuit toetsing door de HR aan de voorwaarden volgens art. 10 EVRM kan na *Gemeenteraadslid* – het 'voorzien bij wet' – het arrest in HR 6 januari 1995, *NJ* 1995, 422 m.nt. EJD (*Parool/Van Gasteren*) – de noodzakelijkheidstoets van art. 10 lid 2 EVRM (par. 6.3.3) – worden genoemd.

174 Vgl. Asser procesrecht/Veegens-Korthals Altes-Groen (2005), nr. 102, p. 231-232, dat in verband met gezichtspunten spreekt van er rekening mee 'kunnen of moeten' houden; vgl. ook Wiarda 1999, p. 90-91.

175 HR 7 maart 1985, *NJ* 1986, 437, r.ov. 3.3, m.nt. CJHB. Het resultaat van de belangenafweging wordt in cassatie in de regel als een feitelijke beslissing worden aangemerkt, aldus Asser procesrecht/Veegens-Korthals Altes-Groen (2005), nr. 103, p. 235, zie ook p. 192.

(1) de aard van de inhoud of vorm van een als kwetsend ervaren uiting (feit, fictie of opinie, een serieuze of humoristische lading, commercieel of niet-commercieel, et cetera);
(2) de functie van de als kwetsend ervaren elementen gezien het doel of de context van de uiting (bijvoorbeeld debat op scherp zetten, vermaak, of functieloos);
(3) de intentie van het gedrag van degene die verantwoordelijk is voor de uiting (is er bijvoorbeeld sprake van opzettelijk kwetsen of provoceren, achteloos of lichtvaardig handelen, of onbewust handelen?);
(4) de ernst van de te verwachten gevolgen voor degene die aan de uiting aanstoot heeft genomen (naar aan te nemen is, de eiser in een procedure);
(5) de ernst van de uiting vanuit een maatschappelijk oogpunt, mede gezien de door de uiting geraakte rechten of belangen van anderen (vergelijk de tekst van artikel 10 lid 2 EVRM), welke anderen niet noodzakelijk partij zijn in de procedure;
(6) het al dan niet voor handen zijn van reële, objectief als minder kwetsend geschatte alternatieven;
(7) de eenmaligheid c.q. herhaling van de gedraging of de kans op herhaling (in combinatie met punt 8);
(8) de aard en het gezag van het voor de gewraakte uiting gebruikte medium en het bereik van de uiting onder het publiek;
(9) het al dan niet bestaan van een verband tussen de inhoud of de vorm van de uiting en een publieke discussie;
(10) specifieke maatschappelijke of sociale omstandigheden, of de politieke situatie omtrent de groep of gemeenschap waartoe de gekwetste behoort.[176]

Hoe 'grimmiger' het beeld dat uit de in het concrete geval toepasselijke gezichtspunten oprijst, hoe duidelijker de indicatie dat de uiting in strijd kan worden geacht met hetgeen in het maatschappelijk verkeer betamelijk is, en derhalve onrechtmatig.[177] Daarbij geldt dat naar mate aan de ene kant de uiting door middel van het gebruik van een bepaald symbool sterker indruist tegen de in het geding zijnde waarden, rechten of belangen, kortom de kwetsing ernstiger is, en aan de andere kant waarden, rechten of belangen van de gekwetste gevoeliger en ingrijpender zijn, spoediger onrechtmatigheid kan worden aangenomen.

176 Ook het al dan niet voldoen aan een delict in het Wetboek van Strafrecht vormt een gezichtspunt, maar in een geval waarin een strafrechtelijke norm is overtreden zal de eiser in een civiele procedure waarschijnlijk een beroep op strijd met een wettelijke plicht verkiezen.

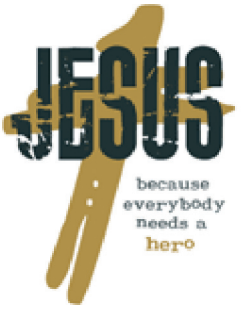
177 In veel gevallen zal het zover niet komen, omdat ofwel de uiting niet ernstig genoeg is, ofwel er niet wordt geprocedeerd. Dát er in een bepaald geval wordt *geprocedeerd*, kán iets zeggen over de aanstootgevendheid in objectieve zin, maar niet noodzakelijk; dit is immers juist de reden waarom aanstootgevendheid pas door bijkomende omstandigheden onrechtmatig kan worden.

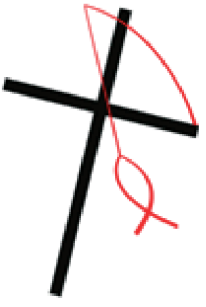
3.4.4 Actuele vormen van commercialisering van symbolen, met name religieuze

Eén punt licht ik uit de gezichtspuntencatalogus. De aard van het aanstootgevend gebruik een factor kan zijn, en zodoende de eventuele commerciële context waarin het gebruik plaatsvindt. Niet zozeer omdat het onderscheid tussen commercieel en niet-commercieel een rode draad is in dit boek, maar wel omdat commercieel gebruik van symbolen soms als *extra* precair wordt gezien.

Commercialisering van symbolen, bijvoorbeeld schilderijen op productverpakkingen, is niet nieuw. Bij symbolen in de culturele sfeer is de '*public outrage*-factor' door de bank genomen laag. Hier dus alleen aandacht voor de vérdergaande of (ver)nieuwe(nde) vormen van commercialisering van symbolen, op de gevoeliger terreinen.[178] Neem de volgende tendensen in de markt rond het onderwerp van de godsdienstige identiteit.

Klassiek is de verkoop van religieuze memorabilia in de kiosk in een kerk, maar als tijden veranderen worden nieuwe wegen gevonden om geloof in een commerciële vorm of context alledaags te maken, of te vertalen in een stijl*item*, bijvoorbeeld als een ludieke versiering zonder religieuze betekenis of juist als een versterking van de identiteit van de koper, 'de gelovige consument'. Deze trend, al enige tijd zichtbaar in de kledingbranche bijvoorbeeld, zegt iets over een verander(en)de kijk op en omgang met geloof onder jongeren. Voorbeelden die in de trend passen zijn spijkerbroeken van het merk *G-sus* ("G-sus heavens playground"), kledingaccessoires zoals riemen waarin in een kitscherig ontwerp de woorden "I love Jesus" zijn verwerkt, of een modewinkel met als seizoens*look* de slogan "Have Faith" en afbeeldingen van kruistekens prominent in de etalage.[179] En in een internetwinkel zijn t-shirts te koop met de volgende opdrukken:[180]





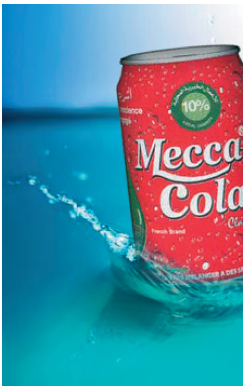
178 In par. 3.3.3 werd beschreven dat niet valt in te zien dat commercieel gebruik van een religieus symbool *als zodanig*, zonder bijkomende omstandigheden, onrechtmatig zou kunnen worden geacht.

179 Voorbeelden van Nederlandse bodem en gezien op de volgende plaats: resp. < www.g-sus.com >; etalage-inrichting najaar 2005 van kledingwinkel 'Dennis (fe)male' in de Haarlemmerstraat in Leiden.

180 Plaatjes afkomstig van < www.christianshirts.net >.

Een andere vorm van commercieel gebruik van religieuze symbolen kan 'protestcommercie' worden genoemd. Het kan gaan om de benadrukking van bijvoorbeeld een geloofsidentiteit of een kritische opvatting, door middel van de keuze van de consument voor een product.

Zo is het 'Arabische' merk *Mecca Cola* (afbeelding hieronder, links) een commercieel antwoord op de 'klassieke' colamerken uit de Verenigde Staten en wordt *Mecca Cola* gepromoot onder moslims als een middel om zich af te zetten tegen westerse ideologie.[181] Het logo van het alternatieve Zweedse kledingmerk *Cheap Monday* (rechts) omvat een afbeelding van een schedel met, voor wie goed kijkt, een omgekeerd kruisteken. Volgens de man achter het logo is het 'protestmerk' bedoeld een kritisch geluid tegen het christendom en 'organized religion'.[182]



Allicht kan er een spanningsveld ontstaan tussen de brenger van een dwarse boodschap en de hoeder van een gedachtegoed of opvatting, religieus of politiek, of wellicht beide. Vanuit het Nederlandse perspectief zou echter geen van de genoemde toepassingen van religieuze symbolen of wijzen van appelleren aan geloof, in strijd zijn met de maatschappelijke betamelijkheid. Zo mag de ondernemer zijn handel profileren aan de hand van een identiteit en geldt dat naar valt aan te nemen in beginsel óók wanneer het niet een

181 V. Murphy, 'Mecca Cola challenges US rival', *BBC News World Edition* 8 januari 2003, < http://news.bbc.co.uk/2/hi/middle_east/2640259.stm >; zie ook < http://www.mecca-cola.com/en/index.php >.

182 In Zweden hebben geestelijken publiekelijk stelling genomen tegen het in hun ogen aanstootgevend gebruik van het kruisteken. Zie over de kledingaffaire K. Ritter, ''Devilish' Jeans a Hot Seller in Sweden. 'Cheap Monday' Brand Jeans Are a Hot Trend in Sweden, Despite Their Anti-Christian Skull Logo', *ABC News International* 30 december 2005; < http://abcnews.go.com/International/wireStory?id=1456048 >. 'Organized religion' wil zeggen geloof als organisatie in kerkstructuren waaruit beleid en leefregels voortkomt, tegenover geloof(sbeleving) als privé-aangelegenheid. Zie verder < www.cheapmonday.com >.

merkidentiteit betreft maar een (niet-commerciële) groepsidentiteit. Voor de *consument* die op straat een blikje *Mecca Cola* drinkt of in een *Cheap Monday*-T-shirt rondloopt, geldt dat des te meer.

Daarbij komt dat het provoceren door de ondernemer én de consument in beginsel is beschermd door artikel 10 EVRM.[183] Voorts is een symbool in zekere zin al naar zijn aard een *statement*, en schijnt het zo te zijn dat zowel gelovigen als niet- of anders gelovigen de geschetste producten kopen (in alle ernst, of omdat die op hun lachspieren werken) of juist verwerpelijk vinden. Dit alles bevestigt dat er geen aanleiding is voor een spoedige aanname van onrechtmatigheid die zou voortkomen uit de commerciële aard van het gebruik van religieuze symbolen. Wanneer de provocatie gegeven het moment, de plaats, de herhaling *et cetera* – zie de gezichtspuntencatalogus in par. 3.4.3.3 – naar het oordeel van de rechter de perken van de uitingsvrijheid te buiten gaat, dan is de aanname van onrechtmatigheid vanzelfsprekend niettemin mogelijk.

3.4.5 De plaats van geloofsopvattingen in het juridisch kader

In procedures over de onrechtmatigheid van uitingen die botsen met behoeften van mensen en gemeenschappen ten aanzien van religieuze symbolen, is voorstelbaar en ook wel te verwachten, dat een procespartij normen, waarden of tradities aanvoert die zijn ingegeven door bijvoorbeeld religie of ideologie, ter *invulling* van de in het maatschappelijk verkeer betamelijke zorgvuldigheid.

Dergelijke normen, waarden en tradities (moeten) kunnen worden aangevoerd en door de rechter geaccepteerd als een invulling en onderbouwing van de door een vermeende normschending geschade rechten of belangen, die de bedoelde norm beoogt te beschermen, maar kunnen niet ter invulling van de maatschappelijke betamelijkheid dienen. Door partijen beargumenteerde geloofsopvattingen – met name – zouden immers anders, rechtstreeks, geldend recht kunnen worden, in de vorm van een nieuwe zorgvuldigheidsnorm. Dit zou neerkomen op morele censuur ten opzichte van de opvattingen van de andere partij in de procedure, en anderen in toekomstige geschillen, waarin de zaak als precedent zou kunnen werken.[184]

Dit standpunt blokkeert geenszins dat gelovigen van welk gezindte ook kunnen ageren tegen aanstootgevende uitingen: op grond van objectieve normen omtrent de in uiteenlopende contexten en situaties jegens elkaar in het maatschappelijk verkeer aan de dag te leggen mate van tolerantie voor geloven en levensvisies.

---

183 EHRM 7 december 1976, r.ov. 49, *NJ* 1978, 236 (*Handyside*). Zie verder hoofdstuk 2, par. 3.1.

184 Een sleutelpositie in deze aangelegenheid neemt uiteraard de rechter in, als degene die de door partijen aangedragen argumenten inpast in het voorgestelde juridische kader en weegt. Mijn huivering voor de in de hoofdtekst bedoelde, door de rechter erkende zorgvuldigheidsnormen stoelt echter niet op concrete indicaties daaromtrent in rechterlijke uitspraken.

Iets anders om in zaken over de onrechtmatigheid van voor gelovigen aanstootgevend gedrag in de gaten te houden, is het spanningsveld tussen enerzijds de vaststelling dat de (objectieve) opvattingen omtrent het maatschappelijk *behoren* een weerslag zijn van de Nederlandse cultuur en dus uiteindelijk, vooral, een samenstelling van christelijke, joodse en humanistische principes, en anderzijds de redelijke veronderstelling dat andere in Nederland aanwezige geloven en levensbeschouwingen en dan met name de van origine niet-westerse, uitgaan van deels ándere opvattingen. Deze laatste opvattingen worden niet noodzakelijk door het eerdergenoemde 'behoren' gedekt.

Een gevolg hiervan is dat in Nederland de afbeelding van, bijvoorbeeld, de vijfpuntige satansster op een product voor zwarte haarverf in de praktijk mogelijk *eerder* onrechtmatig zou worden bevonden – eventueel onder bijkomende omstandigheden – dan zeg een boeddhistisch symbool met een uitgesproken negatieve lading – in Nederland niet cultuureigen en minder bekend – op hetzelfde product. Zie van beide een afbeelding, zonder nu per se te willen beweren dat die exact hetzelfde representeren en even 'kwalijk' zijn:

De cirkel rechts beeldt drie dieren af die in verschillende oosterse religies waaronder het boeddhisme slechte menselijke eigenschappen en het kwaad in de mens symboliseren.[185]

De betrekkelijke ongelijkheid in de situatie van zojuist is wellicht te ondervangen wanneer Nederlandse boeddhisten die in rechte opkomen tegen het gebruik van het laatstbedoelde teken, alles in het werk stellen om in het geding de betekenis van het symbool in het boeddhisme en het belang van het symbool voor hen als gelovigen aan te tonen. Maar ook dit maakt vervolgens de vraag niet minder belangrijk of de producent of verkoper van de haarverf,

185 Op een van de beschikbare gidsen over het boeddhisme op het internet, < http://buddhism.about.com/ >, schrijft A. Flanagan: "Traditionally in Buddhist symbolism the pig represents ignorance or delusion; the snake represents hatred; and the rooster or cock represents greed. Tibetan *thangkas* depicting the wheel of life have these three animals in the center circle. Greed (*lobha*), hatred (*dosa*) and delusion (*moha*) are seen to be the roots of unwholesome *kamma/karma.* They are also known as 'the three fires' and 'the three poisons'." Vandaar mijn (misschien wat vrije) associatie met een traditioneel met het kwaad of de duivel geassocieerd, in de Europese cultuur bekend symbool als de satansster.

gegeven dat dit Nederland is en niet Azië, überhaupt weet of had moeten weten met wat voor afbeelding hij te maken heeft en daar zijn handelwijze op had behoren aan te passen.[186]

Het laat zich indenken dat de rechter geen normschending zou aannemen, vanwege verontschuldigbare onbekendheid van de gedaagde met de betekenis (of het bestaan überhaupt) van het symbool, ook al vormt dat symbool de meest wezenlijke representatie van de identiteit van de eiser. Zo'n geval zou zich kunnen voordoen bij de kwetsing van de identiteit van een kleine allochtone gemeenschap in ons land. Een alles in aanmerking genomen rechtvaardige uitkomst, omdat de eiser zich van geen kwaad bewust was en niet wist dat hij zich anders zou hebben moeten gedragen dan hij deed. Tegelijkertijd wringt er iets: de eiser blijft miskend achter en bereikt met de onrechtmatige daadsactie in het beste geval sympathie voor zijn standpunt. In een dergelijke uitkomst schuilt een zekere ongelijkheid, maar die is niet aan de hand van het BW op te lossen.

3.4.6 Toewijzing van een verbod

Neemt de rechter na de beoordeling van de onrechtmatigheid (en van de andere voorwaarden van artikel 6:162) aansprakelijkheid van de gedaagde aan, dan staat hij vervolgens voor de vraag of en zo ja, in hoeverre hij de vordering(en) zal *toewijzen*. Voor de goede orde: in deze fase staat dus al vast dat de eiser voldoende belang heeft bij de door hem gestarte procedure rondom aanstootgevend symboolgebruik, en dat de gedaagde jegens *deze* eiser onrechtmatig heeft gehandeld. Verder is het *in het algemeen* duidelijk dat overtrokken en irreële claims niet plegen te worden gehonoreerd. Zou nu het toewijzen van een vordering afhankelijk mogen, kunnen of moeten zijn van een voldoende mate van 'representativiteit' van de eisende partij ten opzichte van anderen die een relatie met hetzelfde symbool hebben, maar die geen partij in de procedure zijn?[187]

De vraag is van belang door de samenhang van drie factoren. Ten eerste heeft een symbool – immers een aanduiding met een grote symbolische betekenis – naar zijn aard niet alleen betekenis voor het individu maar meestal ook voor een gemeenschap, waartoe dat individu dan kan worden gerekend. Ten tweede bestaan er binnen een gemeenschap vaak onderling verschillende opvattingen over de precieze plaats en betekenis van een bepaald symbool.

186 Buiten beschouwing blijft in dit betoog het onderwerp van de perceptie van Nederlandse rechtsnormen en 'normacceptatie' bij minderheden in Nederland, met name niet-westerse.

187 Een vergelijkbaar punt rondom representativiteit speelt bij procederende belangenorganisaties, zie par. 4.5 en 4.6. Voorts levert de m.i. op zichzelf juiste redenering dat bij een vordering op grond van art. 6:162 de toets van de relativiteit (art. 6:163) in wezen de vraag van 'representativiteit' van de eiser insluit (is de gedraging jegens de eiser onrechtmatig?), toch geen *finaal* antwoord op de vraag hierboven.

Ten derde is een gebruiksverbod, als vordering voor de hand liggend in een procedure over aanstootgevend symboolgebruik, naar zijn aard al snel categorisch: wel/geen (voortzetting van) gebruik.

Ter illustratie van de opgeworpen vraag: *stel* dat de rechter de afbeelding van een belangrijke hindoe-godheid op in Nederland verkochte dozen tissues, keukenrollen en vaatdoekjes onrechtmatig acht en het gevorderde verbod van gebruik op die producten op zich een passende sanctie ter opheffing van het nadeel vindt, heeft de rechter dan de vrijheid c.q. de plicht het verbod toch níet uit te spreken *omdat* de eiser een individuele hindoe-gelovige is die met zijn gegriefdheid enkel namens zichzelf spreekt (omdat hij niet méér pretendeert, of op eigen houtje opereert)? En verandert er iets als een significant deel van zijn geloofsgenoten op de één of andere manier in hun mening zijn gekend, of als niet de enkeling, maar een groep van verzamelde geloofsgenoten als eiser optreedt?[188]

Mijn antwoord op deze vragen komt er, samen genomen, op neer dat er voldoende reden is om de rechter de ruimte te gunnen om in het concrete geval bij de toewijzingsvraag naar bevind van zaken te handelen, ervan uitgaande dat hij zijn keuze beargumenteert.[189]

Wanneer bijvoorbeeld bij de belediging van een etnische bevolkingsgroep door het schandaliseren van een centraal symbool in die gemeenschap, in feite de eigenschap van het behoren tot die gemeenschap voldoende is voor het voldoen aan de vereisten in de zin van artikelen 6:162 en 163 BW, dan lijkt het consequent om te veronderstellen dat dan niet alleen in beginsel *ieder* lid van die gemeenschap en dus ook individueel een onrechtmatige daadsactie zou moeten kunnen instellen, maar ook dat het individuele lid daarin met succes een verbod zou moeten kunnen vorderen.

Hierop sluit tevens aan dat mensen, als gezegd, vaak zowel een persoonlijke als een gemeenschappelijke binding hebben met een teken met een grote symbolische waarde.

Ik bedenk een voorbeeld. In een periode waarin de toetreding van Turkije tot de Europese Unie actueel is, verspreidt een actiecomité in drukke winkelstraten in heel het land *flyers* met daarop een potsierlijk portret van een scheelkijkende Atatürk, voorzien van een aureool bestaande uit de cirkel van sterren in de vlag van de EU, en de begeleidende tekst: "Géén ster voor Turkije!" Een Nederlander met Turkse ouders valt languit over de afbeelding en spant een geding aan waarin hij de voorzieningenrechter vraagt de landelijke verspreiding van de afbeelding op de *flyers* te verbieden. *Stel* dat de Nederlandse rechter de uiting aanmerkt als een onrechtmatige belediging jegens

188 Of een belangenorganisatie namens een achterban; zie par. 4.6 over belangenorganisaties (waarvoor een aparte wettelijke regeling geldt) en de toewijzing van vorderingen.

189 Dit standpunt is m.i. in te passen in het betoog van Jongbloed (*Vermogensrecht*) 2002, art. 3:305*a*, aant. 15, p. 73, daar waar die schrijft dat de rechter een gevorderd verbod of bevel kan weigeren bijvoorbeeld vanwege de vérstrekkende implicaties van het verbod of bevel, mede in verhouding tot de (geringe) omvang van de groep.

(het Turkse volk en) deze eiser met wortels in Turkije, dan moet zij vervolgens kunnen worden verboden, ook al is de eiser in zijn eentje en betekent een verbod het einde van de verspreiding van de afbeelding in heel het land.

Maar of deze lijn altijd kan worden aangehouden, is de vraag. Denk aan de situatie waarin in een geschil de onrechtmatigheid jegens de eiser vaststaat, maar er in de gemeenschap waartoe de eiser kan worden gerekend over de plaats en betekenis van het symbool uiteenlopende opvattingen bestaan.[190] In deze situatie van meerduidigheid, waarin het waarschijnlijk gaat om een in Nederland niet algemeen bekend symbool, kan er ondanks de onrechtmatigheid van de uiting reden zijn om een gevorderd verbod af te wijzen in verband met de belangen van niet in de procedure vertegenwoordigde delen van de gemeenschap. Het door de rechter uitgesproken oordeel heeft dan veel weg van een verklaring van recht dát de gedraging jegens de eiser onrechtmatig is. Nu het eisers in zo'n procedure in belangrijke mate zal gaan om de erkenning dat zij in hun identiteit zijn miskend en gekwetst, hoeft het uitblijven van het gevraagde verbod vanuit hun perspectief zodoende niet altijd een lege huls te betekenen.

Er kan nog meer spelen dan de twee al genoemde invalshoeken. Wanneer symbolen in het spel zijn die samenhangen met de identiteit van met name van oorsprong niet-westerse minderheden, dan ligt het in de rede om aan te nemen dat het zicht van rechtscolleges op de precieze betekenis en waarde van die symbolen in de betreffende gemeenschappen op voorhand beperkter is. Er is iets voor te zeggen om alleen al vanwege dit – oplosbare – euvel de mogelijkheid van differentiëring bij de toewijzingsvraag open te houden, en daarvoor nader af te stemmen op de vraag wie de eiser is en wie en wat hij representeert. Nog weer iets anders is dat een vordering als het *verbod* naar haar aard al snel categorisch is: wel/geen (voortzetting van) de publicatie of toepassing anderszins. Ook dit levert een – praktische – reden om in het punt in deze subparagraaf niet een dwingende opstelling te kiezen.

3.4.7 Toename procedures over symboolgebruik

Wat brengt de toekomst? Ik houd rekening met een toename, in de komende één tot twee decennia, van het aantal procedures over aanstootgevend gebruik van symbolen op grond van artikel 6:162 BW.[191] Toegegeven, de teller

190 Voor sommige (typen van) symbolen ligt dat misschien anders, zoals bijvoorbeeld bij oneigenlijk gebruik van adellijke tekens die specifiek op bepaalde adellijke families betrekking hebben.

191 De vraag aan de rechter om uitspraak te doen in politieke of ideële zaken is geen nieuw fenomeen, zie bijvoorbeeld de (Nederlandse) jurisprudentie bij Stolker 1993, p. 56-58. Voorts wijs ik, ter vergelijking, op de zogenaamde '*political question doctrine*' zoals ontwikkeld in de jurisprudentie van het *Supreme Court* van de Verenigde Staten, bij E. Chemerinsky, *Constitutional law. Principles and policies*, New York: Aspen Publishers 2002 (2e druk), par. 2.8, p. 127 e.v. Of de (Nederlandse) rechter de bedoelde vraag in de toekomst in toenemende mate krijgt voorgelegd, valt volgens Mon. Privaatrecht 4 (A.J. Verheij), nr. 8, p. 18 af te wachten.

staat op dit moment laag. Tot grote hoogte zal die ook wel niet stijgen. Toch zal artikel 6:162, versterkt door de mogelijkheid van collectief ageren in artikel 3:305*a*, waarschijnlijk meer dan nu als een *instrument* worden ingezet en benut ter bescherming van aan symbolen verbonden rechten of belangen.

Dit verwachtingspatroon valt in hoofdzaak te baseren op ontwikkelingen die samenhangen met de 'multiculturaliteit' van de Nederlandse maatschappij.[192] Het verschijnsel multiculturaliteit – letterlijk: uit (elementen van) verschillende culturen samengesteld[193] – is niet nieuw maar bereikt wel nieuwe fasen, en kan een motor vormen voor juridische procedures over aanstootgevend gebruik van symbolen. Daarin vormt een bijzonder probleem het conflict van fundamentele rechten,[194] bijvoorbeeld wanneer de als *de* waarheid verkondigde levensvisie van de één, door een ander wordt aangevochten wegens het kwetsen van de levensvisie van die ander.

In de multiculturele samenleving zoals die in Nederland grofweg sinds de jaren zestig van de afgelopen eeuw is gegroeid, hebben de traditioneel aanwezige Nederlandse nationaliteit, taal, cultuur, geloven en dus ook de representaties ervan (symbolen), gezelschap van die van aanzienlijke aantallen landgenoten met een andere achtergrond, of gedeeltelijk andere, zoals de in Nederland geboren kinderen en kleinkinderen van immigranten.[195] Een veelheid van achtergronden betekent een veelheid van identiteiten, en waar die onder druk gezet worden, zoals door het denigreren of bespotten van representaties van die identiteiten ('iconen'), ontstaat spanning.

Zulke spanning ontstaat *bijvoorbeeld* daar waar in Nederland woonachtige moslims van Marokkaanse origine hun geloofsopvattingen tot een prominentere leidraad in hun leven maken dan zij waarnemen bij veel geseculariseerde,

192 Hiermee doel ik op de betekenis van multiculturaliteit als verzamelterm voor de kenmerkende culturele verschillen tussen (groepen) mensen in de samenleving (groepsculturen), zoals met betrekking tot etniciteit, ras, taal, geloof of levensvisie; *niet* op multiculturaliteit als politiek begrip of ideaal, en evenmin op een normatief standpunt dat is gericht op het instandhouden van de diversiteit van die verschillen. Vgl. hierover bijvoorbeeld M. Galenkamp, 'Van "non-discriminatie" naar "eigen identiteit". Trends in het multiculturalisme-debat', *Beleid & Maatschappij* 1998/1, p. 40-50. Zie voor journalistieke observaties over de stand van de Nederlandse multiculturele samenleving S. Kuper, *Retourtjes Nederland*, Amsterdam: Atlas 2006.

193 *Van Dale* Groot woordenboek der Nederlandse taal, 13e druk 1999.

194 Over dit bijzondere en complexe probleem heb ik iets opgemerkt in hoofdstuk 2, par. 5.3. Dieper ga ik er hier niet op in. Ik verwijs naar anderen die hierover hebben geschreven; zie o.a. A.J.Th. Woltjer, 'Gelijke aanspraak op bescherming van fundamentele rechten', in: M. Kroes, J.P. Loof & H.-M.Th.D. ten Napel (red.), *Gelijkheid en rechtvaardigheid. Staatsrechtelijke vraagstukken rondom 'minderheden'* (Publikaties van de staatsrechtkring, Staatsrechtconferenties, nr. 6 (2001)), Deventer: Kluwer 2002, p. 133-136.

195 Algemene cijfers over de samenstelling van de bevolking van Nederland zijn terug te vinden in de SCP-studie 'De sociale staat van Nederland 2005', Den Haag september 2005, p. 26-27 en de SCP-, WODC- & CBS-rapportage 'Jaarrapport integratie 2005', Den Haag september 2005, p. 15. Uit de cijfers blijkt dat in 2005 allochtonen ongeveer een vijfde deel van de totale bevolking uitmaakten. Ruim tien procent (ongeveer 1,7 miljoen mensen) van de totale bevolking heeft volgens die publicaties een niet-westerse achtergrond (met name wortels in Suriname, Nederlandse Antillen en Aruba, Marokko, Turkije).

overwegend christelijk georiënteerde autochtonen, en zij tegelijkertijd het idee hebben dat zij in Nederland in de manifestheid van hun geloof onvoldoende worden begrepen. Nu is de regulering van zulke spanning vooral een sociale en politieke kwestie, maar zij heeft ook een hierna te schetsen *juridische* component, met een zonnige kant en een schaduwkant.

Om met de schaduwkant te beginnen: een verscherping van de verhoudingen tussen bevolkingsgroepen in de samenleving kan leiden tot een 'vlucht op de terp' en het over en weer betrekken van offensieve of defensieve stellingen.

Spanningen over identiteiten tussen bevolkingsgroepen sluimeren in Nederland al wel langer, maar vormen in de recente tijd in het openbare debat een heet hangijzer sinds de media-aandacht voor Pim Fortuyn als boegbeeld van een 'nieuwe' politieke cultuur. Dramatische gebeurtenissen als de moord op Fortuyn in 2002 en op columnist en filmmaker Theo van Gogh in 2004, en, van een heel andere orde, de aanslagen op de Twin Towers in New York in 2001, hebben in Nederland ontwikkelingen in gang gezet die behalve om veiligheid, vooral gaan om identiteit (burgerschap, Nederlanderschap, Europeaan-zijn, wereld-burgerschap), door middel van pogingen om maatschappelijke normen en waarden te (her-)definiëren. De erupties van ongenoegen en geweld in verschillende landen in Europa en de Arabische wereld eind 2005, begin 2006, als gevolg van de publicatie in een Deense krant van een serie spotprenten waarin de profeet Mohammed figureerde,[196] hebben bovendien – mede als een gevolg van de door de Verenigde Staten geleide invasie in Irak in 2003 – internationaal de verhoudingen tussen islamitisch en christelijk georiënteerde gemeenschappen verslechterd.

Deze problematiek van verscherpte relaties tussen gemeenschappen met verschillende achtergronden heeft een grote spanwijdte en allerlei dimensies, maar ik spits dit betoog toe op de mogelijke *impact* op het procederen voor de burgerlijke rechter in ons land.

Ik houd er rekening mee dat ter bescherming van de ene of de andere identiteit in toenemende mate de mogelijkheden van artikel 6:162 BW zullen worden benut, versterkt door artikel 3:305*a* BW. In zulke aangelegenheden ligt het voor de hand dat procederende (allochtone) *minderheden* de bestreden kwetsing als gevolg van aanstootgevend gebruik binnenvoeren in de arena van ongelijkheid, xenofobie, racisme of beledigende discriminatie.[197]

196 Gepubliceerd in de Jyllands-Posten in september 2005. J. Burke e.a., 'How cartoons fanned flames of Muslim rage', *The Observer* 5 februari 2006, < http://observer.guardian.co.uk/focus/story/0,,1702538,00.html >.

197 Voor een deel van de minderheden is etniciteit en geloof nauw met elkaar verbonden. Voorts teken ik aan dat groepsidentiteiten (geloof, etnische afkomst) tegenwoordig vaak door minderheden als belangrijker worden ervaren dan door autochtonen in Nederland, zodat het bovenbedoelde procederen in die zin naar verwachting meer een zaak is van minderheden dan van autochtonen. Vgl. o.a. de SCP-studie 'Jaarrapport integratie 2005', Den Haag september 2005, p. 116-131.

De zaken zouden nog verder op scherp worden gesteld, wanneer minderheden zich ter verdediging van hun belangen minder zouden profileren op basis van hun etniciteit en meer op basis van hun geloof, als lid van een wereldgemeenschap van gelovigen.[198] Bovendien is het in een tijd waarin discussie is over de vraag wat het precies betekent om Nederlander te zijn, voor mensen die hun wortels (deels) elders hebben, *gemakkelijker* om zich te richten op hun religieuze identiteit.[199]

Hier komt bij dat naar Nederlandse maatstaven een deel van die mensen, naar uit studie blijkt met name de Marokkaanse gemeenschap, een aanzienlijke intolerantie aan de dag leggen voor andere meningen en voor ongelovigen.[200]

De vraag of de hierboven bedoelde juridische procedures *wenselijk* zijn is overigens niet gemakkelijk met 'nee' te beantwoorden. Niemand wil ruzie en de samenleving wil geen onrust, zogezegd, maar gegeven dat de geschetste conflictsituaties zich nu eenmaal kúnnen voordoen, moet het burgerlijk recht de mogelijkheden die het aan iedereen biedt om te proberen een gelijk te halen, ook voor die conflictsituaties openstellen. Wie een reëel punt heeft of meent dat te hebben, moet immers zijn positie in rechte kunnen beproeven. Dit doet niet af aan het algemene nut van het stimuleren van de dialoog om conflictsituaties als hier bedoeld te voorkómen.

Een *zonnige* kant van multiculturaliteit is er óók: een samenleving waarin de positie van aanvankelijk maatschappelijk achtergestelde minderheden gaandeweg meer en meer recht getrokken wordt met die van andere bevolkingsgroepen, legt de basis voor *emancipatie* van haar minderheden. In Nederland zijn er tekenen dat het inderdaad de kant van emancipatie opgaat,[201] waarbij

198 In deze zin U. Owen, 'Getting used to abuse. Dealing with one of the most difficult facets of free expression', *Index on Censorship* 16 februari 2005, < http://www.indexonline.org/ >. Bijv. ook de Forum-studie 'Van vasten tot feesten' waarover S. Kamerman, 'Vrijheid zoeken op internet', *NRC Handelsblad* 27 maart 2007, p. 3 schreef: "Jonge moslims vinden hun geloof steeds belangrijker voor hun identiteit." In Frankrijk, begin 2006, troffen moslimgroeperingen voorbereidingen voor een civiele procedure tegen Franse kranten, naar aanleiding van (her-)publicatie van spotprenten over de profeet Mohammed; 'French papers in cartoon lawsuit', *BBC News* 10 februari 2006, < http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/4702702.stm >. Verder: uit het bovenstaande betoog moet niet de conclusie worden getrokken dat het onderwerp van de multiculturaliteit in verband met juridische procedures *uitsluitend* een aangelegenheid zou (kunnen) zijn voor van oorsprong niet-westerse minderheden in de samenleving, maar de aandacht gaat daar om begrijpelijke redenen (alleen al het onderwerp van deze par. 3.4.7) wel naar uit.

199 Vgl. het betoog over moslims in Europa van A. Verbrugge, *Tijd van onbehagen*, Sun: Amsterdam 2004, p. 59. Vgl. voor de maatschappelijke situatie in Groot-Brittannië S. Manzoor, 'Thou shalt not offend', *Index on Censorship* 2005/2, 27 april 2005, < http://www.indexonline.org/ >.

200 Zie SCP-rapportage 'Moslim in Nederland' (deelstudie c), Den Haag juni 2004, p. 78-79.

201 Dat er ook nog het meest te winnen valt is eveneens duidelijk en begrijpelijk; vgl. de SCP-studie 'De sociale staat van Nederland 2005', Den Haag september 2005, p. 193: niet-westerse allochtonen scoren volgens cijfers uit 2003 een kwart lager dan het landelijk gemiddelde terzake van participatie in organisaties, waaronder acties vanuit de gemeenschap die zijn gericht op locale of bovenlocale problemen (p. 191).

zij aangetekend dat de ene gemeenschap vast wat eerder en vollediger emancipeert dan de andere.

In het algemeen geldt dat naarmate een (bijvoorbeeld etnische) minderheid haar relatieve taalachterstand inloopt en een hoger gemiddeld opleidingsniveau bereikt, zij mondiger en invloedrijker kan worden, onder andere via belangenorganisaties. Groeiend zelfvertrouwen en een hogere organisatiegraad is nu al te zien onder bijvoorbeeld moslimminderheden in Europa.[202]

Ter vergelijking, de Britse publicist Manzoor ziet toegenomen zelfvertrouwen onder etnische minderheden in Groot-Brittannië, een *melting pot* met een wat andere samenstelling dan Nederland, onder meer met aanzienlijke aantallen (van origine Indiase) moslims, sikhs en hindoes.[203] "This confidence is a new phenomenon", schrijft Manzoor. "In previous decades such communities might have felt insecure about complaining for fear of being challenged about their right to complain. Today, there is a greater sense of confidence (..) that this is their country; and with this confidence has come the demands that others respect their cultural sensitivities."

Wat bijdraagt aan emancipatie, zijn de mogelijkheden om vanaf de eigen computer op het internet in allerlei talen kennis en informatie te vinden en snel en eenvoudig te communiceren met bijvoorbeeld leden van verwante gemeenschappen elders in de wereld. Het streven van de stichting Agni voor hindoe-belangen, om de naam van de hindoe-godheid Shiva van een pornosite op internet verwijderd te krijgen, was snel bekend bij hindoes in een aantal ons omringende landen en, via belangenorganisaties in die landen, werd er binnen korte tijd steun betuigd aan de actie.[204] Zulke internationale contacten vergroten de informatievoorziening en de bewustwording in gemeenschappen van minderheden, en kunnen bovendien de belangenbehartigende platforms over en weer versterken.[205]

3.5 Tussenevaluatie

Par. 3 begon met onder andere een serie plaatjes om een idee te geven van verschillende vormen van aanstootgevend gebruik van symbolen. In par. 3.3 is een viertal rechtszaken en incidenten opgevoerd van op grond van artikel 6:162 BW benaderd c.q. te benaderen aanstootgevend symboolgebruik: *Rails*, *Shiva*, *Hitlerwijn* en *Submission*. Het bleken interessante illustraties, met een aantal gedeelde bijzonderheden.

202 *Charlemange*, 'Islam in Europe', *Economist* 15 april 2006, vol. 379, nr. 8473, p. 33.

203 S. Manzoor, 'Thou shalt not offend', *Index on Censorship* 2005/2, 27 april 2005. Emancipatie hanteer ik hier als een waardeneutrale term; ik stuur hier niet aan op zoiets als een 'laat duizend bloemen bloeien'-gedachte.

204 De stichting heeft mij dergelijke adhesiebetuigingen ter inzage gegeven. Zie over Agni en Shiva par. 3.3.3.

205 In zoverre kan worden beweerd dat tendensen van globalisering, internationalisering resp. Europeanisering bijdragen aan emancipatie.

Een goede indruk kon worden verkregen van de aspecten die in zulke aangelegenheden een rol spelen en die medebepalend zijn voor het afwijzen of aannemen van onrechtmatigheid. Toepassing van de categorie van de maatschappelijke betamelijkheid ligt het meest voor de hand, zodat het aankomt op het vinden van een toepasselijke zorgvuldigheidsnorm. De besproken gevallen duiden erop dat rechters begrip hebben voor de aanstoot die mensen ervaren, maar niet spoedig tot onrechtmatigheid komen.

Factoren die in de *Shiva*-zaak naar voren kwamen, zijn: (1) commercieel gebruik van een religieus symbool is niet op voorhand onrechtmatig; (2) meerduidigheid van de benaming speelt een rol (Shiva is ook een meisjesnaam); (3) kennis van de religieuze betekenis bij de gebruiker is relevant; (4) het aanstootgevende gebruik moet in verband staan met die religieuze betekenis.

Juridische procedures over aanstootgevend symboolgebruik hebben een eigen kleur, maar vertonen verwantschap met andere leerstukken.

Naar aanleiding van de genoemde zaken en door aan te sluiten bij rechtspraak van de Hoge Raad over zo'n ander leerstuk, de oude beledigingsbepalingen in het BW, konden (in par. 3.4.3.3) tien gezichtspunten worden samengesteld. Deze gezichtspunten kunnen van dienst zijn bij het onrechtmatigheidsoordeel in concrete gevallen van oneigenlijk gebruik en misbruik van symbolen.

Tot de aspecten die een rol kunnen spelen, behoort de politieke dimensie van de hier besproken procedures. Deze dimensie kan een procedure compliceren. Beoordeling van de uiting in haar directe context en filtering van de partijstandpunten waar die een appèl inhouden aan bredere maatschappelijke thema's, zoals sociale polarisatie ter onderbouwing van een partijstandpunt, biedt de beste perspectieven voor het beslechten van het concrete geschil.

Een ander aspect is dat een terzake relevant geloofsstandpunt van de eisende partij weliswaar kan dienen ter onderbouwing van zijn geschonden rechten of belangen, maar niet ter invulling van een (nieuwe) zorgvuldigheidsnorm vanwege de morele censuur ten opzichte van de andere partij en anderen in toekomstige gevallen, die daarvan het gevolg zou zijn.

Ik houd er rekening mee dat in de komende jaren een toename van het aantal civiele procedures te zien zal zijn (par. 3.4.7), waarin bescherming wordt gezocht van een aan een symbool (identiteit) verbonden recht of belang, met name in verband met geloof. De oorzaak van deze toename, die vermoedelijk nog altijd bescheiden zal blijven maar ingrijpende conflicten kan opleveren, ligt in het verschijnsel van toegenomen multiculturaliteit. De van de collectieve actiebevoegdheid kan in dergelijke procedures een faciliterende aanzienlijke rol gaan spelen, nu voor de hand ligt dat tegen oneigenlijk gebruik van – met name religieuze – symbolen meer en meer vanuit een georganiseerd verband zal worden geageerd. Over de collectieve actie gaat paragraaf 4.

4 Versterking procesmogelijkheden: inzet en nut collectieve actie (artikel 3:305*a* BW)

4.1 In rechte opkomen voor gebundelde belangen

Kunnen belangenorganisaties een civiele procedure starten tegen als oneigenlijk ervaren gebruik van een symbool – collectieve aanduidingen in het publieke domein van (inter-)nationale, (cultuur-)historische of religieuze aard – teneinde een ideëel belang dat aan dat symbool is verbonden, te beschermen? Het – heel – korte antwoord is: ja, onder voorwaarden. Een uitwerking is hieronder te lezen.

Het in rechte vorderen van een verbod of een bevel ten aanzien van een gedraging is in het algemeen slechts mogelijk voor de natuurlijke of rechtspersoon die een voldoende eigen belang heeft bij het voorkómen of stoppen van de gedraging (art. 3:303 BW).[206] In conflictsituaties op het terrein van het burgerlijk recht is procederen eerst en vooral aan individuele eisers met een eigen belang, zoals de softwareontwerper die een klant heeft die volhardt in zijn weigering te betalen voor geleverd 'meerwerk', of het deurwaarderskantoor dat aanhoudende geluidsoverlast ervaart van het naastgelegen particuliere kinderdagverblijf en verlangt dat het met spoed effectieve isolatie aanbrengt.

Van eisers met specifieke, enkel op hun eigen positie gerichte belangen is níet langer sprake waar natuurlijke of rechtspersonen hun krachten bundelen om op te komen voor de belangen van ándere natuurlijke of rechtspersonen.[207] Niettemin is in het burgerlijk recht de algemene mogelijkheid erkend om, binnen zekere kaders, ter bescherming van belangen van andere personen collectief over normschending te procederen.[208] De ontwikkeling die heeft geleid tot de invoering van een wettelijke regeling in de artikelen 3:305*a* en 305*b* BW in 1994,[209] is door de lagere rechter ingezet in de jaren zeventig van de vorige eeuw en is begin jaren tachtig gevolgd door de Hoge

206 Zo ook Asser-Hartkamp (4-III) 2006, nr. 118*b*, p. 138. Een eigen belang wordt in deze paragraaf opgevat in enge zin, dat wil zeggen gericht op de eigen vermogensrechtelijke positie van een partij, ter onderscheiding van het 'eigen' belang dat een organisatie zich door middel van haar statuten heeft aangetrokken maar dat in wezen de behartiging van belangen van andere natuurlijke of rechtspersonen reflecteert. Aldus ook Frenk 1994, p. 113. Een stichting of een vereniging met volledige rechtspersoonlijkheid (zie de tekst van art. 3:305*a* BW hierna) kan men aantreffen als opkomend voor het eigen belang in enge zin, bijvoorbeeld als huurder van een kantoorpand, of als belangenbehartiger voor andere personen. Deze paragraaf richt zich uitsluitend op de procesmogelijkheden in het kader van behartiging van belangen van anderen.

207 Zie omtrent 'eigen belang' i.v.m. belangenorganisaties, Frenk 1994, p. 24-42, met name p. 37 e.v.

208 In enkele civielrechtelijke deelwetgevingen, zoals de besproken regeling omtrent misleidende reclame-uitingen, bestond de mogelijkheid al vóór de invoering van art. 3:305*a* en 305*b* BW.

209 Wet van 6 april 1994, *Stb.* 1994, 269, inwerkingtreding 1 juli 1994.

Raad.[210] De wettelijke regeling heeft voortgebouwd op het leerstuk zoals dat tot dan toe was vormgegeven in de rechtspraak.[211]

4.2 *De inhoud van artikel 3:305a BW*

Het voor deze studie relevante gedeelte van de algemene collectieve actieregeling in het burgerlijk recht is neergelegd in artikel 3:305*a* BW.[212] Dit artikel luidt:

1. Een stichting of vereniging met volledige rechtsbevoegdheid kan een rechtsvordering instellen die strekt tot bescherming van gelijksoortige belangen van andere personen, voorzover zij deze belangen ingevolge haar statuten behartigt.
2. Een rechtspersoon als bedoeld in lid 1 is niet ontvankelijk, indien hij in de gegeven omstandigheden onvoldoende heeft getracht het gevorderde door het voeren van overleg met de gedaagde te bereiken. Een termijn van twee weken na de ontvangst door de gedaagde van een verzoek tot overleg onder vermelding van het gevorderde, is daartoe in elk geval voldoende.
3. Een rechtsvordering als bedoeld in lid 1 kan strekken tot veroordeling van de gedaagde tot het openbaar maken of laten openbaar maken van de uitspraak, zulks op een door de rechter te bepalen wijze en op kosten van de door de rechter aan te geven partij of partijen. Zij kan niet strekken tot schadevergoeding te voldoen in geld.
4. Een gedraging kan niet ten grondslag worden gelegd aan een rechtsvordering als bedoeld in lid 1, voor zover degene die door deze gedraging wordt getroffen, daartegen bezwaar maakt.
5. Een rechterlijke uitspraak heeft geen gevolg ten aanzien van een persoon tot bescherming van wiens belang de rechtsvordering strekt en die zich verzet tegen werking van de uitspraak ten opzichte van hem, tenzij de aard van de uitspraak meebrengt dat de werking niet slechts ten opzichte van deze persoon kan worden uitgesloten.

Een collectieve actie kan worden ingesteld door stichtingen of verenigingen met volledige rechtsbevoegdheid die blijkens hun statuten ten doel hebben gelijksoortige belangen van andere (natuurlijke of rechts-) personen te beschermen (lid 1).[213] Stichtingen bezitten volledige rechtspersoonlijkheid,

210 Zie met name HR 1 juli 1983, *NJ* 1984, 360, m.nt. MS (*Landelijke Specialisten Vereniging*); 5 oktober 1984, *NJ* 1985, 445, m.nt. LWH (*Stichting Zonder Recht of Titel*); 27 juni 1986, *NJ* 1987, 743, m.nt. WHH (*Nieuwe Meer*); 18 december 1992, *NJ* 1994, 139, m.nt. MS (*Kuunders*). De Hoge Raad heeft geanticipeerd op de wettelijke regeling in zijn arresten van 2 september 1994, *NJ* 1995, 369, m.nt. HJS (*Consumentenbond*) en 2 december 1994, *NJ* 1996, 246, m.nt. DWFV (*ABN Amro/Coopag*).

211 Frenk 1994, p. 81-102, met analyse; Jongbloed (*Vermogensrecht*) 2002, art. 3:305*a*, aant. 4-5, p. 6-13.

212 In 1994 is ook art. 3:305*b* ingevoerd, dat publiekrechtelijke rechtspersonen – die geen statuten kennen – in de zin van art. 2:1 BW onder bepaalde voorwaarden de bevoegdheid verleent een collectieve actie in te stellen. Het artikel blijft buiten beschouwing, omdat het voor oneigenlijk symboolgebruik niet is ingeroepen en daartoe ook minder geschikt is. Hetzelfde geldt voor het enigszins verwante, op een Europese richtlijn met betrekking tot de bescherming van consumentenbelangen gerichte art. 3:305*c* BW.

213 Hierin valt tevens te lezen de (ontvankelijkheids-)eis van voldoende belang bij het instellen van rechtsvorderingen (vgl. art. 3:303 BW; over de verhouding van het belangvereiste van art. 3:303 en 3:305*a* HR 1 juli 1992, *NJ* 1993, 450 m.nt. HJS (*Alpha-hulpverleners*); zie tevens Snijders, 'Proces en (rechts)belang in civilibus, van Jeffrey naar de mediatie', *BWKJ* 17 (2001), p. 20).

verenigingen alleen indien hun statuten in een notariële akte zijn neergelegd.[214] Dit betekent een koerswijziging ten opzichte van rechtspraak van de Hoge Raad, die vóór de invoering van artikel 3:305*a* de eis van *notariële* statuten niet stelde.[215]

Nadere voorwaarden ten opzichte van de hoofdregel in artikel 3:305*a* lid 1 volgen uit de leden 2 tot en met 5. Zo is voor ontvankelijkheid van de eisende partij in haar rechtsvordering vereist dat zij in de omstandigheden van het geval voldoende heeft gedaan om eenvoudiger, door middel van overleg, een uitweg uit het conflict te zoeken (lid 2).[216] De regeling voorziet niet in de mogelijkheid schadevergoeding in geld te verkrijgen (lid 3), maar buiten dat is in beginsel elke vordering mogelijk.[217] Bij handhaving van oneigenlijk symboolgebruik door middel van een collectieve actie zal het om delictuele aansprakelijkheid gaan. Een collectieve actie kan niet worden ingesteld ten behoeve van een natuurlijke of rechtspersoon voor zover deze daartegen bezwaar maakt (lid 4). Een andere potentiële beperking is dat de natuurlijke of rechtspersoon ten behoeve van wie de actie (mede) was ingesteld, zich tegen die gevolgen verzet (lid 5, met nadere uitwerking).[218]

214 Art. 2:285 e.v. BW, resp. art. 2:26 e.v. (met name art. 27 en 30) BW.

215 Zo heeft de Hoge Raad in een bepaald geval een medezeggenschapsraad toegelaten: HR 3 december 1993, *NJ* 1994, 375, r.ov. 3.3 (*Medezeggenschapsraad*). Afgewacht moet worden of de Hoge Raad in de toekomst, ondanks de bewoordingen van art. 3:305*a*, wellicht toch in bepaalde gevallen aan verenigingen met beperkte rechtsbevoegdheid (art. 2:26 jo 30 BW) en mogelijk ook aan andere organisaties procesbevoegdheid zou toekennen. Zie Snijders in punt 4 van zijn noot bij HR 2 september 1994, *NJ* 1995, 369 (*Consumentenbond*), die daar aangeeft niet in te zien waarom andere rechtspersonen principieel buiten de deur zouden moeten blijven. Hij noemt de spoedeisende procedure als een situatie waarin de formele gedaante van de organisatie de ontvankelijkheid niet zou moeten blokkeren. Frenk 1994, p. 25-26 denkt o.a. aan ondernemingsraden. Over het statutenvereiste valt meer te zeggen, maar voor mijn studie is dat niet principieel.

216 Het aan de gedaagde partij bieden van een termijn van twee weken vanaf de ontvangst van het verzoek tot overleg is in elk geval voldoende.

217 Het vorderen van schadevergoeding in natura is wél mogelijk (het is aan de rechter om te beoordelen of hij de sanctie passend acht, art. 6:103 BW). Veelal zal echter een bevel tot rectificatie of een verbod van een bepaalde handeling worden verzocht. Een verklaring van recht dat een handeling onrechtmatig is, is ook mogelijk (art. 3:302 BW). Vervolgens kunnen individuele eisers met dat vonnis in de hand in het algemeen eventueel wél schadevergoeding in geld vorderen. Bij optreden tegen oneigenlijk symboolgebruik speelt de schadevergoedingsactie echter geen rol van betekenis (zie par. 3.2.3). Zie voor een overzicht van o.g.v. art. 3:305*a* in te stellen typen vorderingen in de rechtspraak, Jongbloed (*Vermogensrecht*) 2002, art. 3:305*a*, aant. 16, p. 74-75.

218 In het verlengde hiervan kan voor de volledigheid worden opgemerkt dat een door een organisatie verkregen rechterlijke uitspraak bindende kracht heeft tussen de eisende organisatie en de gedaagde partij, maar geen gezag van gewijsde heeft ten opzichte van de door de eiser vertegenwoordigde individuele natuurlijke of rechtspersonen, of andere personen met een overeenkomend belang. Vgl. T&C Vermogensrecht (Stolker) 2001, art. 3:305*a*, aant. 6, p. 1473. Zie bovendien over de strekking van art. 3:305*a* lid 5 HR 14 juni 2002, *NJ* 2003, 689, m.nt. HJS (*Nederlandse Vakbond van Varkenshouders/Staat*).

4.3 *Achterliggende gedachte en doel van de regeling*

De figuur van de collectieve actie weerspiegelt de gedachte dat een actieve en mondige samenleving vraagt om een royale mogelijkheid om ter bescherming van collectieve belangen te kunnen procederen voor de burgerlijke rechter. Waar het individuele eisers ontbreekt aan een eigen belang (art. 3:303 BW) bij een vordering, of waar een op initiatief van burgers opgerichte organisatie die zich een gedeeld belang aantrekt wenst te procederen, betekent de bevoegdheid in artikel 3:305*a* BW een uitkomst. "Het is weinig bevredigend", aldus staatssecretaris van justitie Kosto in de memorie van toelichting bij dit artikel, "wanneer bepaalde vormen van onrechtmatig gedrag niet langs civiele weg kunnen worden bestreden enkel door het bestaan van feitelijke of juridische drempels die de toegang tot de burgerlijke rechter versperren." Daarbij bestempelde de staatssecretaris de soms door private organisaties verrichte taken "op gebieden waarop ook de overheid zich begeeft", in die gevallen als "een gezamenlijke verantwoordelijkheid".[219]

Door verruiming van de procesmogelijkheden kon een grotere effectiviteit van de rechtsbescherming worden bereikt in procedures over normschendingen die een breder belang raken. Hierin laat zich nu eenmaal minder goed vaststellen hoe een individuele eiser in zijn eigen belang is geraakt, maar des te beter op welke wijze (een deel van) de gemeenschap is benadeeld.[220] Bovendien droeg de verruiming bij aan de efficiëntie van procederen: de kosten worden verdeeld onder de contribuanten aan het collectief, wat op zichzelf al de toegankelijkheid van burgers tot de rechter vergroot, en de bundeling van belangen in een procedure vermindert het aantal aanhangig gemaakte individuele zaken. Verder verwachtte de wetgever dat van de regeling een belangrijke preventieve werking zou uitgaan.[221] Overleg voeren met een stok achter de deur, legt gewicht in de schaal.

In de literatuur noemt Van Nispen de ontwikkeling van de wettelijke regeling van groot gewicht uit het oogpunt van rechtshandhaving, die volgens hem door de regeling vooral voor de groepsactie doelmatiger en stringenter is geworden, terwijl de regeling bovendien de reikwijdte van het burgerlijk recht heeft vergroot door ter bestrijding van 'nieuwe' vormen van onrecht, in de civiele procedure 'nieuwe' algemene belangen een ingang te bieden.[222]

219 *Kamerstukken II* 1991/92, 22 486, nr. 3, p. 2 (MvT).
220 HR 27 juni 1986, *NJ* 1987, 743, r.ov. 3.2, m.nt. WHH (*Nieuwe Meer*). Voorts Frenk 1994, p. 2-3.
221 *Kamerstukken II* 1991/92, 22 486, nr. 3, p. 2 (MvT). De MvT noemde effectieve en efficiënte rechtsbescherming als de motor achter de regeling.
222 Mon. Nieuw BW A-11 (Van Nispen), nr. 39, p. 67-68.

4.4 Groepsbelangen en algemene belangen

Doorgaans onderscheidt men gebundelde belangen in groepsbelangen en algemene belangen, hoewel de grens tussen die twee niet steeds goed is aan te geven.[223] Een 'groep' kan bestaan uit een individualiseerbare verzameling (natuurlijke of rechts-) personen die een overeenkomend eigen belang hebben en die daardoor direct profiteren van een actie ter opheffing van het nadeel dat zij ondervinden.[224] Daarnaast kan een door sociale kenmerken verbonden verzameling personen ook een 'groep' zijn. Ook zo'n groep kenmerkt zich door gelijkluidende eigen belangen van de betrokken individuele personen (en in die zin ook een gemeenschappelijk belang, maar nog geen 'algemeen' belang). Te denken valt in het kader van deze studie met name aan geloofsgemeenschappen of kerkgenootschappen. Een voorbeeld vormt de eerder genoemde Stichting Werkgroep Agni, die opkomt voor belangen die samenhangen met een hindoeïstische levensvisie.[225]

Van een 'algemeen' belang kan worden gesproken wanneer het concrete belang uitstijgt boven het niveau van de groep en men zich het belang in brede kring aantrekt, regionaal of nationaal.[226] Algemene belangen zijn in beginsel neutraler dan groepsbelangen, in die zin dat ze direct of indirect tot het welzijn van alle burgers strekken. Direct wanneer het om een onderwerp gaat dat de samenleving als geheel raakt (goed openbaar vervoer, toegang tot onderwijs, betaalbare energie), indirect wanneer het onderwerp een specifieker deel van de samenleving raakt maar het maatschappelijk als voldoende knellend wordt beschouwd om het tot het algemeen belang te rekenen (bijvoorbeeld investeren in een arme regio). Het algemene belang is als regel ideëel van aard.[227] In het kader van dit onderzoek is te wijzen op belangen die samenhangen met Nederland als natie en cultuurhistorische eenheid.

---

223 De aanduiding 'gebundelde belangen' ziet zowel op de aard van de betrokken belangen (groepsbelangen resp. algemene belangen en bijvoorbeeld ideëel) als op het, via art. 3:305*a* uiteraard, hebben van een voldoende belang bij procederen en het instellen van een vordering (art. 3:303 BW). Groenendijk 1981, p. 47-51 onderscheidde drie categorieën van 'gebundelde belangen': groepsbelangen, collectieve belangen en algemene belangen. Omdat groepsbelangen en collectieve belangen uiteindelijk sterk op elkaar lijken, houd ik de in de literatuur breed gedragen categorisering groepsbelangen en algemene belangen aan.

224 Volgens Van Nispen 1988, p. 5 prevaleert bij groepsbelangen het facet van de rechtshandhaving, als tegenhanger van een ideëel streven bij algemeen belang-acties.

225 Par. 3.3.3.

226 Hier speelt natuurlijk ook mee, dat wanneer men in bepaalde kringen zoals de landelijke pers of het parlement zégt dat een bepaald onderwerp van algemeen belang is, dat het dan daarmee zo is.

227 *Kamerstukken II* 1991/92, 22 486, nr. 3, p. 22 (MvT); HR 18 december 1992, *NJ* 1994, 139, m.nt. MS (*Kuunders*); Frenk 1994, p. 113. Wellicht is het nuttig om hier met betrekking tot de term ideëel te herinneren aan par. 2 hiervóór en vooruit te wijzen naar de volgende paragrafen, waarin als regel het onderscheid tussen commerciële en niet-commerciële uitingen wordt aangehouden, en onder de niet-commerciële uitingen mede de ideële resp. politieke uiting wordt begrepen. In par. 4 over de collectieve actie is dit nadere onderscheid niet nodig of behulpzaam.

Het ligt evenwel voor de hand dat áls een collectieve actie wordt ingesteld vanuit een aan symboolgebruik verbonden belang, dat het dan vaak om een belang van religieuze aard zal gaan. Het terrein van religie plaatste ik onder de groepsbelangen. Of geloofsbelangen niet óók, of zelfs beter, tot algemene belangen gerekend kunnen worden, lijkt een kwestie van opvatting. In mijn opvatting verdient een grote religie als regel geen 'bescherming' onder de vlag van het algemene welzijn, en mogelijk ten koste van kleinere; omgekeerd zie ik geen reden om de belangen van kleinere geloofsgemeenschappen als regel, bijvoorbeeld onder het motto van respect voor minderheden, naar het gemeenschapsniveau te tillen.[228] Het uitgangspunt lijkt mij daarom te moeten zijn dat geloofsopvattingen naar hun aard groepsgebonden zijn.[229] Dit is wellicht anders in een land waarin (bijna) alle burgers dezelfde religie aanhangen, maar Nederland is niet zo'n land.[230]

In het voorbijgaan nog het volgende. Dát een organisatie op grond van artikel 3:305*a* zou kunnen opkomen voor een belang waarvan de bescherming ook of zelfs eerst en vooral aan de *overheid* is, plaats ik buiten twijfel, met de aantekening dat die mogelijkheid op zichzelf nog niet veel hoeft te zeggen over de kans van slagen.[231] Maar het uitgangspunt is dat het kán: niet alleen komen eenmaal aangekondigde wettelijke maatregelen nu eenmaal niet van de ene op de andere dag tot stand, wat in de tussentijd ruimte laat voor door burgers geïnitieerd civielrechtelijk optreden, ook sprak de memorie van toelichting zelfs van een gedeelde verantwoordelijkheid.[232] Het past bij de huidige realiteit in Nederland om de burger via de talrijke actieve en invloedrijke belangenorganisaties deze mogelijkheid tot het nemen van initiatief te bieden.[233] Door de rechter in concrete gevallen te laten bepalen *in welke mate* de burger algemene belangen op zich kan nemen respectievelijk handhaving kan afdwingen, worden eventuele 'uitwassen' voorkómen.

---

228 Mijn toevoeging "als regel" bedoelt ruimte te laten voor maatregelen die bijvoorbeeld gericht zijn op het bewaren van de rust in de samenleving. Bij wijze van kruisverband met hoofdstuk 2, par. 5 signaleer ik dat het EHRM 20 september 1994, *NJ* 1995, 366, r.ov. 56, m.nt. EJD (*Otto-Preminger-Institut*) vanuit dit doel i.v.m. de geloofsovertuiging van de *meerderheid* in een bepaalde regio (Tirol) het optreden van de autoriteiten tegen de vertoning van de film 'Das Liebeskonzil' naar de maatstaven van art. 10 lid 2 EVRM geoorloofd heeft geacht.

229 Tot op zekere hoogte blijft het een kwestie van perspectief: het onderscheid tussen 'groep' en 'algemeen' vervaagt vanuit het blikveld van een gemeenschap, daar waar het over de individuele belangen van de leden van de gemeenschap gaat en tevens daar waar die gemeenschap zichzelf tevens tot een *wereld*gemeenschap rekent.

230 (Inter-)nationale symbolen alsmede symbolen van (cultuur-)historische aard kunnen doorgaans tot de algemene belangen gerekend worden, maar met name bij de laatste groep kan dat evengoed anders liggen.

231 Hier doel ik op het verschil tussen ontvankelijkheid en toewijzing van het gevorderde. De kans van slagen van een vordering kan bijvoorbeeld mede afhankelijk zijn van de strekking van de gevorderde sanctie, afgezet tegen de feiten en omstandigheden van het geval. Zie ook par. 4.6.

232 Zie voor de bron par. 4.3.

233 Aldus Hartkamp 2000, p. 26.

4.5 Behartigde ideële belangen

Waar de statutaire doelstelling van een organisatie het belang dekt dat de organisatie zich heeft aangetrokken en dat door een (dreigende) normschending in de verdrukking komt, kan de organisatie naar de letter van artikel 3:305*a* een collectieve actie instellen, bijvoorbeeld uit onrechtmatige daad. (Duidelijk mag zijn dat het hebben, of desnoods *ad hoc* aanpassen, van de juiste – toepasselijke – statutaire doelstelling, op zichzelf nog niet de toewijzing van het gevorderde kan rechtvaardigen.) Om ontvankelijk te kunnen zijn in een vordering mag het belang waarvoor de eisende organisatie opkomt, evenwel niet te ruim omschreven zijn.[234] Bovendien wordt ontvankelijkheid in beginsel pas in combinatie met andere factoren aangenomen.[235] Zo moeten de belangen van de vertegenwoordigde (natuurlijke of rechts-) personen zich naar hun aard lenen voor bundeling in een collectieve procedure,[236] waarin van eventuele bijzonderheden die individuele (natuurlijke of rechts-) personen betreffen moet kunnen worden geabstraheerd.[237] Artikel 3:305a lid 1 geeft aan dat het moet gaan om gelijksoortige belangen van andere personen. Voor de ontvankelijkheid in de vordering van een organisatie die opkomt voor een *groeps*belang, vereist de wettelijke regeling in artikel 3:305*a* BW níet expliciet dat de organisatie voldoende representatief is voor haar 'achterban', ánders dan een deel van de rechtspraak vóór 1994.[238]

234 Zie HR 1 juli 1992, *NJ* 1993, 450, r.ov. 3.5, m.nt. HJS (*Alpha-hulpen*).

235 Een uitzondering is aanvaard voor milieubelangen in HR 27 juni 1986, *NJ* 1987, 743, r.ov. 3.2, m.nt. WHH (*Nieuwe Meer*).

236 In HR 5 oktober 1984, *NJ* 1985, 445, r.ov. 3.2, m.nt. LWH (*Stichting Zonder Recht of Titel*) stond de aard van de belangen – i.c. de (individuele) belangen van de bewoners van een met ontruiming bedreigd pand bij een verbod van tenuitvoerlegging van een rechterlijke uitspraak tot ontruiming – aan bundeling in de weg. Hieraan voeg ik nog toe dat wanneer in een concreet geval een collectieve actie geen enkele meerwaarde heeft boven een individuele actie, de laatste route de voorkeur verdient. Mon. Nieuw BW A-11 (Van Nispen), nr. 40, p. 69 vindt het jammer in de wet het subsidiaire karakter van de regeling niet tot uitdrukking komt.

237 Kan dat laatste niet, dan is een individuele procedure waarin een eiser opkomt voor een eigen, rechtsreeks belang meer aangewezen. Zie punt 4 van noot WHH onder het arrest *Nieuwe Meer*; Frenk 1994, p. 149 e.v., waar deze eis voor een aantal typen vorderingen wordt besproken.

238 Representatief werd toentertijd bijvoorbeeld geacht de Consumentenbond, in HR 2 september 1994, *NJ* 1995, 369, r.ov. 3.9: "naar algemene maatstaven voldoende representatief (..) om in voorkomende gevallen zo nodig ter bescherming van een collectief consumentenbelang in rechte op te treden." Hof Arnhem 16 januari 1990, *NJ* 1990, 470, r.ov. 11-15 (*Stinissen*) vormt een voorbeeld van een geval waarin de eisende organisatie wegens een gebrek aan representativiteit *niet* in haar vordering werd ontvangen: de volgens het hof nadrukkelijk vanuit een christelijke levensbeschouwing opererende Nederlandse Patiënten Vereniging was één van de patiëntenverenigingen in het land, en had niet met andere verenigingen overleg gevoerd over de concrete zaak (die draaide om de medische behandeling van een comateuze patiënt). Frenk 1994, p. 132 gaat ervan uit dat op grond van art. 3:305*a* de representativiteitseis in het kader van de ontvankelijkheid niet meer gesteld kan worden en wijst er voorts op dat lid 5 van art. 3:305*a* het wegvallen van de eis ondervangt. Jongbloed (*Vermogensrecht*) 2002, art. 3:305*a*, aant. 15, p. 73 geeft aan dat de eis wél speelt bij de vraag of de vordering kan worden toegewezen.

De *aard* van de belangen kan ideëel zijn, en in het kader van deze studie gaat het *steeds* om ideële belangen. Ontvankelijkheid van ideëel getinte vorderingen vereist niet dat ieder lid van de samenleving evenveel waarde hecht aan de belangen waarmee de vorderingen in verband staan, aldus de memorie van toelichting bij de wettelijke regeling. Ook kan het zo zijn dat deze belangen in strijd komen met de ideeën en opvattingen van andere groeperingen in de samenleving.[239] Frenk noemt in zijn dissertatie het voorbeeld dat zowel de Vereniging baas in eigen buik als de Vereniging tot bescherming van het ongeboren kind ontvankelijk moeten kunnen zijn in hun vordering.[240]

4.6 Toewijzing van het gevorderde

Wel zal in een collectieve actie die (uiteindelijk) strekt tot bescherming van de ene of de andere religieuze of culturele identiteit, de gerechtvaardigdheid van de toewijzing van het door de belangenorganisatie gevorderde naar mijn mening moeten kunnen worden beïnvloed door het ontbreken van een algemene opvatting, of het bestaan van andersluidende opvattingen van níet in de procedure vertegenwoordigde groepen.[241] Hier kan het de eisende organisatie helpen wanneer zij de rechter kan laten zien, dat zij met hetgeen zij van de gedaagde vordert de stem van haar achterban vertolkt.[242]

De organisatie wier opvatting één van de vele geluiden in het veld vormt, heeft des te meer de maat van hetgeen zij vordert in het oog te houden. Om een voorbeeld te geven, de vordering van een joodse splintergroepering tot rectificatie in een overkoepelend joods blad van een specifiek aan haar adres gerichte belediging, zou om die reden te ver kunnen strekken. Nu binnen geloofsgemeenschappen regelmatig uiteenlopende opvattingen over het geloof bestaan, zal een belangenorganisatie in die gemeenschap überhaupt niet

239 *Kamerstukken II* 1991/92, 22 486, nr. 3, p. 22 (MvT).

240 *Kamerstukken II* 1991/92, 22 486, nr. 3, p. 22 (MvT); Frenk 1994, p. 114. Het vermelden waard zijn voorts de procedures gevoerd door natuurbeschermingsorganisatie Kritisch Faunabeheer, onder andere in verband met gebruik van de naam Faunabeheer door jagers: Hof Amsterdam 5 juni 1997, *KG* 1997, 210, *BIE* 1998, nr. 23, p. 103 (*Kritisch Faunabeheer/Actief Faunabeheer*); Pres. Rb. Amsterdam 20 februari 1997, *KG* 1997, 87 (*Kritisch Faunabeheer/Wetenschappelijk Onderzoek Faunabeheer*); HR 3 september, *NJ* 1999, 718 (*Kritisch Faunabeheer/Koninklijke Nederlandse Jagersvereniging*).

241 Anders gezegd: representativiteit, die de wet voor ontvankelijkheid van de procederende belangenorganisatie niet vereist, kan in de beoordeling van de gerechtvaardigdheid van het gevorderde wél een factor zijn. Vgl. Jongbloed (*Vermogensrecht*) 2002, art. 3:305*a*, aant. 15, p. 73, die schrijft dat de rechter een belang gevorderd verbod of bevel kan weigeren bijvoorbeeld vanwege de vérstrekkende implicaties van het verbod of bevel, mogelijk mede in verhouding tot de (geringe) omvang van de groep.

242 Het draagvlak van de procederende organisatie in verband met de strekking van haar vordering(en) aantonen, is praktisch bezwaarlijk (hoe kan die steun worden vastgesteld, wat kost dat, wat zegt het precies dat – zeg – een kwart van een gemeenschap adhesiebetuigingen heeft afgegeven, enzovoort), maar dat doet op zichzelf niet af aan de relevantie voor de toewijzingsvraag.

spoedig kunnen claimen dé stem te zijn. Toewijzing van een verbod en eventueel een rectificatie zou in zo'n *setting* niettemin op zichzelf mogelijk moeten zijn, zij het eventueel met een bescheidener reikwijdte dan gevorderd.[243]

4.7 *Overleg voeren in plaats van of voorafgaand aan procederen*

Een belangengroepering hoeft niet per se te procederen, maar kan ook langs de weg van overleg een eind komen. Nu vereist artikel 3:305*a* lid 2 BW ook dat de organisatie probeert in gesprek te komen voordat zij een procedure start. De Stichting Werkgroep Agni noemde ik eerder al, en ik besef me dat zij niet de enige belangenorganisatie in Nederland is, maar zij levert wel een paar toepasselijke voorbeelden.[244] Agni benaderde verschillende winkelketens in Nederland in verband met het afbeelden van hindoe-symbolen op onder andere pannen, asbakken, slippers en kunstnagels.

Grafische voorstellingen van hindoe-symbolen worden door de commercie regelmatig als aantrekkelijk ervaren om hun kleurrijkheid en fantasie, maar kennelijk niet vanwege enige religieuze connotatie. In verschillende gevallen hadden de gesprekken van Agni succes en gingen bedrijven overstag, waarmee zij zich bereid toonden rekening te houden met godsdienstige gevoeligheden.

Om een voorbeeld te geven: meubelketen Ikea bood een toiletdeksel te koop aan dat was versierd met een afbeelding van Ganesh, de hindoe-god met het 'olifantenhoofd' waarvan onder andere gezegd wordt dat deze *hindernissen* in het menselijk leven wegneemt.

Hieronder een plaatje:

243 Zie over de toewijzingsvraag ook reeds de opmerkingen in par. 3.4.6.

244 Zie de vermelding van voorbeelden in de rechtspraak Jongbloed (*Vermogensrecht*) 2002, art. 3:305*a*, aant. 21, p. 107-111. Voorbeelden en correspondentie tussen Agni en winkelbedrijven zijn mij ter inzage verstrekt door Agni. De voorbeelden en een toelichting van Agni zijn te raadplegen op de internetpagina < www.agni.nl >.

Volgens Agni is het product na overleg met onder andere woonwarenhuis IKEA uit de handel genomen uit consideratie voor godsdienstige gevoelens.

4.8 Rechtsbijstand voor procederende organisaties

4.8.1 Algemeen

Procederen kost tijd en geld, en is dus een last voor vaker procederende organisaties, zoals de Consumentenbond. Al met al is vooral van belang dat de mogelijkheid om als belangenbehartigende organisatie collectief te ageren tegen (dreigende) normschending bestáát, ook al kost dat geld, maar een beetje subsidie van de overheid zou wél helpen. Ten aanzien van een aan een *symbool* verbonden belang ligt voor de hand dat in verenigd verband actie wordt ondernomen, zodat daar de vraag naar de mogelijkheid om geld in een procedure te steken prominent is. Zowel het ene als het andere punt onderstreept het belang van rechtsbijstand voor procesbevoegde belangenorganisaties. Op dit moment zijn de mogelijkheden voor rechtsbijstand echter beperkt.

4.8.2 Enkele voorwaarden van de wettelijke regeling

Rechtsbijstand wordt verleend aan organisaties die voldoen aan de voorwaarden zoals vermeld in de Wet op de Rechtsbijstand (WRB). Rechtsbijstand wordt op grond van artikel 36 lid 1 WRB verleend "indien van de rechtspersoon redelijkerwijze niet verwacht kan worden dat deze de kosten van rechtsbijstand betaalt uit eigen vermogen of inkomsten, waaronder begrepen bijdragen van leden of betrokkenen, alsmede subsidies van de overheid." Rechtsbijstand wordt níet verleend indien "de daartoe strekkende aanvraag wordt gedaan door een rechtspersoon die is opgericht met het doel om een gerechtelijke procedure te voeren", aldus artikel 12 lid 2 onder *d* WRB.

De belangenorganisatie (met rechtspersoonlijkheid) die naar aanleiding van een incident en met het oog op het bewerkstelligen van het opheffen van nadeel in het leven wordt geroepen, zou reeds hierom buiten de subsidieboot vallen. Ingrijpend is ook dat de belangenbehartiging – geen eigen belang, maar aangetrokken belangen van anderen – en de aard van de belangen – ideëel – een obstakel vormen. Om maar dicht bij huis, althans par. 3, te blijven, de stichting voor hindoe-belangen Agni heeft geen rechtsbijstand toegewezen gekregen.

4.8.3 Wenselijkheid van rechtsbijstand voor belangenorganisaties

Is deze toestand, in algemene zin wel te verstaan, terecht, of gaat het om een gemiste kans?[245] Uiteindelijk is hiervoor beslissend of men zich kan vinden in

245 Over het onderwerp van rechtsbijstand is door anderen al geschreven en ik zal de standpunten niet herhalen. Als voorbeeld noem ik Daalder 1999, p. 57-58.

de mogelijkheid dat burgers in rechte voor de behartiging van belangen van anderen opkomen, zoals de wet nu onder voorwaarden toestaat, maar dan ook met alle faciliteiten van dien, of dat men dat éigenlijk de (uitsluitende) taak van de overheid vindt.

In mijn optiek gaat het om een andere weg naar Rome: daar waar de wetgever aan de belangenorganisatie onder voorwaarden gelijke procesmogelijkheden gunt als aan de procespartij die opkomt voor een eigen belang, zou die tevens op gelijke voet een aanspraak op rechtsbijstand moeten hebben.[246] Ten aanzien van algemene belangen die de overheid ongeregeld heeft gelaten hoewel zij daarin een taak zou hebben, is deze subsidiëring bij uitstek op zijn plaats. Maar ook voor groepsbelangen zoals die van een geloofsgemeenschap kan een lans worden gebroken. Rechtsbijstand past bij de verdere emancipatie van de in ons land actieve en regelmatig invloedrijke belangenorganisaties.

Het introduceren van de mogelijkheid van rechtsbijstand voor organisaties die zijn gevormd met het oog op het opkomen, eventueel in rechte, voor gebundelde belangen, vergroot de toegankelijkheid tot de rechter en daarmee de effectiviteit van rechtsbescherming – twee pijlers van de regeling in artikel 3:305*a* BW.

Een toename aan gesubsidieerde procedures valt dan te verwachten, maar geen stortvloed, al was het maar omdat procederen ook mét subsidie tijd, organisatie en geld blijft kosten. 'Frivole' of in verhouding tot het te beschermen belang te kostbare zaken worden op grond van artikel 12 lid 2 onder *a* en *b* Wet op de Rechtsbijstand uitgesloten van de faciliteit, evenals financieel voldoende sterke procespartijen.[247]

4.9 Tussenevaluatie

De collectieve actiebevoegdheid blijkt een in de praktijk regelmatig gebruikte mogelijkheid om in rechte op te komen voor gebundelde belangen. Voor de bescherming van algemene belangen en van groepsbelangen kan zij een uitkomst betekenen. Van koudwatervrees is in de rechtspraktijk na een kwart eeuw geen spoor meer, al is een deel van de grenzen van de sinds 1994 bestaande *wettelijke* regeling nog niet beproefd. De waarde van de collectie actiebevoegdheid schuilt in de 'samen sterk'-gedachte en vooral ook in het karakter van de individu-overstijgende belangen waarvoor bescherming wordt

246 Anders gezegd, ik doel op de ongelijkheid dat blijkens het genoemde art. 12 rechtsbijstand wél ten dienste zou staan aan individuele eisers die o.g.v. art. 6:162 BW opkomen voor het belang van andere natuurlijke of rechtspersonen.

247 Rechtsbijstand wordt niet verleend indien "de daartoe strekkende aanvraag kennelijk van elke grond is ontbloot", volgens onderdeel *a*, en indien "de aan de te verlenen rechtsbijstand verbonden kosten niet in redelijke verhouding staan tot het belang van de zaak", volgens onderdeel *b*. Zie voor het financiële plafond art. 34 WRB. De vraag aan de hand van welke maatstaven zou moeten worden bepaald of een procedure over oneigenlijk symboolgebruik 'frivool' is, vormt een zijpad dat ik hier passeer.

gezocht. Procesbevoegde belangenorganisaties moeten naar mijn mening onder vergelijkbare voorwaarden als individuele personen aanspraak kunnen maken op rechtsbijstandfaciliteiten, teneinde de collectieve actieregeling optimaal te kunnen laten functioneren (het belang van de effectiviteit).

5 Zelfregulering: 'verbod' ontoelaatbare commerciële en ideële reclame-uitingen (Nederlandse Reclame Code)

5.1 Introductie deelonderwerp

Oneigenlijk gebruik van symbolen kan behalve op grond van bepalingen in het Burgerlijk Wetboek óók op grond van zogenaamde zelfreguleringsnormen worden bestreden, uiteraard niet met uitsluiting van de bevoegdheid een geding bij de rechter aanhangig te maken.[248] Zelfregulering stelt een systeem voor van tussen branchegenoten in het maatschappelijke verkeer overeengekomen gedragsregels die even ver of verder strekken dan waartoe de wet verplicht, en ten aanzien waarvan dezelfde partijen zich tot naleving hebben gecommitteerd, op straffe van sanctionering door een instantie die zij, ook weer zelf, met het oog op de handhaving van hun gedragsregels in het leven hebben geroepen.[249]

Zelfregulering biedt voordelen voor de branche, die immers de touwtjes in handen houdt. Bovendien vergroot zij de transparantie in de eigen sector én creëert dan wel versterkt zij het imago van verantwoordelijkheid. Voordelen voor de overheid zijn er ook: zij hoeft de normering en handhaving niet zelf op zich te nemen, in elk geval zolang de zelfregulering behoorlijk gestalte krijgt en op voldoende draagvlak in de branche kan rekenen. Het blijft echter altijd mogelijk dat de wetgever alsnog zelf met regels komt.[250]

248 Zelfregulering heeft een aanvullend karakter ten opzichte van geschillenbeslechting door de rechter; art. 17 Gw schrijft voor dat niemand tegen zijn wil de toegang tot de rechter kan worden ontzegd. Voor mijn introductie van het begrip zelfregulering put ik met name uit Verkade 1993, p. 14-19. Als algemene bron noem ik nog: W.J. Slagter, 'Zelfregulering als basis voor privaatrechtelijk tuchtrecht', in: H.J. Snijders e.a. (red.), *Overheidsrechter gepasseerd. Conflictbeslechting buiten de overheidsrechter om*, Arnhem: Gouda Quint 1988, p. 91-109. Zeer positief over zelfregulering in het algemeen is W. van Gerven, 'Zelfregulering' (redactioneel), *TvP* 1999, p. 1585-1587.

249 Vgl. Van Driel 1989, p. 2. Zelfregulering zou men kunnen typeren als vrijwillig in het leven geroepen tuchtrecht (Van Driel 1989, p. 147-148; vgl. ook Overeem 1977, p. 88), al is de vraag of er steeds werkelijk van vrijwilligheid kan worden gesproken. Verkade 1993, p. 15 stelde dat het fenomeen zelfregulering eerder voortkomt uit de dreiging van overheidsregulering, bijvoorbeeld nadat een (vermeende) misstand in een branche is geconstateerd, dan uit een spontane drang tot zelfverheffing in de branche.

250 Ook is als gezegd de toegang tot de rechter niet afgesneden door de mogelijkheid van handhaving binnen de branche; Van Driel 1989, p. 170 e.v. spreekt van overlapping van competenties en van duo-rechtspraak in de reclamesector. Hieraan voeg ik toe dat procederen voor de burgerlijke rechter doorgaans hoe dan ook de aangewezen weg zal zijn, daar waar spoed geboden is (vonnis uitvoerbaar bij voorraad) of waar men schadevergoeding wenst.

De in het algemeen aan zelfregulering te stellen eisen zijn hoger naar mate zelfregulering meer moet worden gezien als vervanging voor wetgeving.[251]

Een belangrijke instantie die zich in Nederland met zelfregulering bezighoudt, is de Stichting Reclame Code. Deze stichting heeft gedragsregels opgesteld met betrekking tot reclame-uitingen, neergelegd in de Nederlandse Reclame Code (NRC).[252] In de stichting zijn verschillende brancheorganisaties vertegenwoordigd, waaronder de STER, de BVA/Associatie Nederlandse Adverteerders en de Consumentenbond. De Stichting Reclame Code heeft tot doel ervoor te zorgen dat in Nederland op verantwoorde wijze wordt geadverteerd en richt zich op zowel commerciële als niet-commerciële reclame-uitingen. Een visie is dat de stichting de *reclame-ethiek* bewaakt met als doel een positief imago van de reclamebranche in stand te houden.[253]

5.2 *Reclame Code Commissie en College van Beroep*

De toetsing aan de gedragsregels in de Nederlandse Reclame Code is in handen van de Reclame Code Commissie (RCC) en het College van Beroep. Particulieren, ondernemingen, beroepsbeoefenaren of organisaties die een algemeen of collectief belang nastreven, en die van mening zijn dat een reclame-uiting in strijd is met reclamenormen, kunnen een klacht indienen bij de RCC.[254] Klagen is in beginsel kosteloos voor particulieren en algemeen belangorganisaties. Een klacht indienen kan eenvoudig, door een brief of e-mail te sturen en daarin de reclame-uiting, de klacht en de gronden te weer te geven.[255] Wanneer de RCC een klacht toewijst doet zij in beginsel aan de beklaagde en de aangesloten brancheorganisaties een zogenaamde aanbeveling.[256] Propageert een reclame-uiting bepaalde politieke of ideële denkbeelden, dan beperkt de RCC zich tot een zogeheten vrijblijvend advies (een term

251 Van Driel 1989, p. 175 (ook p. 8-9, 147-149).

252 De RCC heeft ook de regulering op grond van andere codes in de portefeuille. Ik verwijs naar het overzicht op < http://www.reclamecode.nl/index2.html >.

253 Vergelijk in dezelfde zin over de *Raad van de Journalistiek* De Meij c.s. 2000, p. 290.

254 Zie het door de Stichting Reclame Code uitgegeven boekje Informatie betreffende de werkwijze van de Reclame Code Commissie en het College van Beroep, januari 2004, p. 5 en p. 11.

255 Zie de bron in de vorige voetnoot, p. 10-11 resp. p. 5.

256 Een aanbeveling kan onderhands, openbaar of beperkt openbaar geschieden. Onderhands wil zeggen dat de aanbeveling uitsluitend aan partijen bekend wordt gemaakt (zij het dat iedere belangstellende de onderhandse beslissing kan inzien en het algemeen bekend worden van de beslissing mogelijk is); de openbare beslissing wordt door de RCC aan betrokken partijen, media en enige andere instanties zoals het Ministerie van Economische Zaken en de SER bekend gemaakt; de beperkt openbare beslissing, waarin de namen van betrokken partijen niet bekend worden gemaakt, wordt uitgesproken wanneer de aanbeveling een algemeen voorkomende overtreding betreft en/of wanneer het algemeen belang dat rechtvaardigt. Zie de webpagina van de Stichting Reclame Code < www.reclamecode.nl >; Van Delft-Baas 1982, p. 35-38.

die letterlijk kan worden opgevat).[257] De RCC is tevens bevoegd om reclamegedrag op eigen initiatief te toetsen.

Het College van Beroep behandelt beroepszaken, ingesteld tegen uitspraken van de RCC. Een juridische procedure voor de burgerlijke rechter naar aanleiding van een beslissing van het College van Beroep is mogelijk, maar wordt zelden ingesteld.

De RCC heeft sinds haar start in 1964 duizenden klachtzaken behandeld. Het overgrote deel betreft vormen van misleidende reclame. Het gaat echter ook vaak om klachten over reclame-uitingen waarin de grenzen worden opgezocht van wat door de bank genomen als 'behoorlijk' wordt gezien, of die inspelen op geloof, op minderjarigen, of op de verleidingen van drank, seks of rookwaar.[258]

Het aantal zaken is een veelvoud van de geschillen over reclame-uitingen die in de afgelopen decennia de *rechter* hebben bereikt, zodat het beoordelingsmechanisme alleen al om die reden *efficiënt* genoemd kan worden. De RCC is in haar handhavingstaak tevens *effectief* gebleken doordat de bij de stichting aangesloten organisaties een aanbeveling van haar opvatten als een gebod om de betreffende reclame-uiting niet langer te publiceren. De lage drempel om een reclame-uiting aan te vechten, heeft aan dit succes fors bijgedragen.

Het succes betekent nog niet dat adverteerders steeds even gelukkig zijn met de uitspraken van de RCC, alleen al omdat het aanpassen van reclame-uitingen naar aanleiding van een gegrond verklaarde klacht kostbaar kan zijn.[259] Reclamemaken kan een 'risky business' lijken, als het lot van een reclame-uiting kan worden bepaald door een klacht van 'zomaar' een forens die in de ochtendspits met de uiting is geconfronteerd. Ook brengt een grote toegankelijkheid van de klachtprocedure nogal wat klachten met zich mee die op voorhand al weinig kansrijk zijn.[260] Maar dat hoort er misschien een beetje

257 Zie nader par. 5.5.1.

258 Iedere televisiekijker, krantenlezer of forens zal uit eigen waarneming kunnen bevestigen dat het gros van de adverteerders niet uit is op al te extreme reclame; prikkelen mag wel, maar het moet uiteindelijk toch vooral functioneel blijven. Lees hierover eventueel W. Schreurs, *Geschiedenis van de reclame in Nederland*, Utrecht: Het Spectrum 2001, hoofdstukken 7 en 8, p. 273 e.v. (met name p. 324).

259 Volgens sommige auteurs is in verband met de kostbare gevolgen van het gegrond verklaren van klachten de drempel om te klagen bij de RCC te laag: iedere televisiekijker of krantenlezer kan zich over de als ongewenst ervaren inhoud of vorm van een reclame-uiting beklagen. In deze zin G.A.I. Schuijt in zijn voordracht, gehouden op het symposium 'Intellectuele eigendom en alternatieve geschillenbeslechting' op 28 mei 2002 (waarvan een mede door mij opgetekend verslag in *TvA* 2003, afl. 1, p. 36-40); idem G.A.I. Schuijt, 'De Raad voor de Journalistiek en de Reclame Code Commissie en hun consequenties voor de uitingsvrijheid', *Mediaforum* 2002, afl. 9, p. 282. Schreurs 2001, p. 327-328 beschrijft dat adverteerders en reclamebureaus de extra publiciteit rond een klacht soms ook als welkom ervaren.

260 De voorzitter van de RCC heeft de bevoegdheid een klacht terzijde te leggen, d.w.z. niet inhoudelijk te behandelen. Zie voor de zogenaamde voorzittersafwijzing onder het kopje 'verwerking van een klacht', < http://www.reclamecode.nl/index2.html >.

bij. De adverteerder die de gevolgen van een beslissing wil aanvechten, heeft nog de mogelijkheid een (spoed-)procedure bij de rechter aan te spannen.

5.3 Normen in de Nederlandse Reclame Code

De Nederlandse Reclame Code bestaat uit niet-wettelijke normen, waarin open begrippen vóórkomen. Die zijn ten dele uniek voor de NRC, zoals de goede smaak en het fatsoen, en het nodeloos kwetsen, en kunnen in elkaar overvloeien. Hoewel deze niet-wettelijke, open begrippen de jurist wat vaag en soft in de oren kunnen klinken en zij op voorhand weinig houvast bieden voor zowel degene tot wie de norm gericht is als de instantie die ze moet toepassen, heeft de omvangrijke verzameling beslissingen van de RCC en het College van Beroep inmiddels voldoende '*case law*' gecreëerd.

Het is nuttig om op deze plaats de normen van de volgende artikelen te vermelden:

1. Onder reclame wordt verstaan: iedere openbare aanprijzing van goederen, diensten, of denkbeelden (tezamen: producten). Onder reclame wordt mede verstaan het vragen van diensten.
2. Reclame dient in overeenstemming te zijn met de wet, de waarheid, de goede smaak en het fatsoen.
3. Reclame mag niet strijdig zijn met het algemeen belang, de openbare orde of de goede zeden.
4. Reclame mag niet nodeloos kwetsend zijn, noch een bedreiging inhouden voor de geestelijke en/of lichamelijke volksgezondheid.
5. Reclame behoort naar vorm en inhoud zodanig te zijn dat het vertrouwen in de reclame niet wordt geschaad.
6. Zonder te rechtvaardigen redenen mag reclame niet appelleren aan gevoelens van angst of bijgelovigheid.
7. Reclame mag niet misleiden, met name niet omtrent de prijs, de inhoud, de herkomst, de samenstelling, de eigenschappen of de doelmatigheid van de aangeboden producten. Reclame dient zo duidelijk en volledig mogelijk te zijn, mede gelet op haar aard en vorm en het publiek waarvoor zij is bestemd. Duidelijk behoort ook te zijn door wie de producten worden aangeboden.[261]

Reclame is een ruim begrip, zo blijkt uit artikel 1 NRC. De RCC beoordeelt naast commerciële reclame-uitingen ook politieke en ideële reclame-uitingen, die in de terminologie van de NRC denkbeelden heten. Het onderscheid tussen commerciële reclame-uitingen en niet-commerciële reclame-uitingen – ideëel of politiek – is van belang in verband met de vrijheid van meningsuiting en de mate van bescherming op grond van artikel 10 EVRM. De NRC bevatte vroeger een aparte bepaling over denkbeelden, maar tegenwoordig worden alle reclame-uitingen aan dezelfde normen getoetst.[262]

261 Ik wijs ook op art. 17 NRC: "De Reclame Code dient niet alleen te worden toegepast naar de letter, maar ook naar de geest."

262 Van 1983 tot in 1999 konden denkbeelden slechts worden getoetst aan de wet, de waarheid, misleiding en nabootsing o.g.v. art. 16 NRC (vervallen). Zie over de toetsing van denkbeelden nader par. 5.5.1.

In de bespreking van klachtzaken hieronder, besteed ik eerst aandacht aan commerciële reclame-uitingen (par. 5.4) en daarna aan niet-commerciële uitingen (par. 5.5).[263]

5.4 Klachtzaken over symboolgebruik in commerciële reclame-uitingen

5.4.1 Inleiding

In deze paragraaf 5.4 over commerciële reclame-uitingen komen allereerst reclame-uitingen aan bod die culturele/cultuurhistorische en nationale symbolen omvatten of daaraan refereren (par. 5.4.2), en volgens reclame-uitingen die betrekking hebben op religieuze symbolen (par. 5.4.3).

5.4.2 Culturele/cultuurhistorische en nationale symbolen

Over oneigenlijk gebruik in reclame-uitingen van culturele/cultuurhistorische of nationale symbolen worden weinig klachtzaken behandeld. Er moet al een beetje vrij associërend worden gedacht om als een voorbeeld te kunnen aanhalen een reclame-uiting waarin een oranjekleurige vibrator werd gepresenteerd met de tekst: "Voor een absoluut Oranjegevoel". De klacht luidde: "Het nationale gevoel waaraan een zekere trots inherent is, wordt belachelijk gemaakt en de Nederlandse cultuur wordt gebanaliseerd." De RCC (2000) ging daar niet in mee en oordeelde dat de uiting duidelijk humoristisch was bedoeld.[264]

Een cultuurhistorisch symbool in de vorm van Sint Nicolaas, heeft in diverse zaken de revue gepasseerd. Zo gaf de Goedheiligman in een televisiespotje een Piet een draai om de oren, en bevatte een radioreclame de onthulling dat de Sint helemaal niet bestaat. De lijn van de RCC is dat dit soort reclame het geloof van veel jonge kinderen ondermijnt en daarom niet mag worden uitgezonden op tijdstippen met veel jeugdige kijkers.[265]

5.4.3 Religieuze symbolen

5.4.3.1 Inleiding

Klachten over commerciële reclame-uitingen die ongewenst aanhaken bij en inspelen op religie zijn in verhouding veel talrijker. Ik licht er een aantal uit. Veelal staat in zaken waarin aan geloof wordt geappelleerd strijd met de goede smaak of het fatsoen dan wel nodeloze kwetsing (resp. art. 2 en 4 NRC) centraal.[266]

---

263 Over mengvormen van beide typen reclame-uitingen: par. 5.5.3.

264 RCC 21 juni 2000, *RCC* 2000, nr. 241 (*Voor een absoluut Oranjegevoel*).

265 RCC 6 juli 1998, *RCC* 1998, nr. 292 (*Sinterklaas*).

266 Zie bijvoorbeeld: RCC 1 november 2000, *RCC* 2000, nr. 413 (*Alles is te huur zelfs god*); 23 december 1997, *RCC* 1997, nr. 399 (*Je Zus komt ook!*); 13 maart 1997, *RCC* 1997, nr. 80 (*Jezus, wat gaat het toch snel*); 16 december 1996, *RCC* 1996, nr. 403 (*All about Eve*); 5 juli 1994, *RCC* 1994, nr. 214 (*By God You Will Feel Him*); 7 maart 1994, *RCC* 1994, nr. 66 (*Jezus Christus in Rio*).

5.4.3.2 Maria met blote borst en in spijkerbroek

Twee reclame-uitingen voerden de heilige Maria ten tonele: een affiche van de omroeporganisatie KRO die Maria met ontblote borst afbeeldde,[267] en een abri-poster die verbeeldde dat Maria en vier nonnen onder hun gewaad een spijkerbroek droegen.[268]

In de eerste zaak, *KRO-campagne* (2000), ging het om een abri-affiche in het kader van een campagne van de KRO rond het thema "Het gevoel dat je wilt delen". Hieronder een plaatje:

In deze zaak werd tegelijkertijd tevens tegen drie andere KRO-affiches rond hetzelfde thema geprotesteerd. De RCC oordeelde:

> "Bij de beantwoording van de vraag of een reclame-uiting nodeloos kwetsend is en/of in strijd met het fatsoen en/of de goede zeden stelt de Commissie zich terughoudend op, gelet op het subjectieve karakter van die criteria. Met inachtneming van die terughoudendheid acht de Commissie de wijze waarop in elk van de affiches een gevoel in beeld is gebracht, dat men – naar de mening van de KRO – zou willen delen, niet ontoelaatbaar. Dat niet iedereen de affiches kan waarderen doet niet aan dit oordeel af."

In de *Spijkerbroeken*-zaak (1998) betoogde de klager dat de poster in strijd was met de goede smaak en het fatsoen dan wel nodeloos kwetsend was. De RCC overwoog:

> "Bij de beantwoording van de vraag of een reclame-uiting in overeenstemming is met de goede smaak en het fatsoen (artikel 2 NRC) dan wel niet nodeloos kwetsend is (artikel 4 NRC) dient de Commissie zich terughoudend op te stellen gezien het subjectieve karakter van die criteria.
> Een verwijzing naar of een afbeelding van een bijbels of godsdienstig thema betekent niet dat een reclame-uiting reeds daarom in strijd met de NRC is.
> In de onderhavige uiting is, naar het oordeel van de Commissie, de grens van wat in het licht van de NRC toelaatbaar moet worden geacht, niet overschreden.

267 RCC 13 december 2000, *RCC* 2000, nr. 496 (*KRO Het gevoel dat je wilt delen*).
268 RCC 24 september 1998, *RCC* 1998, nr. 381 (*Maria in Spijkerbroek*).

> Hoewel de Commissie zich kan voorstellen dat zij die het rooms-katholieke geloof aanhangen door de uiting onaangenaam worden getroffen, acht zij deze niet in strijd met de NRC."

De overwegingen van de RCC zijn illustratief voor de wijze van motiveren in zaken over de 'fatsoensnormen' (in de praktijk met name artikel 2 en 4 NRC). In de uitspraken hieronder herhaalt de RCC steeds dat zij zich terughoudend opstelt, maar ik zal die standaardformulering niet nogmaals citeren.

Waarom de RCC in de beide zaken *precies* van oordeel was dat in de respectievelijke gevallen de grens van het toelaatbare niet werd overschreden, blijft bij gebreke van een nadere toelichting onzeker.

5.4.3.3 Sissi en de kardinaal

In een aantal gevallen is een grens getrokken bij het ridiculiseren van datgene wat samenhangt met de eredienst, zoals de biecht.[269] Dat een reclame-uiting niettemin best mag prikkelen of een humoristische bedoeling mag hebben, blijkt onder meer uit de beslissing op een klacht naar aanleiding van een televisiespotje van de fabrikant van het drankje Campari. In het spotje was te zien hoe de Oostenrijkse keizer zich na lange afwezigheid aan het kraambed van zijn echtgenote Sissi meldt en daar een treffende gelijkenis gewaarwordt tussen de pasgeborene en de eveneens aanwezige kardinaal, die daarop ongemakkelijk in zijn glaasje tuurt. De suggestie is duidelijk: de eerbiedwaardige kardinaal is, om maar in de beeldspraak te blijven, een heilige boon.

Het College van Beroep (1998) bevestigde het oordeel van de RCC dat in het licht van het parodiërende decor van het spotje en gezien de begeleidende slogan van Campari "Life is bitter, life is sweet", van belediging van de R.K. Kerk en katholieken geen sprake was.[270] "Niet kan worden geoordeeld dat de spot gedreven wordt met het priesterschap en de daaraan verbonden celibaatsgelofte, in de zin dat daardoor de gevoelens van gelovigen nodeloos worden gekwetst", motiveerde het College van Beroep.

5.4.3.4 Kruisvormige kurkentrekker

Ook de periode waarin een reclame-uiting verschijnt is, in combinatie met de inhoud van de uiting, van belang geoordeeld voor de toelaatbaarheid. Kort voor Pasen verscheen een advertentie met de kop: "Onze Paasboodschap", en een afbeelding van onder meer een fles Châteauneuf-du-Pape, met in de kurk een kurkentrekker in de vorm van een kruis. De RCC (1995) overwoog:[271]

---

269 Bijvoorbeeld RCC 7 december 1998, *RCC* 1998, nr. 504 (*Biecht en hypotheek*); 28 mei 1999, *RCC* 1999, nr. 202 (*Priester met voetbalbeker*). Vgl. ook CvB 20 juli 1993, *RCC* 1993, nr. 43 (*Kerkelijk tafereel*); RCC 8 oktober 2001, *RCC* 2001, nr. 406 (*Halleluja*) (afwijzing).

270 CvB 3 februari 1998, *RCC* 1998, nr. 47 (*Sissi*).

271 RCC 15 mei 1995, *RCC* 1995, nr. 197 (*Onze paasboodschap*).

> "Met de aanhef "Onze paasboodschap", in combinatie met de kruisvormige kurkentrekker, de in de advertentie aangeprezen rode wijn en de slotzin "Is dat 'n mooie paasboodschap of niet?" wordt onmiskenbaar verwezen naar de voor veel christenen wezenlijke elementen van het paasfeest. Door de wijze waarop alsmede het tijdstip – in de Stille Week en vlak vóór Goede Vrijdag – waarop dit is gebeurd worden zij in hun religieuze beleving geraakt. Om die reden acht de Commissie de uiting niet alleen nodeloos kwetsend als ook in strijd met de eisen van goede smaak. Dat de uiting – naar adverteerster stelt – humoristisch is (bedoeld) doet daaraan niet af."

Met de kruisvormige kurkentrekker kwam de adverteerder dus niet weg onder de vlag van 'frivoliteit', ook al draagt de wijn de toepasselijke naam Châteauneuf-du-Pape.

In het voorbijgaan komt de vraag op wat de RCC zou vinden van, bijvoorbeeld, een bij het einde van de Ramadan gepubliceerde reclame-uiting voor een middel tegen tandplak, waarin een Nederlander van Marokkaanse afkomst met een stralende witte lach is te zien, begeleid door de gekalligrafeerde tekst: "Suikerfeest weer voorbij? Trakteer jezelf op goede gebitsverzorging." Humoristisch voor de één, kwetsend voor de ander. Of een uiting bij referte aan religie door de beugel kan is in hoge mate "in the eye of the beholder", maar daarmee is het gewicht dat aan religieuze belangen kan toekomen niet minder.

5.4.3.5 Larry Flynt-filmposter

De RCC (1997) keurde de poster voor "The People vs. Larry Flynt" af, een speelfilm over de "crusade" van Flynt in de Verenigde Staten tegen preutsheid en vóór het verkopen van pornografie.[272] De (Franse versie van de) visueel sterke poster zag er als volgt uit:

272 RCC 1 april 1997, *IER* 1997/4, nr. 43, p. 154-155 (*Larry Flynt*).

De klager vond de afbeelding "smakeloos, grievend en beledigend". Volgens de producent van de film, Columbia Tristar Fox, symboliseerde de afbeelding dat de bestraffing van Flynt voor zijn daden, te weten het exploiteren van het vrouwelijk lichaam, waar hij strijdlustig bij was gebleven. De kruisiging verwees naar een in vroeger tijden gebruikelijke wijze van bestraffing van misdadigers en niet naar Christus, aldus de producent, ook omdat de stigmata van Christus ontbraken. De RCC beschouwde de afbeelding echter als nodeloos kwetsend. Daar had zij de volgende motivering voor:

> "De Commissie stelt zich op het standpunt dat niet iedere referte aan een godsdienstig thema als strijdig met de Nederlandse Reclame Code (NRC) kan worden aangemerkt. De op de uiting afgebeelde man roept door zijn houding direct de gedachte op aan de kruisiging van Jezus Christus. Dat de afbeelding wat betreft een aantal punten afwijkt van de wijze waarop de kruisiging van Jezus Christus wordt afgebeeld doet daaraan niet af.
> Door echter een 'gekruisigde' figuur af te beelden tegen de achtergrond van een nagenoeg ontbloot onderlichaam van een vrouw is, naar het oordeel van de Commissie, de afbeelding nodeloos kwetsend voor veel christenen. De beweerdelijke functionaliteit van de afbeelding doet in dit geval hieraan niet af."[273]

Hiermee 'viel het doek' voor de producent voor wat betreft het via de bij de Stichting Reclame Code aangesloten media aanbieden en verspreiden van de poster.

Ter vergelijking, in een andere zaak achtte de RCC in verband met een verwijzing naar de kruisdood van Christus in een advertentie, relevant dat die verwijzing betrekking had op een belangrijk aspect van een opgevoerde theatervoorstelling.[274] De klacht tegen de uiting werd om deze reden afgewezen. In de *Larry Flynt*-zaak ontkende de RCC het bestaan van een connectie tussen enerzijds de afbeelding op de poster en anderzijds het verhaal en de strekking van de film, niet, maar beschouwde de uiting toch als te vérgaand.

5.4.3.6 Rokende en drinkende Ganesh

In enkele uitzendingen en promotiemateriaal van televisienetwerk MTV speelde de hindoe-godheid Ganesh (de 'olifantgod') een hoofdrol. Afgebeeld was een kleurrijke grafische voorstelling van een gitaarspelende Ganesh, die onder meer rookte en bier dronk. Een klacht, inhoudende dat dit gebruik van de afbeelding van Ganesh kwetsend was voor hindoes, had succes. De RCC (2003) overwoog:[275]

> "In het onderhavige geval waarin de Hindoeïstische God Ganesh is afgebeeld met een glas bier en een tabaksproduct in de hand, zulks ter aanprijzing van een aantal muziekprogramma's, terwijl – naar onweersproken is – miljarden Hindoes Ganesh vereren als "opruimer van obstakels", acht de Commissie de grenzen van het toelaatbare overschreden. Deze wijze van reclame maken acht de Commissie nodeloos kwetsend voor Hindoes."

273 Hoger beroep werd niet ingesteld.
274 RCC 7 juni 1995, *RCC* 1995, nr. 220 (*Lam met doornen kroon*).
275 RCC 16 september 2003, dossier 03.0347 (*Ganesh MTV*).

Datgene wat niet was weersproken, nam de RCC in haar oordeel als vaststaand aan. Ik ben zo vrij hierbij op deze plaats enkele kanttekeningen vermelden.

De toepassing van dit in het model van de juridische procedure bekende principe, roept de vraag op in hoeverre de RCC geacht kan worden om aangevoerde feitelijke gegevens te verifiëren respectievelijk blijk te geven van een inhoudelijke onderbouwing. In dit verband spreekt dat er volgens officiele schattingen wereldwijd veel, maar toch ook weer geen miljard*en* mensen tot het hindoeïsme kunnen worden gerekend. En is het in Nederland al zó bekend dat Ganesh de "opruimer van obstakels" voorstelt, dat iedere toelichting overbodig is?

Het vermoeden valt in dat de RCC de van de zijde van de klager in de *Ganesh*-zaak verschafte uitleg over een godsdienstige voorstelling tot de hare maakte, toen die uitleg onweersproken bleef (uit de tekst van de uitspraak valt in ieder geval niet iets anders af te leiden). Dat zou een pragmatische aanpak zijn, die evenwel het risico van het bekrachtigen van (ook níet ernstige) onjuistheden in zich draagt, zeker daar waar klager en beklaagde überhaupt niet zoveel uitwisselen. In de *Ganesh*-zaak bleef de inbreng van MTV beperkt tot een reactie per e-mail, die samen te vatten valt als een verontschuldiging in verband met haar onzorgvuldig gebruik van de beeltenis van de godheid.[276]

5.4.3.7 Scoren met de Hand of God

De laatste klachtzaak die hier besproken zal worden, is *Hand of God* (2005).[277] In een reclamespotje was een fragment uit een voetbalwedstrijd te zien waarin een team aan een goal wordt geholpen door middel van 'de hand van God', waarbij een commentator zich laat ontvallen: "Hoe kan dat in Godsnaam?" Naar aanleiding van enkele klachten tegen het spotje wegens kwetsing van de gevoelens van gelovigen, besliste de RCC dat de uitlating van de commentator als een uiting van verbazing moest worden beschouwd, en de 'hand van God' als humoristisch bedoeld. De RCC oordeelde:

> "Hoezeer er ook verschillend kan worden gedacht over het beoogde grappige effect ervan, de Commissie acht de uiting niet van dien aard dat de grens van het toelaatbare wordt overschreden.
> Overigens acht de Commissie het aannemelijk dat de zinsneden "hand of God" en "hand van God" door een belangrijk deel van het publiek zullen worden geassocieerd met de gelijkluidende reactie van de voetballer Maradonna naar aanleiding van diens omstreden doelpunt tijdens het wereldkampioenschap voetbal in 1986."

276 Een vergelijkbare zaak deed zich voor in CvB 29 mei 2000, *RCC* 2000, nr. 196 (*Holy Chicken*). Ik heb ze hier niet beide willen behandelen, maar *Holy Chicken* is wel een mooie zaak.

277 RCC 13 mei 2005, dossiers 05.0186A/B/C (*Hand of God*).

Het spotje getuigt volgens de RCC dus van verbazing en humor, en is daarom naar de standaard van de NRC niet ontoelaatbaar. Het oordeel van de RCC is in vergelijking met de andere besproken zaken uitvoerig gemotiveerd. Men zou kunnen zeggen dat de klager die méér wenst dan wat de zelfregulering hier biedt, maar moet proberen zijn zaak voor de rechter te bepleiten. Maar een belangrijker boodschap is toch wel, dat de RCC klagers met lange tenen geen gelijk geeft.

5.5 Zaken omtrent symboolgebruik in ideële en politieke reclame-uitingen

5.5.1 Algemeen

De reclamenormen in de NRC gelden onverkort voor denkbeelden (art. 1).[278] Het verschil met commerciële reclame-uitingen – vanwege het overwegende belang van de vrijheid van meningsuiting – komt niet tot uitdrukking in de beoordeling, maar in de sanctie van vrijblijvend advies.[279] Een vrijblijvend advies heeft tot gevolg dat de RCC (en de branche) er niet op kan vertrouwen dat de beslissing om in voorkomend geval een denkbeeld in strijd met de NRC te verklaren, ertoe leidt dat de bij de Stichting Reclame Code aangesloten brancheorganisaties het denkbeeld niet langer zullen verspreiden. Zo'n beslissing kan zodoende zonder effect blijven, wanneer de beklaagde haar boodschap niet aanpast en een of meer branchepartijen de uiting blijven verspreiden.

De geschetste mildere sanctie wanneer er ideële of politieke reclame-uitingen in het spel zijn, is terug te voeren op de uitspraak van de rechter in de zaak *Boycot Outspan Aksie* in 1980.[280] De rechter bepaalde toen dat de RCC en het College van Beroep in de toepassing van de gedragsregelen ideële reclame-uitingen níet met commerciële reclame-uitingen over één kam mogen scheren. Het belang van het recht van vrije meningsuiting, zo overwoog de rechter, gebiedt een behoorlijke afweging van enerzijds het belang van degene die een denkbeeld heeft geuit en anderzijds het belang dat is gediend met het aannemen van strijd met de NRC. Tegen de achtergrond hiervan speelt de moeilijkheid dat van zelfregulering niet op voorhand vast staat (via wetgeving) in hoeverre zij is gebonden aan de proceswaarborgen in artikel 6 EVRM, dat onder meer het beginsel van hoor en wederhoor omvat, en de bescherming van grondrechten.[281]

278 Van 1983 tot in 1999 konden denkbeelden slechts worden getoetst aan de wet, de waarheid, misleiding en nabootsing o.g.v. art. 16 NRC (vervallen).

279 Zie reeds par. 5.2.

280 Gerechtshof te Amsterdam 30 oktober 1980, *NJ* 1981, 422. Zie tevens RCC 23 september 1975, *NJ* 1976, 369. Over de uitingsvrijheid in verband met deze zaak nader in par. 6.4.2. Afwijzend over de toetsing van denkbeelden door de RCC überhaupt: G.A.I. Schuijt, 'De Raad voor de Journalistiek en de Reclame Code Commissie en hun consequenties voor de uitingsvrijheid', *Mediaforum* 2002, afl. 9, p. 282-283.

281 Hiermee loop ik vooruit op par. 5.6 en 6.4.

Het zal niet erg verbazen dat klachtzaken met betrekking tot de toelaatbaarheid van het uitdragen van denkbeelden zich weinig voordoen in vergelijking met zaken over commerciële reclame-uitingen – van de laatste soort zijn er veel méér. Klachtzaken over *symbool*gebruik doen zich nog weer minder voor. Een voorbeeld biedt een televisiespotje tegen racisme waarin 'het enige echte' Hollands kaasmeisje figureerde. Nadat het meisje, *for good measure* gesitueerd in een duinlandschap, met een vriendelijke gezichtsuitdrukking "De blanke top der duinen" had geneuried, kleurde het beeld ineens zwart-wit, kreeg het kaasmeisje een boze uitdrukking op haar gezicht en stak ze haar middelvinger op, met daaromheen een puntmutsje – volgens het klachtdossier een verwijzing naar de Ku Klux Klan. "Nederland, geen plaats voor racisme", besloot het spotje. De RCC (1998) oordeelde dat deze uiting een vorm van denkbeeldreclame was die niet in strijd kwam met de NRC (het toenmalige art. 16), maar zij motiveerde haar oordeel niet.[282]

De klacht over het spotje met het Hollands kaasmeisje werd dus afgewezen. De zaak *Stationsevangelisatie* (2003) biedt een voorbeeld van een *toe*wijzing.

5.5.2 *Stationsevangelisatie* (2003)

Een stationsreclame (abri-affiche) van de Stichting Stationsevangelisatie in Alphen aan de Rijn, beeldde een groep mensen met verschillende kleding en huidskleur af, waarmee de indruk werd gewekt dat zij tot verschillende geloven behoorden. Verder stond op de affiche onder andere de tekst: "'Ik ben *de* Weg, *de* Waarheid en *het* Leven', zegt Jezus, de enige Zoon van God. Lees het evangelie naar Johannes, hoofdstuk 14 vers 6."[283]

De klager, een treinreiziger die de affiche had gezien, vond de uiting onder meer "zeer aanmatigend zowel jegens anders-gelovigen als jegens christenen die godsdiensttolerantie hoog in het vaandel dragen."

De RCC oordeelde over de uiting als volgt:

> "Op de affiche is een aantal mensen afgebeeld waarvan, gezien hun uiterlijk, de gemiddelde passant zal veronderstellen dat zij niet alle een christelijke, maar mogelijk een andere geloofsovertuiging zullen hebben. Door het gebruik van deze afbeelding in combinatie met de tekst "'Ik ben *de* Weg, *de* Waarheid en *het* Leven', zegt Jezus, de enige Zoon van God", keert adverteerster zich tegen andere geloofsovertuigingen, teneinde haar eigen, christelijke geloofsovertuiging te verbreiden. Gelet hierop acht de Commissie de affiche nodeloos kwetsend als bedoeld in artikel 4 NRC."

Het oordeel spreekt hiermee afkeuring uit over het uiten van deze exclusieve geloofsvisie van de Stichting Stationsevangelisatie.[284]

---

282 RCC 19 mei 1998, *RCC* 1998, nr. 194 (*Hollands kaasmeisje*). Zie over denkbeelden nader par. 5.5.

283 RCC 13 oktober 2003, dossier 03.0377A/B (*Stationsevangelisatie*).

284 Over de verhouding tot de uitingsvrijheid bewaar ik een opmerking tot par. 6.4.4.

5.5.3 Uitzonderingen: geen reclame resp. deels ideële en deels commerciële reclame

Sommige uitingen zijn in het geheel uitgesloten van toetsing aan de NRC. Niet onder denkbeelden valt ten behoeve van zakelijke berichtgeving verstrekte informatie (voorlichting).[285] Een voorbeeld hiervan vormt een speciale krant en advertenties van de Staat over het referendum over de Europese Grondwet in 2005. Aan de status van 'voorlichting' doet niet af dat de aan de burger gegeven (overheids-)informatie – volgens de klager in die zaak – niet neutraal zou zijn, in de zin dat de informatie het belang van die grondwet en van deelname aan dat referendum zou benadrukken.[286]

Een uiting die denkbeelden uitdraagt kan tóch zwaarder worden aangepakt wanneer zij *tevens* een commercieel streven heeft. Het gaat dan bijvoorbeeld om fondsenwerving door politieke of maatschappelijke stichtingen of verenigingen. In dit verband oordeelde het College van Beroep in een zaak over een televisiespotje van het International Fund for Animal Welfare tegen de zeehondenjacht in Canada, waarin te horen was hoe mannen een jonge zeehond doodknuppelen, dat het spotje niet alleen denkbeelden uitdroeg maar tevens diensten vroeg, nu de kijker werd opgeroepen om de organisatie financieel te ondersteunen.[287] De klacht, gericht tegen de schokkende beelden en het tijdstip van uitzenden, werd afgewezen. Bij een toewijzing had vanwege de volgens het College van Beroep aanwezige commerciële (bij-)bedoeling een aanbeveling kunnen volgen. Zo'n aanbeveling had *de facto* het einde van het bedoelde spotje kunnen betekenen, omdat de onder andere de bij de Stichting Reclame Code aangesloten STER het niet langer zou uitzenden.

In het verlengde hiervan is nog te wijzen op het grensgeval van de onderneming die commerciële en ideële boodschappen met elkaar verweeft. Een bekend voorbeeld is Benetton, dat zowel kleding aanprijst als aandacht vraagt voor onderwerpen als armoede en ziekte, al wordt beweerd dat zij door haar prikkelende manier van adverteren met maatschappelijk omstreden onderwerpen slechts probeert de aandacht van de met commerciële boodschappen overvoerde kijker of lezer op haar commerciële producten te vestigen.[288]

285 Zie de toelichting bij art. 1 NRC.

286 CvB 20 mei 2005, dossier 1369/05.185A (*Europese Grondwet*). Een expliciete oproep om vóór te stemmen zou vast wél 'reclame' als bedoeld in art. 1 NRC zijn geweest.

287 CvB 14 september 2005, dossier 1372/05.0166 (*Animal Welfare*).

288 Over het verweven van commerciële en ideële boodschappen heeft J.J.C. Kabel geschreven in zijn noot bij RCC 26 mei 1992, *IER* 1992/5, nr. 39, p. 151-154 (*Stervende AIDS-patiënt Benetton*).

5.5.4 Over en weer bestrijden van denkbeelden bij laagdrempelige klachtinstantie

Op voorhand is het mogelijk dat aanhangers van het ene denkbeeld op basis van de Nederlandse Reclame Code aanhangers van een ander denkbeeld bestrijden om hun gedachtegoed. Iedereen kan immers klagen en ideeën (denkbeelden) kunnen als reclame in de zin van artikel 1 NRC gelden. Naast individuen die klachten indienen, laat de praktijk zien dat er belangen- c.q. goede doel-organisaties zijn die dat doen, zoals, om er zomaar twee uit te lichten, het International Fund for Animal Welfare en het Moslim Informatie Centrum Nederland.[289] Nu hebben déze organisaties zich met hun klacht niet tot een 'concurrerende' organisatie gericht, maar nergens blijkt dat zoiets uitgesloten zou zijn.

Vooralsnog vormt dit niet een springend punt, maar terugdenkend aan het betoog over multiculturaliteit in par. 3.4.7, kijk ik er niet van op als dit zou veranderen. In wezen kan de zelfregulering hetzelfde wachten als – volgens het in dat betoog geschetste scenario – de burgerlijke rechter in procedures over oneigenlijk gebruik van symbolen, waarbij de laagdrempelige zelfregulering een navenant groter aantal zaken tegemoet kan zien. Te denken valt aan klachtprocedures waarin individuen of groeperingen elkaar bestrijden ten aanzien van de *juistheid* van verkondigde geloofsopvattingen, of klagen over nodeloze kwetsing van hun gevoelens door een sterke benadrukte *afwijkende* levensvisie. Zie als voorbeeld, tot op zekere hoogte, reeds de zaak *Stationsevangelisatie* (par. 5.5.2).

5.6 RCC-beslissingen langs de juridische meetlat

5.6.1 De motivering van beslissingen

Klachtzaken over oneigenlijk gebruik van symbolen zijn inherent complex. In de praktijk van de zelfregulering blijkt met name de verwijzing in reclame-uitingen naar religieuze symbolen en het geloof een terugkerende bron van ergernis.

289 Resp. CvB 14 september 2005, dossier 1372/05.0166 en RCC 2 november 2001, dossier 01.0545C.

De indruk die achterblijft na lezing van zo'n vijfenzeventig[290] beslissingen van de RCC, waarvan veruit de meeste op de een of andere wijze refereren aan geloof, is dat de oordelen zich moeilijk laten grijpen voor een beschouwende analyse, ook al volgen ze een min of meer vast stramien. Ze *zijn* misschien wel consistent, maar uit de motivering van de beslissing valt niet *met zekerheid* op te maken wat in de beoordeling van de feiten en de omstandigheden van een

290 De bestudeerde dossiernummers noem ik hier in één ellenlange voetnoot, chronologisch; de uitspraken zijn van de RCC tenzij anders vermeld (dan is het een uitspraak van het CvB). Van elke zaak noem ik de datum van de uitspraak, het dossiernummer en de vermelding in het jaarboek (voor zover mij bekend en voor zover van toepassing; soms is er een vermelding in de *NJ* of de *IER* te geven), en een naam. Zaken o.a. over als discriminerend of seksistisch ervaren uitingen laat ik hier achterwege, omdat die voor deze par. 5 geen rol spelen. (M.i. overwegend) commerciële reclame-uitingen: RCC 26 mei 1992, *IER* 1992/5, nr. 39, p. 149-154 (*Stervende AIDS-patiënt Benetton*); 3 februari 1993, 92.7549C, *RCC* 1993/120 Deel I (*Hemelpoort*); 16 februari 1993, 92.7544, *RCC* 1993/123 Deel I (*Gregoriaans gezang*); 15 maart 1993, 92.7553, *RCC* 1993/129 Deel I (*Elfde Gebod*); 28 april 1993, 93.7621I, *RCC* 1993/145 Deel I (*Onbevlekt ontvangen*); 1 juni 1993, 93.7637, *RCC* 1993/153 Deel I (*De herdertjes lagen bij nachte*); CvB 20 juli 1993, 755/93.7649B, *RCC* 1993/43 (*Kerkelijk tafereel*); 11 augustus 1993, 93.7752, *RCC* 1993/138 Deel II (*Een hemels idee*); RCC 7 maart 1994, 93.7990, *RCC* 1994/66 (*Jezus Christus in Rio*); 5 juli 1994, 94.8172A, *RCC* 1994/214 (*By God You Will Feel Him*); 9 maart 1995, 95.8539, *RCC* 1995/125 (*Getverderre*); 15 mei 1995, 95.8680A 1995/197 (*Onze paasboodschap*); 7 juni 1995, 95.8691, *RCC* 1995/220 (*Lam met doornen kroon*); 18 juli 1995, 95.8722, *RCC* 1995/279 (*Mijn God*); 6 november 1995, 95.8834, *RCC* 1995/386 (*The family that prays together*); 22 december 1995, 95.8999, *RCC* 1995/463 (*Twijfel niet. Hij is er*); 28 maart 1996, 885/96.9017, *RCC* 1996/142 (*Biecht en de verleiding van een nieuwe keuken*); 11 juni 1996, 96.9122, *RCC* 1996/171 (*De achtste dag*); 12 november 1996, 96.9380, *RCC* 1996/358 (*Scheppingsverhaal*); 16 december 1996, 96.9465F, *RCC* 1996/403 (*All about Eve*); 1 november 1996, *IER* 1997/1, nr. 1, p. 12-13 (*HIJ Mannenmode*); 13 maart 1997, 97.0043, *RCC* 1997/80 (*Jezus, wat gaat het toch snel*); 1 april 1997, *IER* 1997, nr. 43, p. 154-155 (*Larry Flynt*); 16 september 1997, 97.0241, *RCC* 1997/266 (*Christelijk lied*); 23 december 1997, 97.0494C, *RCC* 1997/399 (*Je Zus komt ook!*); 3 februari 1998, 965/97.0360, *RCC* 1998/47 (*Sissi*); 6 juli 1998, 98.0228B, *RCC* 1998/292 (*Sinterklaas*); 24 september 1998, 98.0320, *RCC* 1998/381 (*Maria in spijkerbroek*); 7 december 1998, 98.0496, *RCC* 1998/504 (*Biecht en hypotheek*); 28 mei 1999, 99.0151, *RCC* 1999/202 (*Priester met voetbalbeker*); 26 augustus 1999, *IER* 2000/1, nr. 11, p. 45-47 (*Ode over AIDS*); 9 december 1999, 99.0384, *RCC* 1999/454 (*Sinner*); 7 maart 2000, 1082/99.0277, *RCC* 2000/196 (*Holy Chicken*); 21 juni 2000, 00.0200, *RCC* 2000, 241 (*Voor een absoluut Oranjegevoel*); 4 juli 2000, 00.0231, *RCC* 2000/264 (*Paradijs*); 1 november 2000, 00.0424B, *RCC* 2000/413 (*Alles is te huur zelfs god*); 10 november 1999, 1065/99.0234, *RCC* 1999/417 (*Voetballer loopt over water*); 8 december 1999, 99.0434A, *RCC* 1999/447 (*Bidden en de Heer vragen*); 17 november 2000, 00.0440, *RCC* 2000/437 (*Christus-houding*); 13 december 2000, 00.0484B/C/D (*KRO Het gevoel dat je wilt delen*); 8 oktober 2001, 01.0406, *RCC* 2001/406 (*Halleluja*); 16 september 2003, 03.0347 (*Ganesh MTV*); 13 mei 2005, 05.0186A/B/C (*Hand of God*). Voorts (m.i. overwegend) ideële en politieke reclame-uitingen: RCC 25 juni 1974, nr. 1 (*Homoseksuelen*); 23 september 1975, nr. 2A, *NJ* 1976, 369 en Hof Amsterdam 30 oktober 1980, *NJ* 1981, 422 (*Boycot Outspan Aksie*); 19 april 1977, nr. 4 (*Actie Namibië*); CvB 11 maart 1982, 2750 en Hof Amsterdam 27 mei 1982, *NJCM* 1982, p. 246-255, m.nt. J.A. Peters (*Medisch Komittee Palestina*); 28 januari 1994, 93.7870, *RCC* 1994/23(*Jehova's Getuigen*); 19 mei 1998, 98.0139, *RCC* 1998/194 (*Hollands kaasmeisje*); 9 oktober 2001, 01.0415 (*Hoofdduivel*); 2 november 2001, 01.0545C (*Moslim Informatie Centrum of Cover HP/De Tijd*); 2 november 2001, 01.0545B (*Cover HP/De Tijd*); CvB 17 april 2003, 03.0019 (*Maria met konijn*); 13 oktober 2003, 03.0377A/B (*Stationsevangelisatie*); CvB 20 mei 2005, 1369/05.0185A (*Europese Grondwet*); CvB 14 september 2005, 1372/05.0166 (*Animal Welfare*).

zaak nu *precies* de doorslag heeft gegeven. Dit bezwaar wordt niet op andere wijze ondervangen, zoals door opneming van een verwijzing naar eerdere, vergelijkbare dossiers om de nieuwe beslissing in een bepaalde lijn te plaatsen. Of in deze zin wel van een duidelijke en eenduidige lijn in RCC-beslissingen valt te spreken, moet ik bij gebreke van die nadere argumentatie dan ook betwijfelen; ik kan een dergelijke lijn in elk geval niet aangeven op basis van de beslissingen die ik voor deze studie heb bekeken.

Ik licht dit toe. In de geloofskwesties in paragraaf 5.4.3 waren de 'fatsoensnormen' in artikel 2 en 4 NRC in het spel. In die zaken is het patroon globaal gesproken als volgt: de RCC stelt voorop dat zij zich vanwege het subjectieve karakter van de betrokken criteria terughoudend opstelt, en sluit af met overweging van de strekking dat zij begrip heeft voor de gevoelens van kwetsing die mensen kunnen ervaren bij het zien van de uiting in kwestie, maar dat zij de uiting als niet dermate ernstig beschouwt dat de klacht zou moeten worden toegewezen; of andersom, dat zij de grenzen van het toelaatbare overschreden acht en een toewijzing op haar plaats vindt. Een meer gedetailleerde argumentatie tussen die opening en dat slot, is regelmatig beperkt of afwezig.[291] De ene motivering geeft daarbij voor de beschouwer meer houvast, zoals de *Ganesh*-zaak,[292] dan de andere, zoals bijvoorbeeld de door de RCC niet nader toegelichte eindafweging in de *Spijkerbroeken*-zaak: "In de onderhavige uiting is, naar het oordeel van de Commissie, de grens van wat in het licht van de NRC toelaatbaar moet worden geacht, niet overschreden." De RCC laat in gevallen van de laatste soort onvoldoende zien welke argumentatie zij heeft, om in het concrete geval de stap van de feiten waarop de klacht is gebaseerd, naar de toepasselijk geachte norm, wél of níet te maken.

Het gevolg hiervan is dat zulke RCC-beslissingen een zeker apodictisch karakter dragen. Dit is onwenselijk. In zaken waarin subjectieve criteria een rol spelen is voorstelbaar dat de toetsing in vergelijkbare zaken zich binnen een zekere bandbreedte beweegt, en juist daarom kan een consequent aangelegde inhoudelijke argumentatie bij het uitspreken van al dan niet toepasselijke gedragsnormen, bijdragen aan het voor adverteerders en andere betrokkenen kenbaar en dus voorspelbaar maken van ontoelaatbaar reclamegedrag.

5.6.2 'Vuistregels' voor de beslissing van klachtzaken over geloofskwesties

Om de hierboven vermelde reden beperk ik me hier tot het noemen van een – niet uitputtend bedoelde – serie 'vuistregels', die het een en ander vertelt over de koers van de beslissingen.

291 Het College van Beroep motiveert zichtbaar uitvoeriger, wat op zichzelf ook de rol en de positie ten opzichte van de RCC weerspiegelt.

292 Een ander (in par. 5 niet behandeld) voorbeeld van een – goed – gemotiveerd oordeel vind ik CvB 29 mei 2000, *RCC* 2000, nr. 196 (*Holy Chicken*).

Een terugkerend element in de beslissingen van de RCC is de terughoudendheid in de toetsing die het subjectieve karakter van de criteria in diverse normen gebiedt. De RCC neemt verder als een uitgangspunt dat niet iedere verwijzing in reclame-uitingen naar een godsdienstig thema of raakvlak bij voorbaat met de gedragsregels in strijd is. Het onnodig gebruik van godsdienstige onderwerpen in reclame-uitingen, met name niet-functioneel gebruik, verhoogt de kans op strijdigheid met de NRC.[293] De *timing* van de reclame-uiting kan een rol spelen, zoals wanneer met een verwijzing naar Christus geadverteerd wordt in de periode rond Pasen of Kerstmis.[294] Onder het motto van humor in reclame-uitingen staat de RCC veel toe.[295] De kans is echter reëel dat het bespotten van godsdienstige onderwerpen van haar níet mag.[296] Waar het gaat over denkbeelden, tot slot, heeft de RCC moeite met het propageren van *exclusieve* geloofsopvattingen, dat wil zeggen het promoten van een geloofsopvatting op een wijze die andere opvattingen lijkt uit te sluiten.[297]

5.6.3 De publicatie van beslissingen

Een andere kanttekening is dat de (digitaal) gepubliceerde uitspraken alleen beschikbaar zijn tegen betaling. In beginsel is de toegang gereserveerd voor abonnees, die daarvoor jaarlijks allemaal honderden euro's betalen.[298]

293 Bijvoorbeeld: de advertentie voor een cursus over de laatste ontwikkelingen in het communicatievak, waarin een foto is opgenomen van een in de modder geplaatst houten kruis, met de tekst: "account bijspijkeren", en daaronder: "Jezus, wat gaat het toch snel. PEPER organiseert (..) alweer het 2e State of the Art Congres." De RCC (13 maart 1997, *RCC* 1997, nr. 80) achtte deze uiting in strijd met de art. 2 en 4 NRC. Met de reclame-uiting werd volgens de RCC een toespeling gemaakt op de kruisiging van Jezus en werd tevens miskend dat de kruisiging "een voor christenen essentieel element in hun geloofsbeleving is", waarbij voor de RCC nog meewoog dat dit aspect van het christelijk geloof geen enkel verband hield met het product waarvoor werd geadverteerd (de cursus).

294 Bijvoorbeeld: RCC 22 december 1995, *RCC* 1995, nr. 463 (*Twijfel niet. Hij is er*); 15 mei 1995, *RCC* 1995, nr. 197 (*Onze paasboodschap*).

295 Vgl. bijvoorbeeld RCC 3 februari 1993, *RCC* 1993, nr. 120 Deel I (*Hemelpoort*), over een *commercial* voor een levensverzekering, die een parodie omvat op de "*intake*" van overleden zielen door Petrus bij de hemelpoort. Volgens de RCC kon de *commercial* door de beugel. "Dat zou eerst anders zijn", aldus de RCC, "indien deze reclame-uiting met de daarin gevolgde wijze van humor zodanig is dat deze de in de Reclame Code genoemde grenzen van goede smaak en fatsoen overschrijdt, hetgeen met name het geval zou zijn indien de reclame zou ontaarden in bespotten van geloofswaarden of gelovigen of anderszins als nodeloos kwetsend zou moeten worden aangemerkt."

296 Bijvoorbeeld RCC van 7 december 1998, *RCC* 1998, 504 (*Biecht en hypotheek*): in een radioreclame voor een hypotheekverstrekker werd de biecht belachelijk gemaakt door – kennelijk – Jezus bij God de 'confessie' te laten doen dat hij (Jezus) de verkeerde hypotheek heeft afgesloten; de RCC achtte de uiting nodeloos kwetsend.

297 Zie de klachtzaak in par. 5.5.2.

298 De kosten voor het digitaal raadplegen van de uitspraken van de RCC en het College van Beroep vanaf 1 januari 2000 (dus niet ouder, daarvoor dient men jaarboeken te raadplegen), bedragen € 500 per aansluiting per jaar, exclusief 19 % btw (aldus < www.reclamecode.nl >). In overleg met de Stichting Reclame Code zijn de uitspraken (op papier en digitaal) in te zien op het kantoor van de stichting. De secretariële ondersteuning van de stichting is vriendelijk en behulpzaam. Voor kopieën van uitspraken moet € 2,50 per uitspraak worden betaald; kopieën van de zgn. openbare aanbevelingen worden gratis verstrekt.

Precedentwerking van beslissingen wordt alleen al hierdoor bemoeilijkt (onderzoek zoals ten behoeve van deze studie, óók).[299]

Publicatie kost natuurlijk wel geld, zoals de werkzaamheden van de Stichting Reclame Code überhaupt, en dat geld moet nu door de branche zelf worden opgebracht. In zoverre is er een belangrijk verschil met rechtspraak. Dit is evenwel een praktisch probleem dat, al met al, niet tegen de kwaliteit van de beslissingen mag opwegen. Voorstelbaar is wel, dat in deze situatie een (jaarlijkse) financiële bijdrage van de overheid gegeven zou worden om in de nabije toekomst de omslag te bewerkstelligen naar vrije toegang tot – eventueel geanonimiseerde – uitspraken voor iedereen. Een overheidsbijdrage, gesteld dat die hier de uitkomst kan betekenen, is goed verdedigbaar ten aanzien van een betekenisvol gebleken speler in reclamezaken, die met de zelfregulering de overheid, met haar instemming bovendien, werk uit handen neemt.

5.6.4 Zelfregulering als onderdeel van het rechtssysteem

Wat de motivering van beslissingen van de RCC betreft: ofwel de juridische meetlat is niet het geëigende instrument voor deze vorm van zelfregulering, waardoor de zelfregulering in *juridische* termen niet zoveel pretendeert (en we langs die lijn ook snel uitgepraat zijn), ofwel de beslissingen van de RCC moeten wél langs de juridische meetlat kunnen worden gelegd, waarna moet worden vastgesteld dat ze in de onderbouwing tekortschieten. Welke van deze twee opgaat, is op dit moment meer een kwestie van opvatting dan van harde regels.

De op een brancheakkoord gebaseerde, met instemming van de wetgever uitgevoerde en in de praktijk betekenisvol gebleken handhaving van gedragsnormen door de RCC en het College van Beroep, is mijns inziens in ieder geval als *de facto* een vorm van recht respectievelijk rechtspraak te beschouwen, waarvoor vervolgens (tenminste) minimale procedurele vereisten hebben te gelden.[300] De gedragsnormen in de NRC hebben weliswaar niet het gewicht en de formulering om zonder meer rechtsregels te kunnen zijn die de rechter kan toepassen,[301] maar zijn niettemin 'substituutnormen' voor het BW die effectief (een specifiek deel van) het maatschappelijk verkeer reguleren. De wetgever heeft er indertijd in het kader van de wettelijke regeling van misleidende reclame blijk van gegeven deze vorm van zelfregulering aan te moedigen.[302]

299 Vgl. Kottenhagen en Kottenhagen-Edzes 1988, p. 391.

300 Vergelijkbaar met de eisen die aan voorzieningenrechtspraak worden gesteld. Terzijde: weliswaar verplicht art. 121 Gw de *rechter* om in de rechterlijke uitspraak de gronden van de beslissing te vermelden maar richt het artikel zich niet met zoveel woorden tot anderen, toch zou een buitenwettelijke zelfreguleringsinstantie zoals de RCC op haar beurt het principe bezwaarlijk geheel kunnen negeren.

301 In deze zin ook Dommering e.a. 2000, p. 390.

302 O.a. *Kamerstukken II* 1975/76, 13 611, nr. 1-4, p. 4 (MvT): "Een dergelijke regeling [van misleidende reclame, toevoeging CvW] zal echter niet in de weg staan van het thans reeds bestaande systeem van "zelfregulering" in de reclame, zoals op ruime schaal wordt uitgeoefend door bijv. de [Reclame, toevoeging CvW] Code Commissie."

Op deze voet mag van de RCC en haar College van Beroep deskundigheid, onpartijdigheid en onafhankelijkheid worden verwacht en dient de positie van klager en beklaagde gelijkwaardig te zijn, om enkele belangrijke beginselen van een goede procesorde te noemen.[303] Mijn indruk uit de door mij bestudeerde zaken is dat het daarmee – bijvoorbeeld met een aspect als hoor en wederhoor[304] – wel goed zit, dus in zoverre komt mijn insteek nu reeds overeen met de realiteit.

Maar zoals ik al aangaf, zit het niet zonder meer goed met (de kenbaarheid van) de motivering van beslissingen. Wanneer de RCC ertoe zou overgaan haar uitspraken nadrukkelijker te motiveren, dan kunnen meer dan nu vaste lijnen in haar beslissingen zichtbaar worden. Dit is tevens van belang met het oog op precedentwerking van de '*case law*', die uiteindelijk onontbeerlijk is voor een coherente en geloofwaardige regulering.[305]

5.7 Tussenevaluatie

De belangrijke waarde van de vanuit de Stichting Reclame Code geboden klachtprocedure schuilt erin, dat zij voor klagers toegankelijk en goedkoop is, en dat de RCC en het College van Beroep met een doelmatige behandeling meewerken aan het bewaken van het niveau van reclame-uitingen. Aan de klachtzaken kan tevens een vinger aan de pols-functie worden toegekend ten aanzien van datgene wat in samenleving leeft, zij het dat de klacht van de enkeling nog niet per se in een veel bredere kring wordt gedeeld. Bovendien is het goed om te beseffen dat behandelde klachten – praktische beletsels zoals de hogere kosten even niet meegeteld – voor de rechter hadden kúnnen komen in een juridische procedure, en dat de faciliteit van de zelfregulering eraan heeft bijgedragen dat het zover niet is gekomen.

Wat betreft oneigenlijk symboolgebruik blijken zaken vooral te gaan over religie. De RCC wijst klachten rondom religie per saldo niet gauw toe.

Een kritische kanttekening veroorloof ik me ten aanzien van de motivering door de RCC. In de bestudeerde zaken blijkt regelmatig níet wat voor de RCC nu precíes de doorslag gaf – en wat een zaak van andere onderscheidt, of juist wat de bepalende overeenkomsten zijn. Dit *hoeft* niet te betekenen dat de beslissingen niet consistent zijn. Ondanks deze betrekkelijke onduidelijkheid vallen enkele 'vuistregels' te noteren die in RCC-beslissingen over

303 Vergelijk met name art. 6 EVRM.

304 De beklaagde kan een schriftelijk verweer indien en kan tevens bij de behandeling van de zaak aanwezig zijn om daar een mondelinge toelichting op zijn positie geven. Zie ook Van Delft-Baas 1982, p. 46.

305 In overeenkomstige zin, m.b.t. arbitragerechtspraak, Kottenhagen en Kottenhagen-Edzes 1988, p. 388. Arbitrage is in zoverre verschillend dat zij tegenwoordig is neergelegd in de wet, alwaar in art. 1057 lid 4 onder *e* Rv de verplichting staat de gronden van de beslissing in het arbitraal vonnis te vermelden.

geloofskwesties terugkomen. Verder plaats ik een kanttekening bij de beperkte openbaarheid van beslissingen.

Er komt mijns inziens een moment waarop van een gevestigd en actief instituut als de RCC, welhaast semi-overheid, gevraagd mag worden zich sterker dan voorheen te richten naar de juridische beginselen zoals die voor de overheid (rechtspraak) gelden. (Daar mag dan ook, voor zover nodig, een overheidsbijdrage tegenover staan.)

Versterking van (de kenbaarheid van) de inhoudelijke argumentatie voor toe- of afwijzing van een klacht, en de inrichting van de mogelijkheid van vrije en kostenloze toegang tot alle uitspraken, zijn in mijn ogen de twee punten om aan de Stichting Reclame Code in overweging te geven. Beide aspecten samen kunnen een ommezwaai betekenen ten gunste van de precedentwaarde van beslissingen, die uiteindelijk voor iedere coherente en geloofwaardige regulering noodzakelijk is.

6 Verhouding tot de uitingsvrijheid

6.1 Introductie

Het betoog in dit boek over de civielrechtelijke mogelijkheden voor handhaving van oneigenlijk symboolgebruik kan niet besluiten zonder in te gaan op de verhouding tot de uitingsvrijheid in artikel 10 EVRM. Voor een bespreking van artikel 10 EVRM en de voorwaarden volgens het toetsingsmodel in lid 2 van dat artikel, verwijs ik naar hoofdstuk 2.

In de eerste plaats is het doel van deze par. 6 om na te gaan of de in dit hoofdstuk 4 besproken wettelijke en buitenwettelijke normen *an sich* toelaatbaar zijn in het licht van artikel 10 lid 2 EVRM. In de tweede plaats is het doel om te bekijken of de in dit hoofdstuk in de spotlights geplaatste toepassingen van die normen in concrete gevallen, de toets aan artikel 10 lid 2 EVRM kunnen doorstaan. Bij dit laatste speelt inherent een bepaalde mate van doorwerking van de uitingsvrijheid in de relatie tussen burgers onderling (natuurlijke of rechtspersonen), zoals besproken in hoofdstuk 2, par. 5.

Een rode draad in deze paragraaf 6 is het onderscheid dat het EHRM maakt tussen de bescherming van niet-commerciële en commerciële uitingen. Er wordt hierna ingezoomd op de wetgeving in artikel 6:194 e.v. BW als zodanig en tevens de toepassing daarvan in de rechtspraak (par. 6.2), en op vergelijkbare wijze op artikel 6:162 BW (par. 6.3), met dit verschil dat hierin bij de bespreking van rechtspraak het perspectief van de commerciële uitingen wordt onderscheiden van dat van niet-commerciële uitingen. De verhouding van de zelfregulering door de Stichting Reclame Code tot de uitingsvrijheid krijgt een zelfstandige behandeling (par. 6.4), eveneens uitgesplitst naar commerciële en niet-commerciële uitingen. Daarna volgt een tussenevaluatie (par. 6.5).

Opgemerkt moet nog worden, dat ruime omschrijvingen van reclame zoals die eerder in de paragrafen 2 en 5 van dit hoofdstuk praktisch waren,

in deze paragraaf 6 niet worden aangehouden, eenvoudig omdat het EHRM die ruime omschrijvingen niet hanteert.[306] De vertaling naar EHRM-termen is echter niet ingewikkeld.

6.2 Artikel 6:194 e.v. BW

6.2.1 De wetgeving tegen misleidende reclame als zodanig en artikel 10 lid 2 EVRM

Op zichzelf kan het consequent worden genoemd, dat de wetgever met betrekking tot het privaatrechtelijk misleidingsverbod, door zich uitsluitend op commerciële uitingen te richten, de lijn van artikel 7 van de Grondwet heeft aangehouden: artikel 7 lid 4 Gw biedt een grond voor het beperken van de bescherming van de vrijheid van meningsuiting in relatie tot *handelsreclame*, zoals dat artikel commerciële uitingen noemt.[307] Tegelijkertijd, zo bleek in hoofdstuk 2, beschermt artikel 10 EVRM tevens de commerciële uiting, zij het dat getuige de jurisprudentie van het EHRM daaromtrent, de mate van die bescherming wat minder is dan van de niet-commerciële uiting. Maar het uitgangspunt van de genoemde verdragsbepaling is dus dat zij aan iedere soort uiting bescherming biedt.

Verschaft het bovenstaande zelf al een basis voor het stellen van regels met betrekking tot misleidende reclame-uitingen, daar komt nog richtinggevende rechtspraak van het EHRM bij. Voor de regeling van misleidende reclame, die tot het leerstuk van de ongeoorloofde mededinging wordt gerekend,[308] is in elk geval het *Jacubowski*-arrest (1994) van het hof interessant.[309] De *Jacubowski*-zaak strekt tot een min of meer ruime beoordelingsmarge van de nationale autoriteiten aanzien van commerciële uitingen in het bereik van de (ongeoorloofde) mededinging. Het arrest biedt voldoende steun voor de aanname dat het EHRM de opzet en inkleding van wettelijke regelingen op het vlak van de ongeoorloofde mededinging aan de Staten overlaat. Dat geldt dus evengoed voor de Nederlandse regeling.[310]

306 Zie hoofdstuk 2, par. 7.

307 Zie over de verhouding van art. 7 lid 4 Gw tot art. 10 EVRM De Meij e.a. 2000, p. 239-240 en 244-246. In hoofdstuk 2, par. 2 heb ik aangegeven waarom dit boek uitgaat van art. 10 EVRM.

308 Aldus Mon. Nieuw BW B-49 (Verkade), nr. 1, p. 1; *Kort Begrip* 2000, nr. 675 en 678, p. 429-430, 432.

309 EHRM 23 juni 1994, *NJ* 1995, 365, m.nt. EJD. Reeds besproken in hoofdstuk 2, par. 7.

310 De specifieke bewijslastverdeling in art. 6:195 BW is *als zodanig* evenmin in strijd met de uitingsvrijheid, wanneer wordt aangenomen dat zij noodzakelijk is om de rechten en belangen van consumenten en concurrenten te beschermen. Zie in de zin HR 15 januari 1999, *NJ* 1999, 665, m.nt. DWFV (*Luiers II*, of *Procter & Gamble/Kimberly Clark II*); Asser 2004, nr. 222, p. 203. Voor de toepassing van art. 6:195 BW kan dit anders liggen, zie nader par. 6.2.2.2.

6.2.2 Toepassing beoordelingsmarge

6.2.2.1 Algemeen

Op grond van de zojuist vermelde *Jacubowski*-uitspraak van het EHRM ligt het voor de hand, dat de (Nederlandse) rechter in het licht van artikel 10 EVRM tevens een ruime beoordelingsmarge wordt gegund ten aanzien van de *toepassing* van de regeling van misleidende reclame. Ook al is de *margin of appreciation* een door het EHRM van geval tot geval te verlenen gunst en geen recht, het lijkt een veilige aanname dat de rechter in ons land een ruime beoordelingsmarge heeft ten aanzien van het beoordelen en uitspreken van de onrechtmatigheid van uitingen in de zin van artikel 6:194 BW en het toekennen van sancties op die grondslag.

Vanuit dat uitgangspunt benader ik vervolgens de vraag hoe de Nederlandse rechtspraak in artikel 6:194-zaken omgaat met de voorwaarden volgens het toetsingsmodel in artikel 10 lid 2 EVRM. Wanneer deze vraag wordt toegespitst op de Hoge Raad, valt op dat in de in paragraaf 2.5 van dit hoofdstuk vermelde arresten *Pokon/Substral* (1985) en *NIVAK* (1991) van zo'n toets niets is terug te vinden, maar wél in een ander, in deze studie nog niet genoemd arrest, *Procter & Gamble/Kimberly Clark* (1999).

6.2.2.2 *Procter & Gamble/Kimberly Clark* (1999)[311]

Luiergigant Kimberly Clark dagvaardde haar concurrent Procter & Gamble in een kort gedingprocedure en verweet haar, kort gezegd, dat zij in een reclamecampagne voor de introductie van nieuwe luiers op de Nederlandse markt ten onrechte had beweerd de allerdroogste luiers te hebben, en aldus misleidende reclame maakte in de zin van artikel 6:194 BW. De rechter legde op Procter & Gamble de bewijslast ten aanzien van de aannemelijkheid van haar superioriteitsclaim (ingevolge artikel 6:195 BW),[312] maar liet een beoordeling van bewijsmateriaal op de voet van de gewone regels van het civiele bewijsrecht terzijde, omdat daarvoor in kort geding geen plaats zou zijn. Procter & Gamble trok aldus in twee kort gedinginstanties aan het kortste eind.

Procter & Gamble tekende beroep in cassatie aan en stelde in het cassatiemiddel dat het recht om te vermelden dat haar luiers wat het 'drooghoudend vermogen' betreft superieur waren, in beginsel door artikel 10 EVRM werd beschermd. Daarnaast stelde zij dat *als* zij in het kort geding al gehouden mocht worden aan de bewijslastomkering in artikel 6:195, dat zij dan toch óók de mogelijkheid had moeten krijgen om in dat kort geding haar bewijsmateriaal goed voor het voetlicht te krijgen.[313]

---

311 HR 15 januari 1999, *NJ* 1999, 665, m.nt. DWFV (*Luiers II*, of *Procter & Gamble/Kimberly Clark II*). (In HR 15 december 1995, *NJ* 1996, 509, m.nt. DWFV (*Luiers I*) kwam art. 10 EVRM niet aan de orde.)

312 In kort geding plegen de wettelijke bewijsregels niet te gelden (vooral vanwege het spoedeisende karakter van die procedurevorm); tegelijkertijd kunnen de wettelijke bewijsregels de kort gedingrechter wel (onverplicht) dienen als leidraden.

313 Zie nader middel I, onderdeel 4 en middel II, onderdeel 1. Van belang is tevens dat het de *eiser* was die om een kort gedingprocedure had gevraagd, en niet Procter & Gamble. Zie hieromtrent middel I, onderdeel 4 (slot) en noot Verkade nr. 4.

De Hoge Raad kon verwijzen naar de inmiddels gewezen EHRM-arresten in *Markt Intern Verlag* en *Jacubowski* en deed dat ook. De Hoge Raad overwoog (voor een goed beeld volgt nu een uitvoerig citaat):[314]

> "Bij de beoordeling van de in de onderdelen vervatte klachten moet worden vooropgesteld dat het middel terecht ervan uitgaat dat de bescherming van art. 10 EVRM zich in beginsel uitstrekt tot reclame-uitingen, maar dat de Verdragsstaten bij de beantwoording van de vraag of en in hoeverre een beperking van die bescherming noodzakelijk is, zowel op het stuk van de wetgeving als op het stuk van de beslissingen die aan die wetgeving toepassing geven, een zekere beoordelingsvrijheid moet worden gelaten, en dat zulk een beoordelingsvrijheid essentieel is op commercieel terrein, in het bijzonder op een zo complex en voortdurend in beweging zijnd gebied als dat van de ongeoorloofde mededinging (zie: EHRM (..) Markt intern Verlag (..), Jacubowski, (..) Hertel (..)). Tegen deze achtergrond moet worden geoordeeld dat de wetgever tot de slotsom is kunnen komen dat de beperkingen van de vrijheid van reclame-uitingen die het gevolg zijn van de regeling inzake de misleidende reclame, zoals neergelegd in de art. 6:194 en volgende BW, en meer in het bijzonder de in art. 6:195 vervatte bewijslastverdeling, in onze maatschappij noodzakelijk zijn ter bescherming van de rechten en belangen van consumenten en concurrenten. Gegeven deze wettelijke regeling was, nu Procter & Gamble niet erin geslaagd was de juistheid van haar superioriteitsclaim aannemelijk te maken, mede in aanmerking genomen dat het hier een kort geding betreft, voldoende duidelijk en overtuigend vastgesteld dat en waarom die superioriteitsclaim van Procter & Gamble in strijd kwam met en inbreuk maakte op rechten van derden als bedoeld in lid 2 van art. 10 EVRM om toewijzing van een verbod en van een vordering tot rectificatie te rechtvaardigen."[315]

Tot nu toe is dit de enige keer geweest dat de Hoge Raad zich in een zaak over misleidende reclame over de verhouding tot artikel 10 EVRM heeft uitgesproken, hetgeen aan de uitspraak extra gewicht verleent.

Annotator Verkade plaatste enkele kanttekeningen bij de uitspraak:[316]

> "De *margin of appreciation* wordt (..) door de HR in de eerste plaats gebruikt om het wettelijk systeem van art. 6:194 e.v. BW onder artikel 10 lid 2 te rechtvaardigen. Dáár zullen weinigen moeite mee hebben, ook P&G niet. Leest men de laatste 13 regels van r.o. 3.4,

314 R.ov. 3.4.

315 De laatste geciteerde volzin is op te vatten als een (door het cassatiemiddel geïnstigeerde) toepassing van het door de Hoge Raad eerder in de *Rails*-zaak (HR 21 oktober 1994, r.ov. 3.3, *NJ* 1996, 346) geformuleerde criterium: "dat voor (..) toewijzing tenminste was vereist dat duidelijk en overtuigend kon worden vastgesteld dat en waarom de reportage in strijd kwam met of inbreuk maakte op een van de in lid 2 van art. 10 limitatief opgesomde rechten of belangen." Zie nader *Procter & Gamble/Kimberly Clark*, r.ov. 3.4 in verband met onderdeel 2 van middel II, alsmede nr. 8 van de noot van Verkade. Voorts merk ik op dat in het citaat in de hoofdtekst de zinsnede, met mijn cursivering, "dat de Verdragsstaten bij de beantwoording van de vraag of en in hoeverre een beperking van die bescherming noodzakelijk is, zowel op het stuk van de wetgeving als op het stuk van de beslissingen die aan die wetgeving toepassing geven, een zekere beoordelingsvrijheid *moet* worden gelaten", in zoverre nuancering behoeft dat Staten geen *recht* hebben op een beoordelingsruimte, ook al gunt het EHRM die ruimte in de praktijk vaak wel, en blijkt de beoordelingsmarge doorgaans ruim(er) of maximaal (o.a.) op het vlak van de mededinging. Zie nader hoofdstuk 2, par. 3.3.2.

316 Nr. 9 van de noot.

> dan ziet men evenwel dat de HR de ruimte die het EHRM aan de lidstaten geeft, niet gebruikt om in Nederland nog eens goed inhoudelijk in te gaan op de cassatieklacht, en een afweging te maken – mede in het licht van art. 6 EVRM zoals het middel wilde – over de *noodzaak in een democratische samenleving* van beperkte verweermogelijkheden in kort geding in samenhang met bewijslastomkering."

Het mag duidelijk zijn dat het 'venijn' in de staart zit: Procter & Gamble had volgens Verkade gelijk met haar principiële punt. "Wie bewijsrechtelijk A zegt (de kortgedingrechter die onverplicht aansluit bij de bewijslastomkering ten voordele van de eiser)," aldus Verkade, "moet bewijsrechtelijk ook B zeggen, dus – in kort-geding-termen – de *aannemelijkheid* van het aangedragen bewijs inderdaad *beoordelen*."[317]

En wie, misschien niet zonder reden, vreest voor een in potentie dramatische complicering van het kort geding, of de voorlopige voorziening zoals de procedure nu heet, moet om te beginnen al niet de stap maken in kort geding onverplicht aan te sluiten bij de bewijslastomkering ten voordele van de eiser.[318]

Wanneer de gedaagde in een spoedprocedure over het al dan niet (onrechtmatig) misleidende karakter van een reclame-uiting door de rechter wordt gehouden aan de bewijslastomkering in artikel 6:195 BW, betekent deze verplichting reeds op zichzelf een beperking van de uitingsvrijheid, die echter in beginsel niet ontoelaatbaar is in het licht van artikel 10 EVRM, zolang men de lijn aanhoudt dat rechters in spoedprocedures de wettelijke bewijsregels als leidraad mogen nemen en die dus ook aan partijen mogen opleggen. Het vervolgens terzijde laten van het aangeboden bewijs, maakt, indien het gevolg daarvan is dat de gedaagde geen reële kans heeft te voldoen aan het aannemelijk maken van de juistheid van de bestreden uiting, de rechterlijke toets nog niet meteen strijdig met artikel 10 EVRM, maar wél met artikel 6 EVRM (*fair trial*, recht op een eerlijke behandeling van de zaak).

Het belang van het door Procter & Gamble opgeworpen principiële punt is temeer groot, als men bedenkt dat het in een juridische strijd zoals tussen deze twee luierfabrikanten vaak bij spoedprocedures *blijft*,[319] en dat de noodzaak van het moeten afwachten van de uitslag in een bodemprocedure vóórdat publicatie mag plaats vinden, in wezen neerkomt op het stellen van de eis van voorafgaand (rechterlijk) verlof.[320] Daar het eisen van voorafgaand verlof verboden is onder de artikelen 7 Gw en 10 EVRM, kan er indirect, dus in verband met deze *consequentie* van het arrest, wél strijd met de uitingsvrijheid worden aangenomen.[321]

317 Nr. 6 van de noot (cursiveringen Verkade).
318 Vgl. Verkade, noot nr. 6: "Wie dit B niet wil zeggen, moet ook geen A zeggen."
319 Van een bodemprocedure komt het dus vaak niet meer; vgl. noot Verkade nr. 7 (slot).
320 Vgl. noot Verkade nr. 9.
321 M.i. maakt een onvolkomen *uitvoering* van een op zichzelf geoorloofde inzet van artikel 6:195 BW – dat wil zeggen het niet bieden van reële bewijsmogelijkheden – die bepaling nog niet zonder meer *on*toelaatbaar in de zin van art. *10* EVRM.

6.2.2.3 Enkele opmerkingen over lagere rechtspraak

Lagere rechters hebben zich in de afgelopen jaren veelvuldig uitgesproken over beweerdelijk misleidende reclame-uitingen. In die uitspraken is vaak geen enkele verwijzing naar artikel 10 EVRM terug te vinden. Als gevolg van de ruime(re) beoordelingsmarge – denk weer aan *Jakubowski* – zal een beslissing echter op de keper beschouwd materieel niet snel op gespannen voet staan met artikel 10 lid 2 EVRM, bezien door de ogen van het EHRM.[322]

Een en ander betekent niet dat de rechter naast een verbod op grond van artikel 6:196 BW *steeds* een rectificatie zou kunnen bevelen, en dat doet de rechter ook niet. Of in een individueel geval, met in achtneming van de concrete feiten en omstandigheden en op vordering van de eisende partij, naast een verbod tevens een bevel tot rectificatie op zijn plaats is, moet blijken uit de toetsing aan artikel 10 lid 2 EVRM en in het bijzonder de proportionaliteitseis.[323]

6.3 Artikel 6:162 BW en artikel 10 lid 2 EVRM

6.3.1 Zorgvuldigheidsnormen voor oneigenlijk symboolgebruik 'bij de wet voorzien'?

Kan van artikel 6:162 BW worden gezegd dat het *als zodanig* (als een beperking van de uitingsvrijheid) voldoet aan de eisen volgens artikel 10 lid 2 EVRM?

322 Voor de wijze waarop de Nederlandse rechter aan art. 10 lid 2 EVRM (zou) moet(en) toetsen, verwijs ik terug naar hoofdstuk 2, par. 4.

323 Enkele voorbeelden van lagere rechtspraak waarin de rechter de proportionaliteit van de maatregel van rectificatie in zijn overwegingen heeft betrokken (waarbij hij niettemin echter níet steeds art. 10 (lid 2) EVRM vermeldt): Vzr. Rb. Utrecht 12 juli 2005, *LJN* AT9075 (*Dyson/Philips*) r.ov. 4.11 en 4.13: "Dyson heeft, gelet op hetgeen Philips omtrent de Marathon [een type stofzuiger, toevoeging CvW] op haar website heeft geclaimd, belang bij een rectificatie op deze websites. (..) Hetgeen Dyson overigens heeft gevorderd zal worden afgewezen. De (..) maatregelen de afnemers te verzoeken om op alle aanwezige Marathons een sticker te plakken, respectievelijk aan hen te verzoeken om aan potentiële kopers van de Marathon leaflets te verstrekken, voeren naar het oordeel van de voorzieningen rechter te ver. Deze maatregelen moeten disproportioneel worden geacht in het licht van de omstandigheid dat Philips haar product eerst per maart 2005 op de markt brengt en daartoe geen grootschalige reclame-campagne heeft gevoerd, terwijl zij ook niet grootscheeps voor de Marathon heeft geadverteerd. Ook de (..) gevorderde rectificatie in zes landelijke dagbladen zal, gelet op de beperkte duur en omvang van de reclamecampagne van Philips, als disproportioneel worden afgewezen."; Hof Amsterdam 19 november 2004, *IER* 2005, nr. 30 (*Philips/Gilette*), r.ov. 4.11-4.12, waarin het hof onder meer, geparafraseerd, overwoog dat de door de Voorzieningenrechter Rechtbank Utrecht (15 april 2004, *IER* 2004, nr. 68, p. 302-308, m.nt. EHH) opgestelde rectificatietekst de veroordeelde partij ten onrechte óók verplichtte tot het kosteloos innemen van verkochte tandenborstels van een bepaald type. Enkele voorbeelden van uitspraken waarin de gevorderde rectificatie is toegewezen zónder dat van de in art. 10 lid 2 EVRM bedoelde (proportionaliteits-)toets blijkt: Vzr. Rb. Breda 18 augustus 2005, *LJN* AU1044, zie r.ov. 3.9 (*Bisdom Breda/Van der Velden Uitvaartverzorging*); Vzr. Rb. Dordrecht 27 november 2002, *LJN* AF1299, zie r.ov. 23 (*De Dordtenaar/Van Maren*). Interessant, maar van een iets andere orde, is Hof 's-Hertogenbosch 27 september 2005 *LJN* AU5199, r.ov. 4.7-4.8 (*ontkrachten rectificatie in toegevoegd commentaar*).

Hoewel de onrechtmatigheid van aanstootgevende commerciële uitingen aan de hand van de drie categorieën in artikel 6:162 lid 2 BW kan worden aangetoond, is voor de problematiek van deze studie de belangrijkste toch de maatschappelijke betamelijkheid. Daarom zal hierna op die rubriek worden gefocust en zullen de twee andere categorieën kort worden nagelopen.

De inbreuk op een subjectief recht en de strijd met een wettelijke plicht zijn vastomlijnd in vergelijking met de strijd met de maatschappelijke betamelijkheid. Vanuit het perspectief van artikel 10 lid 2 EVRM en de visie van het EHRM daarop, valt tegen wetgeving tegen de inbreuk op een subjectief recht en de strijd met een wettelijke plicht op zichzelf geen bezwaar te verwachten. Het is Staten immers toegestaan om, via toegespitste wetgeving, grenzen te stellen aan maatschappelijk ongewenst gedrag. Bijzonder aan de categorie van de wettelijke plicht is hooguit, dat zij verwijst naar ándere wetgeving, maar daarmee voldoet zij nog altijd aan de eis van artikel 10 lid 2 EVRM dat beperkingen van de uitingsvrijheid moeten zijn voorzien bij wet.[324]

De maatschappelijke betamelijkheid daarentegen wordt ingevuld door de rechtspraak en vormt daarmee een terrein van *ongeschreven* recht, waarmee zij wezenlijk verschilt van de twee andere categorieën van onrechtmatigheid. Tot op heden is er geen uitspraak van het EHRM in een Nederlandse zaak, die laat zien of de maatschappelijke betamelijkheid met haar invulling door (enige rubriek van) zorgvuldigheidsnormen 'bij wet is voorzien'. Voor een betrouwbare indruk van de opvatting van het EHRM kan evenwel worden aangehaakt bij andere – reeds in hoofdstuk 2 besproken – arresten van het hof zoals in *Sunday Times* (1979) en *Kruslin* (1990).[325]

Uit de jurisprudentie van het hof volgt dat artikel 10 EVRM principieel geen onderscheid maakt tussen enerzijds regels die in een wet zijn neergelegd en anderzijds in rechtspraak geformuleerde regels.[326] Cruciaal voor de geoorloofdheid (in de zin van artikel 10 lid 2 EVRM) van geschreven en ongeschreven normen, lijkt uiteindelijk vooral de "foreseeability" van de normen voor de burgers tot wie ze zijn gericht: burgers moeten hun gedrag erop kunnen aanpassen.[327] Aangezien er in de Nederlandse rechtspraak ware leerstukken zijn opgebouwd omtrent zorgvuldigheidsnormen, moet het EHRM er geen moeite mee hebben de maatschappelijke betamelijkheid en de uitwerking daarvan in onze rechtspraak aan te merken als "wet" in de zin van artikel 10 EVRM.

---

324 Bovendien ligt het in de rede, het is in dit hoofdstuk al eerder opgemerkt, dat een derde die meent als gevolg van het overtreden van zulke normen door een ander in zijn belang te zijn geraakt, voor de burgerlijke rechter kan stellen dat die ander (de normschender) jegens hém onrechtmatig heeft gehandeld. Dit gaat bijvoorbeeld degene aan tot wie een uiting van beledigende discriminatie *in concreto* was gericht.

325 EHRM 26 april 1979, *NJ* 1980, 146 (*Sunday Times*) en 24 april 1990, nr. 7/1989/167/223 (*Kruslin*). Zie hoofdstuk 2, par. 3.2 onder *ii*.

326 Dit valt af te leiden uit EHRM 26 april 1979, *NJ* 1980, 146, r.ov. 49 (*Sunday Times*) en 24 april 1990, nr. 7/1989/167/223, r.ov. 29 (*Kruslin*).

327 Zie hoofdstuk 2, par. 3.2 onder *ii*.

Ik moet evenwel opmerken dat het in dit boek in het bijzonder gaat om zorgvuldigheidsnormen die zijn gericht op het gebruik van symbolen en daaraan verbonden rechten of belangen van (groepen) mensen en belangenorganisaties, en dat het de vraag is of er al van een leerstuk daaromtrent kan worden gesproken. Over de onrechtmatigheid van oneigenlijk gebruik en misbruik van symbolen weten we nog niet zoveel. Maar wel over, in iets algemenere zin dus, de onrechtmatigheid van aanstootgevende (kwetsende of beledigende) uitingen in bijvoorbeeld perspublicaties.[328] Aanhaken bij het – goed uitgewerkte – jurisprudentiële kader inzake oude beledigingsartikelen in het burgerlijk recht, zoals ik eerder in dit hoofdstuk heb bepleit, is mogelijk en zinvol.[329] Hiermee wordt mogelijke twijfel ondervangen.

6.3.2 Rechtspraak commerciële uitingen en artikel 10 lid 2 EVRM: *Rails* (1994)

De Rails-modereportage beschouw ik als een overwegend commerciële uiting, nu in de reportage bij elke foto de kleding van de personages was beschreven en tevens het merk, de prijs, de winkel waar de kleding te koop is en het telefoonnummer van de winkel werden vermeld.[330]

In zijn arrest in *Rails* (1994) overwoog de Hoge Raad dat toewijzing van het door Blijf van m'n Lijf gevorderde bevel tot rectificatie een beperking als bedoeld in artikel 10 lid 2 EVRM zou inhouden.[331] De Hoge Raad was kort en bondig over de vraag hoe de toets aan die bepaling er precies uit moest zien.

De Hoge Raad overwoog dat "voor zulk een toewijzing tenminste was vereist dat *duidelijk en overtuigend* kon worden vastgesteld *dat en waarom* de reportage in strijd kwam met of inbreuk maakte op een van de in lid 2 van art. 10 limitatief opgesomde rechten of belangen" (mijn cursiveringen).[332] De Hoge Raad bracht hierin voor het voetlicht dat een restrictie van de uitingsvrijheid in het concrete geval aan artikel 10 lid 2 EVRM moet worden

328 Zie de overzichten van rechtspraak bij Schuijt (*Onrechtmatige daad* VII).

329 Zie par. 3.4.3, met name de daar genoemde *Gemeenteraadslid*-zaak.

330 Bovendien ligt het in de rede dat Rails door de kledingmerken en/of de winkels zal zijn gesponsord, bijvoorbeeld in de vorm van het voor hun rekening nemen van de kosten van de fotoreportage. Ik moet evenwel aantekenen dat de fotoreportage volgens het *hof* in de *Rails*-zaak *geen* (commerciële) reclame-uiting was, omdat de procespartijen zelf dat standpunt aanhielden (r.ov. 4.5 van het arrest van het hof); de Hoge Raad heeft dit overgenomen als een oordeel van feitelijke aard (r.ov. 3.1.5 van het arrest van de Hoge Raad). Het *Rails*-oordeel is daarmee maatgevend voor andere zodanige commerciële uitingen (en daar zijn er veel van), maar iets minder maatgevend voor reclame-uitingen die door de feitenrechter wél als zodanig worden gekwalificeerd. Een wezenlijk bezwaar voor de in de hoofdtekst gekozen opzet vormt dit mijns inziens echter niet. Terzijde: ik laat de in par. 3.3.3 besproken *Shiva*-zaak van Hof Amsterdam 30 november 2006, rolnr. 04/213 (*Agni/Shiva Entertainment*) in deze par. 6.3.2 niet terugkomen. Wat er in het arrest van dat hof over de uitingsvrijheid naar voren is gebracht, komt voort uit een standpunt van de appellant over bescherming van godsdienstvrijheid.

331 HR 21 oktober 1994, *NJ* 1996, 346; zie eerder par. 3.2.2.

332 R.ov. 3.3.

getoetst, en formuleerde in eigen woorden het noodzakelijkheidsvereiste (zie de cursiveringen). Dieper ging hij niet op de toets in, maar daar bestond ook minder aanleiding toe, nu door het hof níet was vastgesteld dat het blad Rails onrechtmatig had gehandeld.[333]

De Hoge Raad heeft naar mijn idee in *Rails* laten zien dat het hem op zichzelf ernst is met de toets in artikel 10 lid 2 EVRM, en dat is positief want het biedt houvast.

6.3.3 Rechtspraak niet-commerciële uitingen en artikel 10 lid 2 EVRM: *Submission* (2005)

Het in dit hoofdstuk nog niet vermelde arrest *Parool/Van Gasteren* (1995) van de Hoge Raad, over een toepassing van de oude beledigingsbepaling artikel 1408 BW(oud), vind ik zelf een mooi voorbeeld van een arrest waarin de Hoge Raad een beperking van de uitingsvrijheid tegen artikel 10 lid 2 EVRM heeft afgezet, door de vereisten van het toetsingsmodel in die bepaling expliciet te noemen en in te vullen.[334] Maar dát is geen zaak over een symbool, en het gaat wat ver om hier een '*à la carte*' variant te bedenken op *Parool/Van Gasteren* ter rechtvaardiging van een weergave van rechtsoverwegingen in deze subparagraaf 6.3.3.[335]

Daarom hier alleen aandacht voor *Submission* (2005).[336] In de beoordeling van het in de media veelvuldig belichte geschil bij de voorzieningenrechter van de Rechtbank 's-Gravenhage, was aandacht voor de uitingsvrijheid in artikel 10 EVRM en de vraag wanneer die mag worden beperkt. De voorzieningenrechter mr. Paris overwoog dat tussen partijen níet in geschil was dat de vrijheid van meningsuiting één van de essentiële fundamenten van een democratische samenleving vormt.[337] In het partijdebat kwam het veeleer aan op de uiteenlopende zienswijze van partijen op de reikwijdte van de uitoefening van dat recht.[338] De voorzieningenrechter overwoog:[339]

333 Zie par. 3.2.2.5.

334 HR 6 januari 1995, *NJ* 1995, 422, r.ov. , 5.11, 5.12.1-5.12.2, m.nt. EJD. Terzijde signaleer ik dat De Meij e.a. 2000, p. 273 naar aanleiding van *Parool/Van Gasteren* heeft geschreven dat de vraag of een beperking van de uitingsvrijheid in een democratische samenleving noodzakelijk is, een rechtsvraag is die in cassatie door de Hoge Raad kan worden getoetst.

335 Voor de invulling van zorgvuldigheidsnormen voor (rechten of belangen die samenhangen met) symboolgebruik kan, zoals ik in par. 3.4.3 heb bepleit, worden aangehaakt bij rechtspraak omtrent de vervallen beledigingsbepalingen in het BW, met een nadere toespitsing op symbolen en toepassing daarvan in uitingen.

336 Rb 's-Gravenhage 15 maart 2005, *NJF* 2005, 194, *LJN* AT0303 (*Submission*); de zaak is besproken in par. 3.3.5 en daarin is tevens aangegeven dat een bespreking van het vonnis voor zover het betrekking heeft op de verhouding tot de uitingsvrijheid, voor deze par. 6 zou worden bewaard.

337 R.ov. 4.4.

338 Zie voor de stellingen zoals door de voorzieningenrechter weergegeven r.ov. 4.4 en 4.5.

339 R.ov. 4.6, 4.7.

> "De vraag is hoe artikel 10 lid 2 EVRM verstaan dient te worden. Uit de rechtspraak van het EHRM komt in het algemeen naar voren dat het Hof groot belang hecht aan de bescherming van de vrijheid van meningsuiting. Slechts in uitzonderlijke gevallen wordt het nodig geacht om verbodsbepalingen te handhaven of sancties op te leggen. Daarnaast blijkt uit de betreffende jurisprudentie dat het EHRM het uitgangspunt huldigt dat de vrijheid van expressie en informatie een noodzakelijke pijler vormt voor een democratische samenleving, waarin plaats moet zijn voor meningen, denkbeelden en informatie die hinderlijk kunnen zijn voor de overheid of voor bepaalde groepen in de samenleving. Dat voor een politica, zoals gedaagde, andere regels zouden gelden is voorshands niet gebleken.
> "De vraag is vervolgens of de in het geding zijnde uitlatingen van gedaagde behoren tot de hierboven bedoelde uitzonderlijke gevallen."

Hierop ging de rechter nader in op de standpunten van partijen in het kader van de onrechtmatigheidsvraag.[340] Daarbij liet de voorzieningenrechter het door hem vooropgestelde artikel 10 EVRM en de in lid 2 van dat artikel neergelegde vereisten niet terugkomen. Zodoende bevat de uitspraak níet, om iets te noemen, een frase met de strekking dat (naar het oordeel van de voorzieningenrechter) het als onrechtmatig aanmerken van de aangevochten gedragingen respectievelijk de gevorderde maatregelen (verbod en rectificatie) niet noodzakelijk waren in een democratische samenleving, of bijvoorbeeld dat de bescherming van de 'rechten van anderen', dat wil zeggen de eisende partijen, niet opwogen tegen het recht van vrije meningsuiting van mevrouw Hirsi Ali.

Wel is in de overwegingen eenvoudig een aantal sporen van EVRM-voorwaarden en van de lijn van het EHRM terug te vinden, zoals met name daar waar het vonnis afstemt op de context van de uitlatingen en aangeeft dat de gedaagde "in het kader van haar strijd tegen de vrouwenonderdrukking en -mishandeling bewust een methode kiest die prikkelt en aanzet tot een debat over hervorming van de islam." Hierin valt een verwijzing te lezen naar de hoge mate van bescherming van uitingen die worden gedaan in het kader van een publiek debat.

Duidelijk is dat het geen bodemprocedure maar een voorlopige voorziening betrof. Toch is het jammer dat in het vonnis niet méér is gedaan met het toetsingsmodel en de relevante rechtspraak – nota bene: door partijen zijn de EHRM-arresten in *Otto-Preminger-Institut* en *Wingrove* aangevoerd – dan het bovenstaande, namelijk of zich een 'uitzonderlijk geval' voordoet.[341] De voorzieningenrechter heeft de vereisten in het toetsingsmodel niet benut om zijn beslissing om de vorderingen af te wijzen, méér overtuigingskracht te geven, hoewel de formulering van het vonnis gezien de persoon van de gedaagde – een politica – , de media-aandacht en de maatschappelijke thema's die op de achtergrond speelden, een precaire aangelegenheid moet zijn geweest.

340 Zie voor de onrechtmatigheidsvraag in deze zaak par. 3.3.5.
341 Vergelijk r.ov. 4.7, hierboven in deze par. 6.3.3 geciteerd.

De werkwijze in dit vonnis wekt de indruk dat het toetsingsmodel niet écht nodig zou zijn voor de beslissing, wanneer men de meest essentiële 'EHRM-waarden' – bovenaan: 'publiek debat of niet' – maar in acht neemt. Of de voorwaarden volgens artikel 10 lid 2 EVRM en de toepassing daarvan door het EHRM *nodig* zijn, doet echter niet terzake, wanneer men tenminste de door mij bepleite lezing van artikel 94 Gw deelt (hoofdstuk 2, par. 4). Anders zal men toch in ieder geval moeten toegeven dat het beoordelingskader zoals aangelegd in de *Submission*-zaak een zekere scherpte mist – een aantal ankers mist.[342]

6.4 *De Nederlandse Reclame Code en de uitingsvrijheid (Boycot Outspan Aksie en Medisch Komitee Palestina)*

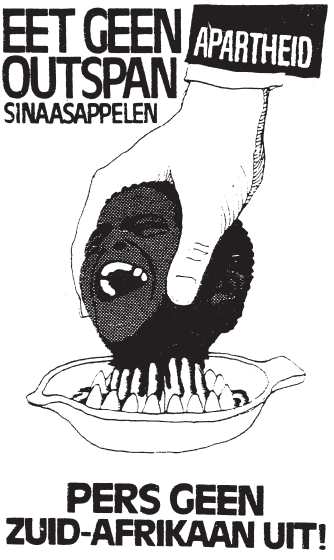
6.4.1 Introductie

Gelden de waarborgen van artikel 10 EVRM tevens voor de geschillenbeslechting door de Reclame Code Commissie (en het College van Beroep)? Over deze vraag zijn twee prachtige zaken voorhanden, die begonnen bij de RCC en uiteindelijk door de rechter werden beslecht: *Boycot Outspan Aksie* en *Medisch Komitee Palestina*.

6.4.2 *Boycot Outspan Aksie* (1980)

De Stichting Boycot Outspan Aksie riep in de jaren zeventig van de vorige eeuw in het kader van een actie tegen de Zuid-Afrikaanse apartheidspolitiek op tot een boycot van de koop van sinaasappelen van het merk Outspan uit dat land. Bij deze acties adverteerde zij met een tekening van een blanke hand die het hoofd van een zwarte op een sinaasappelpers uitperst, met als onderschrift: "Pers Geen Zuid-Afrikaan Uit". De tekening zag er als volgt uit:

342 Zie, deels eveneens kritisch, G.A.I. Schuijt in *Mediaforum* 2005, afl. 4, nr. 15, p. 178-180. Dat het er in lagere rechtspraak ook voorbeeldig aan toe kan gaan, laat bijvoorbeeld het vonnis van de Pres. Rb. Leeuwarden 20 maart 2000, *LJN* AA5178, *Mediaforum* 2000/5, nr. 33, p. 174-178 (*Bayer/Ziek van Bayer*) zien. Daarin heeft de voorzieningenrechter (mr. Vrieze) het toetsingsmodel van art. 10 lid 2 EVRM vér en expliciet gevolgd bij het beoordelen van, ten eerste, het door chemie- en farmaceuticaconcern Bayer gevraagde verbod als zodanig van door een actiecomité geuite en door Bayer als kwetsend en onwaar ervaren leuzen als "Ziek van Bayer", en ten tweede, de omvang van het gevraagde verbod (welke leuzen wél verbieden en welke níet?), terwijl voorts ook in tijdsduur het verbod voor zover toegewezen werd afgebakend (r.ov. 4.1- 4.2, 8.1-8.2 en 9).



De RCC oordeelde in 1975 dat de advertentie de grens van toelaatbare reclame had overschreden omdat zij in strijd was met de goede smaak en het fatsoen; het College van Beroep bekrachtigde de uitspraak, in 1976.[343]

Daarop startte de Stichting Boycot Outspan Aksie een kort geding voor de Rechtbank Amsterdam, omdat zij meende door de uitspraken in haar uitingsvrijheid te worden belemmerd. Zij deed daarin een beroep op de horizontale werking van de vrijheid van meningsuiting, een toen nog nieuw instrument in civiele procedures. De rechtbank verwierp de vorderingen, maar bij het Gerechtshof Amsterdam had de stichting, door het hof aangeduid als 'BOA', vervolgens wél succes.[344]

Het hof overwoog:[345]

> "De vrijheid van meningsuiting wordt reeds beknot zodra een concrete meningsuiting, in door de auteur verkozen formulering of vormgeving wordt verhinderd.
> Ten aanzien van de ernst van de belemmering van deze concrete meningsuiting is van belang dat de leden van de geïntimeerden sub 5 en 7[346] tezamen meer dan 90% van de dagblad-, weekblad- en tijdschriftenmarkt beheersen. Derhalve leidt boycot van de BOA-prent door deze leden ertoe dat BOA haar prent in nagenoeg geen enkel dagblad, weekblad of tijdschrift geplaatst krijgt.

343 RCC 23 september 1975, *NJ* 1976, 369; College van Beroep 6 april 1976.

344 Hof Amsterdam 30 oktober 1980, *NJ* 1981, 422, *NJCM* 1980, p. 374-384 m.nt. J.A. Peters en Rb. Amsterdam 1 mei 1980, *NJCM* 1980, p. 216-222 m.nt. J.A. Peters. De zaak *Medisch Komitee Palestina*, hierna in par. 6.6.3, biedt een ander voorbeeld van horizontale werking. Zie voor de horizontale werking in de beide zaken De Meij e.a. 2000, p. 84-87.

345 R.ov. 9, 10 en 12.

346 Het ging hier om de Nederlandse Dagbladpers en de Nederlandse Organisatie van Tijdschrift-Uitgevers, twee grote spelers in de wereld van de georganiseerde media.

> [Uit het voorgaande, toevoeging CvW] (..) volgt dat de boycot van de BOA-prent door de (..) geïntimeerden (..) BOA ernstig belemmert in de daadwerkelijke uitoefening van haar vrijheid van meningsuiting.
> Onder deze omstandigheid is het veroorzaken van deze boycot door geïntimeerden onrechtmatig jegens BOA, tenzij zwaarwegende belangen aan de zijde van geïntimeerden haar handelwijze kunnen rechtvaardigen."

Een aanbeveling van de RCC of haar College van Beroep is vérstrekkend vanwege het ruime bereik in de media, zo overwoog hier het hof, en een aanbeveling om de advertentie te weren komt neer op een boycot (en is zodoende, zeg ik erbij, in EHRM-termen niet proportioneel). Zo'n boycot bleek in beginsel onrechtmatig jegens de Stichting Boycot Outspan Aksie. De verwijzing naar zwaarwegende belangen door het hof doet denken aan artikel 10 lid 2 EVRM, en dan met name aan de afweging in het kader van het noodzakelijkheidsvereiste. Over de afweging van belangen overwoog het hof als volgt:[347]

> "(H)et algemeen belang (kan) worden gediend door het bestaan en de toepassing van deze uniforme normen [de Nederlandse Reclame Code, toevoeging CvW], in zoverre daardoor het bestaan en voortbestaan van de media wordt veilig gesteld. Het Hof voegt daar evenwel direct aan toe dat deze normen met grote terughoudendheid toegepast dienen te worden indien een advertentie wordt beoordeeld die louter een denkbeeld propageert. In dat geval staat immers tegenover het zo-even genoemde algemene belang het belang van de feitelijke mogelijkheid tot uitoefening van de vrijheid van meningsuiting.
> Toegespitst op de BOA-prent – die door de Reclame Code Commissie en het College van Beroep is getoetst aan de norm van goede smaak en fatsoen – brengt dit mee dat de prent alleen dan had mogen worden afgekeurd indien zij naar de in ons land, althans bij de overgrote meerderheid van de bevolking levende opvattingen in ernstige mate wansmakelijk of onfatsoenlijk zou zijn, en de lezers afkerig zou maken van het blad of tijdschrift waarin zij is geplaatst. In dat geval zou immers het (..) omschreven algemene belang worden geschaad.
> Naar het oordeel van het Hof is dit echter niet het geval."

Ideële of politieke uitingen die onder de (ruime) definitie van reclame in de NRC vallen, moeten volgens deze laatste overwegingen met grote terughoudendheid worden getoetst. Met het oog op de vrijheid van meningsuiting kunnen volgens het hof alleen zwaarwegende belangen, waaronder het algemene belang bij het bestaan en voortbestaan van de media, de toewijzing van een klacht rechtvaardigen. Dit lot is beperkt tot de overduidelijke, zeer ergerlijke gevallen,[348] getuige de regel van het gerechtshof dat de mogelijkheid om een uitgedragen denkbeeld af te keuren, afhangt van de opvatting van de "overgrote meerderheid van de bevolking", "ernstige mate" van wansmakelijkheid of onfatsoenlijkheid én de eigenschap de lezers afkerig te maken van het blad of tijdschrift.

347 R.ov. 19-20.
348 Vgl. in deze zin Dommering e.a. 2000, p. 390.

Het meest zichtbare gevolg van het arrest is (per saldo) geweest dat klachtzaken omtrent denkbeelden (art. 1 NRC) tot een niet zwaardere sanctie kunnen leiden dan een *vrijblijvend advies* aan de bij de Stichting Reclame Code aangesloten mediaorganisaties. Deze ingrijpende koerswijziging voorkómt dat de toewijzing van een klacht over een bepaald denkbeeld het uitdragen daarvan blokkeert. Los hiervan is niet uit te sluiten dat de beklaagde naar aanleiding van de uitspraak zijn gedrag in de toekomst zal aanpassen (zelfcensuur, *chilling effect*; zie hierover reeds par. 1.3).

6.4.3 *Medisch Komitee Palestina* (1982)

Een andere principiële zaak, korte tijd later, is *Medisch Komitee Palestina*. De klacht draaide om de toelaatbaarheid van de woordkeuze in een politieke reclame-uiting van 'Medisch Komitee Palestina', een actiecomité tegen de bombardementen op Libanon die het Israëlische leger in de jaren zeventig van de vorige eeuw uitvoerde. In de zaak legde zowel de RCC als het College van Beroep verantwoording af aan het recht op vrijheid van meningsuiting, nadat de beklaagde, het actiecomité, zich op dat recht had beroepen.[349] Na het arrest in *Boycot Outspan Aksie* verwondert deze verantwoording niet.

De RCC overwoog:

> "[D]e Commissie [stelt] voorop dat de Commissie bij de beoordeling van reclame-uitingen waarbij denkbeelden worden gepropageerd, als uitgangspunt hanteert dat:
> 1. het recht op vrijheid van meningsuiting zoveel mogelijk dient te worden gewaarborgd en dat
> 2. deze uitingen in beginsel slechts dan voor afkeuring op grond van de Nederlandse Code voor het Reclamewezen in aanmerking komen, indien en voor zover daarin feiten of gegevens onjuist worden weergegeven."

Met andere woorden, de RCC gaf in deze overweging aan dat zij niet in de toelaatbaarheid van reclame omtrent denkbeelden zou treden, behalve voor zover het om de juistheid van in die uitingen weergegeven feiten of gegevens zou gaan. Dit standpunt hield een beperking in ten opzichte van haar toetsing in de zaak *Boycot Outspan Aksie*, waarin zij strijd met de goede smaak en het fatsoen aannam.

De RCC wees de klacht tegen het actiecomité toe en deed een aanbeveling om niet meer op een dergelijke wijze reclame te maken. In de kern was het argument van de RCC, dat het opvoeren door het actiecomité van een tekst als een *citaat* van de toenmalige premier van Israël, terwijl het in werkelijkheid ging om een interpretatie daarvan, onvolledig en misleidend was. *Medisch Komitee Palestina* protesteerde tegen de uitkomst bij het College van Beroep, met een op de vrijheid van meningsuiting gebaseerd verweer.

349 RCC 7 december 1981, dossier 2750; College van Beroep 11 maart 1982.

Het College van Beroep stelde allereerst onder meer dat de fondsenwerving die met de politieke boodschap van het actiecomité gepaard was gegaan, aan de uiting tevens een commercieel aspect gaf, en dat hiervoor des te meer gold dat de in de uiting verstrekte informatie juist diende te zijn, hetgeen naar het oordeel van het College niet het geval was. Terzake van de uitingsvrijheid vervolgens, overwoog het College van Beroep:

> "[M]et de bestreden beslissing (..) kan het College zich verenigen.
> Het beroep dat het Komitee in dit verband doet op de vrijheid van meningsuiting kan naar het oordeel van het College niet slagen. Ter beoordeling staat immers geenszins de visie van het Komitee, maar uitsluitend de vraag of een door het Komitee ter ondersteuning van zowel zijn inzamelingsactie als van het in de advertentie gepropageerde denkbeeld vermeld citaat al dan niet juist was."

Met de correctie dat het College de uiting niet zozeer onvolledig als wel onwaar vond, bleef de uitspraak van de RCC overeind. Hiermee was de kous niet af, want Medisch Komitee Palestina bracht via prorogatie van rechtspraak de zaak tegen de Stichting Reclame Code aan bij het Gerechtshof te Amsterdam.[350]

Het gerechtshof herhaalde het in *Boycot Outspan Aksie* ingenomen standpunt, samengevat, dat de verantwoordelijkheid die gepaard gaat met de machtspositie van de bij de Stichting Reclame Code aangesloten brancheorganisaties een behoorlijke afweging van de betrokken belangen gebiedt vooraleer een reclame-uiting (die denkbeelden omvat) mag worden geweerd.[351] In *Medisch Komitee Palestina* stonden volgens het hof tegenover elkaar het recht op vrijheid van meningsuiting van het actiecomité enerzijds en het belang van de Stichting Reclame Code dat op verantwoorde wijze reclame wordt gemaakt, anderzijds. Hetgeen door de stichting was aangevoerd om misleiding aan te nemen, was naar het oordeel van het hof "van te weinig betekenis om als grond te kunnen dienen voor de ernstige beknotting van de vrijheid van meningsuiting die voor het MKP het gevolg zou zijn van een openbare aanbeveling."[352]

Het commerciële element van de uiting, de fondsenwerving, was volgens het hof "niet geheel zonder belang", in de zin dat de uiting zou kunnen vallen onder de omschrijving van oplichting.[353] Indien de RCC een aanbeveling zou doen waardoor de plaatsing van een uiting, ook al bevat zij denkbeelden, wordt verhinderd, "zou dat niet wijzen op een onjuiste afweging van belangen" wanneer de uiting "in strijd is met de wet en waardoor aan derden

350 Hof Amsterdam 27 mei 1982, *NJCM* 1982, p. 246-255, m.nt. J.A. Peters; zie over de prorogatie r.ov. 1. De andere eisende partij was de vereniging Het Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten; zij werd niet ontvankelijk verklaard in haar vordering (r.ov. 16-19).

351 R.ov. 7; vgl. het arrest in *Boycot Outspan Aksie*, hierboven in par. 6.4.2.

352 R.ov. 11.

353 R.ov. 12.

ernstig nadeel kan worden toegebracht" of inbreuk maakt op een grondrecht van een ander.[354] Zo'n geval deed zich hier naar het oordeel van het hof echter niet voor.

6.4.4 De uitingsvrijheid sinds *Boycot Outspan Aksie* en *Medisch Komitee Palestina*

Zo spannend als het toen was rondom de uitingsvrijheid, is het nadien niet meer geworden. Tweemaal een arrest van het Gerechtshof te Amsterdam, dat zich genoodzaakt zag de RCC en haar College van Beroep de weg te wijzen ten aanzien van reclame-uitingen over denkbeelden. Het is dan ook op het vlak van denkbeelden (publiek debat, persoonlijke overtuigingen) dat de uitingsvrijheid van het grootste gewicht is, getuige artikel 10 EVRM en de rechtspraak van zowel de Hoge Raad als het EHRM. Voor beslissingen van de RCC inzake *commerciële* reclame-uitingen is de uitingsvrijheid niet zonder betekenis, maar of er ook dán een uitdrukkelijke belangenafweging is vereist valt uit *Boycot Outspan Aksie* en *Medisch Komitee Palestina* niet met zekerheid op te maken.

Waarschijnlijk wèl, omdat de toewijzing van een klacht over een commerciële uiting neerkomt op een verbod. Het achterwege laten van een sanctie in het geval van denkbeelden-reclame is overigens geen excuus om artikel 10 EVRM buiten beschouwing te laten. Het EHRM heeft bepaald dat de enkele vaststelling dat een professionele standaard is geschonden al een negatief effect (*chilling effect*) op de beklaagde kan hebben, en dat daarom ook in zo'n geval artikel 10 EVRM in de beoordeling moet worden betrokken. In de door het EHRM getoetste zaak ging het om tuchtrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten. De parallel met de zelfregulering op basis van de Nederlandse Reclame Code is snel getrokken.[355]

---

354 R.ov. 12. Het arrest (althans r.ov. 10 en 12) lees ik anders dan annotator J.A. Peters, waar die stelde dat het hof, na *Boycot Outspan Aksie*, voor de RCC "uitsluitend" nog als taak zag te toetsen aan de wet en aan de mogelijke inbreuk op een grondrecht van een ander. Aan de *mogelijkheid* voor de RCC om de uiting van *Medisch Komitee Palestina* te toetsen aan de gedragsnorm met betrekking tot misleiding (die er volgens het hof op neer komt het waarheidsgehalte van de uiting te bewaken, r.ov. 9), deed het hof op zichzelf niet af; het plaatste een kanttekening bij de moeilijkheid van het objectief vaststellen van de 'waarheid' van een denkbeeld en ging vervolgens niet verder dan aan te geven dat de aangedragen argumentatie onvoldoende was voor het toepasselijk verklaren van de bedoelde norm en het uitspreken van een openbare aanbeveling. De overweging van het hof omtrent strijd met de wet en grondrechten van anderen is veeleer als complementair te beschouwen ten opzichte van de lijn die de RCC (en het College van Beroep) zichzelf na het arrest in *Boycot Outspan Aksie* voor denkbeelden had gesteld (zie het citaat in het begin van par. 6.4.3).

355 EHRM 28 oktober 2003, zaaknr. 39657/98 (*Steur*), r.ov. 29. Opgenomen in: *Mediaforum* 2004, afl. 1, nr. 1, met noot G. Kemper. J. Mentink stelt dat uit deze uitspraak volgt dat de Raad voor de Journalistiek zich in zijn opiniërende uitspraken dient te houden aan de noodzakelijkheidstoets van artikel 10 lid 1 EVRM. De parallel met de RCC is hier eveneens snel getrokken. Zie: J. Mentink, *Veel raad, weinig baat* (diss. UL), Rotterdam: Ad. Donker 2006, p. 88-89.

Over de toetsing van de uitingsvrijheid door de RCC inzake de commerciële en niet-commerciële reclame-uitingen in par. 5 van dit hoofdstuk, kan ik kort zijn: de RCC repte in deze zaken niet van de uitingsvrijheid. Dit wil niet per se zeggen dat de RCC daarin (materieel) de betekenis van de uitingsvrijheid veronachtzaamde, wel dat een eventuele toets van de uitingsvrijheid niet *kenbaar* is. De zaken bieden mijns inziens ook niet voldoende aanknopingspunten om zo'n toets in de tekst in te lezen.

In andere, niet in par. 5 behandelde gevallen op het vlak van deze studie heeft de RCC wél op het bestaan van het recht op vrijheid van meningsuiting gewezen, maar vervolgens niet inzichtelijk gemaakt *waarom* dat recht nu precies de beslissing beïnvloedt. Dit is dus een kwestie van de onderbouwing. Zo overwoog de RCC over een bepaald denkbeeld "[dat] gezien het bestaande recht op de vrijheid van meningsuiting, een oordeel over de objectieve juistheid van de in deze advertentie (..) weergegeven mening haar niet toekomt", zonder dat zij een nadere toelichting gaf. Over een ander denkbeeld besliste de RCC dat "zij van oordeel [is] dat de toonzetting van de brochure niet zodanig is dat deze, mede gelet op de verweerder toekomende vrijheid van godsdienst en vrijheid van meningsuiting, onmiskenbaar in strijd is met de wet."[356] Opnieuw: wel genoemd, niet zichtbaar getoetst.

Een voorbeeld van een uitvoeriger (impliciete) toetsing van de uitingsvrijheid vind ik een klachtzaak over een televisiespotje voor een nummer van het tijdschrift HP/De Tijd (2001). Die editie van HP/De Tijd droeg de covertekst "Er is iets mis met de islam", en het reclamespotje werd uitgezonden kort na de grote aanslagen door moslimextremisten in de Verenigde Staten in 2001. De RCC kwalificeerde HP/De Tijd eerst als een opinieblad waarin actuele onderwerpen aan de orde worden gesteld en oordeelde vervolgens dat de covertekst, die verwees naar een redactioneel artikel tegen de achtergrond van de recente terreuraanslagen, "een manier is om op bondige wijze tot uitdrukking te brengen dat in een artikel een bepaald onderwerp onder de loep wordt genomen."[357] De RCC wees de klacht om deze reden af. Zij gaf er met haar overwegingen blijk van, in mijn ogen, de vrijheid van (kritische, puntige) meningsuiting op het vlak van een publiek debat (vergelijk de eerder besproken jurisprudentie van de Hoge Raad en het EHRM) in de beslissing mee te wegen.

Tot slot nog even terug naar de zaken in par. 5. Welk oordeel is daarover te geven lós van de vraag of er nu wel of niet een vorm van toetsing van de uitingsvrijheid in is terug te vinden?

De RCC blijkt in de regel niet mee te gaan met klachten die op de keper beschouwd kleinzerig zijn, althans door een objectieve bril bezien onvoldoende ernstig. Vanuit het perspectief van de uitingsvrijheid is dat goed nieuws.

356 Zie RCC 19 april 1977, dossier 809 (*Actie Namibië*) resp. RCC 28 januari 1994, dossier 93.7870 (*Jehova's Getuigen*). Zie verder bijvoorbeeld ook RCC 26 augustus 1999, *IER* 2000/1, nr. 11, p. 45 e.v. (*Ode over AIDS*).

357 RCC 2 november 2001, dossier 01.0545C.

Moeizaam is het – vooralsnog op zichzelf staande – geval waarin zij de affiche van de Stichting Stationsevangelisatie nodeloos kwetsend oordeelde vanwege het uiten van een exclusieve geloofsvisie (par. 5.5). De gevolgtrekking van de RCC dat de beklaagde zich met de afbeelding en tekst op de affiche tegen andere geloofsovertuigingen zou hebben gericht, doet mijns inziens geen recht aan de complexiteit van het onderwerp. Bovendien laten de consequenties van deze beslissing voor 'denkbeeldenreclame' over geloof in het algemeen zich moeilijk overzien, vooral in verband met de omstandigheid dat geloven van nature uitgaan van een bepaalde waarheid.

6.5 *Tussenevaluatie*

De voor deze studie relevante rechtspraak met betrekking tot de onrechtmatigheidscategorie strijd met de maatschappelijke betamelijkheid (Hoge Raad in *Rails*, voorzieningenrechter in *Submission*), is niet problematisch in het licht van de voorwaarden voor beperking van de uitingsvrijheid in artikel 10 lid 2 EVRM. Het nadrukkelijk, en (in het vonnis van de voorzieningenrechter in *Submission*: nadrukkelijker) aanleggen van de vereisten volgens artikel 10 lid 2 EVRM verdient aanbeveling.[358]

Een bedenkelijk incident, zij het niet in de symbolensfeer, en commercieel, vormt *Procter & Gamble/Kimberly Clark* (1999) van de Hoge Raad. De mate waarin en de wijze waarop in de kort gedinginstanties recht werd gedaan aan de positie van de gedaagde partij, schoot tekort. De uitingsvrijheid van de gedaagde werd er ontoelaatbaar door beperkt.[359]

De RCC blijkt de uitingsvrijheid, die zij volgens de *Boycot Outspan Aksie*- en *Medisch Komitee Palestina*-arresten van het Hof Amsterdam moet garanderen, vaak niet met zoveel woorden te noemen. Hoewel dit nog niet wil zeggen dat die beslissingen materieel met dat recht botsen, is een meer kenbare onderbouwing op dit punt wenselijk.

358 In de zaak *Shiva* van het Hof Amsterdam (par. 3.3.3) speelde een beroep op godsdienstvrijheid, een andere invalshoek.

359 De kritiek ziet in die zaak, zoals ik in par. 6.2.2.2 betoogde, primair op het beginsel van *fair trial*. Er bestaat daarbij echter niet slechts een *correlatie* met de uitingsvrijheid – de basis van de principiële discussie in die zaak was de inzet van art. 6:195 BW in de kort gedingprocedure, en de bewijslastomkering in dat artikel vormt *als zodanig* een beperking van de uitingsvrijheid –, maar de *consequentie* van schending van het *fair trial*-beginsel in dit geval is dat nu eígenlijk voorafgaand (rechterlijk) verlof nodig zou zijn voor reclamemakers die zekerheid wensen. Deze consequentie van de door de kort gedinginstanties gevolgde en door de Hoge Raad in stand gelaten benadering levert (indirect) strijd met de uitingsvrijheid op.

7 Evaluatie en slotbeschouwing

Een belangrijke vaststelling in dit hoofdstuk is dat oneigenlijk symboolgebruik in het concrete geval op grond van artikel 6:162 BW kán worden verboden – deels geruggesteund door, maar ook onafhankelijk van het strafrecht. Een conflict over symbolen en belangen die verbonden zijn aan identiteit, waar een symbool vaak aan raakt, is niet iets ongrijpbaars of iets wat naar zijn aard buiten het bereik van het burgerlijk recht valt. Het zijn behartenswaardige belangen en het burgerlijk recht is er in beginsel óók om in dit type conflicten op te kunnen komen voor een recht of een belang, individueel of *en groupe*. Vooral het verbod van gebruik en de verklaring van recht zijn geschikte sancties. Het burgerlijk recht draagt door middel van de hier besproken procedures bij aan het herstellen van onrecht en vervult tevens een erkenningsfunctie voor gekwetste partijen die van de rechter willen horen dat ze door het gedrag van de gedaagde miskend zijn in – veelal – hun identiteit. De collectieve actie vormt bij uitstek op dit vlak een reële versterking van de mogelijkheden.

Rechtszaken en incidenten van op grond van artikel 6:162 BW benaderd of te benaderen aanstootgevend symboolgebruik leverden interessante illustraties op voor het onderzoek. Ik behandelde *Rails*, *Shiva*, *Hitlerwijn* en *Submission*. Het bleken gevallen met een aantal gedeelde bijzonderheden. De gevallen duiden erop dat uitingen die als aanstootgevend worden ervaren, daarmee nog niet spoedig onrechtmatig (kunnen) worden geacht. Zo is *commercieel* gebruik van symbolen dat als kwetsend is ervaren, *als zodanig* nog niet onrechtmatig. Ten aanzien van kwetsend gebruik van een religieus symbool is onder meer van belang of het gebruik inspeelt op het religieuze karakter (vergelijk de *Shiva*-zaak). In sommige gevallen schuilt ook in een *verloren* procedure toch enige winst: de *Shiva*-zaak haalde de media en dat droeg bij aan de promotie van hindoe-belangen in Nederland.

Juridische procedures over aanstootgevend symboolgebruik hebben een eigen kleur, maar vertonen verwantschap met andere leerstukken. Naar aanleiding van de genoemde zaken en door aan te sluiten bij rechtspraak van de Hoge Raad over zo'n ander leerstuk, de oude beledigingsbepalingen in het BW, kon in paragraaf 3.4.3.3 een reeks gezichtspunten worden samengesteld die van dienst kan zijn bij de beoordeling van de onrechtmatigheid.

Tot de factoren die een rol kunnen spelen, behoort de politieke dimensie van de procedure. Afstemming op de uiting in haar directe context, waarbij een appèl aan bredere maatschappelijke thema's als sociale polarisatie zoveel mogelijk buiten de beoordeling van de onrechtmatigheid wordt gelaten, biedt de beste perspectieven voor het beslechten van het geschil. Een geloofsstandpunt van de eisende partij kan weliswaar dienen ter onderbouwing van zijn geschonden rechten of belangen, maar níet *ter invulling* van een (nieuwe) zorgvuldigheidsnorm. Dit vanwege de morele censuur ten opzichte van de andere partij en anderen in toekomstige gevallen, die daarvan het gevolg zou zijn.

Ik houd er rekening mee dat in de komende jaren een *toename* van het aantal civiele procedures te zien zal zijn waarin bescherming wordt gezocht van een aan een symbool verbonden recht of belang, met name religieus en etnisch geïnspireerd. De oorzaak van deze toename ligt enerzijds in de omstandigheid dat een symbool veelal in relatie staat tot identiteit en anderzijds in het verschijnsel van toegenomen multiculturaliteit. De groei van het aantal procedures zal vermoedelijk nog altijd bescheiden blijven, maar de conflicten raken aan gevoelige thema's als de acceptatie van niet-westerse religies en roepen geheid debat op. Bezwaarlijk is een beroep op de rechter in deze kwesties in zoverre niet, dat er tevens een gezonde *emancipatie* van minderheden uit spreekt (par. 3.4.7).

De collectieve actiebevoegdheid kan in dergelijke procedures een faciliterende rol gaan spelen, zeker nu voor de hand ligt dat tegen oneigenlijk gebruik van met name religieuze symbolen meer en meer zal worden geageerd vanuit een *georganiseerd* verband – ook een teken van emancipatie. De collectieve actiebevoegdheid is een in de praktijk nu al regelmatig gebruikte mogelijkheid om in rechte op te komen voor gebundelde belangen en voor de bescherming van algemene belangen en van groepsbelangen kan zij een uitkomst betekenen. Van koudwatervrees is in de rechtspraktijk na een kwart eeuw geen spoor meer, al is een deel van de grenzen van de sinds 1994 bestaande *wettelijke* regeling nog niet beproefd. De waarde van de collectie actiebevoegdheid schuilt vooral in het karakter van de individuoverstijgende belangen waarvoor bescherming wordt gezocht.

Procesbevoegde belangenorganisaties moeten naar mijn mening onder gelijke voorwaarden als individuele personen aanspraak kunnen maken op rechtsbijstandfaciliteiten, om de collectieve actieregeling optimaal te kunnen laten functioneren (par. 4.8).

Wordt er nu niet teveel afbreuk gedaan aan de uitingsvrijheid, na al die mogelijkheden in het civiele recht om op te treden tegen oneigenlijk gebruik van symbolen en daarmee verbonden kwetsing (de zelfregulering via de Stichting Reclame Code volgt zo meteen nog)?

De voor deze studie meest relevante rechtspraak in verband met de onrechtmatigheidscategorie strijd met de maatschappelijke betamelijkheid – de Hoge Raad in *Rails* en de voorzieningenrechter in *Submission* – blijkt niet problematisch in het licht van de voorwaarden voor beperking van de uitingsvrijheid in artikel 10 lid 2 EVRM (par. 6.3).

Het nadrukkelijk – en in het vonnis van de voorzieningenrechter in *Submission*: nadrukkelijker – aanleggen van de vereisten volgens artikel 10 lid 2 EVRM verdient aanbeveling. Vergelijk tevens mijn zienswijze in hoofdstuk 2, par. 4.3.

Oók tot het burgerlijk recht reken ik de zelfreguleringsnormen van de Stichting Reclame Code. De waarde van de klachtprocedure bij die instantie schuilt er vooral in, dat zij voor klagers toegankelijk en goedkoop is, en dat de Reclame Code Commissie (RCC) en het College van Beroep (CvB) met een

doelmatige behandeling meewerkt aan het bewaken van het niveau van reclame-uitingen in Nederland. De behandelde klachten hadden voor de rechter kúnnen komen, zodat gezegd kan worden dat de faciliteit van de zelfregulering eraan heeft bijgedragen dat het zover niet is gekomen.

Ik bestudeerde zo'n vijfenzeventig beslissingen die interessant waren voor de problematiek van oneigenlijk symboolgebruik. De meeste zaken bleken te gaan over religie. De RCC blijkt in zulke zaken de klachten per saldo niet gauw toe te wijzen.

Een moeilijkheid vormt de beperkte openbaarheid van RCC-beslissingen. Een andere moeilijkheid is dat in de bestudeerde zaken regelmatig níet naar voren komt wat voor de RCC nu precíes de doorslag gaf, noch wat een zaak van andere onderscheidt, of juist wat de bepalende overeenkomsten zijn. Dit *hoeft* niet te betekenen dat de beslissingen niet consistent zijn, maar zeker weten doen we dat niet. De RCC blijkt ook de uitingsvrijheid, die zij volgens de *Boycot Outspan Aksie*- en *Medisch Komitee Palestina*-arresten van het Hof Amsterdam moet garanderen, vaak niet met zoveel woorden te noemen. Hoewel dit nog niet wil zeggen dat die beslissingen materieel met dat recht botsen, is een meer kenbare onderbouwing op dit punt wenselijk.

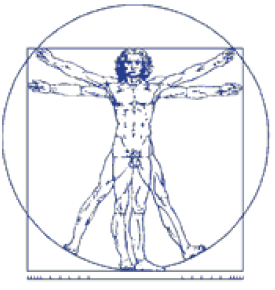
DEEL II
Monopolisering

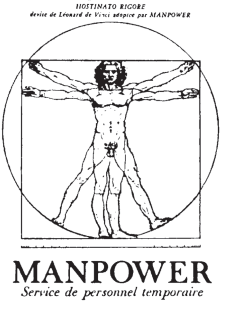
5 Tekens met een grote symbolische waarde en het Benelux-merkenrecht

1 Introductie

In deel II, te beginnen met dit hoofdstuk 5, wordt de overstap gemaakt van oneigenlijk gebruik van symbolen naar monopolisering en wettelijk exclusief gebruik van symbolen. Dit is het domein van het intellectuele eigendomsrecht, waarvan vooral het merkenrecht aan de orde komt. In deel II wordt onverminderd uitgegaan van de rubricering van symbolen met een positieve connotatie naar nationale, culturele of religieuze betekenis. Daarnaast keren de symbolen met een negatieve connotatie terug.

Laat ik alvast een illustratie geven van de te bespreken gevallen van monopolisering en exclusieve exploitatie. Een ook in Nederland actieve internationale uitzendorganisatie, Manpower, heeft de beroemde 'Vitruviaanse figuur' van Leonardo da Vinci een tijdlang als een merk voor haar diensten gevoerd. Het merk was internationaal te zien op uithangborden, in reclame-uitingen en in personeeladvertenties. Drie afbeeldingen die bij die organisatie in gebruik zijn of waren:[1]





1 Afbeeldingen ontleend aan resp. < http://www.interet-general.info/IMG/manpower-logo-1.gif>, het online-register van het Benelux-Bureau voor de intellectuele eigendom (BBIE) – Benelux-merk nr. 0096550, < http://laboiteaimages.hautetfort.com/archive/2004/12/22/les_serviettes_periodiques_de.html >.

De aanblik van deze afbeeldingen roept de vraag op of een onderneming een dergelijk teken met een grote cultuurhistorische waarde wel (had) moet(en) kunnen occuperen. Voor andere typen (rubrieken) van symbolen kan dezelfde vraag worden opgeworpen.

Ongeacht wat het antwoord zal zijn, het begint ermee, naar mijn mening, dat een systeem van exclusieve intellectuele rechten – het merkenrecht en het modellenrecht – weloverwogen positie inneemt tegenover datgene wat voor mensen en de samenleving als 'heilig' wordt ervaren. Over wat dat dan precies is dat voor ons 'heilig' is kan discussie plaatsvinden, maar duidelijk is dat het wel moét gaan om symbolen. Duidelijk is ook dat er daar méér van zijn dan alleen landsvlaggen – zoals hierna wordt beschreven één van de zeer weinige symbolen die zijn uitgesloten van merkinschrijving.

Een breder debat is nodig, in mijn ogen, omdat een systeem dat in monopolies doet zich niet kan veroorloven een volledige ecartering van de reikwijdte van de mogelijkheid van monopolisering achterwege te laten. Ik behoor dus tot het kamp dat meent dat zelfs op het terrein van de mededinging ook de *exclusiviteit* gelegitimeerd moet worden, en niet louter de inperking van die exclusiviteit.

In dit hoofdstuk 5 behandel ik de *merken*rechtelijke (register-)exclusiviteit ten aanzien van tekens met grote symbolische waarde in Nederland. Veel, bijna alles, wordt hier nu op het punt van de occupatie van symbolen toegestaan. Omdat ik meen dat té veel is toegestaan, is het mijns inziens nodig de huidige benadering bij te sturen.

In dit hoofdstuk 5 worden de volgende onderdelen behandeld: het systeem van rechtsverkrijging en -bescherming in de Benelux en de EU (par. 2), tekens met een grote symbolische waarde in de Europese Merkenrichtlijn (par. 3), toespitsing van de occupatie van symbolen op de weigerings- en nietigheidsgronden in het BVIE (par. 4), een bespreking van rechtspraak van Nederlandse bodem (par. 5), – in zeer kort bestek – de verwante domeinnaamproblematiek (par. 6), de verhouding tot de uitingsvrijheid (par. 7) en tot slot afrondende opmerkingen en perspectief (par. 8).

2 Systeem van rechtsverkrijging en -bescherming in de Benelux en de EU

2.1 *Introductie*

Deze par. 2 beschrijft de structuur en werking van het merkenrecht, voor zover nodig voor een goed begrip van het onderzoek. Het uitgangspunt is het huidige Benelux-verdrag inzake de intellectuele eigendom (hierna ook: BVIE), de opvolger van de Benelux-Merkenwet (hierna ook: BMW). Tevens aan de orde komen het zogenaamde Verdrag van Parijs tot bescherming van de industriële eigendom (hierna: Verdrag van Parijs, Unieverdrag of UvP), de Richtlijn (EEG) nr. 89/104 van de Raad van Ministers van 21 december

1988 betreffende de aanpassing van het merkenrecht der Lid-Staten oftewel Europese Merkenrichtlijn 89/104 (hierna: Merkenrichtlijn of MRl) en, meer zijdelings, de Verordening (EG) nr. 40/94 van de Raad inzake het Gemeenschapsmerk van 20 december 1993 oftewel Gemeenschapsmerkenverordening (hierna meestal: GMVo). Enkele elementaire begrippen van merkenrecht zijn te vinden in par. 2.4.[2]

2.2 *Achtergrond van het systeem*

Het merkenrecht bevat regels voor met name de rechtsverkrijging en de rechtsbescherming van onderscheidingstekens van waren of diensten van ondernemingen. Het valt onder het recht van de intellectuele eigendom, waartoe tevens het auteursrecht en naburige rechten, octrooirecht, handelsnaamrecht, merkenrecht, topografieënrecht, kwekersrecht, tekeningen- en modellenrecht worden gerekend, alsmede (functioneel) het leerstuk van de ongeoorloofde mededinging.[3] Ten opzichte van het gemene recht, met name het leerstuk van de aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad, heeft het merkenrechtelijke wetgeving de positie van een *lex specialis*.

In Nederland is het nationale merkenrecht tegenwoordig neergelegd in het Beneluxverdrag voor de industriële eigendom, dat (Europees) geharmoniseerd nationaal recht omvat. Daarnaast is er in ons land niet-nationaal merkenrecht van kracht, zoals een Europese verordening met betrekking tot het zogenaamde Gemeenschapsmerk.[4]

Als een doelstelling van het systeem van rechtsbescherming van merken valt te noemen de maatschappelijke erkenning van het nut van merken als herkomstaanduiders, mede als waarborg tegen ongeoorloofde concurrentie en misleiding van het publiek.[5] Het registeren van een merk en het toekennen van merkbescherming heeft zodoende gevolgen voor anderen, met name ondernemers die in dezelfde markt opereren.

De behoefte aan doeltreffende onderscheidingstekens nam een grote vlucht toen in de negentiende eeuw de industrialisatie en de grootschalige handel opkwam. Als gevolg van de in de westerse wereld in de tweede helft

2 Zie voor een inleiding in het merkenrecht o.a. Gielen 2006 en Van Empel/Geerts 2005. Belangrijke arresten zijn opgenomen in *Rechtspraak Intellectuele eigendom* 2005.

3 Zie Verkade 1986, p. 4. Op een bepaald product of een bepaalde dienst kunnen gelijktijdig meerdere intellectuele eigendomsrechten rusten, zoals een merkrecht en auteursrecht. De samenloop die in dergelijke gevallen optreedt, komt – voor zover het cumulatie van merkenrecht en auteursrecht betreft – in hoofdstuk 6 aan de orde. Doorgaans spreekt men van het recht van de *industriële* eigendom wanneer men het auteursrecht en naburige rechten niet meerekent.

4 Zie par. 2.3.

5 Komen/Verkade 1970, nr. 2, p. 2. Zie ook *Kort Begrip* 2000, nr. 215, p. 137, dat tevens verwijst naar HvJEG 17 oktober 1990, *NJ* 1992, 743, *BIE* 1991, nr. 29, p. 116-128 (*Hag II*), waarin het hof overwoog dat het merkrecht een essentieel onderdeel is van het stelsel van 'onvervalste mededinging'.

van de twintigste eeuw sterk toegenomen welvaart en het intreden van de 'consumptiemaatschappij', ontstond een situatie waarin merken niet meer weg te denken zijn uit het dagelijks leven van veel mensen – Windows, Twix, Douwe Egberts, om er zomaar enkele te noemen.[6]

Tegen deze achtergrond voorziet het merkenrecht in een systeem dat aan de aanbieder van een product of dienst een immaterieel en exclusief recht verleent op zijn (geregistreerde) merk. Zwaarwegende motieven om een merkrecht te wensen zijn behalve de behoefte aan een (voor de consument en concurrenten) identificeerbare aanduiding voor bepaalde producten of diensten ook de risico's van de financiële investeringen in die aanduiding (denk aan reclamecampagnes bijvoorbeeld) en de waarde van de (verhoopte) *goodwill*. De merkhouder geniet vérgaande exclusieve gebruiksrechten met betrekking tot zijn merk, en daarbij is hij vrij om aan derden – meestal tegen betaling – een licentie te verlenen.[7]

2.3 *De regelgeving*

2.3.1 Algemeen

In EU-verband zijn belangrijke deelgebieden van het merkenrecht geharmoniseerd in de Merkenrichtlijn (par. 2.3.2). Het in Nederland geldende merkenrecht is daaraan aangepast (par. 2.3.3). Daarnaast is sinds 1996 in Europa de Gemeenschapsmerkenverordening van kracht (par. 2.3.4). Te wijzen is bovendien op enkele oudere internationale regelingen over de minimumstandaard van bescherming van intellectuele eigendomsrechten, zoals het Verdrag van Parijs,[8] al behandel ik die hier in deze par. 2 niet.

6 Vgl. Komen/Verkade 1970, nr. 1, p. 1.

7 O.g.v. art. 2.31 lid 1 BVIE (art. 11.A lid 1 BMW).

8 Verdrag van Parijs tot bescherming van de industriële eigendom van 20 maart 1883, *Trb.* 1969, 144 en *Trb.* 1970, 187. Het Unieverdrag strekt er mede toe de bescherming van industriële eigendomsrechten in de aangesloten staten te vereenvoudigen; vgl. bijvoorbeeld, uitgebreider, Kort Begrip onder nr. 5. Andere regelingen dan het Unieverdrag zijn o.a. de Overeenkomst van Madrid betreffende de internationale inschrijving van merken uit 1891 (*Trb.* 1970, 186 en 1974, 232, voor Nederland in werking getreden op 6 maart 1975, ook wel aangeduid als Herziene Schikking van Madrid) en het Verdrag van Nice over de internationale classificatie van goederen en diensten met het oog op merkinschrijving uit 1957 (*Trb.* 1970, 184 en gewijzigd in 1967, *Trb.* 1970, 184 en 1978, 60). Opmerking verdient dat na het totstandkomen van de Merkenrichtlijn het voor het recht van de intellectuele eigendom mondiaal belangrijke TRIPs-Verdrag zijn intrede deed (dit Verdrag is een bijlage bij het WTO-Verdrag van 15 april 1994, *Trb.* 1995, 130); deze 'Agreement on trade related aspects of intellectual property rights' is gericht op het bewerkstelligen van bescherming van intellectuele eigendomsrechten naar de TRIPs-(minimum)maatstaven in alle aangesloten landen, waaronder ook ontwikkelingslanden voor wie het TRIPs-Verdrag begrijpelijkerwijs veel meer nieuws heeft gebracht dan voor bijvoorbeeld de EU-landen na de implementatie van de Merkenrichtlijn.

2.3.2 De Merkenrichtlijn

De Eerste Richtlijn (EEG) nr. 89/104 van de Raad van Ministers van 21 december 1988 betreffende de aanpassing van het merkenrecht der Lid-Staten,[9] heeft de EU-Lidstaten ertoe verplicht om de voor het functioneren van de interne markt belangrijkste gedeelten van hun materiële merkenwetgeving daarmee in overeenstemming te brengen.[10] Een vooropstaand doel hiervan was belangrijke obstakels weg te nemen voor het vrij verkeer van goederen binnen de Gemeenschap. Onderwerpen van harmonisatie waren de definiëring van beschermbare tekens, het formuleren van weigerings-/nietigheidsgronden voor de inschrijving van merken, criteria voor de beschermingsomvang van merken, sancties op niet-gebruik van merken en regels met betrekking tot het tenietgaan van merkrechten door verval.[11] Belangrijk is ook dat Europa voor geharmoniseerd recht één hoogste rechter kent: het Hof van Justitie van de EG te Luxemburg.

2.3.3 Het Benelux-verdrag intellectuele eigendom en de Benelux-Merkenwet

In Benelux-verband was het merkenrecht tot 1 september 2006 neergelegd in de Benelux-Merkenwet (BMW). De BMW kwam tot stand op basis van het tussen België, Nederland en Luxemburg gesloten Benelux-Verdrag inzake de warenmerken, en trad in werking in 1971.[12] De aan de Merkenrichtlijn aangepaste versie van de BMW trad per 1 januari 1996 in werking.[13] De aanpassing aan de richtlijn geschiedde niet vlekkeloos en een tweede wijziging bleek nodig om de implementatie verbeterd door te voeren.[14]

Inmiddels is de Benelux-wetgeving voor zowel merken als tekeningen en modellen in één verdrag ondergebracht, het Benelux-verdrag inzake de intellectuele eigendom, dat per 1 september 2006 van kracht is geworden. Omdat velen nog wel een tijdje de BMW-indeling in het hoofd zullen hebben, zal ik hierna naast het BVIE de corresponderende BMW-artikelen vermelden.

Voor een beroep op rechtsbescherming uit hoofde van het BVIE is vereist dat het teken is ingeschreven als merk. Voor het teken dat níet onder de

9 *Pb. EG.* L 40/1-7.

10 Considerans MRl, ov. 3; Working Party on Intellectual Property (Trade mark) 16 november 1987, nr. 9631/87, annex I, ov. 3, p. 3.

11 Zie voor een introductie van de Merkenrichtlijn en de totstandkoming ervan, bijvoorbeeld: E.C. Nooteboom, 'Merkenbescherming in Europa', in: F. Gotzen (ed.), *Algemene problemen van het merkenrecht*, Brussel: Bruylant 1994, p. 159 e.v.

12 Benelux-Verdrag van 19 maart 1962 (*Trb.* 1962, 58, *BIE* 1969, p. 242). De Nederlandse Merkenwet van 1893 is bij deze gelegenheid komen te vervallen.

13 Protocol van 7 augustus 1996, *Trb.* 1996, 225.

14 Protocol van 11 december 2001, *Trb.* 2001, 37, in werking getreden per 1 januari 2004.

definitie van artikel 2.1 BVIE (art. 1 BMW) valt en dat dus niet kón worden geregistreerd, kan het gemene recht worden ingeroepen.[15]

Het Benelux-Gerechtshof (BenGH) te Brussel was twee decennia lang de hoogste rechter voor vragen van uitleg van de Benelux-Merkenwet. Sinds de komst van de Merkenrichtlijn geldt op het door die richtlijn geharmoniseerde gebied het Hof van Justitie van de EG, dat in Luxemburg zetelt, als de hoogste instantie voor wetsuitleg. Dit hof buigt zich tevens over Gemeenschapsmerken (par. 2.3.4).

2.3.4 De Gemeenschapsmerkenverordening

De Gemeenschapsmerkenverordening is een communautaire regeling die beoogt merken voor waren of diensten in de hele EU, ongeacht de grenzen, op gelijke wijze bescherming te bieden.[16] De GMVo moet worden gezien als een zelfstandig systeem naast de nationale regelingen, zoals de Benelux-Merkenwet. Hoewel de verwachting is dat het belang van het Gemeenschapsmerk ten opzichte van nationale merken verder zal toenemen, zal het Gemeenschapsmerk het stelsel van nationaal georganiseerde merkrechten evenwel nog lange tijd naast zich moeten dulden.[17]

Voor wat betreft de weigerings- en nietigheidsgronden loopt de Gemeenschapsmerkenverordening inhoudelijk parallel met de Merkenrichtlijn. De uitleg die het EG-Hof van Justitie over de GMVo geeft, is tevens van betekenis voor de toepassing van de Merkenrichtlijn en de daaraan aangepaste merkenwetten van de Lidstaten.

Eén inschrijving bij het Europese Merkenbureau in het Spaanse Alicante volstaat om een merkrecht te verkrijgen dat het gehele EU-territoir bestrijkt.[18] Hierbij moet worden aangetekend dat de drempel voor Gemeenschapsmerken in de praktijk hoger ligt dan voor nationale merken, doordat voor de inschrijving van een Gemeenschapsmerk is vereist dat het teken in álle lid-staten van de EU de toets aan de weigeringsgronden kan doorstaan.[19] Eenmaal verworven biedt het Gemeenschapsmerk veel voordelen van praktische en kostenbesparende aard.

15 Ingevolge art. 2.19 lid 3 BVIE (art. 12.B BMW). Over de – in het licht van de Merkenrichtlijn kwestieuze – mogelijkheid van aanvullende bescherming van het gemene recht o.g.v. art. 2.20 lid 1 BVIE (art. 13.A lid 1 BMW), laat ik mij hier niet uit.

16 Verordening (EG) nr. 40/94 van de Raad inzake het Gemeenschapsmerk van 20 december 1993, *Pb. EG* 1 januari 1994 L 11/1, in werking getreden op 1 januari 1996.

17 Andere (internationale) systemen van rechtsverkrijging en rechtsbescherming terzake van merken blijven hier verder buiten beschouwing, want voor dit boek zijn die niet principieel.

18 De Engelse benaming is 'Office for Harmonization in the Internal Market' (OHIM), < http://oami.europa.eu/ >.

19 Zie art. 7 lid 2 jo lid 1 GMVo.

2.4 *Enkele algemene begrippen van het Benelux-merkenrecht*

2.4.1 Merk, teken en herkomstaanduiding

De aanduiding merk en de gerelateerde term teken zijn tegenwoordig bovenal 'technische' begrippen, bedoeld om af te bakenen wat wel voor rechtsverkrijging en rechtsbescherming in aanmerking kan komen en wat niet.

Een merk is een geregistreerd (onderscheidings-)teken, terwijl het teken de neutrale noemer is waaronder alle uiterlijk waarneembare verschijningsvormen worden begrepen die vatbaar zijn voor grafische voorstelling (art. 2.1 lid 1 BVIE (art. 1 lid 1 BMW) = art. 2 MRl = art. 4 GMVo). Het gaat om twee- en (onder voorwaarden[20]) driedimensionale voorstellingen, *zoals* benamingen, tekeningen, afdrukken, stempels, letters, cijfers, vormen van de waren of van de verpakking van de waren (art. 2.1 lid 1 BVIE (art. 1 lid 1 BMW)).[21] Een teken moet nauwkeurig kunnen worden geïdentificeerd.[22] De in de praktijk meest vóórkomende onderscheidingstekens zijn woorden, afbeeldingen en combinaties van woorden en afbeeldingen.

De gemeenschappelijke eis voor deze gedaanten is dat ze onderscheidend vermogen hebben.[23] De meest wezenlijke functie van een merk is namelijk dat het (in de ogen van het publiek, de consument) waren of diensten kan onderscheiden van die van andere ondernemingen, of anders gezegd, dat het in staat is de *herkomst* van de waren of diensten terug te voeren op één bepaalde onderneming.

---

20 Zie de uitzonderingen in art. 2.1 lid 2 BVIE (art. 1 lid 2 BMW) = 3 lid 1 onder *e* MRl = 7 lid 1 onder *e* GMVo: geen merk kunnen zijn (driedimensionale) tekens die uitsluitend bestaan uit een vorm die door de aard van de waar wordt bepaald, die een wezenlijke waarde aan de waar geeft of die noodzakelijk is om een technische uitkomst te verkrijgen.

21 Voor nadere aanknopingspunten kan tevens worden aangesloten bij, met name, HvJEG 12 december 2002, C-273/00, *NJ* 2003, 600, m.nt. JHS, *IER* 2003, nr. 21, p. 109-113, m.nt. Gielen (*Sieckmann*). R.ov. 55 van het hof: "artikel 2 van de richtlijn [moet] aldus worden uitgelegd dat een teken dat als zodanig *niet* [mijn cursivering, CvW] visueel waarneembaar is, een merk kan vormen, op voorwaarde dat het vatbaar is voor grafische voorstelling, inzonderheid door middel van figuren, lijnen of lettertekens, en die voorstelling duidelijk, nauwkeurig, als zodanig volledig, gemakkelijk toegankelijk, begrijpelijk, duurzaam en objectief is." Tot op heden heeft het hof een *geur* (parfum, vers gemaaid gras *et cetera*) niet als een teken erkend, maar kleuren(-combinaties) en klanken onder voorwaarden wél. Zie naast *Sieckmann*: HvJEG 6 mei 2003, C-104/01, r.ov. 35-38, *IER* 2003, nr. 50, p. 247-252, noot Gielen, *BIE* 2004, nr. 50, p. 305-340, noot Quaedvlieg, (*Libertel*); 24 juni 2004, C-49/02, m.n. r.ov. 32-33, *IER* 2004, nr. 90, p. 395-398, noot Gielen, *BIE Actualiteiten* 2004, p. 275-277, noot Quaedvlieg (*Heidelberger Bauchemie*); 27 november 2003, C-283/01, r.ov. 62-64, *IER* 2004, p. 33 (*Shieldmark*).

22 *Sieckmann*, r.ov. 46.

23 Zie over onderscheidend vermogen art. 2.1 lid 1 BVIE (art. 1 BMW); art. 6*quinquies*, B, onder 2 UvP (tekens die "elk onderscheidend kenmerk missen"); vgl. art. 3 MRl = art. 7 GMVo. Zie nader par. 4.2.

Onderscheidingskracht is niet een gegeven, maar is een eigenschap die soms moet worden bevochten. Een merk dat ten tijde van het depot onderscheidend vermogen bezat, zou het nadien kunnen verliezen door 'verwatering' van het merk, bijvoorbeeld doordat de merkhouder nalaat op te treden tegen inbreuken op zijn rechten. Omgekeerd kan het teken dat aanvankelijk níet onderscheidend was, nadien toch onderscheidend *worden* door 'inburgering', bijvoorbeeld door een tijd intensief reclame te maken.

Ik kom nader te spreken over het vereiste van onderscheidend vermogen in verband met tekens met een grote symbolische waarde (par. 4).[24]

2.4.2 Rechtsverkrijging en -bescherming: hoofdsystemen, territoir en duur

Er bestaan twee hoofdsystemen voor de rechtsverkrijging: dat van de rechtsverkrijging door het eerste *gebruik* van een teken en dat van de eerste *registratie* van een teken. Nederland kent sinds de invoering van de BMW in 1971, net als veel andere landen in de Europese Unie, het systeem van rechtsverkrijging door eerste registratie (art. 2.2 BVIE (art. 3 lid 1 BMW)). In beginsel verkrijgt degene die als eerste een bepaald teken als merk aanmeldt het merkrecht op dat teken, en alle anderen die nadien hetzelfde proberen vissen achter het net.[25]

Dat aanmelden gebeurt door middel van een depot bij de bevoegde registratie-instantie: het Benelux-Bureau voor de Intellectuele Eigendom (hierna: BBIE of (Benelux-)merkenbureau) in Den Haag – was onder het BMW het Benelux-Merkenbureau (BMB). De dag en het tijdstip waarop het depot ter registratie wordt aangeboden, zijn bepalend voor het toekennen van de prioriteit van de verlangde registratie (art. 2.3 BVIE (art. 3 lid 2 BMW)). Zoals in ieder systeem bestaan ook hier enkele voorwaarden en beperkingen,[26] maar het uitgangspunt is: 'wie het eerst komt, het eerst maalt'.

De rechtsverkrijging en rechtsbescherming is gebonden aan een bepaald territoir (grondgebied).[27] Benelux-merken kunnen aanspraak maken op rechtsbescherming tegen inbreuken op het grondgebied van een van de drie Benelux-landen, maar niet als het gebruik in bijvoorbeeld Duitsland plaatsvindt.[28] Daarnaast is de rechtsverkrijging en -bescherming verbonden met de verleende beschermingstermijn. Die is tien jaar, en vervolgens verlengbaar

24 Daar komt ook inburgering nader aan de orde.
25 Registratie heeft wat men noemt rechtsscheppende werking (attributief stelsel).
26 Zoals depotformaliteiten (waaronder het betalen van leges aan het BMB) resp. (onder voorwaarden) de mogelijkheid om corrigerend op te treden tegen een 'te kwader trouw' verricht depot (zie par. 4.8).
27 Tegenover deze territorialiteitgedachte is het universaliteitsprincipe te plaatsen – 'bescherming zonder grenzen'. Dit principe speelt tegenwoordig geen rol van betekenis meer.
28 Ter vergelijking: het Gemeenschapsmerk (par. 2.3.4) geldt voor het gehele EU-territoir.

met gelijke perioden (art. 2.9 BVIE (art. 10 BMW) = art. 46 GemMVo).[29] In de zodoende potentieel *ongelimiteerde* duur is het merkrecht uniek ten opzichte van andere intellectuele eigendomsrechten.

2.4.3 Typen merken en functies

Het merkenrecht kent zogenaamde warenmerken en dienstmerken. De producten of diensten die aan een merk zijn verbonden, worden onderscheiden naar waren- of dienstenklassen, die bij het depot moeten worden aangemeld. Daarnaast worden merken onderscheiden naar zogenaamde individuele merken en collectieve merken. Individuele merken zijn gericht op het onderscheiden van de waren of diensten van één onderneming – dat betreft dus het gros van de merken. Collectieve merken dienen ter onderscheiding van een of meer kwalitatieve eigenschappen van waren of diensten van verschillende ondernemingen (een bekend voorbeeld is het KEMA-keurmerk).

Merken kunnen diverse functies hebben. Er is de al genoemde identificatiefunctie (een merk geeft een product of dienst herkenbaarheid), die grotendeels overlapt met de klassieke herkomstfunctie (aanduiding van de oorsprong van de waren of diensten). Andere functies zijn onder meer de communicatie- of informatieve functie van het merk (het aan de doelgroep overbrengen van een rond het merk gecentreerde boodschap en appelleren aan een merkgevoel of een merkidentiteit).[30]

2.4.4 Gronden voor verbod wegens merkinbreuk en beperkingen merkrecht

De vraag welke handelingen door de merkhouder op basis van het merkenrecht kunnen worden verboden, wordt door het BVIE beantwoord in artikel 2.20 lid 1 onder *a-d* (= art. 13.A lid 1, onder *a*, *b*, *c* en *d* = (optioneel) art. 5 lid 2 MRl = (gedeeltelijk) art. 9 lid 1, onder *a-c* GMVo).[31] Het gebruik van het teken door een derde, zonder toestemming van de merkhouder (met name de licentienemer gebruikt het mét toestemming), kan worden verboden in vier hoofdgroepen van gevallen.

Het gaat kort gezegd om de gevallen dat een derde in het economisch verkeer hetzelfde teken voor dezelfde waren of diensten gebruikt ('identiek gebruik'; onder *a*); een overeenstemmend teken voor dezelfde of soortgelijke waren of diensten gebruikt, indien daardoor bij het publiek verwarring kan ontstaan, inhoudende het gevaar van associatie met het merk ('overeenstem-

29 De MRl bevat geen bepaling over de beschermingsduur.

30 Zie over de functies van merken bijv. Gielen/Wichers Hoeth 1992, nr. 15-34, p. 7-14; *Kort Begrip* 2000, nr. 221-223, p. 141-142.

31 De rechtsbescherming strekt zich nog verder uit, o.a. art. 2.21 lid 1 en lid 2, art. 2.22 lid 1 en lid 4 BVIE (art. 13.A lid 4 en lid 5 en art. 13*bis* lid 1 en lid 5 BMW). Zie nader bijv. Van Empel/Geerts 2005, nr. 53, p. 105-106.

mend gebruik'; onder *b*); een overeenstemmend teken voor niet-soortgelijke of soortgelijke[32] waren of diensten gebruikt, indien het merk bekend is in (een deel van[33]) het Benelux-gebied, en door dat gebruik, zonder geldige reden, van het teken ongerechtvaardigd voordeel wordt getrokken uit *of* afbreuk wordt gedaan aan het onderscheidend vermogen of de reputatie van het merk ('niet-soortgelijk of soortgelijk gebruik'; onder *c*); het teken *anders* dan ter onderscheiding van waren of diensten gebruikt, indien door het gebruik, zonder geldige reden, van dat teken ongerechtvaardigd voordeel wordt getrokken uit *of* afbreuk wordt gedaan aan het onderscheidend vermogen of de reputatie van het merk ('ander gebruik'; onder *d*).[34]

Naast de begrenzingen van de inhoud van het merkrecht die in de tekst van artikel 2.20 lid 1 BVIE (art. 13.A lid 1 BMW) zelf kunnen worden gevonden, bestaan er ook andere, meer expliciete beperkingen. Het betreft onder meer de beperkingen in artikel 2.23 lid 1 BVIE (art. 13.A lid 7 BMW), die zien op het gebruik in het economisch verkeer door een derde van diens naam en adres (onder *a*), zogenaamde beschrijvende aanduidingen (omtrent de aard van de waar bijvoorbeeld; onder *b*) en op zogeheten refererend gebruik van een teken (voor zover nodig om de bestemming van bepaalde waren of diensten aan te geven, en voor zover er sprake is van eerlijk gebruik in de nijverheid en handel;[35] onder *c*).[36]

32 HvJEG 9 januari 2003, C-292/00, r.ov. 22, *IER* 2003, nr. 25, p. 126-130, noot Gielen, *BIE* 2003, nr. 81, p. 484-487 (*Davidoff/Gofkid*) heeft naar aanleiding van een prejudiciële vraag van het Duitse Bundesgerichtshof overwogen dat bescherming van soortgelijke waren of diensten niet lager mag uitvallen dan de bescherming van niet-soortgelijke waren, zoals in art. 2.20 lid 1 onder *c* BVIE (art. 13.A lid 1 onder *c* BMW). Zie als aanvulling op dat arrest: HvJEG 23 oktober 2003, C-408/01, r.ov. 22, 31, 41, *IER* 2004, nr. 13, p. 53-58, noot Kabel, *BIE* 2004, nr. 24, p. 162-167, noot Steinhauser (*Adidas/Fitnessworld*). Daarin herhaalde het hof het standpunt in *Davidoff/Gofkid*, en overwoog het dat volstaat dat het bekende merk en het (vermeend) inbreukmakende teken zodanig met elkaar overeenstemmen dat het betrokken publiek een *verband* tussen beide legt; deze regel gaat níet op indien het publiek het teken louter als versiering opvat.

33 Zie HvJEG 14 september 1999, C-375/97, *NJ* 2000, 376, m.nt. DWFV, r.ov. 29 (*General Motors/Yplon*).

34 Voor een uitgebreidere bespreking van art. 2.20 lid 1 BVIE (art. 13.A lid 1 BMW) valt te verwijzen naar bijv. Van Empel/Geerts 2005, nr. 52, p. 95-104.

35 Zie nader HvJEG 17 maart 2005, C-228/03, met name r.ov. 39 en 49 (*Gilette/LA-Laboratories*), opgenomen in *Rechtspraak Intellectuele eigendom* 2005, nr. 87, p. 490-499.

36 Voorts bevat art. 2.23 lid 2 BVIE (art. 13.A lid 8 BMW) een beperking terzake van zogenaamde 'rechten van plaatselijke betekenis' en lid 9 terzake van de zogenaamde 'uitputting' van het merkrecht. Zie over uitputting Van Empel/Geerts 2005, nr. 55, p. 108-111. Daarnaast is te wijzen op art. 2.29 BVIE (art. 14*bis* BMW), waaruit volgt dat de merkhouder die het gebruik van een ingeschreven jonger merk bewust heeft gedoogd voor een periode van vijf opeenvolgende jaren, zijn claim tegen die ander verliest. Overigens gelden de algemene regels van verjaring van een rechtsvordering (titel 3.11 BW).

2.4.5 Weigering, oppositie, nietigheid

Er kunnen bezwaren bestaan tegen tekens die als merk worden of zijn gedeponeerd en niet ieder depot wordt dan ook geaccepteerd. Daartoe kent het BVIE bepalingen die positiefrechtelijk worden aangeduid als 'absolute' of 'relatieve' weigeringsgronden respectievelijk nietigheidsgronden.[37] Het belang van dit deelonderwerp voor het onderzoek is evident: wat betekenen deze gronden voor als merk gedeponeerde of ingeschreven tekens met een grote symbolische waarde? Op de toepassing van individuele gronden in verband met tekens met een grote symbolische waarde zal ik later (par. 4) ingaan; op deze plaats stip ik enkele algemene begrippen aan.

Het BBIE gaat in de depotprocedure na of weigeringsgronden aan merkregistratie in de weg staan (art. 2.11 BVIE (art. 6*bis* BMW)), uiteraard onder rechterlijke controle.[38] Daarnaast kan zij de inschrijving weigeren in het geval dat er oppositie tegen wordt ingesteld door de deposant of de houder van een ouder merk, die meent dat het merk in rangorde na het zijne komt of dat er gevaar voor verwarring met zijn 'algemeen bekende' merk bestaat (art. 2.14 lid 1 BVIE (art. 6*quater* lid 1 BMW)). De oppositie-faciliteit leidt ertoe dat een deel van de toetsing van nieuw aangemelde tekens in feite zij aan zij door het merkenbureau en belanghebbenden wordt uitgevoerd.

De weigeringsgronden komen terug als *nietigheids*gronden indien ze na inschrijving alsnog getoetst worden door de rechter. Nietigheid wordt ingeroepen op vordering van een belanghebbende, zoals een concurrent, al dan niet in samenhang met verweer tegen vermeende merkinbreuk. Nietigverklaring werkt terug tot de depotdatum.

De splitsing in absolute en relatieve gronden is in de praktijk en in de literatuur bestendig juridisch jargon, en het BVIE noemt de onderverdeling (anders dan de vroegere BMW) in de redactionele tekstkopjes boven de artikelen. De Merkenrichtlijn hanteert de onderverdeling in feite ook, evenals de Gemeenschapsmerkenverordening.

De absolute gronden zien op absoluut ondeugdelijke en ongeoorloofde merken, en kunnen door het BBIE, soms het openbaar ministerie en door iedere belanghebbende worden ingeroepen. Een merk kan onder meer (absoluut) ongeoorloofd zijn wegens strijd met de goede zeden, en (absoluut) ondeugdelijk vanwege de ongeschiktheid om waren of diensten te onderscheiden (zie nader art. 2.11 lid 1 jo art. 2.1 lid 1 en 2.4 aanhef en onder *a* en *b* BVIE (art. 6*bis* lid 1 jo art. 1 en 4, aanhef en onder 1 en 2 jo art. 14A, aanhef en lid 1 BMW) = art. 2 en art. 3 lid 1, aanhef en onder *e* en *f* MRl = art. 7 lid 1, aanhef

37 Het gaat voor de Benelux om de art. 2.1 en 2.4 jo 2.11 resp. 2.28 BVIE (art. 1 en 4 jo 6*bis* resp. 14 BMW) en de art. 6*ter* en 6*quinquies*B, 2 UvP; deze bepalingen corresponderen met de art. 2 jo 3 en 4 MRl, en met de art. 4 jo 7 resp. 51, en 8 resp. 52 GMVo.

38 Sinds de wijziging van de BMW per 1 januari 1996 heeft het merkenbureau de taak ter inschrijving aangeboden tekens te weigeren op absolute weigeringsgronden, o.g.v. art. 2.11 lid 1 BVIE (art. 6*bis* lid 1 BMW).

en onder *f* jo 51 lid 1 en onder *a* GMVo).[39] Relatieve gronden zien op onrechtmatigheid jegens bepaalde gebruikers van een ouder ingeschreven merk, wegens gelijkenis daarmee, en kunnen zodoende alleen door hen worden ingeroepen.[40] Van de relatieve gronden kan voor deze studie de bepaling over het depot te kwader trouw interessant zijn, te meer als daar een absolute inhoud aan zou worden toegevoegd (nader par. 4.6 en 4.8).[41]

Weigering of nietig verklaring treft steeds de verschijningsvorm van een teken in zijn geheel. Zij kan evenwel beperkt blijven tot de 'gemankeerde' *toepassingen*, zodat het merkrecht in stand kan blijven voor de eventuele andere waren(-) of diensten(klassen).[42]

2.4.6 Verval

Verval van het merkrecht betekent dat een einde komt aan een aanvankelijk geldig merkrecht, zonder terugwerkende kracht derhalve. Verval kan verschillende oorzaken hebben. De meest algemene is dat de geldigheidsduur van de registratie verstrijkt (art. 2.26 lid 1, onder *a* BVIE (art. 5 lid 1, onder *a* BMW)). Wanneer de merkhouder zelf afstand doet van zijn recht, heet het dat hij de inschrijving van zijn merkrecht vrijwillig doorhaalt, waarmee het merkrecht komt te vervallen.[43]

Het merk kan bovendien in sommige gevallen door de rechter vervallen worden verklaard, op vordering van een belanghebbende.

Een grond voor zo'n vervallenverklaring is dat de merkhouder gedurende vijf jaar aan een stuk geen "normaal gebruik" van het merk heeft gemaakt (vaak "*non usus*" genoemd) zonder dat de merkhouder hiervoor een "geldige reden" heeft gehad; zie artikel 2.27 lid 1 jo artikel 26 lid 3 jo lid 2, onder *a* BVIE (art. 14.C lid 1 jo art. 5 lid 3 jo lid 2, onder *a* BMW). Het recht op een merk waar gedurende vijf jaar niets mee is gedaan, kan dus vervallen worden verklaard.

Andere gronden zijn dat het merk door toedoen of nalaten van de merkhouder is verworden tot een zogenaamde soortnaam (de merknaam is dan de generieke aanduiding voor die waar of dienst geworden en zodoende niet langer onderscheidend), en het gevaar dat het publiek wordt misleid, bijvoorbeeld over de herkomst van de waren of diensten.[44]

---

39 Voor de zekerheid: het teken dat intrinsiek een manco vertoont, zoals het teken dat dermate onduidelijk is dat het door niemand zal worden opgevat als merk, wordt dus getoetst op absolute gronden, niet relatieve.

40 Deze gebruiker heeft een ouder recht, níet zijnde een merkrecht. De grond die hier bij hoort, is nietigheid van het te kwader trouw verricht depot (nader par. 4.6.3). Zie voor de in deze alinea bedoelde materie: Komen/Verkade, nr. 123, schema op p. 105, en Gielen/Wichers Hoeth 1992, nr. 463, p. 189-190.

41 Art. 2.4, aanhef en onder *f* BVIE (art. 4, aanhef en onder 6 BMW) = art. 3 lid 2, onder *d* MRl = art. 51 lid 1, onder *b* GMVo.

42 O.g.v. art. 2.11 lid 2 BVIE (art. 6*bis* lid 2 BMW).

43 Zie art. 2.25 lid 1 jo 2.26 lid 1, onder *a* BVIE (art. 15.A jo 5 lid 1, onder *a* BMW).

44 Zie art. 2.26 lid 2, onder *b* en *c* BVIE (art. 5 lid 2, onder *b* en *c* BMW).

3 Tekens met een grote symbolische waarde in de Europese Merkenrichtlijn (MRl)

3.1 Introductie

In deze paragraaf 3 maak ik de connectie tussen de in dit boek centraal gestelde symbolen en een bepaling over "tekens met een grote symbolische waarde" in de Merkenrichtlijn.[45]

Het gaat om artikel 3, aanhef en lid 2, onder *b* MRl, dat luidt:

> Elke Lid-Staat kan bepalen dat een merk niet wordt ingeschreven of, indien ingeschreven, kan worden nietig verklaard indien en voor zover (..) het merk een teken met grote symbolische waarde en met name een religieus symbool omvat.

De bepaling is *optioneel*, wat betekent dat het al dan niet opnemen in de nationale merkenwetten een zaak voor de Lidstaten zelf is.

Wél verplicht zijn de gronden terzake van tekens in de zin van artikel 6*ter* UvP en strijd met de openbare orde of de goede zeden.

Artikel 6*ter* UvP luidt, kort gezegd, dat wapens, emblemen en vlaggen van Staten en internationale intergouvernementele organisaties in bepaalde omstandigheden (moeten) worden uitgesloten van merkregistratie. Artikel 3 lid 1, onder *h* MRl verklaart artikel 6*ter* UvP voor het geharmoniseerde Europese merkenrecht van toepassing. De hoofdregel van artikel 6*ter* lid 1 UvP in de Engelstalige versie, zoals gepubliceerd door de WIPO,[46] luidt:

> *(a)* The countries of the Union agree to refuse or to invalidate the registration, and to prohibit by appropriate measures the use, without authorization by the competent authorities, either as trademarks or as elements of trademarks, of armorial bearings, flags, and other State emblems, of the countries of the Union, official signs and hallmarks indicating control and warranty adopted by them, and any imitation from a heraldic point of view.
>
> *(b)* The provisions of subparagraph (a), above, shall apply equally to armorial bearings, flags, other emblems, abbreviations, and names, of international intergovernmental organizations of which one or more countries of the Union are members, with the exception of armorial bearings, flags, other emblems, abbreviations, and names, that are already the subject of international agreements in force, intended to ensure their protection.
>
> *(c)* (..) The countries of the Union shall not be required to apply the said provisions when the use or registration referred to in subparagraph (a), above, is not of such a nature as to suggest to the public that a connection exists between the organization concerned and the armorial bearings, flags, emblems, abbreviations, and names, or if such use or registration is probably not of such a nature as to mislead the public as to the existence of a connection between the user and the organization.

45 Nogmaals: Merkenrichtlijn = Eerste Europese richtlijn nr. 89/104 van de Raad van Ministers van 21 december 1988 betreffende de aanpassing van het merkenrecht der Lid-Staten, *Pb. EG* L 40/1-7.

46 Zie < http://www.wipo.int/treaties/en/ip/paris/trtdocs_wo020.html#P155_22332 >.

Als aanvulling hierop kent de Merkenrichtlijn een, voor symbolen eveneens interessante, *optionele* bepaling over tekens van openbaar belang die níet vallen onder artikel 6*ter* UvP. Het gaat om artikel 3 lid 2, onder *c* MRl.

Artikel 3 lid 2, aanhef en onder *c* MRl luidt:

> Elke Lid-Staat kan bepalen dat een merk niet wordt ingeschreven of, indien ingeschreven, kan worden nietig verklaard indien en voor zover (..) het merk andere badges, emblemen en wapenschilden van openbaar belang omvat dan bedoeld in artikel 6ter van het Unieverdrag van Parijs, tenzij de inschrijving daarvan overeenkomstig het recht van de Lid-Staat door de bevoegde autoriteiten is toegestaan.

In dit hoofdstuk 5 stel ik de bepaling over tekens met een grote symbolische waarde (art. 3 lid 2, onder *b* MRl) centraal, en neem ik onder de vleugels van die bepaling de optionele bepaling over *tekens van openbaar belang* mee. Dit laat zien dat ik artikel 3 lid 2, onder *b* MRl als de belangrijkste beschouw voor de in dit boek tot onderwerp genomen symbolen: ik leg in mijn analyse hierna de nadruk op de achtergrond van artikel 3 lid 2, onder *b* MRl. Op een later moment (par. 3.6) kom ik nog wel terug op artikel 3 lid 2, onder *c* MRl. Daaraan laat ik dan voorafgaan (par. 3.5) een bespreking van artikel 6*ter* UvP; híer zal ik daarom niet langer bij het zojuist geciteerde artikel stilstaan.

Het is nuttig hier in microbestek in herinnering te brengen hoe het onderscheid tussen verplichte en optionele gronden in de richtlijn terecht is gekomen. Gedurende de eerste fasen van de voorbereidende werkzaamheden die uiteindelijk tot de richtlijn leidden, is er ruime aandacht geweest voor de vraag of de Lidstaten alle MRl-gronden voor weigering en nietig verklaring verplicht zouden moeten overnemen of dat ze daarin enige vrije keus zouden moeten hebben. Tevens was er discussie over de vraag of de lijst met gronden uitputtend zou moeten zijn of dat de Lidstaten zelf gronden zouden mogen toevoegen die aansloten op nationale rechtstradities en nationale bijzonderheden. Gekozen is uiteindelijk voor een uitputtende lijst van gronden, waarvan er een aantal een verplicht karakter meekreeg (die werden neergelegd in artikel 3 lid 1 MRl) en een aantal als optie werd opgenomen (art. 3 lid 2 MRl). De optionele gronden waren als het ware verzoeknummers van individuele Lidstaten, al dan niet tezamen met andere Lidstaten.[47]

3.2 *Achtergrond totstandkoming artikel 3 lid 2, onder b MRl*

Het eerste Voorstel van de Europese Commissie voor "*een eerste Richtlijn van de Raad betreffende de aanpassing van het merkenrecht der Lid-Staten*" uit 1980,[48] en meer in het bijzonder het ontwerpartikel omtrent de absolute gronden

47 Working Party on Intellectual Property (Trade mark) 16 november 1987, nr. 9631/87, annex I, ov. 7, p. 4.

48 Bij de Raad van Ministers ingediend op 24 november 1980, *Pb. EG*, 31 december 1980, nr. C 351, p. 1.

voor weigering of ongeldig verklaring,[49] repte nog niet van een regeling voor tekens met een grote symbolische waarde.[50] Na een periode van betrekkelijke stilte rond het richtlijnontwerp raakten de beraadslagingen eind 1985 in een stroomversnelling met een gewijzigd richtlijnvoorstel van de EC,[51] waarna het toch nog binnen drie jaar tot de definitieve vaststelling van de tekst van de Merkenrichtlijn kwam.[52] Het was in de slotfase van deze laatste jaren, in de herfst van 1987, dat het voorschrift over symbolen op het toneel kwam, in de vorm van een voor de Lidstaten facultatieve weigerings- en nietigheidsgrond in (thans) artikel 3, tweede lid, onder *b* MRl.[53]

Waar kwam de bewuste bepaling vandaan, een jaar voor de totstandkoming van de definitieve versie van de Merkenrichtlijn? Uit officiële documenten blijkt niets, maar navraag leert dat het spoor terugleidt naar Griekenland. Enkele betrokkenen uit de periode van de totstandkoming vertellen dat het de Griekse delegatie is geweest die het initiatief voor de introductie van de bepaling heeft genomen, en dat daarbij bijval is gevraagd en gekregen van Portugal.[54]

---

49 De bedoelde gronden werden neergelegd in ontwerpartikel 2 van het Voorstel. De Europese Commissie (EC) stelde dat de gronden absoluut en uitputtend opgesomd zijn. Vgl. de toelichting bij ontwerpart. 2 op de p. 2 van de Inleiding van de EC bij het Voorstel.

50 O.g.v. de samenwerkingsprocedure met de EC wijdde het Europese Parlement (EP) zich in 1983 aan de eerste lezing van het Voorstel. Het EP stelde daarin geen wijzigingen voor in het ontwerpart. 2. Zie *Pb. EG* van 14 november 1983, nr. C 307, p. 48. Twee jaar later kwam de EC met een gewijzigd voorstel, waarin de oorspronkelijke tekst van het ontwerpart. 2 in lichtelijk gewijzigde vorm is overgenomen (*Pb. EG* van 31 december 1985, nr. C 351, p. 6 en 7).

51 17 december 1985, doc. nr. 1985/793.

52 Eerste Europese richtlijn nr. 89/104 van de Raad van Ministers van 21 december 1988 betreffende de aanpassing van het merkenrecht der Lid-Staten, *Pb. EG* L 40/1-7.

53 First Council Directive to approximate the laws of the Member States relating to trade marks, 15 december 1987, nr. 10396/87, p. 8; gevolgd door het Gemeenschappelijk Standpunt van de Raad, 24 juni 1988, nr. 7269/88, p. 9; de Reactie van de Europese Commissie op het Gemeenschappelijk Standpunt, 5 september 1988, *SEC* (88) 1160; de tweede lezing van het EP, *Pb. EG*, 5 december 1988, nr. C 309, p. 7, par. 7; en tot slot de definitieve versie van de Merkenrichtlijn. In een document van de Working Party on Intellectual Property (Trade mark) van 16 november 1987, nr. 9631/87, annex I, p. 10 wordt de grond voor het eerst vermeld; het document dáárvoor, van dezelfde werkgroep van 28 oktober 1987, nr. 9186/87, noemt de grond nog niet. Tussen 28 oktober en 16 november 1987 moet het initiatief met betrekking tot tekens met een grote symbolische waarde dus zijn gedaan. In de verschillende documenten waarin de nieuwe bepaling vóórkomt, is de nummering veranderd, maar ten aanzien van de inhoud van de bepaling zijn geen wijzigingen meer voorgesteld.

54 Persoonlijke communicatie met L. Liao, DG F Transparancy, General Secretariat of the Council of the European Union, op 2 september 2004. In contacten met het Portugese bureau voor industriële eigendom werd de in de hoofdtekst geschetste gang van zaken bevestigd. Ook in persoonlijke communicatie met Furstner (zie nader par. 3.8) is Griekenland naar voren gekomen als de initiatiefnemer; zie tevens H.R. Furstner, 'Benelux-Merken-wet en eerste richtlijn van de Raad betreffende de aanpassing van het merkenrecht der Lid-Staten', *BMM* maart 1989, p. 7.

Het is niet toevallig dat Griekenland het voortouw heeft genomen: de Griekse merkenwetgeving van vóór de harmonisatie besteedde al aandacht aan tekens als religieuze symbolen. Het land heeft die lijn graag willen vasthouden en heeft begrip gevraagd voor het belang van de Griekse bepaling.[55]

De Toelichting van de Raad van Ministers op het Gemeenschappelijk Standpunt lijkt hierop aan te sluiten:[56]

> "[d]e Raad [heeft] een limitatieve lijst opgenomen van weigerings- en nietigheidsgronden; sommige van deze gronden zijn facultatief, zodat de Lid-Staten ze in hun wetgeving kunnen handhaven of opnemen."[57]

Dat 'handhaven' ziet met betrekking tot artikel 3 lid 2, onder *b* MRl dus in elk geval op Griekenland.

Wat vonden de andere Lidstaten, afgezien van Portugal, dat Griekenland uitdrukkelijk steunde, van de wens van Griekenland? Zeker is dat een meerderheid uiteindelijk is meegegaan in het Griekse pleidooi en bereid was de gevraagde ruimte te geven, want de door het land gewenste bepaling is er gekomen. Verder moet er vooral veel uit omstandigheden worden afgeleid, want afgaande op de werkdocumenten, die geen beschouwingen over de bepaling bevatten, was het voorstel niet voorwerp van veel discussie.[58] Als er wel discussie is geweest in het proces van de totstandkoming, dan is daarvan in ieder geval geen spoor op papier. Wat de positie van Nederland is geweest, heb ik niet kunnen achterhalen.[59]

Wel blijkt uit de documenten dat de Franse en Spaanse delegaties een voorbehoud bij het voorstel maakten althans overwogen dat te doen.[60] In het

---

55 Ik kom in par. 3.4 nader te spreken over de Griekse oorsprong van art. 3 lid 2 (b) MRl.

56 Toelichting van 8 juli 1988 op het Gemeenschappelijk Standpunt van de Raad van Ministers van 24 juni 1988, nr. 7269/88, par. 6 (b), p. 5.

57 Ter vergelijking, de Engelstalige versie luidt (mijn cursivering): "[t]he Council drew an exhaustive list of grounds for refusal or invalidity; some of these are optional so that the Member States are *to that extent* free to retain or incorporate the cases covered in their legislation." De gecursiveerde woorden, niet opgenomen in de Nederlandse versie, benadrukken m.i. dat de Lidstaten binnen het gekozen model een bepaalde (als in: vastomlijnde) vrijheid is gelaten.

58 Documenten nrs. 9186/87, 9631/87, 7269/88 en 7269/88 ADD 1.

59 De documentatie, voor zover beschikbaar, maakte geen melding van het specifieke onderwerp. Er waren pakweg vijftien jaar na dato geen betrokkenen meer werkzaam op de posities van toen, die wellicht nog informatie uit de eerste hand hadden kunnen verstrekken. Wat ik uit de tweede hand leerde, correspondeert in grote lijnen met de verklaringen van Molijn en Furstner (nader par. 3.8).

60 Working Party on Intellectual Property (Trade mark) 16 november 1987, nr. 9631/87, annex I, p. 10. Wat het voorbehoud precies omvatte, is nu niet meer te achterhalen (als het al, na de aankondiging, tot het formuleren van een voorbehoud kwam). Het genoemde werkdocument vermeldt enkel, in een voetnoot: "Waiting reservations by the French and Spanish delegations in subparagraph aa) [de bepaling over tekens met een grote symbolische waarde, toevoeging CvW]." Voorafgaand aan het initiatief over tekens met een grote symbolische waarde had in elk geval Spanje reeds verklaard met de voorgestelde gronden in te kunnen stemmen (addendum bij Gewijzigd Voorstel, 9 december 1986, nr. 10296/86, onder nr. 3).

geval van Spanje wekt dat aanvankelijk bevreemding, gezien de omstandigheid dat dit land op dat moment een merkenwet had die religieuze symbolen uitsloot van merkregistratie en -bescherming.[61] Speculerenderwijs had Spanje wellicht een opmerking over de precieze bewoordingen, in verband met de toenmalige Spaans-nationale regeling.[62] Wat er ook achter het voorbehoud zat, Spanje noch Frankrijk heeft het (overwogen) voorbehoud doorgezet en de tekst van de richtlijnbepaling op dit punt is er niet door gewijzigd.

De reden waarom artikel 3 lid 2(b) facultatief van aard is geworden, is in de werkdocumenten niet nader toegelicht.[63] Het ligt in de rede om te veronderstellen dat er in de Raad van Ministers hoe dan ook geen meerderheid bestond voor het toekennen van een *verplichtend* karakter aan die bepaling. Een bepaling met een verplichtend karakter zou overigens naar alle waarschijnlijkheid tot een meer principiële discussie over de noodzaak van uitbreiding van het gesloten systeem van weigerings- en nietigheidsgronden hebben geleid. Bovendien is het aannemelijk dat er gemeend zal zijn dat de *optionele* variant de wensen van de verzoekende Staten afdoende bevredigde. Om deze redenen en in zoverre is de bepaling een compromis. Het facultatieve karakter is bovendien begrijpelijk in het licht van de keuze voor een gesloten systeem van gronden.

Dit roept de vraag op of de bepaling door de ándere landen wel goed op waarde is geschat. Deze vraag is actueel gebleven omdat de meeste landen de bepaling niet in hun merkenwet hebben overgenomen.

3.3 Uitleg artikel 3 lid 2, onder b MRl

Over de door de opstellers van de bepaling in artikel 3 lid 2, onder *b* MRl gekozen *bewoordingen* en de beoogde *reikwijdte* is niet veel informatie. Bij gebrek aan een toelichting in de 'Brusselse' bronnen begin ik maar met een antwoord te geven dat is gebaseerd op *common sense*.

De Nederlandse versie van de bepaling is hiervóór al weergegeven, maar voor het gemak volgt die hier nog eens:

61 Art. 124, aanhef en lid 12 Wet op de Industriële Eigendom van 26 juli 1929, in de Engelstalige versie van de WIPO, < clea.wipo.int >, met mijn cursivering: "The following may not be accepted by the Registry as trademarks: marks that contain immoral designs or inscriptions that are contrary to *any religion*, that may be the cause of scandal or that ridicule ideas, persons or objects worthy of consideration, or the effigies and emblems of the Catholic faith, without written permission from the diocesan ecclesiastical authorities."

62 Vgl. de vorige voetnoot. Het is onwaarschijnlijk dat het *specifiek* bij de ontwerp-richtlijnbepaling over tekens met een grote symbolische waarde gemaakte voorbehoud verband hield met de aanvankelijke algemene bezwaren van Spanje (en Portugal) tegen de plannen van de EC om te komen tot een harmonisatierichtlijn voor de nationale merkenwetten naast een systeem voor het Gemeenschapsmerk (vgl. hieromtrent Working Party on Intellectual Property (Trade mark) 28 oktober 1987, nr. 9185/87, p. 2-3).

63 Enkele algemenere opmerkingen maakte ik in par. 3.1, slotalinea.

> Elke Lid-Staat kan bepalen dat een merk niet wordt ingeschreven of, indien ingeschreven, kan worden nietig verklaard indien en voor zover (..) het merk een teken met grote symbolische waarde en met name een religieus symbool omvat.

De zinsnede "indien en voor zover (..) het merk een teken met grote symbolische waarde en met name een religieus symbool omvat" geeft ten eerste aan *dat* er tekens met een grote symbolische waarde bestaan, en dat aan religieuze symbolen een prominente of de meest prominente plaats is toegekend. De redenen voor het *highlighten* van religieuze symbolen kunnen verschillen, ik kom daarover zo te spreken. Ten tweede geeft de zinsnede aan dat de omstandigheid dat een teken een grote symbolische waarde heeft, reden kan zijn voor weigering van de inschrijving of nietig verklaring, *voor zover* het teken die grote symbolische waarde heeft. De betekenis hiervan deze precisering, nuancering of beperking geeft aanleiding tot nadere beschouwing.

Wat is dan grote symbolische waarde, en hoé groot moet de symbolische waarde zijn om onder de bepaling te kunnen vallen?

Zoals ik in hoofdstuk 1 beschreef, is een teken met een grote symbolische waarde op te vatten als een teken dat in verband staat met een bepaalde identiteit.[64] Een indeling kan worden gemaakt in symbolen van (1) (inter-)nationale, (2) religieuze en (3) culturele, inclusief (cultuur-)historische, aard. Het kan bijvoorbeeld gaan om afgebeelde vlaggen en wapens van landen, objecten van geloofsverering, namen, handtekeningen en portretten van beroemde historische personen of beroemde schilderijen. De gedachten gaan vooral uit naar symbolen met een *positieve* connotatie, die een *feel good*-bestanddeel vormen van een identiteit, maar daarnaast bestaan er ook symbolen met een – naar de algemene opvatting – *negatieve* bijklank, met name tekens die racisme, fascisme en nazisme symboliseren.

De vraag hoé groot de symbolische waarde zou moeten zijn om onder artikel 3 lid 2, onder *b* MRl te kunnen vallen, voegt dááraan in zijn algemeenheid niets meer toe. Een benaming of afbeelding kan worden aangemerkt als een symbool of niet, en zo ja, dan kan worden aangenomen dat het dus een grote symbolische waarde bezit. De toevoeging 'grote' in artikel 3 lid 2, onder *b* MRl zal vooral bedoelen aan te geven dat voor het inroepen van deze bepaling de lat niet te laag mag liggen, bijvoorbeeld al omdat er veel 'gewone' tekens zijn die op een alledaagse manier iets kunnen symboliseren – het alfabet en getallen, of afbeeldingen van dieren, zoals de uil (wijsheid) en de panda ('knuffelbeer' en bijzonder kwetsbaar voor veranderingen in hun biotoop).[65] Opmerking verdient dat het wegdenken van de toevoeging 'grote' in de bepaling niet eens tot een andere uitleg zou nopen; de uitdrukkelijke

64 Een teken met een grote symbolische waarde heeft een bepaalde bijzondere waarde voor de samenleving als geheel of voor een deel daarvan, zoals bij etnische of geloofsrepresentaties. Die bijzondere waarde staat los van een eventuele, later in de tijd verkregen betekenis in de commercie. Zie verder hoofdstuk 1.

65 Daarvoor kunnen weer andere (niet optionele maar verplichte) weigerings- en nietigheidsgronden in beeld komen, zoals die in art. 3 lid 1 onder *b*, *c*, *d* MRl (zie par. 4 hierna).

vermelding van religieuze symbolen maakt duidelijk aan welk 'echelon' van voorstellingen moet worden gedacht.[66]

Dan nog meer taalkundigs. De richtlijnbepaling spreekt van "een teken met grote symbolische *waarde*". De term waarde wekt de indruk van een morele of gevoelsmatige lading, die vanzelfsprekend niet altijd even goed rationeel is te duiden. Dit lijkt inherent aan een symbool en aan het begrip symbool, waarmee in dit boek namen en representaties 'met een grote symbolische waarde' kortweg worden aangeduid. Ik merk op dat kennelijk niet is gekozen voor de term *betekenis*.[67] Beweerd zou kunnen worden dat in de term betekenis beter tot uitdrukking zou zijn gekomen dat de *context* van de voorstelling de symbolische lading geeft, en niet zozeer de subjectieve waardering voor of band met het symbool. Maar een wezenlijk verschil maakt het opnemen van de ene of de andere term niet, zodat ik in dit boek (om een beetje te kunnen afwisselen) beide woorden hanteer. Verder heeft het mijn voorkeur om van tekens met *een* grote symbolische waarde te spreken; ook dat is niet ingrijpend.

De volgende vraag is welke soorten of typen van symbolen onder het bereik van artikel 3 lid 2, onder *b* MRl vallen – een uitputtende opsomming van de symbolen die (waarschijnlijk) onder het voorschrift begrepen moeten worden, valt niet te geven. In dit boek wordt gerubriceerd naar (inter-)nationale, godsdienstige en culturele (inclusief historische en cultuurhistorische) symbolen. Kan dat onderscheid ook voor de invulling van artikel 3 lid 2, onder *b* MRl behulpzaam zijn?

Dat hangt ervan af hoe de uitdrukkelijke vermelding van religieuze symbolen in artikel 3 lid 2, onder *b* MRl moet worden geplaatst.[68] De vermelding kan door verschillende motieven zijn ingegeven. Er kan gemeend zijn dat op het vlak van religieuze symbolen het spanningsveld in de landen het grootst zou zijn; de wens kan hebben bestaan om door middel van het noemen van een exemplarische categorie van symbolen de bepaling enige richting te geven en geen misverstand te laten bestaan over de 'verheven'

66 Dit punt is tevens relevant voor het betoog in par. 3.5.

67 Dit geldt voor de Nederlandstalige versie van de MRl zowel als, bijvoorbeeld, de Engelse, Franse en Portugese versies van de MRl: resp. "value", "valeur" en "valor". De Duitstalige tekst wijkt af en hanteert de samentrekking "Symbolkraft", wat zich niet goed laat vertalen in het Nederlands.

68 Terzijde merk ik op dat in de Nederlandstalige versie van de richtlijnbepaling de zinsneden "een teken met grote symbolische waarde" en "een religieus symbool" beide een lijdend voorwerp zijn bij "omvat". Taalkundig zou de zinsnede "een teken met grote (met name religieuze) symbolische waarde" misschien meer voor de hand hebben gelegen. Dit had echter sterker dan in de huidige versie twijfel kunnen zaaien over de interpretatie: zou het dan nog wel zijn gegaan om religieuze symbolische waarde als een prominent voorbeeld van tekens met een grote symbolische waarde, of toch uitsluitend om tekens met een grote religieuze symbolische waarde? Om die twijfel te voorkómen zal zijn gekozen voor het uit elkaar trekken van beide elementen. Hieromtrent heb ik drs. R. van Deemter (Faculteit Letteren, Universiteit Leiden, emailcorrespondentie op 4 oktober 2002) om advies gevraagd en hij bevestigt deze lezing.

aard van onder de bepaling vallende tekens; bijzondere belangstelling van de initiatiefnemende landen voor aanduidingen van religieuze aard kan ertoe hebben geleid dat toen in de richtlijn ruimte voor de voorgestelde regel werd gemaakt, dezelfde opzet of insteek is aangehouden.

Ik houd het erop dat door gebruik van de woorden "met name" in artikel 3 lid 2, onder *b* MRl klaarblijkelijk is bedoeld religieuze symbolen als (meest) vooraanstaande categorie van tekens met een grote symbolische waarde te signaleren, en dat daarnaast ruimte is gelaten voor andere (categorieën van) tekens met een grote symbolische waarde, die immers in de tekst geenszins worden uitgesloten. De officiële Duits-, Frans- en Engelstalige versies van de richtlijnbepaling bevestigen dit, wanneer zij naast de Nederlandstalige versie worden gelegd en op dit punt worden vergeleken. Ik citeer ze hieronder en geef de tegenhangers van de woorden "met name" cursief weer. De Duitse tekst luidt:

> Jeder Mitgliedstaat kann vorsehen, daß eine Marke von der Eintragung ausgeschlossen ist oder im Falle der Eintragung der Ungültigerklärung unterliegt, wenn und soweit (..) die Marke ein Zeichen mit hoher Symbolkraft enthält, *insbesondere* ein religiöses Symbol.

De Franse versie luidt:

> "Chaque État membre peut prévoir qu'une marque est refusée à l'enregistrement ou, si elle est enregistrée, est susceptible d'être déclarée nulle lorsque et dans la mesure où (..) la marque comporte un signe de haute valeur symbolique, et *notamment* un symbole religieux".

De Engelstalige versie tot slot luidt:

> Any Member State may provide that a trade mark shall not be registered or, if registered, shall be liable to be declared invalid where and to the extent that (..) the trade mark covers a sign of high symbolic value, *in particular* a religious symbol.

De tegenhangers van "met name" zijn dus *insbesondere*, *notamment* en *in particular*, alle goed te vertalen met: in het bijzonder. Religieuze symbolen zijn zodoende inderdaad prominent, maar andere terreinen zijn niet uitgesloten en aangenomen kan derhalve worden dat ook andere typen van symbolen onder de vleugels van de bepaling kunnen vallen. Ik ga ervan uit dat de praktische driedeling die ik in dit boek aanhoud – (1) nationale en internationale symbolen, (2) religieuze symbolen en (3) culturele en historische symbolen –, tevens voor artikel 3 lid 2, onder *b* MRl behulpzaam kan zijn.

Dan de uitleg van een voor de toepassing van artikel 3 lid 2, onder *b* MRl ander belangrijk aspect, de uitleg van de woorden "indien en voor zover" in de aanhef van artikel 3 lid 2. Wat onder "indien" moet worden verstaan ligt voor de hand: in het geval dat zich de situatie voordoet dat een teken een symbool omvat, kan het worden geweigerd dan wel nietig verklaard. De toevoeging "voor zover" heeft verschillende implicaties.

Een implicatie is dat het zou kunnen vóórkomen dat een teken zijn 'grote symbolische waarde' ontleent aan een symbool dat één van de bestanddelen uitmaakt van het teken. Te denken is bijvoorbeeld aan een logo dat mede een

Latijns Kruis omvat (Kruisteken), voor commerciële uitgeversactiviteiten op het vlak van het christelijk geloof. Artikel 3 lid 2 (b) MRl en in het bijzonder de woorden "voor zover" brengen mee dat dit logo zou kunnen worden geweigerd *zolang* het Kruis onderdeel van het teken uitmaakt. Zou het gedeponeerde teken gewijzigde vorm opnieuw ter registratie worden aangeboden, dan zal de in genoemde grond geen obstakel meer kunnen vormen.

Een andere implicatie van de woorden "voor zover" ziet op de situatie dat de grote symbolische waarde niet noodzakelijk als zodanig zal zijn bedoeld. Het is niet uitgesloten dat een voorstelling met een grote symbolische waarde ook wel in een meer algemene betekenis wordt opgevat. Ik bedenk maar iets: de deposant of merkhouder die in zijn onderscheidingsteken de aartsengel Gabriël afbeeldt hoeft er niet per se op uit te zijn om een associatie te wekken met Gabriël in het bijzonder of het christelijk geloof. Een andere, meer neutrale of 'aardse' betekenis is mogelijk, zoals een verband met een algemeen en breed begrip als communicatie.[69] In het kader van weigering of nietig verklaring moet de omstandigheid van (gebruik in) de alternatieve betekenis kunnen meewegen. De ruimte voor nuancering wordt geboden door het "voor zover".

Uit de reeds geciteerde anderstalige officiële versies van het artikel dringt zich met betrekking tot het "indien en voor zover" overigens geen afwijkend inzicht op. De Duitse tekst spreekt van "wenn und soweit", de Franse van "lorsque et dans la mesure où", en de Engelse ten slotte van "where and to the extent that."

3.4 *De Griekse oorsprong*

Griekenland was, zo leid ik dus uit de overgeleverde historie af, de initiatiefnemer van de bepaling over tekens met een grote symbolische waarde in de Merkenrichtlijn. De oude Griekse merkenwet bevatte al een bepaling die de emblemen en symbolen van de Griekse Staat, symbolen van het koningshuis, emblemen van andere autoriteiten, en religieuze symbolen uitsloot van merkregistratie.[70] De reden van de Griekse wetgever voor een dergelijke regeling was de gevoelde noodzaak om de voor het land meest wezenlijke, 'onschendbare' woord- en beeldrepresentaties veilig te stellen en buiten het bereik te brengen van exclusieve rechten van ondernemers.[71] Het verbod kwam naar ver-

69 De uiterlijk waarneembare context – naast het teken zelf de geselecteerde waren- of dienstenklassen en wellicht andere bijzonderheden zoals de aard van de activiteiten van de onderneming van de deposant of merkhouder – lijkt mij daarvoor richtinggevend te moeten zijn.

70 Art. 3 lid 1, onder *b* van de Griekse Merkenwet van 1939 (Wet nr. 1998/29-9-3-10-1939).

71 En de verplichtingen voortvloeiend uit de openbare orde-bepaling in art. 6*ter* UvP aangaande wapens en vlaggen van landen en internationale organisaties; over dat artikel in par. 4 hierna. Vgl. bij de hoofdtekst voorts Vosenberg 1969: "The specific prohibitive provision is of a public order's character aiming at excluding that any symbols and emblems, which for a nation are sacred and inviolable, become the object of a legal claim from the part of a businessman (that means they become trademarks)."

luid voort uit een waargenomen praktijk, waarin sommige van zulke representaties het voorwerp vormden van merkregistratie voor uiteenlopende waren.[72]

Wat indertijd de motieven van de Griekse wetgever zijn geweest om naast symbolen die toch vooral in verband staan met de Staat, ook symbolen op het vlak van het geloof in de bepaling te betrekken, heb ik vanuit Nederland niet kunnen achterhalen. Een bron ter plaatse vertelt dat in de periode dat in het Griekse parlement de aanpassing van de nationale merkenwet aan de Merkenrichtlijn aan de orde is geweest, noch in het relevante inleidende parlementaire rapport, noch in de relevante stukken van het Departement van Wetgevingsondersteuning van het Griekse parlement een vermelding van het onderwerp vóórkomt.[73] Misschien sprak de toevoeging in een land waar geloof een voorname plaats in het leven inneemt, ook wel voor zich: "[A]s a matter of fact, Greek people have a very strong religious feeling and belief and the legislator takes it into account."[74] Door de mogelijkheid van merkenrechtelijke occupatie van religieuze symbolen te verhinderen dwingt de bepaling tot het respecteren van die symbolen.[75]

Hoe het verder ook precies is gegaan, het land heeft een lange geschiedenis op het gebied van het beschermen (vrij houden) van tekens met een grote symbolische waarde, waaronder religieuze, in de context van het merkenrecht. In paragraaf 3.7.2 ga ik nader in op de bepaling in de Griekse merkenwet.

3.5 *Artikel 6ter UvP*

Het UvP is een internationaal verdrag uit 1883 dat minimumbepalingen voorschrijft voor de bescherming van de industriele eigendom.[76] De Merkenrichtlijn verwijst naar artikel *6ter* UvP in zowel artikel 3 lid 1, onder *h* als artikel 3 lid 2, onder *c* MRl. Artikel 6*ter* UvP merkt twee specifieke categorieën tekens aan als ontoelaatbaar, behoudens bepaalde goedkeuring. Het gaat enerzijds

72 De belangrijkste bronnen in de Griekse vakliteratuur waren voor deze par. 3.4: Vosenberg 1969 en Liakopoulos 2000. Voor de inhoud van deze par. heb ik tevens geput uit informatie die mij is verstrekt door de Griekse wetenschapper en advocaat dr. D.S. Oekonomidis (Dr. D.S. Oekonomidis and Partners Law Offices, Athene, notitie van 17 juli 2002) en door mevrouw dr. D. Kostena (hoofd van het Griekse – maar hier in het Engels weergegeven – Directorate of Commercial and Industrial Property van het General Secretariate of Commerce of the Ministry of Development, Athene, correspondentie in 2001/2002). De bronnen die zij in Griekenland hebben geraadpleegd (met name parlementaire stukken en jurisprudentie) waren voor mij vanuit Nederland niet bereikbaar en zijn gesteld in de Griekse taal, voor mij een dubbele handicap. De informatie van Oekonomidis en Kostena was van zakelijke, niet-opiniërende aard.

73 Blijkens onderzoek door Kostena, voornoemd.

74 Kostena, voornoemd.

75 Liakopoulos 2000 spreekt in dit verband van, in mijn vertaling, respect voor officiële symbolen en emblemen. Hij heeft daarbij het oog op nationale en godsdienstige symbolen.

76 Verdrag van Parijs tot bescherming van de industriële eigendom van 20 maart 1883, *Trb*. 1969, 144 en *Trb*. 1970, 187, in werking getreden voor Nederland op 10 januari 1975.

om officiële aanduidingen van de bij het UvP aangesloten landen, zoals nationale vlaggen, (heraldische) wapens en andere Staatsemblemen, en tevens controle- en waarborgtekens; anderzijds betreft het emblemen, benamingen en initialen van internationale intergouvernementele organisaties waarbij die landen betrokken zijn.

De hoofdregel staat in artikel 6*ter* lid 1, onder *a* en *b* UvP. Onder *c* is een facultatieve bepaling opgenomen die de werking van de hoofdregel kan inperken. Lid 1 in de Engelstalige versie, zoals gepubliceerd door de WIPO,[77] luidt:

> *(a)* The countries of the Union agree to refuse or to invalidate the registration, and to prohibit by appropriate measures the use, without authorization by the competent authorities, either as trademarks or as elements of trademarks, of armorial bearings, flags, and other State emblems, of the countries of the Union, official signs and hallmarks indicating control and warranty adopted by them, and any imitation from a heraldic point of view.
> *(b)* The provisions of subparagraph (a), above, shall apply equally to armorial bearings, flags, other emblems, abbreviations, and names, of international intergovernmental organizations of which one or more countries of the Union are members, with the exception of armorial bearings, flags, other emblems, abbreviations, and names, that are already the subject of international agreements in force, intended to ensure their protection.
> *(c)* (..) The countries of the Union shall not be required to apply the said provisions when the use or registration referred to in subparagraph (a*)*, above, is not of such a nature as to suggest to the public that a connection exists between the organization concerned and the armorial bearings, flags, emblems, abbreviations, and names, or if such use or registration is probably not of such a nature as to mislead the public as to the existence of a connection between the user and the organization.

De in lid 1, onder *a* bedoelde Staatssymbolen en nabootsingen daarvan worden geweigerd of nietig verklaard, *tenzij* voor de merkregistratie toestemming is verkregen van de bevoegde autoriteiten (zo volgt uit de tekst onder *a*).[78] Bedoeld zijn hier de autoriteiten van het land waarvan het symbool in het spel is. Deze autoriteiten bepalen uiteindelijk of iets een Staatssymbool is; emblemen van lagere overheden vallen echter hoe dan ook níet onder artikel 6*ter*.[79]

Een teken dat een imitatie van een 6*ter*-symbool omvat, of uit meerdere elementen *waaronder* het 6*ter*-symbool bestaat, is evenzeer onderworpen aan het goedkeuringsvereiste, indien het de wezenlijke karaktertrekken, uit heraldisch oogpunt, van het symbool omvat.[80] De UvP-landen zijn vrij of ze daarnaast ook, associatiever, de als meer algemeen beschouwde (elementen van) nationale symbolen uitsluiten van merkregistratie. Te denken valt aan

77 Zie < http://www.wipo.int/treaties/en/ip/paris/trtdocs_wo020.html#P155_22332 >.
78 In aansluiting hierop moet volgens art. 6*ter* lid 9 UvP tevens het gebruik in de handel zonder toestemming van Staatswapens van andere bij het UvP aangesloten landen, worden verboden, indien er door dit gebruik gevaar voor verwarring omtrent de oorsprong van de waren kan bestaan. Deze bepaling ziet niet op merkenrechtelijke occupatie zoals lid 1, onder *a*, van hetzelfde artikel, en heeft zodoende geen toegevoegde waarde in het kader van de eventuele weigering op grond van het BVIE.
79 Bodenhausen 1968, p. 96.
80 Anema 2000, p. 155 schrijft dat het Rijkswapen niet in een merk mag worden *verwerkt*.

plaatjes van een leeuw en een arend, die aan Nederland resp. Duitsland kunnen doen denken, maar tevens op zichzelf gewone aanduidingen zijn.[81] De reikwijdte van de bescherming van nationale symbolen en nabootsingen als bedoeld in artikel 6*ter* lid 1, onder *a* UvP kan zodoende (theoretisch) in de bij het verdrag aangesloten landen nogal uiteen lopen.

De ratio van artikel 6*ter* UvP is dat registratie (en gebruik) als merk van een Staatssymbool een schending zou betekenen van het recht van de (UvP-) landen om de zeggenschap te hebben over hun nationale symbolen, als uitdrukking van soevereiniteit, en dat deze schending voorkómen moet worden. Daarnaast zou de registratie (en het gebruik) kunnen leiden tot misleiding van het publiek terzake van de herkomst van de met een (element van) een Staatssymbool aangeduide waren of diensten.[82]

Het ligt in de rede dat voor zover autoriteiten toestemming willen geven, ze het meest geneigd zijn die te verlenen aan hun eigen Staatsburgers, die het symbool willen opnemen in een merk voor producten of diensten, in eigen land of elders.

De hoofdregel onder *a* gaat tevens, *mutatis mutandis*, op in het geval dat het teken een aanduiding van een internationale intergouvernementele organisatie omvat (zo is af te leiden uit de tekst van lid 1, onder *b*). Het gaat om vlaggen, wapens en emblemen, inclusief initialen, zowel in het Nederlands (bijvoorbeeld VN, OESO en IAEA), als in andere gangbare talen zoals met name het Engels, voor zover de initialen afwijken (UN en OECD). Nu is het de betrokken organisatie die haar toestemming moet geven, wil de weigering of nietig verklaring voorkómen worden. Onder voorwaarden kunnen onder *b* ook programma's, instituties en conventies binnen de intergouvernementele organisatie worden begrepen.[83]

Ter vrije keuze van de UvP-landen staat de beperkende voorwaarde in de tweede volzin van artikel 6*ter* lid 1, onder *c* UvP: als het gebruik en de inschrijving níet van zodanige aard is dat bij het publiek de indruk wordt gewekt dat er een verband bestaat tussen de organisatie en het symbool, of dat de inschrijving waarschijnlijk niet van dien aard is dat het publiek misleid wordt omtrent het bestaan van een verband tussen de gebruiker en de organisatie, dan hoeft de hoofdregel niet te worden toegepast. Landen die van deze optie gebruik maken kiezen dusdoende voor een lager niveau van bescherming symbolen van internationale intergouvernementele organisaties dan Staatssymbolen, daar die organisaties de inschrijving van tekens die (een deel van) hun symbolen omvatten slechts onder de onder *c* bedoelde voorwaarden kunnen tegenhouden.[84]

81 Bodenhausen 1968, p. 97.

82 Het artikel is geschreven voor warenmerken, maar de landen zijn vrij om het analoog voor diensten te laten gelden. Aldus Bodenhausen 1968, p. 95-96.

83 Zie de richtlijnen van het WIPO ter interpretatie van art. 6*ter* UvP, < http://www.wipo.int/article6ter/en/legal_texts/guidelines.htm >.

84 Vgl. ter toelichting op dit artikel tevens de informatie van het WIPO, < http://www.wipo.int/article6ter/en/ >.

3.6 Artikel 3 lid 2, onder c MRl

Daar waar artikel 3 lid 1, onder *h* MRl verwijst naar artikel 6*ter* UvP, verwijst artikel 3 lid 2, onder *c* MRl naar badges, emblemen en wapenschilden van openbaar belang, *anders* dan die in artikel 6*ter*. Artikel 3 lid 2, onder *c* MRl is evenals artikel 3 lid 2, onder *b* MRl een voor de Lidstaten facultatieve bepaling. Een deel van de Lidstaten beschikte reeds voordien in de een of andere vorm over zo'n bepaling in de nationale merkenwet, zoals Duitsland. De richtlijnbepaling onder *c* zal derhalve op de wens van een of meer landen zijn opgenomen maar niet door alle landen *noodzakelijk* zijn gevonden. De eerder (par. 3.2) vermelde MRl-documenten besteden geen bijzondere aandacht aan artikel 3 lid 2, onder *c* MRl. Er blijkt niet uit van welk(e) land(en) het initiatief afkomstig was en wat de bedoeling en de reikwijdte van de bepaling is.[85]

Aangenomen kan worden dat de bepaling ziet op gemeente- en provinciewapens en -vlaggen, emblemen van politie, brandweer en andere hulpdiensten, en andere lagere overheden zoals waterschappen. Het is niet uitgesloten dat het begrip openbaar belang zoals dat in artikel 3 lid 2, onder *c* MRl wordt gehanteerd, tevens ruimte laat voor méér, dat wil zeggen voor niet-overheidssymbolen. Maar de vermelding van de termen badges, emblemen en wapenschilden en de referentie aan artikel 6*ter* UvP, suggereert toch wel dat artikel 3 lid 2 onder *c* MRl betrekking heeft op heraldische aanduidingen met een officieel karakter, voor zover die niet gerekend kunnen worden tot het in verhouding hoogste niveau van Staatssymbolen resp. internationale intergouvernementele symbolen.

Artikel 3 lid 2, onder *c* MRl reikt zo bekeken níet zo ver als artikel 3 lid 2, onder *b* MRl: dit laatste artikel is in vergelijking meer open gesteld en richt zich op (kennelijk andere) tekens met een grote symbolische waarde. Zoals de bepaling zegt: met name religieuze; en religieuze symbolen zijn in ieder geval *niet* begrepen onder artikel 3 lid 2, onder *c* MRl, omdat die bepaling daarvoor te nadrukkelijk in het verlengde ligt van 6*ter* UvP. De artikelen 3 lid 2, onder *c* en onder *b* MRl kunnen elkaar gedeeltelijk overlappen, althans theoretisch, voor zover het níet onder 6*ter* UvP vallende heraldieke aanduidingen met een grote symbolische waarde betreft.

Dit mag een uithoek lijken, maar voor bekende voorbeelden van een symbool dat in deze overlapcategorie valt hoeft maar gedacht te worden aan het embleem van de politie of het wapen van een stad als Amsterdam. Van beide een illustratie:[86]

85 De op art. 3 lid 2, onder *b* MRl gerichte bespreking in par. 3.2 en 3.3 kan tot op zekere hoogte tevens worden betrokken op art. 3 lid 2, onder *c* MRl, met name de informatie over optionele MRl-bepalingen en over MRl-documenten.

86 Afbeeldingen ontleend aan resp. < www.politie.nl > en < http://www.amsterdam.nl/stad_in_beeld/geschiedenis/het_wapen_van >.

3.7 *Een blik op de nationale merkenwetten in Europa*

3.7.1 Introductie

Omdat naast Griekenland ook Portugal, Italië en Malta een bepaling als bedoeld in artikel 3 lid 2, onder *b* MRl hebben opgenomen in hun merkenwet, al dan niet in combinatie met een bepaling van de strekking van artikel 3 lid 2, onder *c* MRl, lijkt het uitsluiten van de mogelijkheid een merkenrechtelijk monopolie te verkrijgen op *symbolen*, in het bijzonder die van godsdienstige aard, een aangelegenheid van de zuidelijke Lid-Staten, waarvan de bevolking zoals algemeen bekend van oudsher een prominente plaats toekent aan het (christelijke) geloof. Maar ook ándere Europese landen, met name 'nieuwe toetreders' tot de EU, kennen dergelijke bepalingen in de nationale wetgeving, waaronder Polen, Slowakije, en Letland.

Hierna ga ik nader in op de Griekse (par. 3.7.2) en Italiaanse (par. 3.7.3) bepaling, en tot slot groepeer ik citaten van de bepalingen in de merkenwetten van andere landen (par. 3.7.4).

3.7.2 Griekse merkenwet

De Engelse vertaling van artikel 3 lid 2 aanhef en onder *a* van de Griekse Merkenwet van 1994[87] luidt:[88]

> Trademarks shall not be registered:
> if they consist of the flags, emblems, symbols, escutcheons, signs or hallmarks of the Greek State or of any other State covered by Article 6ter of the Paris Convention for the Protection of Industrial Property Law (Law No. 213/75) as provided for therein. Furthermore, signs of great symbolic value, particularly religious symbols, representations and words shall not be registered as trademarks.

87 Wet nr. 2239 van 16 september 1994, in werking getreden op 1 november 1994, raadpleegbaar via < oami.europa.eu >. De oude merkenwet van 1939 werd door deze wet aangepast aan de Merkenrichtlijn. De wet van 1994 behandelt in art. 3 de weigeringsgronden van een teken als merk.

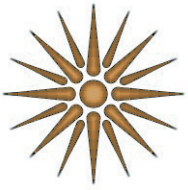
88 Engelstalige tekst ontleend aan < http://www.wipo.int/clea/docs_new/en/gr/gr016en.html >.

Woorden of afbeeldingen die een religieus symbool omvatten worden volgens de bepaling 'categorisch' geweigerd als merk.[89] Deze toevoeging, die dus voordien al materieel in de Griekse merkenwet vóórkwam, loopt in de pas met de inhoud van artikel 3 lid 2, onder *b* Merkenrichtlijn. Kennelijk hanteert men in Griekenland de lijn dat de Griekse samenleving aan religie een zó vooraanstaande betekenis toekent, dat het belang van de samenleving om een religieuze aanduiding 'vrij te houden' door er geen merkenrechtelijk monopolie op toe te laten, het belang van de markt bij het registeren en exploiteren van zulke symbolen als merk voor commerciële activiteiten, overstijgt.

Onder religieuze voorstellingen kunnen worden begrepen, volgens de commissie die belast was met de aanpassing van de Griekse merkenwet aan de Merkenrichtlijn: woorden, iconen en figuren met een religieuze inhoud, zoals (de naam of afbeelding van) Jezus Christus, het kruisteken en de Maagd Maria.[90]

De bepaling sluit andere symbolen dan nationale en godsdienstige symbolen niet uit. De tekst zelf spreekt van tekens met een grote symbolische waarde, in het bijzonder (of: met name) religieuze symbolen, voorstellingen of woorden.[91]

Dat de Griekse bepaling zich *tevens* uitstrekt tot aanduidingen die in de loop van de geschiedenis een grote symbolische waarde hebben verkregen in de Griekse maatschappij, wordt bevestigd in vrij recente Griekse rechtspraak, die zich bijvoorbeeld uitsprak tegen merkregistraties van afbeeldingen van de 'Zon van Vergina' en de tweekoppige adelaar, twee belangrijke symbolen in de Griekse historie.[92] Van beide een afbeelding:[93]



89 Liakopoulos 1999, nr. 219, p. 114 schrijft in zijn introductie van het Griekse merkenrecht niets nader over het (misschien voor Griekse begrippen niet zo) bijzondere slot van het citaat.

90 Informatie verstrekt door Kostena.

91 Ik verwijs verder naar hetgeen ik over de tekst van de richtlijnbepaling heb geschreven, in par. 3.3.

92 Rechtbank Athene (sector bestuursrecht), zaaknr. 10720/1997 (datum uitspraak is mij niet bekend).

93 Van beide komen varianten voor; ik geef hier een zon met zestien stralen en een Byzantijnse dubbele adelaar weer. Ik weet niet of de bedoelde rechtspraak daarop zag, maar de plaatjes geven wel een indruk.

Symbolen kunnen dus volgens de Griekse wet geen merk zijn, maar de soep blijkt niet altijd zo heet te zijn gegeten als zij is opgediend. Bozenberg signaleerde in zijn dissertatie in 1969 al dat het in de praktijk meeviel met de strenge bewoordingen van de hiervóór al genoemde bepaling over symbolen in de toenmalige Griekse Merkenwet:[94]

> "[i]n practice, the application by the Greek Trademark Courts of the [..] provision wasn't so strict given that the said Courts, in various instances, accepted the legitimacy of trademarks though they consisted of exactly the same as above sacred and inviolable symbols and emblems."

De praktijk toonde zich klaarblijkelijk liberaler dan de wettekst aangaf. Bozenberg vermeldde niet welke factoren in de afweging in de gevallen waarop hij doelde een rol hebben gespeeld, en of die gevallen exemplarisch mogen heten. Uit andere bron heb ik de bevestiging gekregen dat er zich bij de toepassing van de Griekse bepaling situaties kunnen voordoen waarin een symbool als bedoeld in de bepaling tóch als merk zou worden geaccepteerd.[95] Bijvoorbeeld indien en voor zover een symbool niet in de *symbool*betekenis wordt gehanteerd, zoals een kruisteken een *wiskundige* (aritmetische) betekenis kan hebben. Deze differentiëring leidt ertoe dat in een concreet geval niet slechts wordt afgestemd op de uiterlijke *vorm* van een in een teken opgenomen symbool, maar tevens op de in de context van het teken al dan niet bedoelde symbolische waarde van dat symbool (dit is dus *geen* pleonasme).

Bovendien schijnt het in Griekenland in het verleden (1959) wel eens te zijn voorgekomen dat een religieus symbool (nu weer wel mét een symbolische waarde) toch werd geaccepteerd als merk, omdat de handel waarvoor het teken zou moeten dienen als het ware veilig en onschuldig was, bijvoorbeeld een katholieke voorstelling van Maria met Kind voor papierwaren.[96] Recenter, in 1998, heeft een Griekse rechtbank zich uitgesproken over het woordmerk Genesis voor warenklasse 9, in het bijzonder elektromagnetische elementen en batterijen.[97] De rechtbank overwoog dat weliswaar in het Latijn de naam Genesis verwijst naar het Oude Testament, maar dat in dit geval, mede vanwege de omstandigheid dat batterijen geen enkel verband hebben met religieuze aangelegenheden, niet gezegd kon worden dat het woordmerk *noodzakelijkerwijs* naar het Oude Testament verwees, en het in elk geval niet kon worden beschouwd als een inbreuk op de betekenis van een religieus symbool.

94 Vosenberg 1969.
95 Oekonomidis, voornoemd.
96 Informatie verkregen van Oekonomidis, voornoemd; ik beschik niet over de zaakgegevens.
97 Rechtbank Athene (sector bestuursrecht), zaaknr. 4051/98 (datum uitspraak is mij niet bekend).

Er zijn dus voorbeelden van gevallen waarin de Griekse rechter het zwaard van de nationale bepaling over tekens met een grote symbolische waarde niet ter hand neemt. Het is daarmee niet zo dat de betekenis van de bepaling zou zijn verdampt door het niet 'uit de markt filteren' van een aantal tekens die een symbool omvatten. Veeleer laat de nuance in de toepassing zien dat de rechter in het oog houdt dat de bepaling enerzijds haar doel niet voorbij schiet en zich anderzijds verhoudt tot de realiteit.

3.7.3 Italiaanse merkenwet

In Italië zijn de toepasselijke regels neergelegd in artikel 10 (voorheen de art. 18 lid 1, onder *d*, 30 leden 1 en 2, en 31) Merkenwet.[98] De bepalingen hebben een eigen opzet en inhoud in vergelijking met artikel 3 lid 2, onder *b* van de Merkenrichtlijn. Artikel 10 lid 1 en 2 luidt, in het Italiaans (want een officiële Engelse vertaling is niet beschikbaar):

> 1. Gli stemmi e gli altri segni considerati nelle convenzioni internazionali vigenti in materia, nei casi e alle condizioni menzionati nelle convenzioni stesse, nonché i segni contenenti simboli, emblemi e stemmi che rivestano un interesse pubblico non possono costituire oggetto di registrazione come marchio d'impresa, a meno che l'autorità competente non ne abbia autorizzato la registrazione.
> 2. Trattandosi di marchio contenente parole, figure o segni con significazione politica o di alto valore simbolico, o contenente elementi araldici, l'Ufficio italiano brevetti e marchi, prima della registrazione, invia l'esemplare del marchio e quant'altro possa occorrere alle amministrazioni pubbliche interessate, o competenti, per sentirne l'avviso, in conformità di quanto è disposto nel comma 4.

In het eerste lid van de bepaling wordt gesproken van tekens met "un interesse pubblico", wat kan worden begrepen als een aanvulling op artikel 6*ter* UvP.[99] Daarnaast richt de bepaling zich in het tweede lid op onder andere tekens "di alto valore simbolico", oftewel met een grote symbolische waarde, zoals vermeld in de Merkenrichtlijn. Een expliciete verwijzing naar religieuze symbolen is niet opgenomen.

Aangenomen wordt wel dat de (in ietwat andere vorm al langer bestaande) Italiaanse regeling in de eerste plaats is gericht op het voorkómen dat afbreuk wordt gedaan aan het bijzondere karakter van de in de regeling bedoelde woorden en afbeeldingen, waaronder tekens met een grote symbolische waarde. In de tweede plaats bedoelt de regeling te voorkómen dat het publiek door middel van de merkregistratie van zulke woorden en afbeeldingen, waaronder tekens met een grote symbolische waarde, wordt misleid omtrent het bestaan van een verband tussen bepaalde waren of diensten en de autoriteit of entiteit die een (immateriële) aanspraak op de aanduiding

98 Wet op de Industriële Eigendom nr. 30/2005, in werking getreden 19 mei 2005; Wet nr. 929 van 21 juni 1942. Wetgeving raadpleegbaar via < oami.europa.eu >.

99 Vgl. Ricolfi, 'I fatti constitutivi del diritto al marchio. I soggetti', *AA.VV.*, *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, Torino 2001, p. 94. Vgl. ook par. 3.6 hiervóór.

kan maken. Deze autoriteit of entiteit, bijvoorbeeld nationale politieke partij, moet echter wel aantonen dat er gevaar voor verwarring dreigt.[100]

Voor tekens met een grote symbolische waarde is bijzonder het vermelden waard een incident in de jaren negentig van de afgelopen eeuw rond het Teatro Alla Scala in Milaan, een theater met wereldfaam. Het theater had naar het oordeel van het Milanese gerechtshof niet het recht om te verhinderen dat een afbeelding van de beroemde entree van het theater, in Italië een cultureel symbool op zichzelf, als merk zou worden geregistreerd en gebruikt door een derde die geen relatie met het theater had.[101] Commentator Gioia stelde dat deze beslissing

> "appeared inconsistent both with the well-established trend construing rights in names and images in increasingly wider terms and, more specifically, with the highlights of the reform of the national law following implementation of the EU Directive, all pointing towards an extension of the scope of the protection for signs having a "symbolic" or "evocative" character to the sole and exclusive benefit of the party being directly involved in and responsible for the creation and the consolidation of such evocative value."[102]

3.7.4 Merkenwetten van andere Europese landen

Dan volgen nu andere Europese landen, in korter bestek.[103] Een deel van die landen beschikt over een equivalent van het optionele artikel 3 lid 2, onder *c* MRl, tekens derhalve die in het verlengde van artikel 6*ter* UvP liggen, maar die níet noodzakelijk (of misschien wel: vaak niet) een grote symbolische waarde hebben.[104] Bepalingen van die strekking citeer ik hieronder níet, want dat zou een te lange opsomming worden en bovendien scheer ik dan langs de kern: het zoeklicht staat gericht op bepalingen *à la* artikel 3 lid 2, onder *b* MRl.

Ik focus dus op bepalingen in de nationale merkenwetgevingen die, met zoveel woorden of meer naar de strekking, de merkregistratie van tekens met een grote symbolische waarde uitsluiten, althans de registratie aan nadere voorwaarden onderwerpen. Griekenland en Italië meegeteld, heb ik niet minder dan dertien Europese landen gevonden die in de een of andere vorm over zo'n bepaling beschikken. Van deze landen noemen er tien tevens expli-

100 Het gaat hier om hetzelfde verwarringsgevaar als in 'normale' merkenrechtelijke inbreukzaken; vgl. een Italiaanse zaak van de zgn. *Commissione dei Ricorsi* 5 juli 1976, *Riv. dir. ind.*, 1977, II, 295 (deze *Commissione dei Ricorsi* is een administratief orgaan dat functioneert als een beroepsinstantie tegen beslissingen van het Italiaanse merkenbureau). Zie als bron bij de alinea in de hoofdtekst *AA.VV., Commentario breve al diritto della concorrenza*, diretto da Marchetti-Ubertazzi, Padova 1997, p. 1065.

101 Gerechtshof te Milaan 30 juli 1996, *GADI* 1997, 3605.

102 Toelichting in persoonlijke communicatie met mevrouw prof. F. Gioia.

103 Ze hebben allemaal in hun merkenwet een bepaling over de openbare orde en over tekens in de zin van artikel 6*ter* UvP; die noem ik hier dus niet. Vgl. tevens de voor de EU-Lidstaten verplichte art. 3 lid 1, onder *f* en *h* MRl. Zie over art. 6*ter* par. 3.5.

104 Zoals bijvoorbeeld Oostenrijk (art. 6 lid 1 van de Wet nr. 260 van 7 juli 1970 (gewijzigd 1993), < http://www.wipo.int/clea/docs_new/en/at/at019en.html# >). Zie over art. 3 lid 2, onder *c* MRl par. 3.6.

ciet religieuze symbolen als een bijzondere categorie. Ik citeer die bepalingen hieronder, in een officiële Engelstalige versie.[105]

Artikel 2 lid 1, aanhef en onder *i* van de Slowaakse Merkenwet luidt:[106]

> The following shall not be recognised as a trademark:
> *i)* sign containing a sign of a high symbolic value, particularly a religious symbol."

Artikel 6 lid 1, aanhef en onder 6 en 10 van de Litouwse Merkenwet luidt:[107]

> A sign shall not be recognised as a mark and shall be refused registration or the registration of a registered mark shall be declared invalid if:
> 6. the sign is contrary to accepted principles of morality or public policy, including ethics of society and humanitarian principles;
> 10. it is a sign of high symbolic value, in particular a religious symbol.

Hongarije kent de volgende bepalingen, in artikel 3 lid 2, aanhef en onder *c* Merkenwet:[108]

> (2) A sign shall be excluded from trademark protection if:
> *(c)* it consists of symbols having a close relation to religious or other beliefs.

Artikel 189 lid 1, onder *i* van de Portugese merkenwet luidt:[109]

> Registration shall also be refused in the case of trademarks (..) which, in any or all of their elements, contain (..) signs with symbolic meaning, namely religious symbols, unless authorization is obtained.

Van de Bulgaarse Merkenwet zijn hier het meest relevant de bepalingen in artikel 11 lid 1, aanhef en onder 11 en 12, en lid 3, die luiden:[110]

> (1) The following may not be registered:
> 11. marks that consist of or include the name or a representation of historical and cultural monuments of the Republic of Bulgaria, as specified by the Ministry of Culture;
> 12. marks that consist of or include religious symbols that are well known in the Republic of Bulgaria, or equivalents thereof.
> (3) The provisions of items 8, 9, 10 and 11 of paragraph (1) shall not apply where the consent of the relevant competent authority has been obtained.

---

105 De vertaling in het Engels is meestal verzorgd door de WIPO; een verwijzing bij elk citaat hierna leidt naar het brondocument, waarin is na te lezen wie de vertaling heeft verzorgd. Bij elke bronvermelding hierna heb ik de gegevens van de betreffende wet weergegeven voor zover die mij uit de documenten via het WIPO bekend resp. te vertalen zijn.

106 Wet nr. 577-2001, < http://www.wipo.int/clea/docs_new/en/sk/sk023en.html >.

107 Wet nr. VIII-1981, < http://www.wipo.int/clea/docs_new/en/lt/lt007en.html >.

108 Wet nr. XI-1997, < http://www.wipo.int/clea/docs_new/en/hu/hu025en.html#JD_HU025E_A2 >.

109 Wet nr. 36/2003 van 5 maart 2003, raadpleegbaar via < oami.europa.eu >.

110 Wet van 15 december 1999, publicatie in het Bulgaarse Staatsblad nr. 81/1999 van 14 september 1999, < http://www.wipo.int/clea/docs_new/en/bg/bg028en.html >.

De tekst van de Merkenwet van Letland, artikel 6 lid 1, aanhef en onder 9 is als volgt:[111]

> The following signs shall not be registered as trademarks (if they have been registered, these registrations may be declared invalid pursuant to the provisions of this Law):
> 9. those which, without authorization by the competent authorities given pursuant to the procedures set out in the statutory enactments of Latvia, contain the official heraldry approved by the State, national decorations, official Service insignia, as well as official marks indicating control, quality and warranty, official hallmarks, and signs indicating the safety of utilising goods which are used with respect to identical or similar goods or services in Latvia, or any other marks of high symbolic value, as well as religious symbols.

De meest relevante gedeelten van artikel 131 lid 2, aanhef en onder *ii* en *v* van de Poolse Wet op de industriële eigendom luiden:[112]

> 2. A right of protection shall not be granted for a sign, if:
> (ii) it incorporates the name or abbreviated name of the Republic of Poland, or its symbols (emblem, national colours or national anthem), the names or armorial bearings of (..) [onder nadere voorwaarden, toevoeging CvW] social organisations performing activities in vital public interests.
> (v) it incorporates elements being symbols, in particular of a religious, patriotic or cultural nature whose use could hurt religious feelings, sense of patriotism or national tradition.

Artikel 5 lid 1, onder *k* van de merkenwet van Spanje luidt als volgt:[113]

> The following signs may not be registered as a trademark:
> *(k)* those which include insignias, emblems or armorial bearings other than those envisaged in Article 6*ter* of the Paris Convention and which are of public interest, except where their registration is authorized by the competent authority.

Een uitvoerige regeling van "Specially protected emblems" is te vinden in de merkenwet van Malta, artikel 5:[114]

> (1) A trademark which consists of or contains-
> (a) the arms, or any of the principal armorial bearings of the arms appertaining to the President or the Roman Catholic Archbishop of Malta, or any insignia or device so nearly resembling such arms or any such armorial bearing as to be likely to be mistaken for them or it,
> (b) a representation of the Presidential or Episcopal flags,
> (c) a representation of the President or the Archbishop, or any colourable imitation thereof, or

111 Wet van 16 juni 1999, < http://www.wipo.int/clea/docs_new/en/lv/lv016en.html# >.
112 Wet van 30 juni 2000, opgenomen in *Journal of Laws* (titel vertaald), nr. 119/2003, tekst 1117; laatst gewijzigd 23 januari 2004; < http://www.uprp.pl/formularze/ustawa2000_gb.htm >.
113 Wet nr. 17-2001 van 7 december 2001, < www.wipo.int/clea/docs_new/en/ro/ro017en.html# >.
114 Merkenwet van 2000, < http://www.wipo.int/clea/docs_new/en/mt/mt004en.html# >.

(d) words, letters or devices likely to lead persons to think that the applicant either has or recently has had Presidential or Episcopal patronage or authorization,
shall not be registered unless it appears to the Comptroller that consent has been given by or on behalf of the President or the Archbishop.

(2) A trademark which consists of a representation of the national flag of Malta shall not be registered.

(3) A trademark which contains a representation of the national flag of Malta shall not be registered if it appears to the Comptroller that the use of the trademark would be misleading or grossly offensive.

(4) A trademark shall not be registered in the cases specified in section 51 or section 52 [tekens in de zin van artikel 6ter UvP, toevoeging CvW]:
Provided that the Minister may by regulation extend the applicability of the provisions of this subsection to apply mutatis mutandis in respect of religions other than the Roman Catholic Apostolic Religion.

De Wet op de industriële eigendom van Slovenië, artikel 19 lid 4 luidt:[115]

The image or name of a historical personage or other personality may be protected with the permission of the Ministry responsible for administration.

Om ook even naar de merkenwet van een belangrijke Lidstaat-*hopefull* te kijken, Turkije, hier een citaat van artikel 7, aanhef en onder *h* en *j* van de Turkse Merkenwet:[116]

7. The following signs shall not be registered as trademarks:
(h) trademarks incorporating badges, emblems or escutcheons other than those covered by Article 6*ter* of the Paris Convention that have not been authorized by the competent authorities and are of particular historical and cultural interest to the public;
(j) trademarks that incorporate religious symbols.

Tot slot, als 'bonus', artikel 1481 lid 3 en 4 van het ontwerp Burgerlijk Wetboek van de Russische Federatie:[117]

3. State registration as trademarks is not allowed for indications that are or contain elements:
contradictory to societal interests, or to principles of humanity or morality.
4. State registration as trademarks is not allowed for indications identical or similar to the point of confusion with the official names and images of particularly valuable objects of the cultural heritage of the peoples of the Russian Federation or objects of the world cultural or natural heritage, and also with images of cultural valuables kept in special, general, and reserve collections (..) [een en ander onder voorwaarden, toevoeging CvW].

115 Wet op de Industriële Eigendom van 20 maart 1992 (gewijzigd in 1993), < http://www.wipo.int/clea/docs_new/en/si/si003en.html >.

116 Wet nr. 556 van 27 juni 1995, < http://www.wipo.int/clea/docs_new/en/tr/tr011en.html >.

117 Een nieuw 'Russisch BW' is in voorbereiding; geciteerd is hierboven uit de versie van december 2005, p. 141. De Engelse vertaling is van P.B. Maggs en A.N. Zhiltsov.

Wat vertellen de citaten ons?

Het is een opvallend grote verzameling van – inclusief de eerder besproken Grieken en Italianen – maar liefst twaalf (aspirant-)EU-Lidstaten, en de Russische Federatie. De landen hebben veelal een eigen formulering gekozen, maar er is een duidelijke lijn te zien in de geciteerde bepalingen die, soms behoudens toestemming van de autoriteiten, tekens met een grote symbolische waarde uitsluiten.

In een meerderheid van de gevallen worden daarbij religieuze symbolen bijzonder onder de aandacht gebracht: Slowakije, Litouwen, Hongarije, Portugal, Bulgarije, Letland, Polen, Malta, Turkije.[118] Soms volgt de bepaling van een land de formulering van artikel 3 lid 2, onder *b* MRl, maar vaker blijkt er van een eigen woordkeuze, hetgeen suggereert dat de merkenwet van zo'n land al langer een bepaling over (religieuze) symbolen kent.

Het uitgangspunt van de Portugese bepaling is klaarblijkelijk dat tekens die geheel of gedeeltelijk "signs with symbolic meaning" bevatten, worden geweigerd als merk. De bepaling spreekt niet van een 'grote' symbolische betekenis, maar een wezenlijk verschil tussen de twee omschrijvingen is er niet, zoals ik in paragraaf 3.3 bij de uitleg van artikel 3 lid 2, onder *b* MRl heb betoogd.

Een ten opzichte van de andere landen afwijkende wetsbepaling heeft Malta: gedetailleerd en specifiek gericht op de Rooms-Katholieke Apostolische Kerk (waartoe bijna de volledige Maltese bevolking kan worden gerekend), maar met een zinnetje op het eind in elk geval theorétisch ('*mutatis mutandis*') van toepassing te verklaren op andere geloven – cruciaal voor een niet ontoelaatbaar discriminerende bepaling.

Drie landen maken ruimte voor symbolische representaties van *andere* opvattingen dan godsdienstige (Litouwen: "ethics of society and humanitarian principles"; Hongarije: "other beliefs"; Russische Federatie: "societal interests" en "principles of humanity"). Polen beschermt, op het grensvlak wellicht van nationale en culturele tekens met een grote symbolische waarde, symbolen van "social organisations performing activities in vital public interests" (ik denk aan de in Polen traditioneel sterke en historisch belangrijke vakbonden). De Russische Federatie blinkt uit in originaliteit en wijdt een bepaling aan representaties van het (wereld-)culturele erfgoed ("particularly valuable objects of the cultural heritage of the peoples of the Russian Federation or objects of the world cultural or natural heritage").

Sommige landen hebben er voor gekozen om tevens de monopolisering van historische en culturele symbolen ontoelaatbaar te achten (vgl. Bulgarije: "the name or a representation of historical and cultural monuments"; Turkije: "particular historical interest to the public"; Slovenië: "historical personage"; Polen: "symbols, in particular of a (..) patriotic or cultural nature whose use could hurt (..) sense of patriotism or national tradition.").

118 Art. 1481 lid 4 ontwerp-BW van de Russische Federatie maakt geen gewag van religieuze symbolen, maar niet uitgesloten is dat die onder cultureel erfgoed worden begrepen (zie de tekst van de bepaling).

Een grensgeval vormt de Spaanse bepaling, die geen vermelding bevat van tekens met een grote symbolische waarde, maar algemener en vermoedelijk in het verlengde van artikel 6*ter* UvP spreekt tekens van algemeen belang (vgl. "public interest").[119] Wanneer het inderdaad juist is hier een verband te leggen met deze andere-dan-6*ter* UvP-tekens (vgl. het optionele art. 3 lid 2, onder *c* MRl), dan valt de bepaling – zoals ik in het begin van deze subparagraaf zei – buiten de kern van de discussie over artikel 3 lid 2, onder *b* MRl, waarvoor de weergave van de wetsbepalingen hierboven dient. Alle andere in deze paragraaf 3.7 vermelde artikelen zien *in ieder geval* (mede) op tekens met een grote symbolische waarde, zoals kon worden geconstateerd.

De Benelux-landen, Westeuropese landen überhaupt, komen in het overzicht niet voor. Ik verwijs naar opmerkingen meteen hierna (par. 3.8) voor een verklaring daarvoor in de Benelux.[120]

3.8 Artikel 3 lid 2, onder b en c MRl afwezig in het BVIE

De weigerings- en nietigheidsgronden over tekens met een grote symbolische waarde in artikel 3 lid 2, onder *b* en *c* MRl, om praktische redenen hier even samengenomen, werden niet overgenomen in de BMW noch het BVIE. De gronden zijn *facultatief* en het stond de Benelux dus ter vrije keuze of zij die gronden zou overnemen. Welke motieven heeft de Benelux gehad voor haar negatieve keuze?

In de Benelux is het uitgangspunt aangehouden dat de BMW enkel op de noodzakelijke punten aan de MRl zou worden aangepast.[121] De gronden in artikel 3 lid 2, onder *b* en *c* MRl, met hun onderlinge verschillen, voldeden kennelijk niet aan dit 'noodzakelijkheidsvereiste'.

De memorie van toelichting bij het Protocol tot wijziging van de BMW (1992) schrijft over de gronden in artikel 3 lid 2 MRl:[122]

119 Wel moet worden opgemerkt dat de Spaanse merkenwet van 26 juli 1929, laatst gewijzigd in 1975 (Wet nr. 12/1975), een bepaling bevatte over religieuze symbolen en met name het katholieke geloof (art. 124, aanhef en onder 12), maar die heeft niet standgehouden toen de wet aan de MRl werd aangepast.
Die bepaling is niet *herkenbaar* vervangen door art. 3 lid 2, onder *b* MRl. In het huidige, bondige maar ruim gestelde art. 5 lid 1, onder *k* van de Spaanse merkenwet zou echter niet alleen een bepaling van de strekking van art. 3 lid 2, onder *c* MRl maar ook van art. 3 lid 2, onder *b* MRl kunnen worden gelezen. Om uit te vinden of dat inderdaad de bedoeling is geweest resp. mogelijk is, zou nader onderzoek vereist zijn.

120 Ik beperk mijn buitenlandexcursie tot het Duitse merkenrecht; zie hoofdstuk 7. Oók een nader onderzoek doen van de keuze van de wetgevers in andere West-Europese landen, zou hier te ver voeren.

121 Memorie van toelichting bij het Protocol houdende wijziging van de Eenvormige Beneluxwet op de merken van 2 december 1992, p. V-2, onder 3.

122 Memorie van toelichting bij het Protocol houdende wijziging van de Eenvormige Beneluxwet op de merken van 2 december 1992, p. V-3.

> "Ook artikel 3 van de richtlijn heeft niet geleid tot aanpassing van de BMW. (..) Het tweede lid van artikel 3 van de richtlijn bevat enkele optionele, dat wil zeggen ter keuze van de Lid-Staten, weigerings- en nietigheidsgronden. Een daarvan, het te kwader trouw verrichte depot [in artikel 3 lid 2, onder *d* MRl, toevoeging CvW], is te vinden in artikel 4, onder 6, van de BMW. De overige optionele weigerings- en nietigheidsgronden zijn niet in de BMW geregeld. Aan opneming daarvan in het merkenrecht bestaat binnen de landen van de Benelux geen behoefte."

In de voorbereidingsfase van de wijziging van de BMW is er aan de optionele grond over tekens met een grote symbolische waarde nauwelijks aandacht geschonken, en aan die over tekens in het verlengde van artikel 6*ter* UvP evenmin.[123] Dit zal te verklaren zijn door de keuze voor een minimale implementatie.

Twee participanten in de zogenaamde Commissie van Acht, een officieuze adviescommissie die in die periode heeft geadviseerd over merkenrechtelijke onderwerpen in verband met de aanpassing van de BMW, bevestigen dit beeld. Volgens de toenmalige voorzitter mr. H. Molijn is er in de Commissie van Acht alleen in kort bestek gesproken over de bepaling omtrent tekens met een grote symbolische waarde.[124] Er werd in de periode vlak voor de definitieve versie van de Merkenrichtlijn door de Europese Lidstaten veel voorgesteld en aangenomen, waaronder tevens het onderwerp in artikel 3 lid 2, onder *b* MRl. Nederland heeft van die specifieke bepaling kennis genomen en heeft haar verder aan zich voorbij laten gaan, aldus Molijn.

123 Het Benelux-overleg over de wijziging van de BMW heeft plaatsgevonden in zogenaamd CIC/PIC- of IMI/PIC-verband, waarin de drie landen op ambtelijk niveau (ministeries van economische zaken en justitie) gezamenlijk met vertegenwoordigers van het Benelux-Merkenbureau en het Bureau voor de Industriële Eigendom (BIE) waren betrokken. Het Benelux-secretariaat-generaal in Brussel heeft van dat overleg notulen bijgehouden, waaruit, voor zover ik via de archieven van de Octrooiraad in Rijswijk heb kunnen nagaan, niet blijkt van een discussie over de regeling omtrent tekens met een grote symbolische waarde; ook overigens kwam uit het archief bij de Octrooiraad geen informatie over een standpuntbepaling van de Benelux-landen aangaande de regeling naar boven. Dit 'overigens' slaat vooral op de zogenaamde Commissie van Acht, een niet-officiële adviescommissie die de ambtenaren adviseerde over merkenrechtelijke onderwerpen in verband met de wijziging van de BMW. Het archief van het Benelux-secretariaat-generaal zelf bleek in mijn 'veldwerkperiode' (eind 2002, begin 2003) lastig toegankelijk en bovendien was de verwachting van betrokkenen dat ik in de stukken weinig of niets van mijn gading zou vinden, zodat ik later niet opnieuw een poging heb gewaagd. Bovendien bleken noch bij het ministerie van economische zaken (en bij de Centrale Archief Selectiedienst) noch bij het BIE in een eerdere 'veldwerkperiode' (eind 2000, begin 2001) stukken te achterhalen die in verband staan met de totstandkoming van de MRl, zodat ook dat spoor niets opleverde (overleg met mevrouw N. Hagemans, destijds werkzaam bij het ministerie van economische zaken). Uit mijn naspeuring van de archieven van de Octrooiraad blijkt dat in het algemeen verslagen van bijeenkomsten die in verband staan met de totstandkoming van de MRl of de aanpassing van de BMW aan de MRl, in de regel zijn beperkt tot de voornaamste opmerkingen en conclusies, en dat er over tekens met een grote symbolische waarde kennelijk geen debat van betekenis is geweest: die tekens verschenen in de verslagen namelijk niet op het toneel.

124 Telefonische communicatie op 9 augustus 2002. Over art. 3 lid 2, onder *c* MRl heb ik op dit punt geen informatie en ik zal er niet over speculeren.

De destijds bij de werkzaamheden van de Commissie van Acht betrokken ambtenaar mr. H.R. Furstner voegde hieraan nog een pikant detail toe. Furstner verklaarde dat in de commissiegelederen het pleidooi van Griekenland voor een bepaling over tekens met een grote symbolische waarde in de richtlijn, niet *au sérieux* werd genomen.[125] Volgens Furstner werd het initiatief ook in bredere kring gezien als een Zuid-Europese aangelegenheid, iets voor landen met een katholiek stempel, en hebben de andere Europese landen de bepaling in facultatieve vorm toegestaan hoewel de meeste van hen zelf niet om zo'n bepaling verlegen zaten.[126] Over een inbreng van Nederland in de Europese beraadslagingen is mij niets bekend geworden.[127]

Omdat de aandacht voor tekens met een grote symbolische waarde in de ogen van toen een aangelegenheid vormde voor meer traditioneel ingestelde landen, zoals ik een en ander begrijp, zou het mij niet verbazen wanneer door de opstellers van de aangepaste BMW is gemeend dat de door Griekenland voorgestelde bepaling niet alleen als niet een *noodzakelijke* MRl-verplichting, maar ook als niet zo *modern* is beschouwd. Nu de opstellers echter geen specifieke, inhoudelijke argumenten formuleerden voor de keuze om artikel 3 lid 2, onder *b* over te slaan, doe ik dat af als sentiment.

Ik zal hierna verdedigen dat het belang van de grond in artikel 3 lid 2, onder *b* MRl destijds niet voldoende op waarde is geschat en alsnog op waarde moet worden geschat. Er is veel te zeggen voor implementatie alsnóg in het tegenwoordige BVIE, bij de eerstvolgende gelegenheid, ook al moeten we daar misschien even op wachten. Ook artikel 3 lid 2, onder *c* MRl ware alsnog te implementeren, om ietwat andere redenen.

3.9 *Tussenevaluatie*

In deze par. 3 is gebleken dat er een op symbolen toegespitste weigerings- en nietigheidsgrond in de Merkenrichtlijn is opgenomen, een voor deze studie buitengewoon interessante constatering. Het gaat om de voor de Lidstaten

125 Telefonische communicatie op 8 mei 2003.

126 Voor de zekerheid: het gros van de landen die tegenwoordig over een equivalent van die bepaling beschikken, was destijds nog geen lid van de EEG (en enkele landen zijn ook nu (nog) geen EU-lid).

127 Documentatie die ik via verschillende kanalen heb verkregen, werpt geen nieuw licht op de zaak. Ik had contact met de EP-vertegenwoordiging in Den Haag (W. Offereins, eind 2000, begin 2001), met name in verband met de vraag of er in het EP over artikel 3 lid 2 (b) MRl is gedebatteerd (antwoord: nee; dit is bevestigd door L. Liao, DG F Transparancy, General Secretariat of the Council of the European Union, zomer 2004); de Permanente Vertegenwoordiging van Nederland bij de EU in Brussel (begin 2001), over de vraag welk standpunt Nederland in de beraadslagingen over de bedoelde MRl-bepaling heeft ingenomen (geen standpunt kunnen achterhalen). Ik heb niet alles boven water gekregen – enerzijds had dat nog weer meer tijd gevergd, van zowel de betrokkenen die ik om een gunst vroeg als mijzelf, anderzijds bleek liet de optekening van beraadslagingen of de archivering te wensen over.

optionele grond in artikel 3 lid 2, onder *b* MRl met betrekking tot tekens met een grote symbolische waarde, die in de slotfase van de totstandkoming van de richtlijn is voorgesteld door Griekenland. Het artikel bevindt zich in de sfeer van de openbare orde en kan tevens worden gezien als een verwant van artikel 6*ter* UvP over (inter-)nationale symbolen, dat zelf in feite ook op de openbare orde is gericht.

De potentie van artikel 3 lid 2, onder *b* MRl is die van een alomvattende regeling voor merken die een teken inhouden dat een (inter-)nationaal, religieus (uitdrukkelijk genoemd in het artikel) of cultureel (inclusief cultuurhistorisch of historisch) symbool omvat. Een zekere overlap met de zojuiste genoemde andere gronden lijkt onvermijdelijk, maar tegelijkertijd is de méérwaarde duidelijk: de regeling biedt in de sfeer van het merkenrecht aan de Lidstaten ondubbelzinnig de mogelijkheid om pal te staan voor de wezenlijke symbolische representaties van de gemeenschap – oftewel: van de gemeenschappelijke identiteit van een land of regio en haar bevolkingsgroepen –, waarbij nadrukkelijk aan méér is gedacht dan aan nationale symbolen alléén (want die vielen ook al wel onder artikel 6*ter* UvP).

In deze paragraaf 3 bleek dat heel wat Europese landen artikel 3 lid 2, onder *b* MRl hebben overgenomen of in hun wetgeving hebben behouden, maar dat daaronder níet zijn de Benelux-landen. De Benelux-landen konden oordelen dat dit paste in hun keuze voor een minimale implementatie van de richtlijn in het de BMW, nu het BVIE. Van enige discussie over artikel 3 lid 2, onder *b* is geen spoor terug te vinden op papier. Er is in de verslagen van de beraadslagingen en andere documenten niets vóór en niets tégen de bepaling geformuleerd. Een hint van de opinie van toen – de bepaling zou meer iets voor zuidelijke (gelovige) landen zijn geweest – komt van navraag bij enkele betrokkenen.

Artikel 3 lid 2, onder *c* MRl is een andere optionele bepaling die in de Benelux-wetgeving niet is overgenomen. De bepaling maakt het mogelijk om officiële aanduidingen die buiten de reikwijdte van artikel 6*ter* UvP vallen, zoals gemeentevlaggen, uit te sluiten van merkregistratie en -bescherming. Ook artikel 3 lid 2, onder *c* MRl is in de Benelux onder het tapijt van de minimale implementatie geveegd. Van een inhoudelijk debat en argumenten 'contra' blijkt in de bronnen niets.

4 Toespitsing op weigerings- en nietigheidsgronden in het BVIE

4.1 Introductie

Onder de limitatieve weigerings- en nietigheidsgronden in het BVIE, de opvolger van de BMW, is geen bepaling die met zoveel woorden tekens met een grote symbolische waarde uitsluit van de mogelijkheid van merkenrechtelijke occupatie (zie par. 3). Hieraan kan worden toegevoegd dat de Hoge Raad in 1999 in de zaak *Route 66 III*, waarin een icoon van Amerikaans motorgeluk – het verkeersbord van de beroemde Route 66 – was gemonopoliseerd, uit-

drukkelijk te kennen heeft gegeven dat profiteren van eerder dankzij derden verkregen bekendheid van een teken, als zodanig *geen* beletsel oplevert voor een geldig merkrecht.[128] De Hoge Raad overwoog in r.ov. 3.6 (mijn cursivering):

> "[H]et Hof overweegt (..) dat de BMW zich niet verzet tegen het depot en het gebruik als merk van woorden of beelden die in een geheel andere context – en niet door inspanning van de deposant – grote bekendheid hebben (gekregen) en dientengevolge door velen met die context worden geassocieerd. (..) [g]ezien het limitatief karakter van de in art. 4 BMW vervatte regeling, [is] niet aan gerede twijfel onderhevig dat voor de vraag of uit een depot merkrecht wordt verkregen, *niet* van belang is of het gedeponeerde teken in een andere context en zonder dat de deposant zich daartoe een zekere inspanning heeft moeten getroosten, eerder bekendheid heeft verkregen. [d]it laatste gevolg [wordt] slechts verbonden aan de omstandigheid dat het gedeponeerde teken niet beantwoordt aan de in art. 1 BMW gegeven omschrijving, met name wanneer het ieder onderscheidend vermogen (..) mist, terwijl het Hof (..) heeft geoordeeld dat de gedeponeerde merken wel degelijk onderscheidend vermogen hebben (..)."

Het is gissen of de Hoge Raad wezenlijk anders zou denken over tekens met een grote symbolische waarde als een (eruit springend) segment van het publieke domein, maar het zou mij niet verbazen wanneer geen andere positie zou worden ingenomen.

Bij deze inschatting van zaken zie ik des te meer aanleiding voor een koerswijziging ten aanzien van tekens met een grote symbolische waarde in ons merkenrecht. Het betoog hieronder (met name deze par. 4) is erop gericht om de noodzaak van die koerswijziging nader aan te tonen.

Zolang de Benelux niet over een BVIE-variant van artikel 3 lid 2, onder *b* MRl beschikt, moet er worden geroeid met de riemen die er zijn. In deze par. 4 wordt nagegaan wat de momenteel wél in het BVIE vóórkomende weigerings- en nietigheidsgronden (kunnen) betekenen voor tekens met een grote symbolische waarde. Zijn er – dus – subsidiaire routes waar de Benelux *for the time being* mee vooruit kan, en hoe (on)volkomen zijn die ten opzichte van het beschikken over een nationale equivalent van het genoemde richtlijnartikel?

Omdat de weigerings- en nietigheidsgronden in de Benelux-wetgeving zijn gebaseerd op de Merkenrichtlijn én omdat onderscheidend vermogen en aanverwante onderwerpen (par. 4.2-4.4) onder invloed van het EG-Hof van Justitie in hoge mate 'Europese' thema's zijn geworden, kies ik ervoor om in deze par. 4 de tekst van de MRl tot uitgangspunt te nemen.

De absolute BVIE-weigerings- en nietigheidsgronden die hierna aan bod komen, zijn naar hun uiteindelijke doel te verdelen in twee (gelijkwaardige) 'kampen'. Enerzijds zijn er gronden die (hoofdzakelijk) de belangen dienen van andere spelers in de mededinging. In dit hoofdstuk vallen hieronder de gronden die zien op gebrek aan onderscheidend vermogen, beschrijvende aanduidingen en gebruikelijk geworden aanduidingen (par. 4.2-4.4). Anderzijds zijn er de gronden waarvan het doel (veeleer) ligt in het beschermen

128 HR 5 maart 1999, *NJ* 2000, 306, m.nt. DWFV (*Route 66 III*).

van belangen van de samenleving als geheel. De grond met betrekking tot strijd met de openbare orde of goede zeden moet hier toe worden gerekend, evenals de gronden terzake van misleidingsgevaar en schending van artikel 6*ter* UvP (par. 4.7).

4.2 Onderscheidend vermogen (art. 3 lid 1, onder b MRl)

4.2.1 Begripsinhoud

Ieder merk moet de capaciteit bezitten om waren of diensten van een specifieke onderneming te onderscheiden van die van andere ondernemingen.[129] Artikel 3 lid 1, aanhef en onder *b* MRl luidt:[130]

> Niet ingeschreven worden of, indien ingeschreven, nietig verklaard kunnen worden:
> b) merken die elk onderscheidend vermogen missen

De gangbare uitdrukking is dat een teken dat "elk" onderscheidend vermogen mist niet kan dienen als een merk. Onderscheidend vermogen van een teken is noodzakelijk om de voor een merk essentiële functie van *herkomstaanduider* te kunnen vervullen.[131] Het onderscheidend vermogen moet van een *zodanig niveau* zijn dat het teken in staat is een herkomstfunctie uit te oefenen. De identificatie van een merk als afkomstig van een bepaalde onderneming – het aan de hand van een merk herleiden van de oorsprong van waren of diensten – is aan de consumenten die tot de doelgroep van de waren of diensten behoren.[132] Het EG-Hof van Justitie overwoog in de (Nederlandse) zaak *Postkantoor*:[133]

129 Art. 2.1 lid 1 en art. 2.28, aanhef en lid 1 BVIE (art. 1 lid 1 en art. 14A, aanhef en lid 1, onder *b* BMW) = art. 2 en 3 lid 1, onder *b* MRl = art. 4, art. 7 lid 1, onder *b* en art. 51 lid 1, onder *a* GMVo = art. 6*quinquies*B, onder 2 UvP.

130 Art. 3 lid 1, onder *b* MRl = art. 7 lid 1, onder *b* jo art. 51 lid 1, onder *a* GMVo = art. 6*quinquies*B, onder 2 UvP.

131 Considerans MRl, ov. 10 en Considerans GMVo, ov. 7. Tevens vaste rechtspraak HvJEG, bijvoorbeeld arrest van 23 mei 1978, 102/77, *NJ* 1979, 336, m.nt. LWH, r.ov. 7 (*Hoffmann-La Roche*); 11 november 1997, C-349/95, *NJ* 1999, 216, m.nt. DWFV, r.ov. 24 (*Loendersloot*); 18 juni 2002, C-299/99, *NJ* 2003, 481, m.nt. JHS, *IER* 2002, nr. 42, p. 251-262, noot Grosheide, r.ov. 30, 47 en 59 (*Philips/Remington*); 12 februari 2004, C-218/01, r.ov. 30-31 (*Henkel*), opgenomen in *Rechtspraak Intellectuele eigendom* 2005, nr. 81, p. 448-456. Zie in de literatuur o.a.: Verbruggen 2001, p. 96 e.v., Verbruggen 2002, p. 213 e.v. en I. Simon, 'How does 'essential function' doctrine drive European trade mark law?', *EIPR* 2005, p. 401-420.

132 Zie hierna het citaat uit de zaak *Postkantoor* van HvJEG 12 februari 2004, C-363/99, *IER* 2004, nr. 22, noot Gielen, r.ov. 34.

133 *Postkantoor*, r.ov. 34. Zie bijvoorbeeld ook: HvJEG 29 april 2004, C-456/01 P en C-457/01 P, < www.curia.eu.int >, r.ov. 35 (*Henkel*); 12 januari 2006, C-173/04 P, < www.curia.eu.int >, r.ov. 25 (*SiSi-Werke*).

> "Het onderscheidend vermogen van een merk in de zin van artikel 3, lid 1, sub b, van de richtlijn moet enerzijds worden beoordeeld in relatie tot deze waren of diensten en anderzijds in relatie tot de perceptie ervan door het relevante publiek, dat bestaat uit de normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende gemiddelde consument van die waren of diensten (..)."

Er is veel rechtspraak van het EG-Hof van Justitie over de vraag aan de hand van welke maatstaven in individuele gevallen moet worden vastgesteld of aan een aanduiding wel of geen onderscheidend vermogen kan worden toegekend.[134]

Met name een teken dat erg ingewikkeld is of juist heel weinig substantie heeft, bevindt zich doorgaans in de gevarenzone, hoewel onderscheidend vermogen ook dan niet geheel ondenkbaar is. Rijk aan details is het 'spreekwoordenschilderij' (1559) van de beroemde schilder Pieter Brueghel, om maar iets te noemen, dat niet geschikt is als onderscheidingsteken voor bepaalde waren of diensten:[135]

Een eruit gelichte scène zou eventueel wél onderscheidingskracht kunnen hebben.

134 Enkele belangrijke arresten zijn HvJEG 23 oktober 2003, C-191/01 P, *IER* 2004, nr. 12, p. 51-53, noot Gielen (*Doublemint*); 12 februari 2004, C-265/00, < www.curia.eu.int > (*Biomild*); 12 februari 2004, C-363/99, *IER* 2004, nr. 22, noot Gielen (*Postkantoor*). Aangenomen wordt wel dat de zaak *Baby-Dry* (HvJEG 20 september 2001, *NJ* 2002, 139, m.nt. DWFV onder HvJEG 4 oktober 2001, *NJ* 2002, 140 (*Bravo*)), over beschrijvende tekens níet zijnde geografische herkomstaanduidingen (daarover was vrij kort daarvoor *Chiemsee* gewezen; HvJEG 4 mei 1999, gevoegde zaken C-108 en 109/97, *NJ* 2000/269, m.nt. Verkade, tevens noot in *BIE* 1999, 195-196), inmiddels niet meer zo maatgevend is als waarmee aanvankelijk wel rekening werd gehouden. In deze par. 4 zal ik *Baby-Dry* dan ook niet bespreken.

135 Nog afgezien van de eventuele bekendheid van de afbeelding als schilderij, die óók aan de onderscheidingskracht in de weg kan staan. Afgebeeld is Brueghels 'spreekwoordenschilderij' uit 1559.

4.2.2 Driedimensionale tekens

Driedimensionale tekens, in het spraakgebruik ook vormmerken genoemd, zijn aan nadere voorwaarden gebonden. Artikel 3 lid 1, aanhef en onder *e* MRl luidt:[136]

> Niet ingeschreven worden of, indien ingeschreven, nietig verklaard kunnen worden:
> e) tekens die uitsluitend bestaan uit:
> – de vorm die door de aard van de waar bepaald wordt, of
> – de vorm van de waar die noodzakelijk is om een technische uitkomst te verkrijgen, of
> – de vorm die een wezenlijke waarde aan de waar geeft

Tekens die *uitsluitend* bestaan uit een vorm die door de aard van de waar wordt bepaald, een wezenlijke waarde aan de waar geeft of noodzakelijk is om een technische uitkomst te verkrijgen, zijn op grond van artikel 3 lid 1, onder *e* MRl uitgesloten van merkregistratie. Eenvoudig gezegd: een houten kruisbeeld is – en wordt door het publiek beschouwd als – een houten kruisbeeld en kan naar de aard van de waar geen merk zijn.

De bijzondere positie van tekens als bedoeld in artikel 3 lid 1, onder *e* MRl is te verklaren uit de omstandigheid, zoals het EG-hof heeft gesteld, dat het publiek niet gewend is om de herkomst uit een vorm af te leiden en omdat het ten aanzien van vormen moeilijker is dan bij de meeste andere typen tekens om onderscheidend vermogen en dus geschiktheid als merk vast te stellen.[137]

4.2.3 Bezwaren van toekennen onderscheidend vermogen aan symbolen

Symbolen staan veelal in een relatie tot een identiteit, bijvoorbeeld op de wijze waarop een religieus symbool een religieuze identiteit kan representeren. Symbolen ontlenen hun bekendheid of beroemdheid aan hun authentieke, symbolische context, los van een eventueel daarnaast in de commercie verkregen betekenis.[138] Ze hebben veelal een *positieve* connotatie, hoewel ook een *negatieve* connotatie wel vóórkomt, zoals ten aanzien van Derde Rijktekens.

Vanwege de bekendheid of beroemdheid van symbolen, en omdat het bij symbolen met een positieve connotatie doorgaans gaat om afbeeldingen die tevens aantrekkelijk, decoratief of vertrouwenwekkend ogen, zetten ondernemers symbolen regelmatig in voor commerciële doeleinden. Een afbeel-

136 Vgl. art. 2.1 lid 2 jo 2.11 lid 1 onder *a* jo 2.28 lid 1 onder *a* BVIE (art. 1 lid 2 jo art. 6bis lid 1, onder *a* jo art. 14A lid 1, onder *a* BMW) = art. 7 lid 1, onder *e* jo art. 51 lid 1, onder *a* GMVo.

137 Zie o.a. HvJEG 12 januari 2006, C-173/04 P, < www.curia.eu.int > (*SiSi-Werke*) en 8 april 2003, C-53/01 en C-55/01, *IER* 2003, nr. 48, p. 241-245, noot HMHS, *BIE* 2004, nr. 19, p. 122-127 (*Linde*).

138 Vgl. ook hoofdstuk 1, par. 1 en hoofdstuk 5, par. 3.3.

ding van de Mona Lisa, bijvoorbeeld, kan uitstekend dienen als decor om in een reiswinkel of advertentie stedentrips naar Parijs onder de aandacht te brengen, of om parfums, zeep of sieraden een aura van klasse mee te geven. Of denk aan de naam en handtekening van Rembrandt voor Rederij Rembrandt, Rembrandt Tours, Rembrandt penselen *et cetera*.

Er zijn twee obstakels voor de toekenning van onderscheidend vermogen in merkenrechtelijke zin aan symbolen.

In de eerste plaats ontlenen ze hun waarde en betekenis (al) aan hun authentieke, symbolische context. In de tweede plaats worden ze vaak tevens toegepast voor uiteenlopende commerciële doeleinden, om hun bekendheid of beroemdheid alsmede om hun visuele aantrekkingskracht of de eigenschap een associatie op te roepen met een bepaalde emotie. De naam Picasso voor auto's is op voorhand niet sterk omdat mensen éérst aan de kunstenaar zullen denken.[139] En de Davidsster – om ook eens een religieus symbool te nemen – afgebeeld op waren of in verband met diensten, zal door het publiek veeleer worden opgevat als een uitdrukking van een verband met het jodendom of Israël, of zal een daarmee verwante (kosjere) duiding worden gegeven.

Twee kanttekeningen of, zo men wil, uitzonderingen moeten worden gemaakt. Ten eerste zou het kunnen vóórkomen dat symbolen hun authentieke, symbolische waarde in een bepaald *deel* van de samenleving hebben, terwijl die symbolen bovendien niet of nauwelijks commercieel worden gebruikt. Dan komen er in terminologisch opzicht verschillende 'vaarwegen' bij elkaar. Zulke symbolen zijn namelijk niet *algemeen* bekend of beroemd, zodat zij in merkenrechtelijk opzicht wél onderscheidend vermogen zouden kunnen krijgen. Ten tweede is het niet waarschijnlijk, maar ook niet uitgesloten dat een (wel) *algemeen* bekend of beroemd symbool in de loop der tijd als gevolg van het commercieel gebruik dat ervan is gemaakt, onderscheidend vermogen zou krijgen en zodoende zou 'inburgeren' als *herkomstaanduiding*. Hierop kom ik (in par. 4.5) terug.

139 Vgl. tevens r.ov. 27 van HvJEG 12 januari 2006, C-361/04 P (*Picasso/Picaro*), *GRUR* 2006, p. 237-240, waarin het hof over het arrest van het EG-Gerecht van eerste aanleg in dezelfde zaak overwoog: "... das Gericht (..) [hat] festgestellt, dass die massgeblichen Verkehrskreise im Wortzeichen PICASSO zwangsläufig eine Bezugname auf den Maler sähen und dass angesichts der Berühmtheit, die dieser bei ihnen geniesse, die genannte besonders dichte inhaltliche Bezugnahme weitgehend den markanten Charakter abschwäche, den das Zeichen konkret als eine von verschiedenden Fahrzeuchmarken besitze." Het arrest is ook becommentarieerd door D.J.G. Visser, 'Picaro geen inbreuk op merk Picasso voor auto's', *BIE* 2006, p. 71-73.

4.3 *Beschrijvende en gebruikelijk geworden tekens (art. 3 lid 1, onder c, d MRl)*

De Merkenrichtlijn noemt twee categorieën van naar hun aard niet-onderscheidend geachte tekens. Artikel 3 lid 1, aanhef en onder *c* en *d* MRl luidt:[140]

> Niet ingeschreven worden of, indien ingeschreven, nietig verklaard kunnen worden:
> c) merken die uitsluitend bestaan uit tekens of benamingen die in de handel kunnen dienen tot aanduiding van soort, hoedanigheid, hoeveelheid, bestemming, waarde, plaats van herkomst of het tijdstip van vervaardiging van de waren of verrichting van de dienst of andere kenmerken van de waren of diensten;
> d) merken die uitsluitend bestaan uit tekens of benamingen die in het normale taalgebruik of in het bona fide handelsverkeer gebruikelijk zijn geworden

In de rubriek onder *c* gaat het om *uitsluitend* beschrijvende tekens: tekens of benamingen die in de handel *kunnen* dienen als aanduiding van de soort, hoedanigheid, hoeveelheid, bestemming, waarde, (geografische) herkomst of tijdstip van voortbrenging. De naam Vincent van Gogh, bijvoorbeeld, is niet onderscheidend voor geïllustreerde lectuur over het leven en werk Vincent van Gogh en kan volgens de richtlijn geen merk zijn. De ratio van de behoefte om bepaalde typen tekens 'vrij te houden' is dat het algemeen belang wordt gediend wanneer (toekomstige) concurrenten beschrijvende en toespelende of suggestieve tekens vrij kunnen (blijven) gebruiken, niet gehinderd door exclusieve aanspraken op die tekens.[141]

In de rubriek onder *d* gaat het om tekens die *uitsluitend* bestaan uit, ten tijde van het depot, in de gangbare taal gebruikelijk geworden aanduidingen. De inhoud van de rubriek onder *d* ligt dicht bij die van de vorige bepaling, en de ratio is dan ook vergelijkbaar. Gebruikelijk geworden tekens worden ook vrijtekens (vergelijk het Duitse "Freizeichen"[142]) of soortnamen genoemd, zoals het doodskopje op verpakkingen met giftige stoffen of anderszins gevaarlijke inhoud. Een pictogram:

140 Vgl. art. 2.11 lid 1 onder *c* en *d* en 2.28 lid 1 onder *c* en *d* BVIE (art. 6bis lid 1, onder *c* en *d* en art. 14A lid 1, onder *c* en *d* BMW) = art. 7 lid 1, onder *c* en *d* jo art. 51 lid 1, onder *a* GMVo = art. 6*quinquies*B, onder 2 UvP.

141 Zie r.ov. 25 van *Chiemsee*, hierna.

142 Zie over *Freizeichen* bijv. Fezer 1997, art. 8 MarkenG, met name nr. 260, p. 341-342. Het begrip komt later in deze studie uitvoeriger terug, in hoofdstuk 7, par. 2.3.2.

Er is een terminologische, maar niet begripsmatige overlap tussen soortnamen als algemene symbolen en symbolen in de betekenis van tekens met een grote symbolische waarde.[143] Tekens met een grote symbolische waarde zijn weliswaar gebruikelijke aanduidingen, maar (in beginsel) níet gebruikelijk geworden in de zin van artikel 3 lid 1, onder *d* MRl. Symbolen in de betekenis van tekens met een grote symbolische waarde duiden immers in de regel geen waren of diensten aan: de naam Wilhelmus ziet op het Nederlandse volkslied, de Nachtwacht is Nederlands beroemdste schilderij en Michiel de Ruyter Nederlands bekendste zeeheld. Hierop bestaan uitzonderingen, symbolen die tevens (door inburgering[144]) merk zijn geworden, zoals Willem II-sigaren en Wilhelmina-pepermunt. Zulke merken kúnnen op hun beurt in de loop der tijd weer tot soortnamen verworden.

In het voorbijgaan merk ik op dat de grenzen tussen de rubrieken in artikel 3 lid 1, onder *b*, *c* en *d* MRl vloeiend zijn. Hoewel er de nodige jurisprudentie is van het EG-Hof van Justitie, heeft dat hof tot op heden ervan afgezien om van elke groep een precieze omschrijving te geven.[145]

De rubrieken in artikel 3 lid 1, aanhef en onder *c* en *d* MRl kunnen worden geduid als 'technische' gronden: naar hun aard bezitten de daar bedoelde tekens geen onderscheidend vermogen. Tegelijkertijd kunnen ze, zoals ik zojuist al aangaf, ook anders worden geduid: de rubrieken beogen de bedoelde tekens vanwege hun aard *vrij te houden* voor (toekomstig) gebruik in het economisch verkeer, uit overwegingen van *algemeen belang*. Dit roept de gedachte aan tekens met een grote symbolische waarde op.

Mede omdat het BVIE voor symbolen géén regeling bevat, onderzoek ik in par. 4.4 hierna de parallel tussen artikel 3 lid 1, onder *c* MRl en tekens met een grote symbolische waarde (voor *d* ligt de parallel minder voor de hand, zo bleek hierboven al).

4.4 Art. 3 lid 1, onder c MRl i.v.m. tekens met een grote symbolische waarde

4.4.1 Parallel met beschrijvende aanduidingen

Tekens die beschrijvend, toespelend of suggestief van aard zijn, zoals bedoeld in artikel 3 lid 1, onder *c* MRl, vertonen een zekere verwantschap met tekens die een grote symbolische waarde bezitten. De verwantschap bestaat voor zover ze beide in het economisch verkeer worden toegepast als benamingen of afbeeldingen die op een bepaald gebied voor de hand liggen of velen aanspreken.

143 Wanneer ik hierna spreek van 'symbool', doel ik op een symbool in de zin van een teken met een grote symbolische waarde, tenzij ik anders aangeeft.

144 Zie par. 4.5.

145 Kritisch over dit aspect van de rechtspraak van het HvJEG in het kader van de GMVo (dat aan art. 3 lid 1, onder *b*, *c* en *d* MRl parallelle bepalingen bevat): M. Handler, 'The distinctive problem of European Trade Mark Law', *EIPR* 2005/9, p. 306-312.

Op deze voet kan men stellen dat ten aanzien van beide typen tekens een algemeen belang bestaat bij vrij gebruik, dat wil zeggen ongehinderd door exclusieve aanspraken van merkhouders en hun eventuele licentienemers. Het zijn tekens die vrij moeten blijven, of zoals het Duitse merkenrecht zegt, tekens ten aanzien waarvan een "Freihaltebedürfnis" bestaat.[146] Een bevestiging dat zo'n, om de term maar even te lenen, *Freihaltebedürfnis* voor tekens met een grote symbolische waarde *kan* bestaan, valt af te leiden uit de Europees geboden faciliteit in artikel 3 lid 2, onder *b* MRl.

4.4.2 Aanknopingspunten EG-Hof van Justitie in *Chiemsee* (1999)

Een belangrijk argument voor het toekennen van een bijzondere positie van symbolen in het merkenrecht, afgezien van de grond in artikel 3 lid 1, onder *b* MRl, en in aanvulling op hetgeen is opgemerkt in par. 4.4.1, kan worden geput uit het arrest van het EG-Hof van Justitie in *Chiemsee* (1999).[147] Dit arrest gaat over zogenaamde geografische herkomstaanduidingen, die onder het bereik van artikel 3 lid 1, onder *c* MRl vallen.

De Chiemsee is het grootste meer van Duitsland en is een populaire recreatie- en watersportbestemming. Wie "Chiemsee" zegt, zegt water, wind en ruimte, watersport in alle soorten en maten, en vakantievieren aan de oevers van het meer en op de pittoreske eilandjes, met uitzicht op de bergen. "Chiemsee" is, zeker voor Duitsers, een begrip.

Windsurfing Chiemsee, een aan de Chiemsee gevestigd bedrijf in sportkleding, had de merkrechten verkregen op beeldmerken die de benaming Chiemsee in allerlei grafische varianten voorstelden, deels met toevoegingen (zoals *Chiemsee Jeans*).[148] Een concurrerende watersportonderneming, elders aan het meer, moest zich voor de rechtbank in München verantwoorden tegenover Windsurfing Chiemsee in verband met het vermeende gevaar van verwarring met de beeldmerken van de laatste.

146 Zie over de *Freihaltebedürfnis* bijvoorbeeld Fezer 1997, art. 8 MarkenG, o.a. nr. 118, p. 308; Ingerl/Rohnke 2003, art. 8, nr. 219-220, 222, p. 264-265. Het Duitse begrip is strikt genomen enger dan de omschrijving van beschrijvende tekens in art. 3 lid 1, onder *c* MRl, maar dat is voor het aanhaken bij het begrip hierboven in de hoofdtekst niet erg. Zie nader over de *Freihaltebedürfnis* in hoofdstuk 7, par. 2.3.3.

147 HvJEG 4 mei 1999, gevoegde zaken C-108 en 109/97, r.ov. 25-26, *NJ* 2000, 269, m.nt. Verkade, tevens noot in *BIE* 1999, p. 195-196.

148 Het Deutsche Patent- und Markenamt (DPMA) achtte de naam Chiemsee *an sich*, beschrijvend in de zin van § 8, lid 2, onder 2 MarkenG (= art. 3 lid 1, onder *b* MRl). Voor die naam werd dan ook geen merkrecht verleend.

In deze par. 4.4.2 is van belang de benadering die het EG-hof (om uitleg verzocht door de Münchener rechtbank[149]) koos voor geografische herkomstaanduidingen als "Chiemsee". Het EG-hof hanteerde namelijk met betrekking tot geografische herkomstaanduidingen een ruime uitleg van artikel 3 lid 1, onder *c* MRl. Het hof overwoog in r.ov. 25-26:

> "[a]rtikel 3, lid 1, sub c, van de richtlijn [streeft] een doel van algemeen belang na, volgens hetwelk tekens of benamingen die de categorieën van waren of diensten beschrijven waarvoor de inschrijving wordt aangevraagd, door een ieder ongestoord moeten kunnen worden gebruikt, ook als collectieve merken of in samengestelde of grafische merken. Deze bepaling belet derhalve, dat die tekens of benamingen op grond van hun inschrijving als merk aan een enkele onderneming worden voorbehouden."

> "Vooral ten aanzien van tekens of benamingen die kunnen dienen tot aanduiding van de plaats van herkomst van de categorieën van waren waarvoor de inschrijving van het merk wordt aangevraagd, inzonderheid geografische benamingen, bestaat een algemeen belang aan vrijhouding, in het bijzonder wegens het vermogen om niet alleen de kwaliteit en andere eigenschappen van de betrokken categorieën van waren aan te duiden, maar ook de voorkeur van de consumenten anderszins te beïnvloeden, bijvoorbeeld door een verband tot stand te brengen tussen de waren en een plaats met een positieve gevoelswaarde."

Als bij geografische herkomstaanduidingen een algemeen belang aan vrijhouding *in het bijzonder* bestaat, mede vanwege het vermogen om de voorkeur van consumenten te beïnvloeden door een verband tot stand te brengen tussen de waren en een plaats met een *positieve gevoelswaarde*, dan is de stap heel klein naar het (*mutatis mutandis*) om vergelijkbare redenen toekennen van een algemeen belang aan vrijhouding ten aanzien van tekens met een grote symbolische waarde. Wat doet een teken met een grote symbolische waarde, wanneer het een symbool het een positieve connotatie betreft, anders dan appelleren aan een bepaalde positieve gevoelswaarde – nationaliteit, religie, cultuur, historie?

Het hof overwoog in *Chiemsee*, r.ov. 31 dat voor de toelaatbaarheid van geografische benamingen als merk moet worden beoordeeld of de benaming

> "een plaats aanduidt die in de opvatting van de betrokken kringen thans met de betrokken categorie van waren in verband wordt gebracht, dan wel of redelijkerwijs een dergelijk verband in de toekomst te verwachten is."

Hiertoe, vervolgde het hof in r.ov. 32,

> "is in het bijzonder van belang, in welke mate laatstgenoemden bekend zijn met deze benaming alsmede met de kenmerken van de daardoor aangeduide plaats en de betrokken categorie van waren."

149 De rechtbank, het Landgericht München I, stelde aan het EG-hof de vraag of en zo ja in hoeverre de uitleg van art. 3 lid 1 onder *c* MRl werd beïnvloed en beperkt door een behoefte om het teken vrij te houden (de klassieke Duitse *Freihaltebedürfnis*). De behoefte om een teken vrij te houden moest volgens de stand van de Duitse rechtspraak van dat moment "concreet, actueel en ernstig" zijn (r.ov. 16). De uitleg van art. 3 lid 1 onder *c* MRl hing volgens het hof niet af van dit Duitse criterium (r.ov. 35).

Kortom, van belang is of het gaat om een naam die in een bepaalde branche *kan* dienen – nu of in de toekomst; vergelijk de tekst van artikel 3 lid 1, onder *c* MRl[150] – om een categorie van waren of diensten aan te duiden, waarbij meespeelt in welke mate deze branche bekend is met de naam en met de kenmerken van de plaats alsmede de categorie waren of diensten, die met de naam worden aangeduid.

Het trekken van een parallel met tekens met een grote symbolische waarde is mogelijk voor zover het gaat om gebruik van die tekens in het economisch verkeer. Voor zover ze dus, net als de in *Chiemsee* bedoelde geografische herkomstaanduidingen, een bepaalde categorie van waren of diensten aanduiden en derhalve in een merkenrechtelijke context worden toegepast. Langs de lijnen van *Chiemsee* zou dan moeten worden nagegaan of een teken met een grote symbolische waarde *kan* dienen om een bepaalde categorie van waren of diensten aan te duiden, waarbij zou meewegen in welke mate de markt bekend is met het symbool (in zijn symbolische betekenis, niet in zijn commerciële toepassing) en met de kenmerken van de waarde van het symbool alsmede de categorie van waren of diensten die het symbool aanduidt.

4.5 Inburgering (art. 3 lid 3 MRl)

In *Chiemsee* maakte het EG-hof zich dus in principe sterk voor het algemeen belang aan vrijhouding van geografische herkomstaanduiding. Niettemin kan zo'n aanduiding, zoals ieder teken dat beschrijvend van aard is of dat überhaupt elk onderscheidend vermogen mist, op een later moment in de tijd alsnog voldoende onderscheidingskracht ontwikkelen (inburgeren) en daardoor geschikt *worden* om als een merk voor bepaalde waren of diensten te dienen.[151] Deze mogelijkheid volgt uit artikel 3 lid 3 MRl,[152] dat bepaalt:

> Een merk wordt niet geweigerd of kan, indien ingeschreven, niet worden nietig verklaard overeenkomstig lid 1, onder b), c) of d), indien het merk, als gevolg van het gebruik dat ervan is gemaakt, vóór de datum van de aanvrage om inschrijving onderscheidend vermogen heeft verkregen. De Lid-Staten kunnen voorts bepalen dat deze bepaling ook van toepassing is, wanneer het onderscheidend vermogen verkregen is na de aanvrage om inschrijving of na de inschrijving.

150 Gielen wees in zijn noot bij *Baby-Dry* in *AA* 51 (2002) 1, p. 42 op de formulering van art. 7,1,c GMVo (= art. 3,1,c MRl), dat niet voor niets spreekt van aanduidingen die *kunnen* dienen tot aanduiding van de soort *et cetera* (instemmend Verkade, in zijn noot in *NJ* 2002, 139 en 140, punt 7).

151 De eerder genoemde 'tegenhanger' van inburgering, het verschijnsel van verwatering van een teken dat aanvankelijk onderscheidingskracht bezat, laat ik verder buiten beschouwing.

152 Vgl. art. 7 lid 3 jo art. 51 lid 2 GMVo; art. 6*quinquies*C lid 1 UvP; art. 2.28 lid 2 BVIE (art. 14*ter* BMW).

Een teken dat aanvankelijk geen onderscheidend vermogen had, kan dus toch een deugdelijk merk worden als het ten tijde van het depot onderscheidend vermogen heeft verkregen, of als het dat heeft verkregen ná de (er bij het merkenbureau kennelijk doorheen geglipte) registratie.

Ook een geografische herkomstaanduiding kan inburgeren, aldus het EG-hof in (opnieuw) *Chiemsee*. Het hof overwoog in r.ov. 47:

> "Bijgevolg kan een geografische benaming als merk worden ingeschreven, indien zij na het gebruik dat ervan is gemaakt, geschikt is geworden om de waar waarvoor de inschrijving wordt aangevraagd, als afkomstig van een bepaalde onderneming te identificeren en dus om deze waar van die van andere ondernemingen te onderscheiden. In een dergelijk geval heeft de geografische benaming namelijk een nieuwe betekenis gekregen, die niet meer enkel beschrijvend is, hetgeen haar inschrijving als merk rechtvaardigt."

Om vast te stellen of in het concrete geval een geografische benaming de functie van een tot een individuele onderneming herleidbaar merk kan vervullen, moeten volgens het hof (r.ov. 49) "alle factoren" worden onderzocht. Het hof voegde in r.ov. 50 hieraan toe:[153]

> "Daarbij moet met name het specifieke karakter van de betrokken geografische benaming in aanmerking worden genomen. Een zeer bekende geografische benaming kan immers pas onderscheidend vermogen in de zin van artikel 3, lid 3, van de richtlijn verkrijgen, indien het merk langdurig en intensief is gebruikt door de onderneming die de inschrijving ervan aanvraagt. A fortiori moet bij een benaming die reeds als aanduiding van de plaats van herkomst van een bepaalde categorie van waren bekend is, door de onderneming die de inschrijving van de benaming voor een waar van dezelfde categorie aanvraagt, worden aangetoond, dat het langdurige en intensieve gebruik van het merk algemeen bekend is."

Het is een zo niet voor de hand liggend, dan toch verdedigbaar standpunt dat de voorwaarden voor inburgering van een geografische herkomstaanduiding kunnen worden doorgetrokken naar als onderscheidingsteken toegepaste symbolen. Algemeen bekend langdurig en intensief gebruik van een symbool als merk kan er dan, in ieder geval in theorie, toe leiden dat aan zo'n symbool onderscheidend vermogen voor bepaalde waren of diensten kan worden toegekend.

Dit scenario sluit aan bij hetgeen men in de realiteit kan waarnemen bij *tevens* als onderscheidingsteken gehanteerde symbolen, zoals bijvoorbeeld in het geval van de Rembrandt-penselen, Wilhelmina-pepermunt en Willem II-sigaren, waarvan gezegd kan worden dat zij in hun marktsegment tenminste enige onderscheidingskracht bezitten.

Vergelijk de uitspraak in 1999 van het Gerechtshof te 's-Gravenhage in een *test-case* over de mogelijkheid om klankmerken te deponeren, in dit geval de begintonen van beroemde "*Für Elise*" van Beethoven.[154] Het hof overwoog in

153 Zie voor een reeks aanvullende factoren: r.ov. 51.

154 Hof 's-Gravenhage 27 mei 1999, *BIE* 1999, nr. 71, p. 248-255, *IER* 1999, nr. 32, p. 173-179, m.nt. Gielen; arrest tevens opgenomen in HR 13 juli 2001, *NJ* 2001, 614.

r.ov. 10.3: "Het enkele feit dat het muziekfragment tot het publieke domein behoort, verhindert niet dat dit fragment – gelijk in casu – door langdurig en frequent gebruik in een bepaalde context onderscheidend vermogen krijgt."

Voor tekens met een grote symbolische waarde is (voldoende) onderscheidend vermogen echter de uitzondering,[155] en bovendien is daarmee nog niet het hele verhaal verteld. Hierna (par. 4.6) behandel ik de vraag of symbolen niet beter als een kwestie van *openbare orde* kunnen worden beoordeeld.[156] De kwestie van de mogelijkheid van inburgering van een teken met een grote symbolische waarde, langs de lijnen van *Chiemsee*, zou dan aan gewicht verliezen. Een ten aanzien van een teken met een grote symbolische waarde bestaand belang van de samenleving maakt zo'n teken mogelijk toch ontoelaatbaar als merk, waardoor het 'overwinnen' van dat belang door inburgering in feite een *non issue* wordt.[157]

4.6 'Trafficking' en depots te kwader trouw

4.6.1 Inleiding

Uit het voorgaande is gebleken dat de nietigheidsgronden van artikel 3 lid 1 onder *a-d* MRl, nu (te) kort samengevat als: onvoldoende onderscheidend vermogen, een minst genomen *aanvankelijke* belemmering kunnen vormen voor het verkrijgen van een merkrecht op een teken met een grote symbolische waarde. Inburgering op de voet van artikel 3 lid 3 MRl kan dit bezwaar echter overwinnen.

Uitgaande van de *afwezigheid* in het BVIE van weigerings- en nietigheidsgronden als neergelegd in de facultatieve onderdelen *b* en *c* van artikel 3 lid 2 MRl op dit moment, en tegelijk van de potentiële onwenselijkheid van monopolisering van (bepaalde categorieën) tekens met een grote symbolische waarde door willekeurige ondernemers of ondernemende particulieren, laat zich de vraag stellen naar de inzetbaarheid van andere, wél op dit moment in het BVIE presente weigerings- en nietigheidsgronden.

Dat die vraag gesteld mag worden, kan mede geïllustreerd worden aan de hand van een excursie naar het Angelsaksische leerstuk van de '*trafficking*', en in samenhang daarmee een bespreking van de Benelux-nietigheidsgrond gelegen in kwader trouw bij het depot.

155 Vgl. Van Woensel 2005, p. 39.

156 Als openbare orde-gronden beschouw ik in deel II van deze studie: art. 3 lid 1, onder *f*, *g* en *h* MRl = art. 7 lid 1, onder *f*, *g* en *h* GMVo = art. 6*ter* en art. 6*quinquis*B, aanhef en onder 3 UvP = art. 2.4, aanhef en onder 1 en 2 BVIE (art. 4, aanhef en onder 1 en 2 BMW); en tot slot tevens art. 3 lid 2, onder *b* en *c* MRl.

157 Hiermee zeg ik overigens niets over de *Freihaltebedürfnis* in de betekenis van het algemeen (branche-)belang ten aanzien van het vrij houden van merkenrechtelijke occupatie van *beschrijvende* aanduidingen.

Aan het einde van die excursie resp. bespreking zal echter de conclusie zijn dat ook in de kwade trouw-grond geen geschikt algemeen substituut is gelegen voor het niet implementeren door de nationale wetgever van de gronden in artikel 3 lid 2 onderdelen *b* en *c* MRl (met hun onderlinge verschillen), zodat daarna (par. 4.7) nog de blik gericht dient te worden op de weigerings- en nietigheidsgronden op het gebied van de *openbare orde*.

4.6.2 '*Trafficking*', merkenkaping en merkenspeculatie

Het komt vóór dat iemand die geen waren of diensten op de markt brengt en die zelfs niet de intentie heeft daartoe over te gaan, soms zelfs op aanzienlijke schaal, depots verricht van tekens die om de een of andere reden financieel aantrekkelijk zijn. Het zal dan veelal gaan om tekens die (in het betrokken land niet gedeponeerde) onderscheidingstekens van derden bevatten, of om tekens waarin een bekende en/of aantrekkelijke naam of afbeelding uit het publieke domein is opgenomen, zoals culturele symbolen. Ik onderscheid in deze drie varianten: (1) merkenkaping, (2) merkenspeculatie en (3) een mengvorm van die twee. Ik licht ze hieronder toe.

Ad 1) In het eerste geval richt de deposant zich met zijn handelen op een specifieke marktspeler, een buitenlandse onderneming of een concurrent, of zijn voormalige werkgever bijvoorbeeld, en hoopt hij financieel wijzer te worden van deze speler, die het bewuste teken *reeds gebruikte* maar het (nog) níet (hier) deponeerde, en die hij nu of later van merkinbreuk kan betichten. Dit gedrag, waarmee een specifieke marktpartij wordt benadeeld, wordt vaak en ook hier 'merkenkaping' genoemd. Merkenkaping speelt niet bij tekens met een grote symbolische waarde, maar vormt wel een belangrijk referentiepunt voor de twee volgende, aanverwante problemen.

Ad 2) In het tweede geval hoopt de deposant op het te gelde maken van het merkrecht door (al dan niet via het afdwingen van het afnemen van een licentie) vergoedingen te verkrijgen terzake van 'merkinbreuk' van iedere derde die met bepaalde vormen van commercieel gebruik van de bekende en/of aantrekkelijke naam of afbeelding in het vaarwater van de merkhouder komt. In zekere zin is alles wat hij vangt, mooi meegenomen.[158] Deze handelwijze kan 'merkenspeculatie' worden genoemd, een term die zuiver gezien alleen ziet op *onzekere* gebeurtenissen in de toekomst, maar die ook wel ruimer wordt gehanteerd.

Het meest sprekende voorbeeld van merkenspeculatie in verband met tekens met een grote symbolische waarde dat mij bekend is, is dat van een Duitse particulier die van zo'n vijftig wereldberoemde schilderijen een (natuurgetrouwe) afbeelding voor tal van toepassingen deponeerde bij het Duitse merkenbureau, eind vorige eeuw, om zich daarmee (naar eigen zeggen)

158 Vgl. de term "vangnet" in arrest Hof Amsterdam 18 april 1996, *NJ* 1998, 633, r.ov. 4.12 (*Route 66 II*).

te richten op iedere ondernemer die zich van een van die afbeeldingen bediende in verband met commerciële activiteiten. Over deze '*Markengrabber*', zoals hij in Duitsland genoemd werd, is bij onze oosterburen heel wat te doen geweest.[159]

Ad 3) In het derde geval doet zich een mengvorm voor van kaping en speculatie, namelijk met het depot inspelen op een op handen zijnd *specifiek* evenement, zoals de herdenking van een historische gebeurtenis. Te denken valt aan het voorbeeld van het Van Gogh Museum in Amsterdam, dat kort voor het Van Gogh-jaar 1990 bij het organiseren van de evenementen rondom werk van Vincent van Gogh geattaqueerd werd door een slimme tandarts (via de door hem opgerichte BV Van Gogh International), die met het oog op die evenementen de naam, handtekening en enkele schilderijen van Van Gogh als woord- resp. beeldmerken had gemonopoliseerd.[160] In Duitsland deed zich een even kras geval voor, toen een particulier met het oog op het Bach-jaar 2000 de naam en handtekening van Johann Sebastian Bach als merk vastlegde voor een lange reeks van waren en diensten, en hij zich vervolgens met claims van merkinbreuk ontpopte als *party pooper* in Bach-stad Leipzig, het epicentrum van de herdenkingsfeesten.[161]

Gesteld kan worden dat in de geschetste drie gevallen de deposant, zij het op verschillende manieren, (in hoofdzaak) de bedoeling heeft om het merk op een *andere* wijze in te zetten dan via de daaraan normaliter (in hoofdzaak) te verbinden *eigen* productie of handel in waren of diensten – derhalve als herkomstaanduiding. Deze vormen van (minst genomen) oneigenlijk gebruik van merkenrechtelijke bevoegdheden zijn tevens bekend onder de uit *common law*-landen afkomstige term '*trafficking*'. *Trafficking*, in één woord te vertalen met zwarthandel of sjacheren, wordt in de Engelse merkenrechtelijke literatuur omschreven als "*dealing in a mark as a commodity in its own right*, and *not* primarily for the purpose of identifying or promoting merchandise in which the proprietor of the mark is interested."[162]

159 Zie o.a. S. Stadler, 'Johann Sebastian Bach ist abgefahren. Der Markenstreit um den Namen des Komponisten ist entschieden', *Frankfurter Allgemeine* 7 april 2000, p. 54. Nader in hoofdstuk 7.

160 Zie P. Reeskamp, 'De varkensrug van de Stichting Vincent van Gogh', *De Volkskrant* 28 april 1990, waarin de schrijver opmerkt dat het gebruik van de naam van de beroemde schilder in een merkteken wellicht in strijd komt met de (merkenrechtelijke) openbare orde, omdat het niet aangaat nationaal erfgoed door individuen te laten monopoliseren via het merkenrecht. Het Eindverslag Stichting Van Gogh 1990, uit 1991, wijdt op p. 18 een aparte paragraaf aan merkenrecht en de affaire met Van Gogh International.

161 Ontleend aan een van de vele krantenberichten over Bach- en andere incidenten: G. Saft, 'Sachsen kämpft um das Schokoladenmädchen. Markenraub: Bund soll Kunstwerke und Namen berühmter Persönlichkeiten schützen', *Sachsiche Zeitung* 14 februari 2001. Zie hoofdstuk 7. Vgl. over het Bach-festival tevens het begin van de noot van Verkade onder HR 5 maart 1999, *NJ* 2000, 306 (*Route 66 III*).

162 *Kerly's* 1986, hoofdstuk 13, nr. 30. Zie bijv. ook Ruijsenaars 1997, p. 401 e.v.

Traditioneel kennen *common law*-stelsels niet een systeem van rechtsverkrijging door eerste registratie, zoals dat op het Europese continent in de loop van de twintigste eeuw de norm is geworden.[163] Hoewel verkrijging van een merkrecht door registratie zónder voorafgaand gebruik inmiddels mogelijk is, gaat het Britse merkenrecht nog steeds *trafficking* tegen door van de deposant het bewijs te verlangen dat hij tenminste een serieus gebruiks*voornemen* terzake van het merk heeft.[164] Artikel 32 lid 3 Trademark Act (TMA) 1994 luidt: "[T]he application shall state that the trade mark is being used, by the applicant or with his consent, in relation to those goods or services, or that he has a *bona fide* intention that it should be so used."[165]

Duitsland kent een met *trafficking* vergelijkbaar leerstuk. Men spreekt daar onder andere van "*Spekulationsmarke*" en "*Hinterhaltsmarke*". Een voor deze studie interessante vorm van *trafficking* heet er "*Markengrabbing*" en wordt in de literatuur door Boeckh omschreven als "das Phänomen (..) dass Privatpersonen sich Namen von Personen, insbesondere berühmter lebender oder verstorbener Personen schützen lassen, in der Hoffnung, sie selbst gewinnbringend wieder veräussern zu können oder aber ihren Produkten durch das mit dem Namen verbundene Image einen Hauch von Exklusivität zu verleihen."[166] Meer over dit aspect van het Duitse merkenrecht in hoofdstuk 7.

Kijkend naar de opvattingen over vormen van *trafficking* in de Benelux, bestaat er hier in elk geval consensus over merken*kaping*.[167] Merkenkaping wordt beschouwd als een ongewenst bijproduct van het systeem van rechtsverkrijging door eerste registratie ('*race-to-the-register*') zoals dat in de Benelux geldt, en pleegt te worden geplaatst onder de bepaling van het depot te kwader trouw in artikel 2.4 onder *f* BVIE (art. 4 onder 6 BMW). *Algemeen bekende* (buitenlandse) merken zijn bovendien tegen merkenkaping beschermd door artikel 6*bis* UvP en in het verlengde daarvan de artikelen 4 lid 2 onder *d* MRl en 2.4 onder *e* BVIE (4 onder 5 BMW).[168]

163 Vgl. HvJEG 12 december 2002, C-273/00, *NJ* 2003, 600, m.nt. JHS (*Sieckmann*), r.ov. 37 (en 49-52); zie voorts (de bronnen bij) Tsoutsanis 2005, nr. 5, p. 7 (voetnoot 4), nr. 10, p. 10 en nr. 17-20, p. 18-20.

164 Kritish hierover: Tsoutsanis, 2005, nr. 402, p. 378-381.

165 TMA zoals laatst gewijzigd 5 mei 2004. Vgl. in gelijke zin US Code titel 15, art. 1051 (b).

166 Boeckh 2001, p. 30. Zie ook, ter illustratie, Brinkbäumer, 'Ötzi und Lady Di', *Der Spiegel* 15 november 1999, p. 46: "'Markengrabbing' [ist] ein bizarres Phänomen: Überall im Lande und (..) zunehmend auch weltweit lassen sich clevere Zeitgenossen die Namen von Firmen oder toten Berühmtheiten patentieren, weil sie hoffen, sie gewinnbringend wieder veräußern zu können."

167 Ter verduidelijking: in de klassieke situatie van 'merkenkaping' verricht een 'kaper' een depot in land Y van het reeds door een ondernemer in land X gebruikte onderscheidingsteken, dat door die ondernemer nog niet in land Y is gedeponeerd. Met het depot in land Y, voor dezelfde waren- of dienstenklassen, hoopt de kaper tegenover de (van dit alles nog onkundige) ondernemer een onderhandelingspositie te verwerven met het oog op de verhoopte en verwachte expansie van de bedrijfsactiviteiten naar land Y.

168 Vgl. voorts de vergelijkbare problematiek rond domeinnamen (par. 6).

4.6.3 Merkenkaping en het depot te kwader trouw (art. 3 lid 2, onder *d* MRl)

'Kwade trouw' is opgenomen in een voor de Lidstaten optionele weigerings- en nietigheidsgrond in de Merkenrichtlijn. Artikel 3 lid 2, aanhef en onder *d* MRl luidt:

> Elke Lid-Staat kan bepalen dat een merk niet ingeschreven wordt of, indien ingeschreven, kan worden nietig verklaard indien en voor zover:
> *d.* de aanvrage om inschrijving van het merk te kwader trouw is gedeponeerd.

De Benelux-landen kenden deze anti-misbruikbepaling reeds sinds 1971 in artikel 4 onder 6 BMW, tegenwoordig artikel 2.4 onder *f* BVIE.[169] Zij hadden er tevens voor gekozen om daarbij twee belangrijke voorbeelden van misbruik in de wettekst op te nemen; in het BVIE zijn die behouden.[170] Artikel 2.4 aanhef en onder *f* BVIE luidt:

> Er wordt geen recht op een merk verkregen door:
> *f.* de inschrijving van een merk, waarvan het depot te kader trouw is verricht, met name:
> *a.* het depot dat wordt verricht terwijl de deposant weet of behoort te weten, dat een derde binnen de laatste drie jaren in het Benelux-gebied een overeenstemmend merk voor soortgelijke waren of diensten te goeder trouw en op normale wijze heeft gebruikt, en die derde zijn toestemming niet heeft verleend;
> *b.* het depot dat wordt verricht terwijl de deposant op grond van zijn rechtstreekse betrekking tot een derde weet, dat die derde binnen de laatste drie jaren buiten het Benelux-gebied een overeenstemmend merk voor soortgelijke waren of diensten te goeder trouw en op normale wijze heeft gebruikt, tenzij die derde zijn toestemming heeft verleend, of bedoelde wetenschap eerst is verkregen nadat de deposant een begin had gemaakt met het gebruik van het merk binnen het Benelux-gebied.

De bepaling over kwade trouw kan in de Benelux alleen door een belanghebbende worden ingeroepen, en kan onder bepaalde voorwaarden tot nietigverklaring leiden.[171] Zij houdt een *correctie* in op de door het BVIE (en voordien de BMW) gehanteerde *prioriteitsregel*, die erop neerkomt dat het *eerste* depot dat door inschrijving in het register wordt gevolgd, als rechtscheppend

169 Vgl. over het misbruikaspect de memorie van toelichting bij het BMV en de BMW, *Trb.* 1962, 58, p. III-7; Tsoutsanis 2005, nr. 80-81, p. 74-75.

170 De voorbeelden in zowel het BMW- als het BVIE-artikel zijn (dus) niet limitatief bedoeld. Het belangrijkste verschil in bewoording tussen de beide bepalingen is dat daar waar de BVIE-bepaling spreekt van "met name", de BMW-bepaling sprak van – iets vrijblijvender – "onder andere". Ik ga ervan uit dat de bepaling in art. 2.4 onder *f* BVIE gezien haar opzet en bewoordingen (vooral dat "met name") twee beredeneerde, *leidende* gevallen van onbehoorlijk (depot-)gedrag schetst en de deur op een kier laat voor andere, daarmee gelijkenis vertonende situaties.

171 Art. 2.28 lid 3 jo art. 2.4 onder *f* BVIE (art. 14B aanhef en onder 2 jo art. 4 aanhef en onder 6 BMW); voor een nietigheidsactie is een afzonderlijke daartoe ingestelde rechtsvordering vereist.

geldt.[172] De kwade trouw-grond wordt doorgaans als verweermiddel tegen vermeende merkinbreuk in de strijd geworpen.

Er is *in de praktijk* in enkele gevallen van monopolisering van symbolen aansluiting gezocht bij de kwade trouw-grond.[173] Ik stel echter reeds hier dat de kwade trouw-grond weinig geschikt is voor een algemene benadering en ondervanging van problemen die samenhangen met de monopolisering van symbolen. De verschillen met het fenomeen merkenkaping, waarmee het te kwader trouw verrichten van een depot soms kortweg wordt aangeduid en waarop de voorbeelden onder (a) en (b) van de Benelux-kwade-trouwbepaling zijn toegesneden, zijn hiervoor eenvoudig te groot.[174]

Anders gezegd: de reden waarom de Merkenrichtlijn het laten registreren van symbolen aanmerkt als *absoluut* ontoelaatbaar, is dat de *aard* van symbolen noopt tot het uitsluiten van merkenrechtelijke occupatie. Kwade trouw daarentegen is een grond van *relatieve* ontoelaatbaarheid, jegens een derde, die verband houdt met de *omstandigheden* rond het depot.[175]

In de volgende paragrafen werk ik het verschijnsel merkenspeculatie (par. 4.6.4) en de mengvorm van merkenspeculatie en merkenkaping verder uit (par. 4.6.5).

4.6.4 Merkenspeculatie in het licht van het depot te kwader trouw

Merkenkaping, en kwade trouw als bedoeld in de voorbeelden in artikel 2.4 onder *f* BVIE, doet zich niet voor bij de door mij van merkenkaping onderscheiden *merkenspeculatie*. Merkenspeculatie terzake van tekens met een grote symbolische waarde komt in het algemeen voort uit de aantrekkelijkheid en bijzondere (positieve) bijklank van zulke tekens – afbeeldingen van onder het publiek geliefde, alom bekende kunstuitingen bijvoorbeeld –, zij het dat speculatie zich ook kan voordoen bij 'gewoon' aantrekkelijke tekens als een afbeelding van onze planeet, een dolfijn of een zonnebloem.

Het uit het publieke domein 'vissen' en monopoliseren van aantrekkelijke woorden en afbeeldingen valt in ons merkenrecht in het algemeen onder de *occupatievrijheid*, in de zin van vrijheid van merkinschrijving (voor tekens met een grote symbolische waarde geldt een genuanceerd beeld; daarover

172 Zie al par. 2 hiervóór; Tsoutsanis 2005, nr. 47, p. 41. Vgl. tevens MvT BMW 1962, p. III-7: "teneinde echter misbruiken te voorkomen…". De kwade trouw-correctie kan worden gezien als een aanvulling op enkele andere, tegen misbruik gerichte uitzonderingen in het UvP, zoals het geval van 'kaping' van een zogenaamd algemeen bekend merk door een derde; zie reeds par. 4.6.2 (slot).

173 Ik doel op de rechtspraak van Hof Amsterdam 18 april 1996, *NJ* 1998, 633 (*Route 66 II*) en Rb. Breda 11 mei 1999, *BIE* 1999, nr. 75, p. 262-264 (*Euro*), met comm. Verkade op p. 235-236; gevolgd door Hof 's-Hertogenbosch 19 april 2001, *IER* 2001, nr. 45, p. 244-246. Deze rechtspraak komt deels terug in het vervolg van deze par. 4.6, en in par. 5.

174 Zie o.a. Tsoutsanis 2005, nr. 1, p. 3. Voor tekens met een grote symbolische waarde die in wél typische kwade trouw-situaties 'verzeild raken', kan art. 2.4 onder *f* BVIE uiteraard van betekenis blijven.

175 In vergelijkbare zin Verkade in punt 5 van zijn noot onder *NJ* 2000, 306 (*Route 66 III*).

nader met name par. 4.7.4.4[176]). Voor het verrichten van *grote aantallen* depots resp. depots voor grote aantallen waren(-) of diensten(klassen) gaat de occupatievrijheid eveneens op.

De hier bedoelde occupatievrijheid houdt in dat in theorie iedereen (onderneming, particulier) tekens mag deponeren en laten inschrijven, en dat daarbij zo veel inschrijvingen mogen worden verzocht resp. voor zoveel waren(klassen) of diensten(klassen) als de deposant maar wenst. Eén of vijftig depots resp. waren(-) of diensten(klassen) maakt langs deze denklijnen geen verschil. Occupatievrijheid betekent tevens dat het ontwerp van een teken *geen* eigen creativiteit vereist en dat in beginsel eindeloos en zonder gêne uit het publieke domein mag worden geput – wat ook veelvuldig gebeurt, vaak met alledaagse voorstellingen als een zwaluw, voor lucifers.[177]

Hieruit volgt al dat het wat gezocht lijkt om (een versterking van) het kwade trouw-oordeel te verbinden aan de omstandigheid dat er sprake is van de (voorgenomen) exclusieve exploitatie van (1) vrij beschikbare, aantrekkelijke woorden en afbeeldingen uit het publieke domein,[178] of (2) een groot aantal depots door dezelfde deposant resp. depots voor een veelheid van waren(-) en diensten(klassen). Hoewel in zodanige situaties een aanwijzing besloten *kan* liggen dat de deposant wellicht met de merken (overwegend) iets anders van plan is, namelijk het licenceren aan derden, in het bijzonder wanneer er ten tijde van het depot nog geen spoor is van die eigen producten of handel, is op voorhand niet met zekerheid te zeggen dat de deposant niet toch tot een (eigen) ontwikkeling van zijn merken zal komen.

Hierbij komt, in de praktijk bepaald niet onbelangrijk, dat deposanten regelmatig uit strategische overwegingen (bijvoorbeeld preventief indekken tegen concurrentie of anticiperen op eventuele ontwikkelingen ten aanzien van de eigen activiteiten) merkrechten zekerstellen op tekens die zij zelf (nog) niet voeren resp. voor waren(-) of diensten(klassen) waarop zij zich (nog) niet richten. Zo zijn er de *holdings* die hun merkrechten uitsluitend via franchise en licenties exploiteren, en verder hoeft maar gedacht te worden aan bijvoorbeeld ondernemingen in de levensmiddelenindustrie, waarvoor een doordacht strategisch netwerk van merkrechten (vgl. tevens de Duitse term 'Vorratsmarke') medebepalend is voor succes op de consumentenmarkt.

176 In deze nuancering met betrekking tot tekens met een grote symbolische waarde schuilt geen tegenstrijdigheid met de hoofdzin; het verschil in benadering komt voort uit de omstandigheid dat merkenspeculatie een algemene kwestie betreft die *tevens* tekens met een grote symbolische waarde raakt.

177 Zie noot Verkade, punt 9, bij HR 22 juni 2001, *NJ* 2002, 103 (*Van A tot Zink*) alsmede het in par. 4.1 vermelde citaat uit r.ov. 3.6 in HR 5 maart 1999, *NJ* 2000, 306, m.nt. DWFV (*Route 66 III*), waaruit kortweg volgt dat het deponeren van (aantrekkelijke) afbeeldingen uit het publieke domein niet met zoveel woorden wordt belet door de limitatieve gronden in de merkenwet (vgl. de *Route 66 III*-noot, punt 4).

178 Ook tot het publieke domein behoren de tekens met een grote symbolische waarde, maar een deel van de tekens met een grote symbolische waarde is als merk absoluut ontoelaatbaar/zou dat moeten zijn (par. 4.7).

Het merkenrecht in de Benelux in zijn huidige vorm staat in beginsel de hierboven beschreven handelwijzen zonder (kwade trouw-)waardeoordeel toe. Het stelt de ongeschreven vrijheid van merkinschrijving voorop, en biedt iedere merkhouder de bevoegdheid om aan derden gebruikslicenties te verlenen. De tekst van artikel 2.32 lid 1 BVIE (art. 11.A BMW, art. 8 lid 1 MRl, art. 22 lid 1 GMVo) luidt:

> Het merk kan voorwerp van een licentie zijn voor alle of een deel van de waren of diensten van waarvoor het is gedeponeerd of ingeschreven.

Voeg daarbij dat in het kader van de "non usus" (art. 2.27 lid 1 jo 2.26 lid 2 onder *a* BVIE; zie nader par. 2.4.6) ook de exploitatie door de *(sub-)licentienemer* het merkrecht in stand kan houden, en de cirkel is rond.

Vergelijk in aanvulling op de vorige alinea's nog de lijn die de Hoge Raad volgde in *Route 66 III* (1999), een geschil over merkenrechtelijke aanspraken op een natuurgetrouwe afbeelding van het beroemde verkeersbord van de snelweg "Route 66" in de Verenigde Staten.[179] Kort uitgedrukt kon het hof (Leeuwarden) volgens de Hoge Raad oordelen dat het stelsel van de aan de Merkenrichtlijn aangepaste BMW, tegenwoordig BVIE, níet belet dat de exploitatie van een merk (vrijwel) uitsluitend bestaat in de vorm van *licentieverlening*.[180] Klaarblijkelijk biedt het systeem van het Benelux-merkenrecht in zijn huidige vorm hiervoor ruimte. Ook al, zo voeg ik daaraan toe, wordt het hart van dit systeem ontegenzeglijk gevormd door de wens om ondernemingen te faciliteren met rechtens afdwingbare bescherming van geregistreerde onderscheidingstekens die de herkomst (kunnen) aanduiden van bepaalde waren of diensten, mede met het oog op het voorkómen van verwarring aan de kant van de consument.[181]

Ter evaluatie van deze par. 4.6.4 kan van het volgende worden uitgegaan: het moet erop worden gehouden dat deposanten die met het depot van een teken met een grote symbolische waarde inspelen op de commerciële potentie van dat teken als merk voor (toekomstige) eigen waren of diensten en/of voor die van derden – via licenties – in de regel de grenzen van wat toelaatbaar is in het licht van de (Benelux-)kwade trouw-grond, niet overschrijdt.

179 HR 5 maart 1999, *NJ* 2000, 306, m.nt. DWFV, r.ov. 3.8.

180 Ik haak hier aan bij punt 3 van de noot van Verkade onder *NJ* 2000, 306 (vorige voetnoot). Zie voor een in een andere richting wijzende, kritische opvatting over merkexploitatie die (overwegend) in de vorm van licentieverlening plaatsheeft: Hof te Amsterdam 18 april 1996, *NJ* 1998, 633 (*Route 66 II*), r.ov. 4.9-4.12.

181 De historie van het merkenrecht laat zien dat men aanvankelijk vooral vervalsing en nabootsing van reeds door concurrenten gebruikte onderscheidingstekens wilde tegengaan; daar zijn intussen meer doelen, functies en mogelijkheden bij gekomen. Het zou in het bestek van dit hoofdstuk te ver voeren nader hierop en op de zojuist genoemde opvatting van de Hoge Raad in te gaan. Maar het is duidelijk dat er meer over te zeggen valt, met een schuin oog naar bijv. Duitsland bovendien, waar over een vergelijkbaar onderwerp – daar wel '*Markengrabbing*' genoemd – stevig wordt gediscussieerd (zie kort hoofdstuk 7, par. 1).

Aan zulke deposanten moet de gewone aanloopperiode worden gegund: zij stellen zich bloot aan het inroepen van het verval van zijn merkrechten, wanneer zij er in de vijf jaren na de inschrijving niet in zijn geslaagd om een "normaal" gebruik van hun merken te ontwikkelen (art. 2.26 lid 2 onder *a* BVIE). Vanuit het oogpunt van het tegengaan van speculatieve 'massadepots' gaat het om niet méér dan een algemeen correctiemiddel(tje).

4.6.5 Mengvorm kaping en speculatie in het licht van depot te kwader trouw

Kan artikel 2.4 onder *f* BVIE ten algemene dus geen dienst bewijzen voor het vrij houden van tekens van grote symbolische waarde, het is wellicht zo dat dit wél zou kunnen in na het depot *gebleken* specifieke kwade trouw-situaties waarbij symbolen in het spel zijn.

In deze par. 4.6.5 bekijk ik daarom nog of de situatie waarin in een concreet geval de eerder (par. 4.6.2) genoemde *mengvorm* van merkenkaping en merkenspeculatie zich voordoet in verband met tekens met een grote symbolische waarde, (wél) zou kunnen kwalificeren voor toepassing van artikel 2.4 onder *f* BVIE.

In de 'mengvorm'-situatie beoogt de deposant/merkhouder zich met zijn nieuw verkregen merkrecht te richten op één bepaalde, bestaande gebruiker van een teken met een grote symbolische waarde. Deze gebruiker is *geen* onderneming met te onderscheiden waren of diensten (anders zou er veeleer sprake zijn van merken*kaping*), maar bijvoorbeeld een lagere overheid of een voor de gelegenheid in het leven geroepen stichting die belast is met het organiseren van een specifiek evenement (met deels commerciële aspecten) rond een historische figuur, en die het teken in dát kader gebruikt. Denk aan de organisatie – museumdirectie resp. stadsbestuur en hun sponsors – van de Van Gogh-herdenking resp. de Duitse *Bach Feste* (zie par. 4.6.2), die de op touw gezette activiteiten onder de aandacht van het publiek bracht met onder andere posters met het portret van de schilder/de componist.

De merkhouder die zich van de rechten op zulke afbeeldingen verzekert voor de waren(-) en diensten(klassen) die het werkgebied van de derdegebruiker/de organisatie kruisen of daar dicht tegenaan liggen, zou hoog van de toren kunnen blazen met een beroep op vormen van bescherming in artikel 2.20 lid 1 BVIE (13.A lid 1 BMW). Mijn gedachte is echter dat de organisatie zich met een aanzienlijke kans op succes kan verweren door te wijzen op een "geldige reden" voor het gebruik; zie met name artikel 2.20 lid 1 onder *c* of *d* BVIE (ik verwijs voor de inhoud terug naar par. 2.4.4). Het Van Gogh Museum en de 'Bach-stad' Leipzig hebben een voor de hand liggende relatie met de respectievelijke historische beroemdheden en zij gebruikten de naam en beeltenis (blijkens persberichten[182]) anders dan ter onderscheiding van waren of diensten.

182 Zie de persbronnen in de voetnoten in par. 4.6.2.

Om nu eens een ander voorbeeld te nemen, het is mijns inziens niet goed vol te houden dat Amsterdam en Leiden als de organisatoren van de Rembrandt-feesten (2006) zich publicitair niet van de naam en het werk van Rembrandt zouden hebben kunnen bedienen. Denk aan promotie van de stadsfeesten, de uitgave van een lokaal geldig 'Rembrandt-vijfje' en de opvoering van straattheater – activiteiten die niet door een derde met een aanspraak op een Rembrandt-merk moeten kunnen worden belet.

Deze situatie kan wringen en doet dat in mijn ogen ook, maar daarmee is er nog niet zonder meer sprake van een *kwade trouw*-situatie, hoewel de tekst van de algemene aanhef van artikel 2.4 onder *f* BVIE "*het depot te kwader trouw…, met name*" doelt op twee belangrijke en leidende gevallen van kwade trouw en m.i. op zichzelf niet in de weg staat aan een beredeneerde en zorgvuldige extensie van toepassing van de kwade-trouw-nietigheidsgrond tot situaties die aan de in de wet beschreven gevallen verwant zijn.

Het Benelux-systeem gaat als gezegd uit van occupatievrijheid en licentievrijheid. In dit licht is er het nodige voor te zeggen dat bijvoorbeeld lokale overheden die, al dan niet via een stichting, een publieksevenement organiseren, zelf tijdig en desnoods *voor de zekerheid* de voor de hand liggende algemeen bekende namen en afbeeldingen (hadden) moeten deponeren (zie echter voor de belangrijkste obstakels bij het deponeren van tekens met een grote symbolische waarde par. 4.2 en par. 4.7.4.4), ook wanneer zij, niettegenstaande de meergenoemde en bij publieksevenementen meestal wel aanwezige commerciële aspecten, in de kern van de zaak niet méér van plan waren of zijn dan voor de gelegenheid een reeks aansprekende festiviteiten voor hun burgers te organiseren.[183]

Het gewicht van deze kanttekening neemt vanzelfsprekend toe naarmate het commerciële aspect van het evenement sterker voorop staat.

Daarnaast kan niet worden uitgesloten dat bepaalde activiteiten van de organisatie reeds zonder meer zijn te duiden als gebruik in het economisch verkeer van een teken ter onderscheiding van waren of diensten (vgl. opnieuw art. 2.20 lid 1 BVIE). Het museum resp. de gemeente of andere overheid die het in feite te doen is om een *monopolie* op de commerciële uitbating van het evenement, is in zoverre, al even vanzelfsprekend maar voor de duidelijkheid hier toch vermeld, een marktspeler als elke andere, die heeft te antwoorden aan aankloppende merkexploitanten.

Er is in de lijn van dit betoog in mijn ogen één type geval waarin, naast in voorkómende gevallen de openbare orde-grond (par. 4.7.4), de kwade trouw-grond van toepassing zou kunnen worden verklaard.

183 De hier geschetste situatie moet worden onderscheiden van publieke evenementen die worden opgezet en vormgegeven door samenwerkingsverbanden van het bedrijfsleven en waarin de overheid op een meer indirecte manier deelneemt, bijvoorbeeld via het aanzitten bij overleg of door middel van het verstrekken van subsidiegelden.

Het gaat om het type geval waarin boven tafel komt, bijvoorbeeld door uitlatingen daaromtrent in de pers,[184] dat (een willekeurig) iemand een teken (met een grote symbolische waarde) heeft laten inschrijven als merk met het uitsluitende of hoofdzakelijke doel te proberen een financiële vergoeding af te dwingen van een cultureel publieksevenement-organiserende overheid (bijvoorbeeld een gemeente, een burgerinitiatief of een met de overheid vergelijkbare entiteit als een museum), die het teken in het kader van de organisatie van het evenement niet als merk ter onderscheiding van waren of diensten gebruikt, maar wel, losser, als wervend teken. Deze situatie ligt dicht in de buurt van de merkenkaping als bedoeld in het voorbeeld van artikel 2.4 onder *f* (a) BVIE (art. 4 onder 6 (a) BMW).

Al dan niet in samenhang met het aannemen van kwade trouw onder een van de twee in de wet genoemde of een nieuwe kwade trouw-rubriek – de slotzin in de vorige alinea laat op zichzelf beide toe –, lijkt tevens een beroep op het algemeen-civielrechtelijke vangnet van artikel 3:13 BW perspectiefrijk. Artikel 3:13 lid 2 BW luidt:

> Een bevoegdheid kan onder meer worden misbruikt door haar uit te oefenen met geen ander doel dan een andere te schaden of met een ander doel dan waarvoor zij is verleend of in geval men, in aanmerking nemende de onevenredigheid tussen het belang bij de uitoefening en het belang dat daardoor wordt geschaad, naar redelijkheid niet tot die uitoefening had kunnen komen.

In sprekende gevallen als de affaire rond het Van Gogh Museum kan men aannemen dat de merkhouder heeft gedeponeerd en gebruik gemaakt van zijn verkregen merkenrechtelijke bevoegdheden met (naar objectieve maatstaven) geen ander doel dan een ander – de organisatoren van het Van Gogh-herdenkingsjaar – te schaden, of dat er in elk geval sprake is van de in het wetsartikel bedoelde (kennelijke) onevenredigheid. De merkhouder kan zo de mogelijkheid worden ontzegd zijn bevoegdheid uit te oefenen.[185]

Toegegeven, als er sprake is van misbruik van bevoegdheid (bevoegdheid voortvloeiend uit het verkregen merkrecht), dan zou het iets ongerijmds hebben om niet *steeds* tévens kwade trouw bij het depot aan te nemen; of in Nederland op dit moment al in brede kring de handen op elkaar te krijgen zijn voor het toepassen van de kwade trouw-grond in het door mij zojuist geschetste casustype, is onzeker.[186] En omgekeerd, wie een (in stand gelaten)

184 In het Bach-incident gaf de deposant interviews aan de pers (nader hoofdstuk 7).

185 Art. 3:13 lid 1 jo lid 2 BW. Het criterium 'geen ander doel dan een ander te schaden' zal veelal in combinatie met andere criteria worden aangewend, zoals het hebben van een redelijk belang; aldus en nader P. Rodenburg, *Misbruik van bevoegdheid* (diss. Amsterdam VU; verschenen als Mon. NBW deel A-4), Deventer: Kluwer 1985, nr. 15-22, p. 37-58, met name nr. 16, p. 39.

186 Nederlandse rechtspraak die als referentie- en aanknopingspunt Hof Amsterdam 18 april 1996, *NJ* 1998, 633 (*Route 66 II*) en Rb. Breda 11 mei 1999, *BIE* 1999, nr. 75, p. 262-264 (*Euro*). Een aanknopingspunt voor een terughoudende redenering kan evenwel worden gelezen in HR 5 maart 1999, *NJ* 2000, 306, m.nt. DWFV (*Route 66 III*) (vgl. tevens over de meest pregnante passages in *Route 66 II* de noot van Verkade onder *Route 66 III*).

merkrecht heeft verkregen, moet het merkrecht vervolgens als regel ook kunnen *gebruiken*.

Maar tegelijkertijd openbaart zich pas in de *uitoefening* van de merkenrechtelijke bevoegdheid in het concrete geval – gegeven de occupatie- en licentievrijheid en de inherente ruimte die de *non usus*-bepaling aan merkhouders biedt – dat er hier een 'mol' in het Benelux-gebied actief is die het (liberale) stelsel ondergraaft. Zonder zélf te zeer te willen speculeren, de gedachte dat de bedoelde deposant/merkhouder gewiekst is *en niet meer dan dat*, zal toch menigeen onbevredigend zo niet onjuist vóórkomen.

4.7 Het terrein van de openbare orde (art. 3 lid 1, onder f, g en h MRl)

4.7.1 Algemeen

De drie weigerings- en nietigheidsgronden in de sfeer van de openbare orde zijn neergelegd in artikel 3 lid 1, onder *f*, *g* en *h* MRl:[187]

> 1. Niet ingeschreven worden of, indien ingeschreven, nietig verklaard kunnen worden:
> f) merken die in strijd zijn met de openbare orde of de goede zeden;
> g) merken die tot misleiding van het publiek kunnen leiden, bij voorbeeld ten aanzien van aard, hoedanigheid of plaats van herkomst van de waren of diensten;
> h) merken die bij gebreke van goedkeuring van de bevoegde autoriteiten, krachtens artikel 6 ter van het Verdrag van Parijs tot bescherming van de industriële eigendom (..) geweigerd of nietig verklaard moeten worden.

In mijn bespreking van deze weigerings- en nietigheidsgronden en de betekenis ervan voor tekens met een grote symbolische waarde zal ik eerst stilstaan bij de twee meer specifieke gronden (g) en (h). Daarna komt de meer algemene grond (f) aan de orde.

4.7.2 Misleiding van het publiek (art. 3 lid 1, onder *g* MRl)

Het onderscheidingsteken dat de potentie heeft om het publiek op het verkeerde been te zetten ten aanzien van de voor het publiek relevante[188] eigenschappen van de aangeboden waren of diensten, is als merk ongeoorloofd (art. 3 lid 1, onder *g* MRl = 2.4 aanhef en onder *b* jo art. 2.11 lid 1 onder *e* resp. art. 2.28 lid 1 onder *e* BVIE = art. 4 aanhef en onder 2 jo art. 6*bis* lid 1 onder *e*

187 Vgl. art. 7 lid 1, onder *f*, *g* en *h* GMVo = art. 6*ter* en art. 6*quinquis*B, aanhef en onder 3 UvP = art. 4, aanhef en onder 1 en 2 BMW.

188 Vgl. BenGH 20 december 1996, *NJ* 1997, 313, r.ov. 18, m.nt. DWFV (*Europabank*) (met mijn cursivering): "…dat er van een misleidend merk slechts sprake kan zijn, indien voor het publiek de omstandigheid dat de onder het merk aangeboden diensten worden aangeboden in of bestemd zijn voor het gehele gebied, *van belang is voor zijn oordeel* omtrent de aard, de herkomst, de kwaliteit of andere kenmerken van deze diensten."

resp. art. 14A aanhef en lid 1 onder *e* BMW).[189] Zulke eigenschappen kunnen bijvoorbeeld zijn de aard, samenstelling, geografische herkomst, hoedanigheid of kwaliteit van de waren of diensten.

Ook terzake van symbolen kán de misleidingsgrond een rol spelen. De grond kan van toepassing zijn in gevallen waarin het gevaar van misleiding van het publiek wordt veroorzaakt door een naam of afbeelding met een grote symbolische waarde die het teken *is* of die naast andere woord- of beeldelementen een *bestanddeel* van het teken vormt.[190]

Algemeen gesproken is dient het uit het merkenrechtelijke systeem filteren van gevallen van (dreigende) misleiding onder andere het *algemeen belang* van juiste publieksinformatie.[191] De weigerings- en nietigheidsgrond terzake van het gevaar van misleiding toont in de bedoeling om het algemeen belang in bescherming te nemen, verwantschap met die van de later te bespreken openbare orde en goede zeden.[192]

De memorie van toelichting van 1962 benadrukt dat de bepaling ziet op merken waarvan het gebruik aanleiding *kan* geven tot misleiding van het publiek ten aanzien van de aard, herkomst, kwaliteit of andere kenmerken, zoals het veinzen van overheidserkenning, van de bij het depot aangemelde waren. Het klassiek geworden voorbeeld dat de toelichting noemt is de afbeelding van een koe als merk voor *margarine*.[193]

Een geval van 'geveinsde overheidserkenning' waarvan de toelichting rept, heeft zich voorgedaan in de *NIVAK*-zaak (Hoge Raad 1996).[194] In deze zaak, die eerder in dit boek al de revue passeerde, ging het om een níet aan de overheid gelieerd instituut voor administratiekantoren (NIVAK) dat merkrechten bezat op een teken waarin het Nederlandse Rijkswapen – de Nederlandse leeuw – was opgenomen en dat uitsluitend in eigen kring toestem-

189 Zie tevens art. 2.26 lid 2 aanhef en onder *c* BVIE (art. 5 lid 2, aanhef en onder *c* BMW), op grond waarvan verval van het merkrecht kan worden ingeroepen wanneer de misleiding eerst uit het *gebruik* kenbaar is geworden. Zie voor een citaat van de MRl-bepaling par. 4.6.1.

190 De *NIVAK*-zaak, opgenomen in *NJ* 1992, 393 en zo direct nader besproken, vormt een voorbeeld van de tweede soort, nu in het in dat geval betrokken logo *onder andere* het Nederlandse Rijkswapen (zonder overheidstoestemming) was opgenomen.

191 Een parallelle route die langs art. 6:194 e.v. BW voert voor gevallen waarin een verbod op het gebruik van een misleidend merk kan worden gevorderd, is te vinden in de optionele bepaling in art. 3 lid 2, onder *a* MRl. Die biedt de mogelijkheid dat een Lidstaat een merk weigert c.q. nietig verklaart indien en voor zover het *gebruik* van dat merk verboden kan worden op *andere dan* merkenrechtelijke bepalingen in de betreffende Lidstaat (daarbij moet vooral worden gedacht aan de terreinen van de ongeoorloofde mededinging en de consumentenbescherming). Voor Nederland vormt art. 6:194 e.v. BW (straks art. 6:193a e.v. BW) zo'n reeks bepalingen. De hier bedoelde MRl-optie is evenwel in de Benelux niet overgenomen.

192 Misleiding van het publiek werd onder de Nederlandse Merkenwet van 1893 als strijdig met de openbare orde werd aangemerkt, maar is reeds lang een zelfstandige grond. Zie *Bijlagen Handelingen II*, 1954/55, 3891, nr. 3, p. 8 (MvT), punt 8.

193 Memorie van toelichting bij het Benelux-verdrag inzake de warenmerken en de Eenvormige Beneluxwet op de warenmerken, *Trb.* 1962, 58, p. III-13 en III-18.

194 HR 14 juni 1991, *NJ* 1992, 393, m.nt. DWFV, *BIE* 1993, p. 213 (*NIVAK/NGA* of *NIVAK*).

ming verleende voor gebruik van dat teken.[195] Een concurrerend instituut protesteerde met succes tegen de uit het merk sprekende suggestie dat het NIVAK enigerlei overheidserkenning had verkregen (en, kan men erbij denken, de concurrent niet).

Recentelijk heeft het Gerechtshof te Amsterdam (2006) uitspraak gedaan in een zaak over een gerechtsdeurwaarder die zich voor een privé-verkoop van schilderijen uit eigen collectie naar de buitenwereld had gepresenteerd met onder andere het officiële zegel van de beroepsgroep van gerechtsdeurwaarders.[196] Het hof overwoog:[197]

> "Het hof is van oordeel dat het de gerechtsdeurwaarder niet vrij staat zich te afficheren door middel van het gebruik van zijn titel als gerechtsdeurwaarder of wel het gebruik van het woord beëdigd in samenhang met het woord taxateur, terwijl zijn werkzaamheden in geen enkele relatie staan tot het verrichten van ambtshandelingen. Het betreft hier immers de particuliere verkoop van schilderijen. Ook staat het de gerechtsdeurwaarder niet vrij in dezen gebruik te maken van papier met een voorgedrukt deurwaarderszegel, nu dit gebruik hier eveneens niet enige ambtshandeling betreft. Door zich al dus te presenteren wekt de gerechtsdeurwaarder bij belanghebbenden de indruk dat er met betrekking tot de te verkopen objecten enige relatie bestaat met de hoedanigheid van gerechtsdeurwaarder. Dit is misleidend. Dit klachtonderdeel zal het hof gegrond verklaren."

Een afbeelding van het deurwaarderszegel:[198]

De beide zaken illustreren al dat tekens met een grote symbolische waarde met een officieel karakter – de Nederlandse overheid, bepaalde gespecialiseerde beroepsgroepen, overkoepelende maatschappelijke (inclusief geloofs-) organisaties – 'gevoelig' zijn voor toepassing op een wijze die misleidt omtrent de hoedanigheid van degene die zich van het teken bedient.[199] Het is aantrekkelijk om met iets officieels geassocieerd te worden, want dat wekt vertrouwen en kan kwaliteit suggereren.

---

195 Zie voor art. 6:194 BW-aspecten van de zaak hoofdstuk 4, par. 2.5.

196 Hof Amsterdam 15 juni 2006, *LJN* AX8850 (*Deurwaarderszegel*). Zie voor de feiten van het geding de beschikking van 7 juni 2005 van de Kamer voor Gerechtsdeurwaarders te Amsterdam (in *LJN* AX8850.)

197 R.ov. 8.1.

198 Ontleend aan een vermelding op de site < www.boek9.nl >.

199 Een ander recent voorbeeld is Hof 's-Gravenhage 12 oktober 2006, rolnr. 03/1648 (*Van den Luitgaarden/Staat*), over misleiding van het publiek als gevolg van de indruk van een *band* tussen enerzijds een beeldmerk van een vignet met 'NL'-landcode en anderzijds (kort gezegd) de EU.

In een zaak over prinses Maxima-merken en -domeinnamen in 2003 overwoog de Voorzieningenrechter Rechtbank Utrecht (mr. Haasnoot) in r.ov. 4.6 dat de "bijzondere aard" van een 'koninklijk' merk meebrengt dat het merk*gebruik* niet de indruk mag wekken dat het als zodanig van rijkswege is bevorderd, wordt gesteund of erkend. "Ook overigens" mag bij het publiek op dit punt geen verwarring ontstaan, aldus de rechter.[200]

Een andere zaak deed zich voor rond een Nederlandse ondernemer die in 1995 de naam van de Europese munt deponeerde als Benelux-merk voor munten en bankbiljetten. Als het publiek al niet het idee zou kunnen hebben dat het kennelijk de opvolger van de firma Joh. Enschedé, de vertrouwde geldmakers van De Nederlandsche Bank, tegenover zich heeft, dan zou het toch tenminste (algemener) enige connectie met de overheid kunnen vermoeden.[201] Dat is voldoende voor ontoelaatbaarheid als bedoeld in artikel 2.4 onder *b* BVIE.

Verder valt in verband met de misleidingsgrond nog te denken aan met het oog op de verkoop van allerhande religieuze parafernalia geregistreerde merken die een symbool van religieuze aard bevatten, en die bij het publiek de suggestie kunnen wekken dat er connectie bestaat met een kerk of geloofsorganisatie anderszins, terwijl die er in werkelijkheid niet is. Neem een van onderstaande afbeeldingen, die in verband staan met het Vaticaan, als merk afgebeeld op een reeks te koop aangeboden producten, waaronder bijvoorbeeld liturgische kalenders, kaarsen, notitieboekjes en bidprentjes:[202]

Zoals uit de bovenstaande gevallen blijkt kán de misleidingsgrond inzetbaar zijn voor tekens met een grote symbolische waarde. Hieraan doe ik niet af als ik constateer dat de grond vanwege de beperkte inzetbaarheid, namelijk in de specifieke situatie van (dreigende) misleiding, niet een 'wondermiddel' is waarmee de *integrale* problematiek van de occupatie van symbolen kan worden benaderd.

200 Vzr. Rb. Utrecht 16 juli 2003, *IER* 2003, nr. 8, p. 38-42, m.nt. MdCB (*Prinsesmaxima.com*).

201 In par. 5 kom ik terug op de *Euro*-zaak van het Hof 's-Hertogenbosch, waarop het voorbeeld doelt.

202 Afbeeldingen ontleend aan resp. < http://www.vatican.va/roman_curia/index.htm >; < http://www.vatican.va/vatican_city_state/index.htm >; < http://www.jsiegers.com/reizen/rome/hires/stPieter.jpg > .

4.7.3 Officiële wapens, vlaggen en emblemen (art. 3 lid 1, onder *h* MRl jo 6*ter* UvP resp. art. 3 lid 2, onder *c* MRl)

4.7.3.1 Inhoud van de bepaling

Op grond van artikel 3 lid 1, onder *h* MRl jo artikel 6*ter* UvP worden officiële aanduidingen van de UvP-landen uitgesloten van merkregistratie, zoals nationale vlaggen, (heraldische) wapens en andere emblemen, alsmede die van internationale intergouvernementele organisaties, waarbij de UvP-landen aangesloten zijn. Voor de tekst en een bespreking van artikel 6*ter* UvP verwijs ik terug (naar par. 3.5).

Aan die bespreking voeg ik hier nog toe dat het voor de toepassing van artikel 6*ter* UvP geen verschil zou maken of een vlag, wapen of embleem als zodanig of als een onderdeel van een meeromvattend teken zou worden geoccupeerd. Zonder toestemming van de autoriteiten is het opnemen in een merk in beide gevallen niet toegestaan (vgl. art. 6*ter* lid 1 UvP: "hetzij als bestanddeel").

De verplichte grond in artikel 3 lid 1, onder *h* MRl is in de Benelux neergelegd in artikel 4, onder 1 BMW, dat op zijn beurt eveneens verwijst naar artikel 6*ter* UvP.[203]

De verwijzing in naar artikel 6*ter* UvP (een artikel met tien leden) gaat niet gepaard met enig voorbehoud of toespitsing op een deel van dat UvP-artikel, wat aanleiding geeft om te veronderstellen dat artikel 6*ter* UvP in zijn geheel in de BMW-nu-BVIE-toets moet worden betrokken – uiteraard voor zover het artikel ziet op weigering of nietigverklaring. Ook de wetsgeschiedenis van de BMW resp. het BVIE bevat geen aanwijzingen over een verwijzing naar eventueel slechts *gedeelten* van artikel 6*ter* UvP.

Dit punt is voor mijn studie niet van principieel belang, maar er is een actuele discussie over gaande: zoals gezegd hierboven (par. 3.5), bevat artikel 6*ter* lid 1, onder *c* UvP voor landen de *optie* om symbolen van internationale intergouvernementele organisaties alleen in het geval van het gevaar van verwarring of misleiding uit te sluiten registratie en gebruik als merk. In een Nederlandse juridische procedure (leidend tot een vonnis in 2002) van de

203 Terzijde merk ik op dat er over de symbolen in art. 6*ter* UvP in de Benelux weinig jurisprudentie bestaat, maar dat zich recentelijk weer eens enkele zaken hebben voorgedaan. Het gaat om Rb. Haarlem 1 oktober 2002, *IER* 2003, nr. 8, p. 43-46, noot Kabel (*ESA/Etos*) – daarover zijdelings in de hoofdtekst hierna – en om Hof 's-Gravenhage 12 oktober 2006, rolnr. 03/1648 (*Van den Luitgaarden/Staat*), over een beeldmerk van een vignet met 'NL'-landcode, een EU-teken. Mij is verder een zaak uit de jaren vijftig van de vorige eeuw bekend, naar aanleiding van de weigering van een merk voor papier, dat volgens het Bureau voor de Industriële Eigendom een afbeelding omvatte van het Belgische Staatswapen: een potige leeuw op zijn achterpoten, afgebeeld op een wapenschild, met daar omheen een rand met versieringen en een kroon, en op een lint onder het schild afgebeeld het credo "Eendracht maakt macht" (in twee talen). Rb. 's-Gravenhage 20 januari 1959, *BIE* 1959, afl. 8/9, p. 109 besliste in die zaak dat er teveel verschillen met het echte Staatswapen waren om in het teken dat wapen of een nabootsing uit heraldisch oogpunt te zien.

European Space Agency (ESA) tegen de 'health & beautyspecialist' Etos, over het Etos-logo dat te sterk gelijkenis zou vertonen met dat van ESA, kwam juist de kwestie van het wel of niet gelden van die UvP-optie in de Benelux, aan de orde.[204] Annotator Kabel kwam tot de slotsom dat de bedoelde optie kan worden geacht te zijn *verdisconteerd* in de verwijzing naar het UvP-artikel in artikel 2.4, aanhef en onder *a* BVIE (art. 4, aanhef en onder 1 BMW).[205]

Hoewel het mij hier niet gaat om de feitelijke afweging terzake van de betrokken logo's, van beide toch een afbeelding, omdat die zo verhelderend werken:[206]

De Merkenrichtlijn schrijft de *verplichtingen* van artikel 6*ter* UvP voor, wat voor lid 1 van dat artikel neerkomt op de bepalingen onder *a* en *b*, en laat voorts ruimte aan de individuele landen om te kiezen voor de beperking onder *c* (die anders direct, en onnodig, tot een dode letter zou zijn worden).

Deze lezing van de Merkenrichtlijn volgt uit, in de eerste plaats, de bewoordingen van artikel 3 lid 1, aanhef en onder *h* MRl (mijn cursiveringen): "Niet ingeschreven *worden* of, indien ingeschreven, nietig verklaard *kunnen* worden: merken die bij gebreke van goedkeuring van de bevoegde autoriteiten, krachtens artikel 6 ter van het Verdrag van Parijs tot bescherming van de industriële eigendom (..) geweigerd of nietig verklaard *moeten* worden." Het gaat hier vooral om het gecursiveerde 'moeten'.

Voeg bij deze tekst, in de tweede plaats, de twaalfde en laatste overweging in de Considerans van de Merkenrichtlijn (met mijn cursiveringen):

> "Overwegende dat alle Lid-Staten van de Gemeenschap gebonden zijn door het Verdrag van Parijs tot bescherming van de industriële eigendom; dat de bepalingen van deze richtlijn *volledig* moeten stroken met die van genoemd Verdrag; dat deze richtlijn de verplichtingen van de Lid-Staten die uit dat Verdrag voortvloeien, *onverkort* laat; (..)."

Uit het citaat valt af te leiden dat de Merkenrichtlijn van het artikel 6*ter* lid 1 UvP inderdaad de verplichte gedeelten van het artikel ("volledig" en "onverkort") heeft willen voorschrijven, en de keuzemogelijkheid onder *c* ("volledig") intact heeft willen laten.

Voor zover er tot hier over dit onderwerp onscherpte is, schuilt die dan ook niet zozeer in de richtlijn maar in de bewoordingen van de BVIE (zie de ambigue betekenis van "voorziet" in artikel 2.4 onder *a* BVIE (art. 4 onder 1

204 Rb. Haarlem 1 oktober 2002, *IER* 2003, nr. 8, p. 43-46, m.nt. JK (*ESA/Etos*).
205 Noot punt 10, *IER* 2003, nr. 8, p. 46.
206 Ontleend aan < http://www.esa.int/SPECIALS/Intellectual_Property_Rights/SEM1JG25WVD_2.html > resp. Benelux-register, inschrijvingsnr. 0788129.

BMW).[207] Enige toelichting in de wetsgeschiedenis zou zeer welkom zijn geweest, maar het voorafgaande in deze subparagraaf biedt, bij gebreke van zo'n toelichting, al wel voldoende aanknopingspunten om aansluiting te kunnen zoeken bij de slotsom van Kabel.[208] De in *ESA/Etos* door de rechtbank gekozen uitleg – artikel 6*ter* lid 1 UvP ínclusief de optie in de tweede volzin onder *c* – leidde ertoe dat ESA zonder bewijs van verwarrings- of misleidingsgevaar níet met succes het gebruik van het Etos-teken kon tegenhouden.[209]

Dat langs deze lijnen artikel 6*ter* UvP voor de Benelux moet worden geacht te zijn beperkt door de optie onder *c*, beantwoordt strikt genomen nog níet de vraag of de optie onder *c*, en vooral de woorden "De landen der Unie zijn niet gehouden...", betekent dat het de Benelux-landen in zulke gevallen vrij staat een teken *wel of niet* te weigeren of nietig te verklaren, of dat het overnemen van de optie ertoe dwingt zulke tekens niet (althans: niet op de grond van artikel 6*ter* UvP) ontoelaatbaar te achten. Met louter een tekstuele uitleg valt die vraag nog niet te beantwoorden, maar logischerwijs, mede met het oog op de rechtszekerheid, moet de facultatieve bepaling *consequent* worden ingezet.

4.7.3.2 Wapens van *lagere* overheden: een 'misser' in de Benelux?

In het voorbijgaan nog een ander punt. Naar de *tekst* van de bepaling vallen tekens die stads- of provinciewapens omvatten níet onder artikel 2.4 onder *a* BVIE (art. 4 onder 2 BMW) jo artikel 6*ter* lid 1 UvP. Dergelijke tekens zijn begrepen onder artikel 3 lid 2, onder *c* MRl (zie eerder par. 3.6), die door de Beneluxlanden niet is overgenomen. Maar Anema (2000) schrijft, heel interessant: "[D]e wapens en vlaggen van lagere overheden, waarvan gebruik in de oude merkenwet van 1879 voor commerciële doeleinden verboden was, hebben krachtens de huidige Benelux Merken Wet geen bescherming meer; dit is abusievelijk vergeten."[210] Is dit inderdaad het geval geweest, dan is deze 'misser' bij de aanpassingen van de BMW na de komst van de Merkenrichtlijn – die als gezegd ruimte biedt voor zo'n bepaling – níet rechtgezet.

Een blik op de Merkenwet van 1893 laat zien, in artikel 4: "Het merk mag niet bevatten, zij het ook met eene geringe afwijking, een wapen van het Rijk, eene provincie, gemeente of enig ander publiekrechtelijk lichaam."[211] In de jaren vijftig van de afgelopen eeuw veranderde die volzin in de volgende bepaling in artikel 4*bis* lid 1, onder *e*: "Het merk mag niet bevatten: zij het ook met een geringe afwijking, een wapen van het Koninkrijk of een deel daarvan of van een daarin gevestigd publiekrechtelijk lichaam, tenzij met toestem-

207 Hof 's-Gravenhage 12 oktober 2006, rolnr. 03/1648 (*Van den Luitgaarden/Staat*), over een beeldmerk van een vignet met 'NL'-landcode, een EU-teken, liet de kwestie in het midden (r.ov. 2).

208 Noot onder *ESA/Etos*, punt 10. Kabel zoekt voor deze slotsom tevens steun in bronnen uit de tijd van de oude Merkenwet; zie nader de noot, punt 9-10.

209 R.ov. 5.5.

210 Anema 2000, p. 155.

211 Merkenwet 1893, *Stb.* 1893, nr. 146, p. 100.

ming van de bevoegde autoriteiten."[212] Iets afgezwakt door de laatste zinsnede, maar overigens gelijk.

Anema vervolgt: "Daarom neemt men veelal al aan, dat de bescherming nog wel geldt." Dat lijkt mij echter de vraag, gelet op het uitdrukkelijk als limitatief bedoelde stelsel van nietigheidsgronden; de nietigheid zou dan naar geldend recht onder een van de andere nietigheidsgronden moeten worden gebracht (zie met name par. 4.7.4).[213] Wat toekomstig Benelux-merkenrecht betreft: het lijkt een kwestie van opvatting of die bescherming nog moet worden gegund, maar principieel acht ik er meer vóór dan tégen. Dit zou dan wel vragen om het alsnog overnemen van de corresponderende MRl-bepaling in het BVIE, vanwege het door de opstellers van de Merkenrichtlijn gekozen systeem van náást de limitatieve gronden tevens een reeks *optionele* gronden met een materieel *vaste* inhoud (vgl. de totstandkomingsgeschiedenis van de Merkenrichtlijn[214]).

4.7.4 Openbare orde en goede zeden (art. 3 lid 1, onder *f* MRl)

4.7.4.1 Door tijd, plaats en cultuur ingegeven uitleg

Wanneer het merkenbureau een teken waarvoor inschrijving wordt verzocht, in strijd acht met de openbare orde of de goede zeden, weigert zij het als merk. Mocht een teken dat eigenlijk had behoren te worden geweigerd, door de mazen van het merkenbureau glippen en worden ingeschreven, dan kan nadien een belanghebbende aan de rechter verzoeken de inschrijving nietig te verklaren (art. 3 lid 1, onder *f* MRl, een verplichte grond, in ons land neergelegd in art. 2.4, aanhef en onder *a* jo 2.11 lid 1 onder *e* resp. 2.28 lid 1 onder *e* BVIE; vgl. voorheen art. 4, aanhef en onder 1 jo art. 6*bis* lid 1, onder *e* jo art. 14A, aanhef en lid 1, onder *e* BMW).[215]

Openbare orde en goede zeden zijn in wezen begrippen van ongeschreven recht en hebben een open karakter. De openbare orde en de goede zeden in het merkenrecht zijn een 'kapstok' om alles aan op te hangen wat naar de heersende maatschappelijke opvattingen écht niet kan, een beetje vergelijk-

212 Wetteneditie Schuurman & Jordens, *Merkenwet* (nr. 47), bijgewerkt tot 1 april 1960, ad art. 4*bis*, p. 70.

213 Het is de huidige realiteit dat steden of provincies soms, als een vlucht naar voren, zélf overgaan tot merkregistratie van hun wapen, vlag of embleem, voor bepaalde waren of diensten. Kennelijk wordt registratie tot op heden toegestaan zolang het teken voldoende onderscheidend vermogen bezit voor de bij het depot aangemelde waren of diensten, en niet beschrijvend is. Amsterdam bijvoorbeeld, als hoofdstad en toeristentrekpleister bij uitstek een 'prooi' voor de commerciële exploitatie, probeert het gebruik van het stads-wapen in eigen hand te houden door zich de auteursrechten en de rechten op het beeldmerk voor te behouden en gebruik door derden afhankelijk te maken van toestemming. Zie < http://www.amsterdam.nl/stad_in_beeld/geschiedenis/het_wapen_van/gebruik_van_het >.

214 Toelichting van 8 juli 1988 op het Gemeenschappelijk Standpunt van de Raad van Ministers van 24 juni 1988, nr. 7269/88, par. 6 (b), p. 5.

215 Vgl. tevens art. 6*quinquies*B, aanhef en onder 3 UvP.

baar met de (overigens ruimere) functie van de maatschappelijke betamelijkheid in ons soepeler verbintenissenrecht (art. 6:162 BW).[216] De 'bijl' van de openbare orde/de goede zeden is er voor de ernstige gevallen.

Het ingrijpen in de uitingsvrijheid in deze ernstige gevallen zal in de regel door artikel 10 lid 2 EVRM worden gedekt. Bovendien dwarsboomt algemeen gesproken het ontzeggen van de mogelijkheid van merkenrechtelijke occupatie alleen de aan een merkrecht verbonden exclusiviteitsaanspraken – het (commerciële) *gebruik* wordt daarmee immers nog niet verboden (zie tevens nader par. 7).[217] Datgene wat vanwege de merkenrechtelijke openbare orde-/goede zeden-grond niet wordt geregistreerd, mag in principe nog wel gezegd of getoond worden, maar niet met de pretentie van exclusiviteit.

De (verplichte) weigerings- en nietigheidsgrond in artikel 3 lid 1, onder *f* MRl stelt de Lidstaten in staat om uit overwegingen van *algemeen belang* de merkregistratie van naar de heersende maatschappelijke opvattingen pertinent ongewenste of onverdraaglijke tekens te verhinderen of ongedaan te maken. Met het weigeren van een ontoelaatbaar teken, geeft de overheid (het BBIE) bovendien het signaal af dat zij zich niet leent voor het geven van een *officiële goedkeuring* aan dat teken, die in de registratie zou kunnen worden gelezen.

Opvattingen omtrent openbare orde en goede zeden zoals bedoeld in artikel 3 lid 1, onder *f* MRl zien op opvattingen zoals die bestaan binnen de individuele Lidstaten. Er bestaat niet een (één) Europese '*policy*' voor de uitleg van deze richtlijnbepaling, hoewel richtlijnbegrippen in de regel wél op Europees niveau plegen te worden uitgelegd.[218] Maar opvattingen over openbare orde en goede zeden worden ingegeven door tijd, plaats en cultuur, en in een gebied zo groot en divers als de Europese Unie lopen ze, ook met enkele gedeelde Europese wortels, onvermijdelijk niet overal parallel.[219] Daarom kan de beoordeling van de toelaatbaarheid van tekens het best gebeuren in de

216 Een vergelijking met art. 3:40 BW over verboden rechtshandelingen is nuttig voor de uitleg van de begrippen openbare orde en goede zeden *an sich*, maar minder gelukkig als *regeling*, want daarvoor is art. 3:40 te specifiek. De in de hoofdtekst getrokken vergelijking met art. 6:162 BW komt voort uit een discussie met Leidse collega's over de thematiek van dit boek, in het bijzonder C. Waaldijk.

217 Voor zover in concrete gevallen ten aanzien van symbolen de (separate) wens bestaat om niet alleen de monopolisering maar ook het commerciële gebruik tegen te gaan, is beoordeling op grond van het strafrecht en/of het burgerlijk recht aangewezen, inclusief toetsing aan art. 10 lid 2 EVRM. Een voorbeeld van zo'n geval zou kunnen zijn het afbeelden resp. de afbeelding van een staatsieportret van Hitler op voor de handel bedoelde producten (zie over symbolen met een *negatieve* connotatie nader par. 4.7.4.3).

218 Vgl. ook, bij wijze van parallel, de afwezigheid van een uniform standpunt van het EHRM in kwesties van moraal op het vlak van het EVRM; zie nader hoofdstuk 2.

219 Bovendien kunnen die opvattingen fluctueren in de tijd, maar dat is niet of veel minder een bepalende factor op MRl-niveau. Zie over de schommeling in de tijd van de opvattingen over goede zeden in het burgerlijk recht, bijvoorbeeld: Van den Brink 2000, p. 36-37; Asser-Hartkamp 4-II (2001), nr. 256, p. 252.

landen zelf, op basis van de culturele, sociale en politieke *communis opinio* ter plaatse. Uiteindelijk is datgene wat de nationale rechter afleest van dit 'collectieve kompas', bepalend.[220]

Wel zou verdedigd kunnen worden dat deze insteek niet de noodzaak *wegneemt* van het formuleren, op Europees niveau, van énige randvoorwaarden voor de nationale invulling, uitwerking en toepassing van de begrippen openbare orde en goede zeden in artikel 3 lid 1 onder *f* MRl. Ik keer bij deze spannende gedachte terug in par. 4.7.4.6.

Voor Nederland, België en Luxemburg geldt dat wanneer de openbare orde of de goede zeden van één van deze drie landen aan de geoorloofdheid van het teken in de weg staat, het teken wordt geweigerd of nietig verklaard voor de *gehele* Benelux. Deze benadering geeft voorrang aan de mores binnen elk van de drie landen. Dit betekent niet dat de opvattingen binnen de Benelux feitelijk te sterk uiteenlopen, maar eenvoudig dat overeenstemming tussen de landen niet hoéft. Een bijkomend gevolg van de benadering is dat het Benelux-Gerechtshof te Brussel niet bevoegd is tot uitleg van de begrippen.[221]

Hoewel de (merkenrechtelijke) begrippen openbare orde en goede zeden elkaar niet per se dekken, worden zij doorgaans in één adem genoemd.[222] Uiteindelijk heb ik gekozen voor een gezamenlijke behandeling, omdat discussie over etikettering van bijzondere gevallen als strijdig met de openbare óf (én?) met de goede zeden, in het licht van de regelingen van het UvP, de MRl en het BVIE (de BMW) niet nodig en niet vruchtbaar is. Via subtiliteiten in de tekst hieronder zal ik overigens een enkele keer wel laten blijken waar ik zelf eerder van strijd met de openbare orde dan van strijd met de goede zeden zou willen spreken, en omgekeerd.

---

220 De leidende taak van de rechter in dit soort kwesties is onomstreden; zie nader bijv. Asser-Hartkamp 4-II (2001), nr. 257, p. 253. Ter ondersteuning van de gedachtegang in de hoofdtekst een zijsprong naar HvJEG 9 oktober 2001, C-377/98, < www.curia.eu.int > (*Richtlijn Biotechnologie*), r.ov. 37-38, met name de slotzin: "Artikel 6 van de richtlijn, dat uitvindingen waarvan de commerciële exploitatie strijdig zou zijn met de openbare orde of met de goede zeden, van octrooieerbaarheid uitsluit, laat de bestuurlijke en rechterlijke instanties zonder twijfel een grote speelruimte bij de toepassing van dit uitsluitingscriterium. Die speelruimte is evenwel nodig om rekening te houden met de bijzondere problemen die de exploitatie van bepaalde octrooien in de sociale en culturele context van de afzonderlijke lidstaten kan oproepen. De nationale regelgevende, bestuurlijke en rechterlijke autoriteiten zijn immers beter dan de gemeenschapsautoriteiten in staat deze context te begrijpen." Het ligt in de rede dat het EG-hof een overeenkomstige visie op de corresponderende begrippen in de *Merkenrichtlijn* zou aanleggen.

221 Zie o.a. Gielen/Wichers Hoeth 1992, nr. 467, p. 192.

222 De begrippen openbare orde en goede zeden komen ook in diverse andere, niet-merkenrechtelijke bepalingen voor, maar de uitwerking of zo men wil toepassing van de begrippen in de merkenrechtelijke context levert een beeld op dat zodanig specifiek is voor het merkenrecht, dat 'interne rechtsvergelijking' ten deze niet zinvol is. Ter vergelijking wijs ik niettemin op bijvoorbeeld art. 3:40 BW; zie daarover bijvoorbeeld Rechtshandeling en overeenkomst (Van Dam) 2004, nr. 147, p. 185.

4.7.4.2 Teken op zichzelf, in relatie tot waren en diensten, samengesteld teken

Bij de toetsing van een gedeponeerd of geregistreerd teken aan de openbare orde of de goede zeden wordt als regel het teken tegen het licht gehouden in relatie tot de waren of diensten waaraan het teken blijkens het depot is verbonden. Zo hoeft bijvoorbeeld het verzoek om inschrijving van het merk 'Baby-killer' niet te worden geweigerd voor trendy flesjes likeur die voor stoere discogangers is bedoeld, maar wel als merk voor knuffelbeesten voor baby's, of voor abortuspillen.[223]

Niet van belang is de omstandigheid dat een teken ten tijde van het depot nog niet wordt gebruikt, of de wijze waarop het teken wordt gebruikt, bijvoorbeeld voor waren of diensten die bij de wet verboden zijn.[224] Dit laatste leidt ertoe dat het Beneluxdepot van bijvoorbeeld de naam 'LSD-Trix' – als ludiek bedoelde, aan koningin Beatrix refererende variant op het beleven van een 'trip' als gevolg van het gebruik van de drug LSD – voor alcoholhoudende mixdrankjes, XTC en pepmiddelen, wellicht in strijd met de openbare orde zou kunnen worden geacht vanwege de combinatie van de aan de koningin refererende naam en de bij het depot aangemelde waren, verslavende genotproducten; maar níet omdat het vervaardigen en te koop aanbieden van XTC-pillen illegaal is.[225]

Niettegenstaande de relatie tot de in het depot vermelde waren en diensten als *uitgangspunt*, kan in bepaalde gevallen een teken in feite *op zichzelf* aanleiding zijn voor het aannemen van ontoelaatbaarheid. Denk aan een afbeel-ding van de vlag met het hakenkruis, een portret van Hitler voor rode wijn (zie reeds hoofdstuk 4, par. 3.3.4), of van het brandende kruis zoals vaak vereenzelvigd met de (racistische) Ku Klux Klan. Van alledrie een afbeelding:[226]

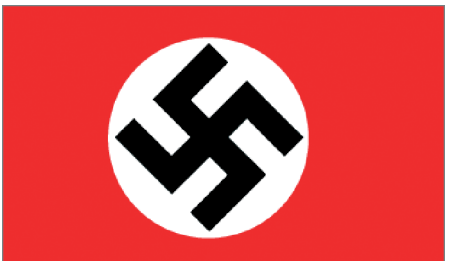
---

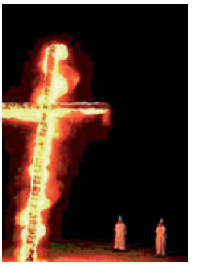
223 Het sterke voorbeeld van 'Babykiller' voor abortuspillen ontleen ik aan de conclusie van A-G Ruíz-Jarabo Colomer van 23 januari 2001, C-299/99, *NJ* 2003, 481, m.nt. JHS (*Philips/Remington*), punt 18.

224 Vgl. de uitleg van Vzr. Rb. Utrecht 16 juli 2003, *IER* 2003, nr. 8, p. 38-42, m.nt. MdCB (*Prinsesmaxima.com*), r.ov. 4.5: "... een merk dat, hoe het ook gebruikt wordt, altijd in strijd is met de goede zeden of de openbare orde." Vgl. Gielen 2006, nr. 38, p. 37. Voorts: volgens Gielen/Wichers Hoeth 1992, nr. 465, p. 191 zijn de opvattingen over de openbare orde of goede zeden ten tijde van het depot bepalend, ook in het geval van een nietigheidsactie (al snel jaren later). Vgl. over burgerlijk recht: Van den Brink 2000, p. 37-39.

225 Vgl. de weigering in de Benelux enige jaren terug van het teken 'Trix is Nix', dat denigrerend zou zijn geweest over koningin Beatrix.

226 Afbeeldingen zijn op tal van plaatsen te vinden; déze zijn ontleend aan < http://images.google.nl/imgres?imgurl=http://www.flagfocus.info/worldflags-large/flag-Ger-Swastika-1935-45.gif&imgrefurl=http://www.flagfocus.info/worldflags-large/world-flags-large-Germany.html&h=230&w=384&sz=4&tbnid=pwQ3B45zpFO5IM:&tbnh=71&tbnw=119&hl=nl&start=2&prev=/images%3Fq%3Dhakenkruis%26svnum%3D10%26hl%3Dnl%26lr%3D >; < http://www.vinilunardelli.com/scelta.html >; < http://www1.co.snohomish.wa.us/Departments/Prosecuting_Attorney/About/Bias_Crime/Race_Color.htm >.





Het is voorstelbaar dat de rechter die tekens met een van beide afbeeldingen moet beoordelen tot de conclusie zou komen dat zij voor élk type waar of dienst ontoelaatbaar zijn, en dat hij – of hij dit nu zo uitspreekt of niet – de relatie tussen het teken en de bij het depot aangemelde waren- of dienstenklassen in feite níet bepalend acht voor het predikaat 'ontoelaatbaar'. Of deze tekens – of andere, even verwerpelijke[227] – nu worden gedeponeerd voor boormachines, ovenwanten of spijkerbroeken, de plaatjes zullen steeds als ontoelaatbaar moeten worden beschouwd.[228]

Ter vergelijking, in het kader van de Gemeenschapsmerkenverordening wordt wel aangenomen dat doorgaans in verband met de openbare orde-/goede zeden-toets (in art. 7 lid 1 onder *f* GMVo) *de facto* een teken op zichzelf wordt getoetst. Hierdoor komt deze toets vaak neer op de vraag of (*de occupatie van*) een bepaald plaatje wel of niet door de beugel kan. Soms wordt echter juist uit de gedeponeerde waren of diensten of mede uit het verband tussen het teken en de waren of diensten de ontoelaatbaarheid afgeleid.[229]

Voor het BVIE-recht geef ik aan dit punt hierna (par. 4.7.4.3-4.7.4.4) een vervolg.

227 Maar vermoedelijk niet 'LSD-Trix', omdat dit teken op zichzelf daarvoor m.i. niet ernstig genoeg is. Zie verder par. 4.7.4.4.

228 Zie HvJEG 12 februari 2004, C-218/01, < www.curia.eu.int >, r.ov. 31 (*Henkel*), en let daarbij vooral op het woord *always*: "As regards the grounds for refusal of registration set out in Article 3(1) of the Directive, it must be borne in mind that marks must always be examined in relation to the goods or services in respect of which registration is applied for (*Philips* (..), paragraph 59)", in verband met HvJEG 18 juni 2002, C-299/99, *NJ* 2003, 481, m.nt. JHS, r.ov. 59 (*Philips/Remington*), met mijn cursivering: "Het *onderscheidend vermogen* van een merk, daaronder begrepen dat verkregen door gebruik, moet worden beoordeeld ten aanzien van de waren of diensten waarvoor de inschrijving van het merk wordt gevraagd." R.ov. 31 in *Henkel* zou, *op zichzelf* gelezen, kunnen worden opgevat als van een ruime, óók tot art. 3 lid 1, onder *f* MRl reikende strekking. Wanneer de *Henkel*-overweging echter wordt beschouwd in samenhang met r.ov. 59 in *Philips/Remington*, dan lees ik daar een expliciete connectie met het vereiste van onderscheidend vermogen, maar niet méér dan dat. Ik ben daarom geneigd om aan te nemen dat de ogenschijnlijk ruim geformuleerde r.ov. 31 níet per se aan de in de hoofdtekst bedoelde gedachtegang in de weg staat.

229 In de GMVo-literatuur valt e.e.a. te lezen bij Eisenführ/Schennen 2003 (Eisenführ), nr. 176, p. 141; daar wordt tevens het voorbeeld van de *innovatieve bombrief* (je kan er maar om verlegen zitten) aangehaald als een geval waarin een product aanleiding geeft om een eraan verbonden onderscheidingsteken te weigeren wegens strijd met de goede zeden.

Maar eerst plaats ik nog de opmerking dat het ten aanzien van de toetsing van een teken aan de openbare orde-/goede zeden-grond geen verschil zou moeten maken of de aanleiding van de beoordeling van de toepasselijkheid van die grond wordt gevormd door een (voor het oog) *overwegend* of meer *ondergeschikt* (grafisch) element in het teken.

Vertaald naar tekens die uitsluitend een symbool bevatten of mede een symbool bevatten, zou mijn stelling zijn dat de aanwezigheid van een symbool in een teken, althans van een symbool dat behoort tot een van de hierna in par. 4.7.4.3 en 4.7.4.4 te benoemen typen, steeds een (principiële) reden voor absolute ontoelaatbaarheid vormt.[230]

4.7.4.3 Openbare orde en goede zeden: tekens een grote negatieve symbolische waarde

Strijd met de openbare orde (en/of de goede zeden) in het merkenrecht moet in de eerste plaats worden aangenomen als de opruiende inhoud van een teken conflicteert met een grondwettelijke bepaling of internationaal verbindende verdragsbepaling,[231] of met een strafrechtelijk voorschrift, bijvoorbeeld tegen beledigende discriminatie. Ter vergelijking, in een zaak waarin mededingingsrecht aan de orde was heeft de Hoge Raad overwogen: "Van strijd met de openbare orde als bedoeld in deze bepaling [art. 1065 lid, aanhef en onder *e* Rv, toevoeging CvW] is […] sprake indien (..) de inhoud of uitvoering van het vonnis strijd oplevert met *dwingend recht* van een *zo fundamenteel karakter* dat de naleving ervan niet door beperkingen van procesrechtelijke aard mag worden verhinderd."[232] In literatuur over de openbare orde als bedoeld in artikel 3:40 BW is wel gesproken van, ruimer, "het geheel van normen en beginselen, welker inachtneming noodzakelijk is voor de instandhouding van de maatschappij."[233]

Volgens de merkenrechtelijke literatuur in ons land druisen in ieder geval tekens die aanzetten tot sabotage of terreur c.q. terrorisme in tegen de openbare orde.[234] Te denken valt onder meer aan slogans of symbolen van verboden politieke partijen en van staatsgevaarlijke extremistische of gewelddadige organisaties. Het gaat – opnieuw – vooral om hakenkruizen, Ku Klux Klan-kentekens en andere aanduidingen van racisme of staatsterreur, zoals de oorlogsvlag van Japan of de beeltenis van Stalin, berucht om de groot-

230 Voor art. 6*ter* UvP-symbolen is reeds (in art. 6*ter* UvP) met zoveel woorden bepaald dat zij ook als (grafisch) bestanddeel een teken ontoelaatbaar maken (vgl. par. 4.7.3.1).

231 Onder de internationaal verbindende verdragsbepalingen is ook het in par. 3.6 besproken art. 6*ter* UvP, waarnaar art. 2.4, onder *a* BVIE (art. 4, onder 1 BMW) uitdrukkelijk verwijst.

232 HR 21 maart 1997, *NJ* 1998, 207, *LJN* AA4945, r.ov. 4.2 (*Eco Swiss China Time/Benetton*); mijn cursivering. Er is discussie mogelijk over de vraag of het uitsluitend zou moeten gaan om wetgeving afkomstig van de formele wetgever of ook om lagere wetgeving, maar de geciteerde rechtsoverweging van de Hoge Raad is veelzeggend. In de Duitse *merkenrechtelijke* literatuur kiezen Ingerl/Rohnke 2003, art. 8, nr. 300, p. 303 voor een ruime uitleg.

233 Asser-Hartkamp 4-II (2005), nr. 272, p. 270.

234 Komen/Verkade 1970, p. 88.

schalige zuiveringen die hij liet doorvoeren. Zulke tekens kunnen worden beschouwd als tekens met een grote *negatieve* symbolische waarde. Het BBIE pleegt dergelijke symbolen te weigeren.[235]

Strijd met de goede zeden (en/of de openbare orde) wordt aangenomen als een teken conflicteert met de heersende maatschappelijke opvattingen over (publieke) moraal, opvattingen dus over behoren en betamelijkheid, gegroeid in de loop van lange tijd, in Nederland net als in heel West-Europa op basis van een hoofdzakelijk christelijke moraal.[236] Het gaat om vulgaire tekens, obsceen of pervers, en notoir gevoelige thema's zijn religie, seks, racisme. Het bepalen van de stand van opvattingen over de goede zeden terzake van een bepaald teken is uiteindelijk een zaak van rechters, zoals die een enigszins vergelijkbare taak hebben in het beoordelen van uitingen aan de maatschappelijke betamelijkheid (artikel 6:162 BW).

In de merkenrechtelijke literatuur worden in dit verband vaak (weer) genoemd tekens die een hakenkruis bevatten, racistische of blasfemische woorden of afbeeldingen, en scheldwoorden ('schuttingtaal').[237] Over een depot van een teken met een afbeelding van Adolf Hitler met een aureool in de vorm van een Davidsster, zal het BBIE, en anders wel de rechter, inderdaad niet hoeven te aarzelen, evenmin als over een teken dat een afbeelding bevat van een Jezus-figuur aan een hakenkruis.[238] Te denken valt daarnaast aan tekens die een nationaal symbool perverteren, zoals door middel van een rake afbeelding van een dodelijk zieke, kwijlende en wankelende Nederlandse leeuw.

Een teken met een grote symbolische waarde dat een *geperverteerd* cultureel symbool omvat, zou in strijd met de goede zeden kunnen zijn, bijvoorbeeld een obscene versie van een schilderij van een Hollandse meester. Maar omdat het monopoliseren van een cultureel symbool op zichzelf nog niet conflicteert met de openbare orde, zoals ik hieronder zal verdedigen, is het hier alleen de *perversiteit* die gewicht in de schaal legt. (Daarbij komt nog dat plaatjes van bekende schilderijen regelmatig in een parodiërend jasje worden gegoten en dat het publiek op het parodievlak redelijk wat gewend is, zodat een beroep op strijd met de goede zeden zelden kansrijk zal zijn.)

235 Een grensgeval is geweest het depot van 'Rauter der entartete Kunstkabauter', (een afbeelding van) een tuinkabouter met uitgestrekte rechterarm en een hakenkruis op een band om de bovenarm. Na een aanvankelijke weigering wegens strijd met de openbare orde heeft de deposant het hakenkruis vervangen door een *vraagteken*, waarna het teken alsnog – naar verluid nét – over de drempel van het merkenbureau is gekomen. Registratie 4 april 2000, nr. 691996 (aanvankelijke weigering: nr. 947182).

236 Asser-Hartkamp 4-II (2005), nr. 257, p. 256; Rechtshandeling en overeenkomst (Van Dam) 2004, nr. 154, p. 195; vgl. tevens J.H. Nieuwenhuis, 'Ieder het zijne', *RM Themis* 1988/afl. 2, p. 73-84, op p. 84.

237 Gielen/Wichers Hoeth 1992, nr. 464, p. 190; Mom 1995, p. 97-98.

238 Hier kan evengoed strijd met de openbare orde worden ingeroepen (vanwege het afbeelden van Hitler resp. hakenkruis *an sich*).

In de literatuur is in 2004 door Phillips en Simon gesuggereerd om een pan-Europese instantie of anders een web van nationale instanties te equiperen voor de selectie en registratie van zogeheten *non-merken*.[239] Als non-merken zouden in de visie van de beide schrijvers moeten gelden tekens met een "potential for commercial exploitation as an icon of hatred, genocide or other consensually identified destructive social value."[240] Volgens het voorstel zou het opnemen van zulke symbolen met een negatieve connotatie in een Europees opgezet of aan de Lidstaten gedelegeerd 'zwartboek' de mogelijkheid moeten wegnemen om die symbolen als merk voor waren of diensten via merkregistratie te monopoliseren en ook een verbod dienen in te houden van ieder commercieel gebruik.

De directe aanleiding voor het voorstel van Phillips en Simon was de internationaal succesvolle verkoop van zogenaamde *Führerwein*, in Italië geproduceerde wijn waarvan de flessen met afbeeldingen van Adolf Hitler op het etiket het meest de aandacht trokken (zie hierover eerder al hoofdstuk 4, par. 3.3.4 en tevens hoofdstuk 5, par. 4.7.4.2). Die flessen verkopen overigens nog steeds goed.[241]

Hoewel het idee van Phillips en Simon de kracht van de originaliteit heeft en is geboren uit een bezorgdheid waarvoor men alleen maar sympathie kan hebben, is het nastreven van een dergelijk ambitieus systeem alles bij elkaar de moeite niet waard. Bovendien wachten er, bezien vanuit artikel 10 lid 2 EVRM, beren op de weg met betrekking tot het geïmpliceerde *a priori*- en *categorische* gebruiksverbod.[242] De introductie van een systeem als van Phillips en Simon is daarom niet waarschijnlijk.[243]

Kijkend naar Nederland komt hierbij nog dat voor het bestrijden van ontoelaatbare uitingen de door de collectieve actie versterkte optie van artikel 6:162 BW volstaat, met zijn op de concrete feiten en omstandigheden toegesneden rechterlijke beoordeling, aangevuld met de mogelijkheid van strafrechtelijke vervolging (zie aldus hoofdstuk 4, par. 3.5 en par. 7).

4.7.4.4 Openbare orde en goede zeden: tekens een grote positieve symbolische waarde

Maar ook tekens met een grote *positieve* symbolische waarde kunnen, te meer bij gebrek aan een bepaling *à la* artikel 3 lid 2 onder *b* MRl in het BVIE, bij de bepaling over de openbare orde baat vinden: als middel om ze te beschermen

239 Phillips & Simon 2004.

240 Phillips & Simon 2004, p. 329.

241 Zie bijv. nader bij K. de Mik, 'Proosten met Hitler', *NRC Handelsblad* 19 september 2006, p. 20.

242 Een opvatting van gelijke strekking/reactie op de suggestie van Phillips en Simon heb ik eerder verdedigd in de *EIPR*; zie nader Van Woensel 2005, p. 37-42.

243 Maar niet onvoorstelbaar; vgl. in dit verband hoofdstuk 4, par. 3.3.4.3, waarin een in 2005 op het Europese politieke toneel circulerend (en onzalig) idee voor nota bene een Europawijd verbod op ieder publiek gebruik van nazi-symbolen is vermeld. In 2007 heeft het Duitse voorzitterschap van de EU het idee weer opgepakt.

tegen monopolisering door een individuele onderneming en dus om ze 'vrij te houden'. Het is Verkade geweest die (in 1999) bepleitte om de openbare orde-bepaling in te zetten tegen depots als die van 'Euro' voor munten en bankbiljetten, verricht door een ondernemer kort na berichten in de pers over EU-beraad omtrent de benaming van de nieuwe Europese munt in 1995.[244]

Vóórdat ik andere typen van tekens met een grote positieve symbolische waarde noem, merk ik op dat ik mij realiseer dat er verschillend kan worden gedacht over deze wijze van op 'vrij houden' gerichte bescherming van symbolen onder het huidige BVIE, de opvolger van de BMW; de mate waarin symbolen moeten worden vrij gehouden is een volgende kwestie. Het heeft (ook) mijn voorkeur artikel 3 lid 2, onder *b* én *c* MRl bij de eerstvolgende wijziging van het BVIE alsnog over te nemen. Het zijn de geëigende bepalingen voor het doel en bovendien geeft het overnemen in het BVIE een signaal af van wetgeverszijde dat er nieuwe wegen geopend zijn, hetgeen de rechter bevrijdt van het zelfstandig komen tot een op onderdelen ruimere uitleg van het begrip *openbare orde*.

Zolang het echter niet zover is, ware de bedoelde bescherming niettemin te verlenen langs de weg van de openbare orde en de goede zeden, de drempel van de daartoe op onderdelen geboden ruimere uitleg ten spijt.

Hét argument voor de stap om tekens met een grote (positieve) symbolische waarde vrij te houden van merkregistratie is dat het in brede groepen van de samenleving als zódanig onverteerbaar wordt ervaren dat de toepassing van tekens met een grote symbolische waarde voor persoonlijk gewin kan worden 'bekroond' met het verkrijgen van een *exclusief (merk-)recht* op zo'n teken, dat de mogelijkheid van monopolisering van die tekens moet worden uitgesloten. De confrontatie van individuele belangen van deposanten die dan nul op het rekwest krijgen en het algemene belang van (tenminste een deel van) de samenleving valt hier zodoende in het voordeel van de samenleving uit.

Deze lijn is een andere dan die in *Route 66 III*, de zaak die in deze de toon heeft gezet.[245] In die al eerder vermelde zaak over de gemonopoliseerde aanduiding Route 66, overwoog het Gerechtshof te Leeuwarden, in r.ov. 2.4: "Het depot en gebruik als merk van woorden of beelden, welke in een geheel andere context – en niet door inspanningen van de deposant – grote bekendheid hebben (verkregen) en dientengevolge door velen met die context worden geassocieerd, wordt door de BMW niet belet." De Hoge Raad overwoog in r.ov. 3.6 dat "[n]iet is bepaald [in art. 4 BMW, nu art. 2.4 BVIE; toevoeging CvW] dat aan het depot van een "tot het publieke domein" behorend teken geen merkrecht kan worden ontleend."

De insteek van hof en Hoge Raad in *Route 66 III* is duidelijk, maar er valt bij aan te tekenen dat de beide instanties het vizier gericht hadden op het *publieke domein* met als concreet *voorbeeld* daarvan het in de VS en daarbuiten

244 Verkade 1999a, p. 235-236. Zie tevens par. 5.7 hierna.
245 HR 5 maart 1999, Hof Leeuwarden 3 september 1997, *NJ* 2000, 306, m.nt. DWFV.

alom bekende Route 66-verkeersbord. Wellicht moet de term publiek domein hier breed worden verstaan: aantrekkelijke, rechtenvrije woorden en afbeeldingen in het algemeen.

Dit laat de mogelijkheid open dat de kwestie van het monopoliseren van tekens met een grote symbolische waarde als (belangrijk) specifieker moet worden beschouwd en dat het erop moet worden gehouden dat *Route 66 III* ons daarover niet zoveel vertelt. Om iets te noemen, de rechtsoverwegingen van zonet signaleren geen gradaties van in het publiek domein vallende tekens naar gelang (het type van) de (grote symbolische) waarde die er voor de maatschappij aan is verbonden. Het Route 66-verkeersbord vormt bovendien misschien niet de *meest* overtuigende illustratie van een teken met een grote symbolische waarde.

Een sterk argument voor de subsidiaire benadering via de weigerings- en nietigheidsgrond van de openbare orde (en/of de goede zeden), acht ik het volgende. Zoals eerder ter sprake kwam, is een belangrijke categorie van tekens met een grote positieve symbolische waarde die dienen te worden uitgesloten van monopolisering, die van de nu reeds door artikel 6*ter* UVP beschermde vlaggen, wapens en andere emblemen. Welnu, zou een specifieke bepaling als artikel 6*ter* UvP níet hebben bestaan, dan zou de merkinschrijving van symbolen van de Nederlandse Staat en van internationale intergouvernementele organisaties waarbij Nederland is aangesloten, op de *openbare orde*-grond ontoelaatbaar kunnen worden geacht (voor alle waren- en dienstenklassen).[246]

Wat aldus bij gebrek aan een specifieke grond zou moeten gelden voor de vlaggen, wapens en andere emblemen van artikel 6*ter* UvP, laat zich ook verdedigen voor ándere categorieën tekens met een grote positieve symbolische waarde. Of dit argument voor alle in dit boek onderscheiden categorieën van symbolen even zwaar weegt, is een volgend, nu te bespreken onderwerp: de *mate* van vergelijkbaarheid met de vlaggen, wapens en andere emblemen van artikel 6*ter* UvP, is daarbij een belangrijk gezichtspunt.

Om te beginnen breek ik een lans voor het in strijd achten met de openbare orde van buiten artikel 6*ter* UvP vallende nationale symbolen, zoals het Monument op de Dam.

Daarnaast zou deze ontoelaatbaarheid zich meen ik tevens moeten uitstrekken tot andere officiële symbolen die niet onder artikel 6*ter* UvP zijn begrepen, zoals vlaggen en wapens van gemeenten en provincies. Omdat het huidige Benelux-recht geen equivalent kent van het optionele artikel 3 lid 2,

246 Het bestaan (resp. de introductie in 1925) van art. 6*ter* UvP beschouw ik als een uitvloeisel van de wens om internationaal één lijn te trekken ten aanzien van de voorwaarden voor occupatie van bepaalde tekens met een officieel karakter resp. het als ontoelaatbaar aanmerken daarvan. Dat art. 6*ter* UvP op die tekens is toegespitst en als internationale verdragsbepaling (en via de MRl) is opgenomen in de merkenwetgeving, zegt m.i. op zichzelf nog niets ten nadele van het potentiële bereik van de openbare orde-grond.

onder *c* MRl dat juist over dit laatste type tekens gaat, krijgt de ondernemer die dergelijke symbolen wenst te deponeren, nu niet *a priori* het deksel op de neus. Ik wees hierop in par. 4.7.3.2.

Een categorie van de met artikel 6*ter* UvP vergelijkbare nationale symbolen is te vinden bij het Koninklijk Huis.[247] Gedacht zou in ieder geval moeten worden aan de naam, al dan niet met adellijke titel, handtekening en heraldische vlag en wapen van de majesteit, de kroonprins of -prinses en de andere leden van het (sinds enkele jaren aanzienlijk verkleinde) Koninklijk Huis.[248] Of de bescherming zich zou moeten uitstrekken tot namen en parafernalia van niet (langer) tot het Koninklijk Huis behorende familieleden, en hoe ver terug moet worden gegaan in de tijd, is afhankelijk van een aan de rechter over te laten waardeoordeel.[249] Het lijkt mij dat dit oordeel mede moet afhangen van de (tegenwoordige) bekendheid en geliefdheid bij de bevolking, enkele van de factoren die het belang bij het vrij houden van de tekens indiceren.

Vervolgens pleit ik voor religieuze symbolen. De voor een religie meest wezenlijke representaties vormen in mijn ogen zelfs de belangrijkste, tot op heden in het Benelux-merkenrecht niet uitdrukkelijk van de mogelijkheid van registratie uitgesloten tekens met een grote symbolische waarde.

Ik voel mee met het argument dat gelovigen in de regel niet door bijzondere wetgeving in een gepriviligeerdere positie mogen worden gebracht dan hun medeburgers die toevallig niet in iets bovenmenselijks geloven. Toch hecht ik in dit geval méér waarde aan het argument dat het niet aangaat, gegeven dat in onze samenleving *het geloof* algemeen als een belangrijk bestanddeel van het leven van veel mensen wordt beschouwd, dat op de meest wezenlijke benamingen en grafische representaties van een religie een (merkenrechtelijk) *alleenrecht* wordt vergund aan deposanten voor welke producten of diensten dan ook. Bovendien kan zo'n alleenrecht als verregaand *kwetsend* worden ervaren door mensen die een symbolische representatie van

247 Het BVIE bevat geen specifieke bepaling over het Koninklijk Huis; art. 6*ter* UvP laat zich niet uit over 'Koninklijk Huis-merken'. Vgl. langs deze lijn tevens het vonnis van Vzr. Rb. Utrecht 16 juli 2003, *IER* 2003, nr. 8, p. 38-42, m.nt. MdCB (*Prinsesmaxima.com*), r.ov. 4.5: "Anders dan bij de in art. 6*ter* Unieverdrag van Parijs bedoelde staatkundige symbolen (..) [kunnen] de namen en staatsrechtelijke titels van het Koninklijk Huis (..) niet worden aangemerkt als tekens die (..) van rechtswege ongeoorloofd (..) zijn." De merkenwetten van enkele andere Europese landen kennen trouwens wél een in art. 6*ter* UvP-sferen gelegen Koninklijk Huis-bepaling; bijvoorbeeld Groot-Brittannië, art. 4 lid 1 jo 3 lid 5 TMA.

248 Langs deze lijn zou bijvoorbeeld het sinds 1982 in het Benelux-register ingeschreven merk 'Koningin Beatrix' voor rozen (inschrijvingsnr. 0382556) blootstaan aan een nietigheidsactie (die echter wel zal uitblijven als belanghebbenden (met name de Staat) geen bezwaar hebben tegen de merknaam voor rozen).

249 Hier kan verder wellicht worden aangehaakt bij mijn suggestie in par. 4.7.4.2: de grens ligt daar waar in een concreet geval de rechter tot de slotsom komt dat redelijke mensen met elkaar van mening kunnen verschillen over het 'symboolgehalte' van een teken. Vertaald naar het eerdere voorbeeld van de fictieve merknaam 'LSD-Trix' is dan de vraag of uit de naam voldoende naar voren komt dat hij aan koningin Beatrix refereert (zelf zou ik menen van niet, vanwege de niet méér dan indirecte verwijzing naar de vorstin).

hun religie voor commerciële doeleinden *gemonopoliseerd* zien door individuele ondernemers en ondernemende particulieren.

Dit standpunt laat onverlet het commerciële gebruik van religieuze symbolen zónder monopolie, zowel door de deposant die nul op het rekwest krijgt als andere ondernemers. Hoewel vér doorgedreven commercialisering denaturerend kan werken, is commercieel gebruik van religieuze symbolen in ons land tevens als een realiteit te beschouwen en bovendien naar de maatstaven van het Nederlands burgerlijk recht op zich geoorloofd. Doet zich een (dreigende) inbreuk op rechten of belangen van gelovigen voor, dan is een (collectieve) actie uit onrechtmatige daad een optie, maar in het licht van het recht op de vrijheid van meningsuiting zal die niet spoedig slagen.[250]

Een complicatie kan zich bij de toetsing van symbolen van religieuze aard voordoen, wanneer er religieuze symbolen in het spel zijn die niet per se landelijk (resp. bij het BBIE) bekend zijn, althans niet in hun religieuze symbolische betekenis. Bijvoorbeeld, of misschien wel zeer waarschijnlijk, omdat het geloofsrepresentaties betreft van een minderheid van niet-westerse oorsprong.[251]

Het is de vraag of van het BBIE verwacht mag worden dat het voor ieder mogelijk religieus of etnisch symbool de bibliotheek induikt of op internet gaat zoeken. Een andere vraag is of resp. wanneer in een multiculturele samenleving de opvattingen van een *deel*gemeenschap maatgevend mogen zijn om een teken als in strijd met de 'heersende maatschappelijke opvattingen' omtrent de goede zeden te weigeren of nietig te verklaren, hoewel zo'n teken níet tegenhouden evident op bezwaren vanuit die gemeenschap zal stuiten. Dat het punt in deze alinea geen academisch *issue* is, blijkt wel uit de commotie onder Nederlandse hindoes over de acceptatie van het Benelux-depot van de naam Shiva – (tevens) een hindoegod – voor pornografische diensten.[252]

Tot de tekens met een grote positieve symbolische waarde behoren verder nog tekens die culturele symbolen omvatten. Zoals ieder land kent ook Nederland zijn 'iconen' van kunst en historie: beroemde oude schilderijen van de Hollandse Meesters, bekende landgenoten van weleer zoals Willem van Oranje en Michiel de Ruyter, en monumenten in de vorm van gedenktekens en *landmark buildings*.[253] Nederland heeft een royaal erfgoed van beroemde

250 Zie hierover hoofdstuk 4, par. 3.4.4.

251 Ik wijs tevens op mijn eerdere bespreking van dit punt vanuit het perspectief van de civiele onrechtmatige daadsprocedure, in hoofdstuk 4, par. 3.3 en 3.4.

252 Naar verluid was het – toen nog – BMB zich ten tijde van de beoordeling van het depot niet bewust van de bijzondere betekenis en waarde van de naam Shiva voor hindoegelovigen, en had het BMB achteraf, na alle commotie, spijt dat zij eerder haar fiat had gegeven aan het depot. Zie ter vergelijking de *Shiva*-rechtspraak in hoofdstuk 4, par. 3.3.3. Zie ook hoofdstuk 9, par. 7.

253 Dat die zo beroemd geworden oude schilderijen ooit in een *commerciële* context ontstonden (de schilder verkocht zijn werk), doet niet af aan het toekennen van een grote symbolische waarde vandaag de dag.

oude schilders en schilderijen, en 'scoort' wat minder op grootse monumenten, zoals Frankrijk de Eiffeltoren heeft en Griekenland de Akropolis, maar hoe dan ook: culturele symbolen hébben we in ons land maar genoeg.

De allereerste gedachte die leidde tot dit boek, viel me in een museumwinkel in. In de sfeer van commerciële hebbedingen en souvenirs zag ik daar producten voorzien van een natuurgetrouwe afbeelding van beroemde schilderijen *à la* de Nachtwacht en de Zonnebloemen, waarbij op die producten merkenrechtelijke exclusiviteit werd gepretendeerd. Ik stond toen zowel sceptisch tegenover die pretentie als tegenover de wenselijkheid van occupatie van cultureel erfgoed, omdat ik er geen legitimatie voor zag.

Ook al heb ik nog steeds sympathie voor de gedachte dat de openbare orde-grond de mogelijkheid van merkregistratie van culturele symbolen zou blokkeren, toch vind ik nu dat ik met een pleidooi van die strekking achter de feiten aan zou lopen. Het is nu eenmaal de realiteit dat zulke symbolen, die behoren tot het publieke domein en die door hun bekendheid en vaak ook schoonheid aantrekkelijk worden gevonden, in ons land al decennia als merk worden gedeponeerd en ingeschreven.[254] Dit geldt voor culturele symbolen in de zin van schilderijen – of ruimer: kunst, volgens het gewone spraakgebruik – maar ook voor veel markante personen uit de geschiedenis.[255]

Wetgevers en rechters kúnnen een andere keuze maken, zoals in enkele Europese landen daadwerkelijk is gebeurd – door de mogelijkheid van monopolisering van cultureel erfgoed uit te sluiten of te beperken (par. 3.7).[256] Er kan dus anders over worden gedacht. Maar gezien de omstandigheid dat Nederland nu geenszins op die lijn zit en bovendien de urgentie om *culturele* symbolen uit te sluiten in vergelijking met de andere genoemde typen symbolen – de (inter-)nationale symbolen, religieuze symbolen en 'negatieve' symbolen – al met al toch als het minst groot kan worden beschouwd, acht ik een ontwikkeling in die richting hier te lande niet waarschijnlijk.

Uiteindelijk geeft voor deze relatief lagere plaats van culturele symbolen op 'de ladder van de grote symbolische waarde' de doorslag dat het in veel gevallen om van origine individuele menselijke creaties gaat die zich veelal

254 Benelux-merkrechten zijn onder (veel) meer gevestigd op de naam, handtekening of portret van beroemde landgenoten uit vroeger tijden, zoals Rembrandt, Vincent van Gogh, Johan de Witt en Willem II.

255 Afbakeningsvragen kunnen zich voordoen ten opzichte van de nationale symbolen. Zeer verdedigbaar is dat bepaalde beroemdheden uit de geschiedenis tevens zijn verworden tot een nationaal symbool. Willem van Oranje is zo één. Dit spreekt voor zich. Wat misschien niet voor zich spreekt maar – in de hierboven gepresenteerde visie – wel consequent is, is dat de naam, beeltenis en eventueel handtekening van Willem van Oranje dan dus door hun 'klassering' als nationaal symbolen, ontoelaatbaar zijn geworden als merken.

256 En er is de hartenkreet van A-G Ruíz-Jarabo Colomer in de HvJEG-zaak over het monopoliseren van de begintonen van Wagners beroemde "Für Elise" als klankmerk (2003), dat het maar moeilijk te verteren is dat een geestelijke creatie die deel uitmaakt van het universele culturele erfgoed, door iemand wordt toegeëigend als exclusief onderscheidingsteken; conclusie van 3 april 2003, punt 54, bij HvJEG 27 november 2003, C-283/01, *IER* 2004, nr. 7, p. 33-37 (*Shieldmark*). Het hof ging op dat bezwaar niet in.

hand in hand met de naam van hun schepper door de geschiedenis bewegen. Wie Mona Lisa zegt, zegt Leonardo da Vinci, en andersom. Dit maakt in zoverre niet uit, dat zowel de Mona Lisa als Leonardo da Vinci zelf beide kunnen worden gezien als een 'icoon'. Maar het laat wel zien dat het culturele symbolen aan de mate van absoluutheid kan ontbreken die wordt aangetroffen in een nationale vlag of een godsteken.

Kunnen in Nederland – de Benelux – afbeeldingen van 'iconen' van cultuur dan dus (zonder meer) een exclusief merk zijn voor waren of diensten? Onder verwijzing naar hetgeen ik daarover eerder in dit hoofdstuk heb geschreven, vat ik kort samen: het kan, maar niet steeds zonder meer. Erg geschikt als onderscheidingsteken zijn ze niet, om het met een understatement te zeggen. Tekens die de naam of een afbeelding van een symbool van de kunst of historie omvatten, bezitten als gevolg van de bekendheid die ze genieten in verband met hun grote symbolische waarde veelal geen onderscheidend vermogen als merk voor enige waar of dienst. Culturele symbolen zullen in veel gevallen om *die* reden worden geweigerd of nietig verklaard – vergelijk de Nachtwacht afgebeeld op een koekblik, hierna in par. 5.3.[257]

Maar niet uitgesloten is dat ze onderscheidend vermogen wel zouden *ontwikkelen* door intensief reclame te maken voor het symbool *als merk*. Een afbeelding van de Aardappeleters van Vincent van Gogh zou misschien best een merk kunnen worden voor pannen, bestek en ander keukengerei, om eens iets te noemen. Ik verwijs voor het overige terug naar de discussie eerder in deze par. 4 (met name par. 4.5).

Ten slotte ga ik kort in op de gedachte dat de van occupatie als individuele merken uit te sluiten typen symbolen wellicht niettemin als *collectieve* merken (vgl. art. 2.34 BVIE) in het register zouden kunnen worden ingeschreven.

Kanalisering van de problematiek van tekens met een grote symbolische waarde via de faciliteit van de collectieve merkregistratie komt in mijn ogen niet op overtuigende wijze tegemoet aan de bezwaren tegen monopolisering van symbolen – het blijft monopoliseren – en is ook overigens niet heilzaam. Bovendien liggen er allerlei praktische en politiek getinte moeilijkheden op de loer: wie zou in deze kwesties een collectief merkrecht moeten verlenen en op basis van welke criteria? Een wespennest.

4.7.4.5 Rol van bezwaren of, omgekeerd, toestemming

Het voorgaande betoog impliceert al dat de toelaatbaarheid van een teken met een grote (positieve) symbolische waarde in het licht van de openbare orde níet afhankelijk zou moeten worden gemaakt van door belanghebbenden (bijvoorbeeld gemeenten, leden van het Koninklijk Huis of geloofsgemeenschappen) al dan niet geuite bezwaren. Omgekeerd zou een door zo'n

257 Daarnaast is in vóórkomende gevallen weigering of nietigverklaring wegens beschrijvendheid mogelijk, zoals wanneer een kruisteken voor cursussen over het christendom wordt gedeponeerd c.q. is geregistreerd.

belanghebbende aan een bepaalde deposant gegeven toestemming dus ook niet de nietigheidsgrond kunnen 'helen': het gaat immers om tekens die voor een ieder vrij dienen te blijven, binnen de in deel I van dit boek beschreven grenzen ten aanzien van de vrijheid van het gebruik ervan.

Overigens, tóch een 'toestemmingsvereiste' inbouwen, als gezegd niet de aangewezen weg, zou terzake van religieuze symbolen, die soms door meerdere geloofsstromingen worden erkend en waarvan de betekenis en waarde ook binnen een geloofsgemeenschap kan verschillen, de moeilijkheid oproepen van *wie* van de gelovigen resp. *welke* van de belanghebbende organisaties – de (mogelijk ook nog onderling verdeelde) kerkelijke organisaties, eventuele publiekrechtelijke overlegorganen en civielrechtelijke belangenorganisaties – de goedkeuring zou moeten worden verkregen en waarom.[258]

Alleen voor nationale symbolen ligt de toestemmingskwestie deels anders, door de werking van artikel 6*ter* UvP: zou de Nederlandse overheid om haar moverende redenen toestemming geven voor het opnemen van de Nederlandse vlag in een bepaald teken, dan wordt dit teken niet wegens strijd met artikel 2.4 aanhef en onder *a* BVIE jo 6*ter* UvP geweigerd of nietig verklaard.

4.7.4.6 Europese randvoorwaarden bij art. 3 lid 1 onder *f* MRl?

In par. 4.7.4.1 hintte ik dat de keuze om de invulling, uitwerking en toepassing van de begrippen in artikel 3 lid 1 onder *f* MRl ter discretie van de Lidstaten te laten, naar mijn mening níet de noodzaak wegneemt énige Europese randvoorwaarden voor die invulling, uitwerking en toepassing te formuleren. Het is een gedachte die mij keer op keer bekruipt als (met name) het terrein van de moraal wordt betreden. Zónder aan te sturen op iets als één Europese opvatting over moraal, meen ik dat enige verdere Europese kadervorming geboden is, zoals ook andere MRl-weigerings- of nietigheidsgronden van meer of minder uitwerking of toelichting zijn voorzien in de MRl-Considerans of richtingwijzende uitspraken van het EG-Hof van Justitie.

Ik doel hier niet op de vraag welk merk wel of niet mag, maar met behulp van welke criteria of gezichtpunten bepaald moet worden of een merk wel of niet mag.[259] Er kan spanning optreden daar waar enerzijds de Lidstaten geacht moeten worden uit te gaan van materieel vaste (MRl-)registratievoorwaarden, inclusief het begrippenpaar openbare orde/goede zeden, en zij het anderzijds zonder énige Europese uitwerking of toelichting moeten stellen. Repliek dat dit nu juist is wat de landen willen, gaat in elk geval voorbij aan

258 Dit punt laat zich eveneens signaleren met betrekking tot een deel van de artikelen in de buitenlandse wetgevingen in par. 3.7. Het was daar voor mijn betoog niet noodzakelijk om daaraan meer aandacht te besteden dan ik heb gedaan, en gezien mijn opvatting in par. 4.7.4.5 is ook op deze plaats verdere beschouwing óver de grenzen, niet nodig. Het volstaat om op te merken dat sommige buitenlandse wetgevingen een toestemmingsvereiste kennen en dat daarvoor niet een uniform model lijkt te bestaan.

259 Ik denk hier, in een los verband, tevens terug aan mijn kritische opmerkingen in hoofdstuk 2, par. 6 naar aanleiding van de in mijn ogen tekortgeschoten supervisie door het EHRM in (niet-merkenrechtelijke) 'moraalzaken'.

de homogeniteit als een kerndoel van het streven naar gelijke voorwaarden voor registratie- en bescherming.

4.7.4.7 Afronding

Samenvattend, ik zie drie typen van tekens met een grote symbolische waarde die (bij gebreke van een specifieke bepaling over die tekens) als in strijd met de openbare orde ontoelaatbaar moeten worden geacht: (1) (alle) symbolen met een negatieve connotatie, en van de symbolen met een positieve connotatie (2) nationale symbolen, inclusief het Nationaal Monument op de Dam en nationale symbolen van het Koninklijk Huis, en (3) religieuze symbolen.

De typen tekens met een grote (positieve of negatieve) symbolische waarde die ik in deze par. 4.7.4 heb 'geclassificeerd' als in strijd met de openbare orde of de goede zeden, zouden mijns inziens voor geen enkele waar of dienst toelaatbaar kunnen worden geacht: categorische of absolute ontoelaatbaarheid.

Terwijl de toelaatbaarheid van een teken als regel wordt beoordeeld in zijn relatie tot de bij het depot aangemelde waren of diensten, doet deze relatie er in deze gevallen niet toe. Het is het (in het teken neerlegde) symbool op zichzelf dat aan de heersende maatschappelijke opvattingen over de grote symboolwaarde wordt getoetst.

Naast de eerdergenoemde argumenten voor uitsluiting van nationale, religieuze en 'negatieve' symbolen is een argument dat de ongemakkelijke situatie wordt weggenomen dat van de overheid officiële medewerking aan merkinschrijving wordt verlangd.

4.8 Tussenbalans

In par. 3 gaf ik aan dat het aanbeveling verdient om artikel 3 lid 2, onder *b* en *c* MRl bij de eerstvolgende wijziging van het BVIE alsnog over te nemen. In par. 4 bepleitte ik het *de facto* in ere herstellen van de oude bepaling over vlaggen, wapens en emblemen van lagere overheden zoals die voorheen in onze merkenwetgeving heeft bestaan, door het overnemen van artikel 3 lid 2, onder *c* MRl. Maar par. 4 ging verder toch vooral over tekens in de zin van artikel 3 lid 2, onder *b* MRl en de noodzaak om een equivalent van dat artikelonderdeel in het BVIE op te nemen.

Het is niet afdoende om, bij gebreke van de richtlijngrond over tekens met een grote symbolische waarde, te varen op het vereiste van onderscheidend vermogen. Het is namelijk mijns inziens onjuist om de mogelijkheid open te laten dat een teken met een grote symbolische waarde als ieder ander teken kan inburgeren als merk zonder dat er nadere bezwaren tegen merkregistratie kunnen worden aangevoerd.

De merkenrechtelijke beoordeling van tekens met een grote symbolische waarde is immers eerder een kwestie van *absolute toelaatbaarheid* van een teken als merk dan van *deugdelijkheid* van een teken als merk.

Het terrein van de openbare orde is bij uitstek relevant vanwege de aard van tekens met een grote symbolische waarde als bedoeld in artikel 3 lid 2,

onder *b* MRl. Tekens met een grote symbolische waarde dienen vrij te worden gehouden van merkregistratie omdat het, blijkens de door mij in de hoofdstukken 4 en 5 gesignaleerde incidenten, in de samenleving als onverteerbaar wordt ervaren dat de toepassing van dergelijke tekens voor persoonlijk gewin kan worden 'beloond' met het verkrijgen van een *exclusief recht* op zo'n teken.

Als absoluut ontoelaatbaar kunnen naar mijn mening worden aangemerkt tekens met een grote *positieve* symbolische waarde, voor zover het betreft nationale symbolen, inclusief het Nationaal Monument op de Dam en nationale symbolen van het Koninklijk Huis, en religieuze symbolen (par. 4.7.4.4). Daarnaast zijn naar mijn mening absoluut ontoelaatbaar tekens met een grote *negatieve* symbolische waarde (een portret van Adolf Hitler bijvoorbeeld).

In de behandelde problematiek van tekens met een grote symbolische waarde en het debat daarover in deze studie ligt de nadruk op symbolen met een positieve connotatie, die positieve elementen of bouwstenen vormen van een identiteit. Daarover valt meer (nieuws) te schrijven dan over de verzameling van 'duistere' tekens, die, hoewel wellicht door een enkeling positief gewaardeerd, voor de samenleving als geheel een destructief karakter heeft en die overduidelijk in de sfeer van excessen valt.

Voor 'iconen' van cultuur en cultureel erfgoed, die op zichzelf evenzeer deel uitmaken van het domein van de tekens met een grote symbolische waarde, is in ons land een streven naar vrij houden van merkenrechtelijke occupatie niet reëel. Zulke occupatie is hier immers al langere tijd en op aanzienlijke schaal praktijk. Denk bij wijze van voorbeeld aan het merk Rembrandt voor penselen en andere schildersartikelen.

Wanneer tevens oppositie op absolute gronden mogelijk wordt gemaakt, zou de toets door het Benelux-merkenbureau betrekkelijk licht kunnen zijn. Daardoor zijn belanghebbenden in de samenleving en de markt zelf in staat een vinger aan de pols te houden en zich al in het inschrijvingsstadium te roeren.

De bevoegdheid om de nietigheidsgrond naar het model van artikel 3 lid 2, onder *b* MRl in te roepen zou het beste óók voor het openbaar ministerie worden opengesteld. Juist bij tekens met een grote symbolische waarde is immers niet ondenkbaar dat over (pogingen tot) monopolisering tumult ontstaat in de pers of Kamervragen worden gesteld. Het belang van een actiemogelijkheid vanuit de samenleving is duidelijk.

Een weigerings- en nietigheidsgrond in het BVIE opnemen naar het model van artikel 3 lid 2, onder *b* MRl zal in vóórkomende gevallen een instrument toevoegen aan nu reeds bestaande mogelijkheden voor weigering of nietigverklaring. Derde Rijk-vlaggen en -emblemen kunnen nu en in de toekomst aan de openbare orde en goede zeden worden getoetst. Voor vlaggen en wapens van landen is reeds artikel 6*ter* UvP voorhanden en dat zal wel zo blijven. In situaties van misleidingsgevaar kan de voor die situaties bestaande grond worden toegepast.

De noodzaak resp. meerwaarde van een *zelfstandige* regeling van tekens met een grote symbolische waarde ligt (1) zowel praktisch als theoretisch in de integrale benadering van het onderwerp, (2) in de insluiting van de nu nog 'ongedekte' categorie religieuze symbolen, en (3) in het signaal van de wetgever dat het tegengaan van de merkenrechtelijke occupatie van symbolen mogelijk en wenselijk is en níet reeds afstuit op eventuele (bij gebreke van dat signaal alleszins begrijpelijke) rechterlijke twijfels over het 'eigenmachtig' verruimen van de uitleg van het begrip openbare orde, een nu eenmaal beladen en veel breder begrip (of juist niet?).

Deze argumenten klemmen des te meer omdat uit de parlementaire geschiedenis (eerder in dit hoofdstuk, in par. 3) niet blijkt van sterke argumenten tégen het overnemen van artikel 3 lid 2, onder *b* MRl.

Ten behoeve van officiële *lagere-overheidstekens* zoals bedoeld in artikel 3 lid 2 onder *c* MRl wordt eveneens bepleit om de optionele richtlijngrond in het BVIE alsnog over te nemen, als absolute weigerings- en nietigheidsgrond.

In vergelijking met de grond voor tekens met een grote symbolische waarde speelt artikel 3 lid 2 onder *c* MRl, dat het mogelijk maakt om officiële aanduidingen die buiten de reikwijdte van artikel 6*ter* UvP vallen, zoals gemeentevlaggen, uit te sluiten van merkregistratie en -bescherming, in deze studie de tweede viool, maar dat mag niet verhullen dat de bepaling op zichzelf van aanzienlijke betekenis is. De tekens zijn nauw verwant met de in de Benelux vanwege de hogere hiërarchie wél categorisch van merkoccupatie en -exploitatie uitgesloten artikel 6*ter* UvP-tekens. Voor overheidsaanduidingen zou echter het officiële karakter bepalend moeten zijn en minder de plaats in de hiërarchie, zodat goed verdedigbaar is dat één lijn wordt getrokken.

Er zou geen bezwaar zijn om ook voor deze nieuwe BVIE-bepaling het openbaar ministerie bevoegd te maken de nietigheid in te roepen. Deze bevoegd-heid zou de nieuwe bepaling bovendien op dat punt (via art. 2.28 lid 1 onder *e* BVIE; art. 14.A lid 1 onder *e* BMW) in lijn brengen met de uitsluiting van artikel 6*ter* UvP-symbolen.

5 Rechtspraak van Nederlandse bodem

5.1 Introductie

In par. 4 zijn de weigerings- en nietigheidsgronden in het huidige BVIE besproken die voor het onderzoek in dit boek van betekenis zijn. Daarin kwam al rechtspraak voorbij, zodat nu geen verrassing meer is hoe de nationale rechter die gronden tot op heden heeft toegepast in de merkenrechtelijke zaken waarin tekens met een grote symbolische betekenis ter discussie stonden, of die daar dicht tegenaan lagen. Toch kwamen niet alle relevante rechtsoverwegingen al in beeld, en daar komt bij dat het groeperen van rechtspraak de overzichtelijkheid dient. Deze argumenten brengen mij ertoe om als een service aan de lezer in deze par. 5 de relevante rechtspraak op te nemen, zij het

soms met betrekkelijk weinig 'opschmuck'. Commentaar beperk ik tot de meer brandende resp. tot dan toe in dit hoofdstuk onbesproken maar nog wel van belang zijnde kwesties.

Ik behandel de zaken chronologisch. Het gaat om, achtereenvolgens: *Churchill* van de Hoge Raad in 1948 (par. 5.2);[260] *Nachtwacht* van de President van de Rechtbank Amsterdam in 1992 (par. 5.3);[261] dan drie arresten waarin steeds dezelfde deposant opkwam tegen vermeende inbreuken op zijn merk Route 66: Hoge Raad 1997, met Gerechtshof te Leeuwarden 1996 (*Route 66 I*), Gerechtshof te Amsterdam 1996 (*Route 66 II*) en Hoge Raad 1999, met opnieuw Gerechtshof te Leeuwarden, in 1997 (*Route 66 III*) (par. 5.4-5.6);[262] en de *Euro*-zaak van Rechtbank Breda in 1999 en Gerechtshof te 's-Hertogenbosch in 2001 (par. 5.7).[263] Daarna volgt nog een tussenevaluatie (par. 5.8).

5.2 *Churchill (1948)*[264]

Is een teken dat de naam en het portret van Winston Churchill als merk omvat in strijd met de openbare orde? We schrijven kort na het einde van de Tweede Wereldoorlog, in een tijd dat de Brit wijd en zijd bekend was als een van de iconen van de overwinning van de geallieerden. De Belgische onderneming Churchill's Cigars verrichtte een internationaal depot van een teken dat bestond uit de naam van Churchill en een afbeelding van diens portret, voor onder andere sigaren. De inschrijving in het register werd door het Bureau voor de Industriële Eigendom geweigerd, omdat het gebruik van dat teken in strijd zou zijn met de openbare orde.[265] Churchill's Cigars vocht de weigering aan tot in hoogste instantie.[266]

Het was indertijd vaste rechtspraak dat het recht van nietig verklaring van een merk dat de naam of firma van een ander omvatte, níet ertoe strekte om *in het algemeen* het gebruik van een eigennaam in het merk van een derde

260 HR 28 oktober 1948, *NJ* 1949, 169, *BIE* 1949, nr. 4, p. 18-25, m.nt. vdM. (par. 3.2).

261 Pres. Rb. Amsterdam van 6 februari 1992, *BIE* 1992, nr. 100, p. 390- 391, m.nt. vNH. (par. 3.3).

262 HR 5 december 1997, met Hof Leeuwarden van 12 juni 1996, *NJ* 1998, 524 (*Route 66 I*); Hof Amsterdam 18 april 1996, *NJ* 1998, 633 (*Route 66 II*); HR 5 maart 1999, met Hof Leeuwarden 3 september 1997, *NJ* 2000, 306, m.nt. DWFV (*Route 66 III*). De nummering heb ik gebaseerd op de volgorde van verschijning in de *NJ*. Hof 's-Hertogenbosch 28 augustus 1996, *BIE* 1999, nr. 31, p. 106-108 (*ANDRoute'96*) behoeft in deze studie geen bespreking.

263 Rb. Breda 11 mei 1999, *BIE* 1999, nr. 75, p. 262-264, en Hof 's-Hertogenbosch 19 april 2001, *IER* 2001, nr. 45, 244-246 (par. 3.7).

264 HR 28 oktober 1948, *NJ* 1949, 169, *BIE* 1949, nr. 4, p. 18-25, m.nt. v.d.M. De noot onder het arrest in *BIE* 1949, p. 25 van v.d.M. is geschreven naar aan leiding van de uitspraak van de rechtbank, maar is gepubliceerd, met een korte toevoeging, nadat het arrest van de Hoge Raad was gewezen.

265 *BIE* 1949, p. 20 linkerkolom 2e alinea.

266 De feitelijke instanties zijn niet in de *NJ*, maar wel in het *BIE* gepubliceerd.

uit te sluiten. Het voorkómen van verwarring terzake van de herkomst stond voorop.[267]

In zijn arrest (1948) overwoog de Hoge Raad dat het door het merkenbureau ingediende cassatiemiddel niet bestreed dat[268]

> "in het algemeen het bezigen van iemands naam in een merk, anders dan indien daardoor verwarring dreigt ten aanzien van de herkomst van de onder het merk verhandelde waren, niet ligt op het terrein van de openbare orde",

maar dat het middel[269]

> "niettemin meent, dat daarover in het onderhavige geval anders is te oordelen, nu het hier betreft den naam van een Staatsman van de unieke betekenis van Winston Churchill, immers – nog afgezien van de onder het Engelse volk levende gevoelens – brede kringen van het Nederlandse volk aanstoot zouden nemen, dat deze naam wordt dienstbaar gemaakt aan een doel als den verkoop van rokersartikelen uit winstbejag".

Het cassatiemiddel trof geen doel, omdat, aldus de Hoge Raad[270]

> "zeker niet is uitgesloten, dat het aldus gebruiken van dezen vereerden naam door sommigen als een smakeloosheid zal worden gevoeld, maar evenzeer valt aan te nemen, dat anderen het op zichzelf niet verwerpelijk zullen achten, dat, zij het dan in dit bepaalde verband, deze naam bij voortduring onder de aandacht wordt gebracht en aldus de bijzondere betekenis van dezen populairen Staatsman erkenning vindt; dat dus stellig niet gezegd kan worden, dat het gewraakte gebruik zodanige reacties moet wekken, dat daarmede de openbare orde in het geding komt."

Op dit punt aanbeland, was de *Churchill*-zaak een gelopen race.[271]

Klaarblijkelijk hadden de opiniepagina's van de Nederlandse dagbladen moeten uitpuilen van de kritiek, of had de Britse ambassadeur gevoelens van diepe kwetsing van het Britse volk moeten overbrengen aan de Nederlandse regering, wat vervolgens tot een parlementair debat had geleid, of iets dergelijks.

De *Churchill*-zaak roept associatie op met de eigentijdse merken- resp. domeinnaamzaak *Prinsesmaxima.com*, in 2003.[272] Ik vermeld hier r.ov. 4.12 van de Rechtbank Utrecht in *Prinsesmaxima.com*:

---

267 Verwarring in de zin van art. 337 WvS. Aldus conclusie P-G Berger, *BIE* 1949, p. 23, rechterkolom, laatste alinea en p. 24, linkerkolom, 1e alinea, met verwijzing naar jurisprudentie.

268 HR 28 oktober 1948, *BIE* 1949, p. 24, rechterkolom, 1e alinea.

269 *BIE* 1949, p. 24, rechterkolom, 1e alinea.

270 *BIE* 1949, p. 24, 3e alinea.

271 Aspecten van de zaak die betrekking hebben op het 'redelijk belang' tegen portretpublicatie (vgl. art. 35 jo 21 Aw), zijn voor het betoog in dit hoofdstuk niet principieel en laat ik dus weg.

272 Rb. Utrecht 16 juli 2003, *LJN* AH9883, *IER* 2003, nr. 8, p. 38-42, m.nt. MdCB.

> "In het algemeen bestaan gerede bezwaren tegen het feit dat een willekeurige onderneming een op een lid van het koninklijk huis toegespitst merk gebruikt, zeker indien (i) het merk enkel bestaat uit de titel en de naam van de betrokken persoon, (ii) voor dit gebruik (blijkbaar) geen toestemming aan de staat is gevraagd en (iii) het gaat om het staatshoofd, de troonopvolger of de echtgenoten van beiden. Personen in een dergelijke positie hebben het recht op een bijzondere bescherming tegen ongeautoriseerd gebruik van hun naam. Dit staat weliswaar niet aan het merkgebruik in zijn huidige vorm in de weg zolang de staat niet met succes actie daartegen heeft ondernomen, maar brengt wel mee dat een merkhouder de nodige beperkingen jegens hem heeft te laten gelden. In het bijzonder dient (..) te worden voorkomen dat een merkhouder naam en functie van de desbetreffende persoon, onnodig monopoliseert. Ook overigens dient degene die de naam en bij-behorende staatsrechtelijke titel van een lid van het koninklijk huis in zijn merk gebruikt, rekening te houden met de bijzondere aard en functie van de desbetreffende aanduiding."

De overweging – met het opvallende "onnodig monopliseert" – is zeldzaam in haar soort en hoe dan ook een waardevolle aanvulling op de *Churchill*-rechtspraak.

De rechtbank wees de vordering van de houder van het woordmerk Prinses Maxima en de domeinnaam prinsesmaxima.com tegen de houder van de domeinnaam prinsesmaxima.nl af.

5.3 *Nachtwacht (1992)*[273]

Na een zaak over het gebruik van de naam en beeltenis van een beroemde persoon in een merk, nu een geschil over een merk dat een beroemd schilderij omvat.

Rosenberg had de woordmerken 'Rembrandt van Rijn' en 'Rembrandt' gedeponeerd voor (onder andere) banketbakkerswaren en chocoladeproducten. Nadien verrichtte een ander, Ringers, depots van een afbeelding van de Nachtwacht en de titel van het schilderij als merken voor gedeeltelijk dezelfde waren als Rosenberg.[274] Op zeker moment bracht Ringers met het oog op een aanstaande Rembrandt-tentoonstelling een cilindervormig blik, gevuld met koeken, op de markt. Op het blik was het schilderij tweemaal rondom afgebeeld, en op het deksel stond een zelfportret van Rembrandt.

Zijn pad kruiste dat van Rosenberg, toen deze, eveneens in het kader van de tentoonstelling, een plat rechthoekig blik met bonbons op de markt bracht, met een afbeelding van de Nachtwacht op de bovenkant. Ringers startte een kort geding tegen Rosenberg en verweet hem inbreuk te maken op zijn beeldmerk op de Nachtwacht.[275]

---

273 Pres. Rb. Amsterdam 6 februari 1992, *BIE* 1992, nr. 100, p. 390- 391, m.nt. vNH.

274 R.ov. 1*a*.

275 R.ov. 3: "Ringers stelt dat Rosenberg door De Nachtwacht op haar bonbonsblik af te beelden zich te buiten gaat aan de mogelijkheden die de onder 1.b genoemde woordmerken haar bieden en inbreuk maakt op het Ringers toekomende beeldmerk. Tengevolge hiervan lijdt Ringers, die veel tijd en geld heeft besteed aan de promotie van de Rembrandt-artikelen, waaronder het blik, schade."

De President (mr. Vrakking) overwoog (r.ov. 4):

> "Vooropgesteld wordt dat het zeer onzeker is of de afbeelding van De Nachtwacht kan worden beschouwd als een merk in de zin van artikel 1 BMW. Daarvoor is vereist dat het merk een onderscheidend vermogen heeft. Het moet geschikt zijn om door het publiek als merk voor waren van een onderneming te worden opgemerkt en herkend. Dat kan van de afbeelding van het alom bekende schilderij De Nachtwacht, die louter als decoratie op de bus van Ringers is aangebracht, niet worden gezegd, zodat niet valt uit te sluiten dat de bodemrechter geen onderscheidend vermogen voor dit merk zal aannemen."

De vraag was dus, kort gezegd, of een van de hoogtepunten van de Nederlandse schilderkunst (tevens) een herkomstfunctie kan vervullen. Het antwoord ligt voor de hand. De President overwoog dat het schilderij *louter als decoratie* op het blik van Ringers was aangebracht. Het weergeven van een natuurgetrouwe afbeelding van het schilderij in een beeldmerk, dus zonder enige bewerking van de deposant, zal inderdaad door het publiek eerst en vooral wordt opgevat als zuiver decoratief, en zal in beginsel geen waren of diensten kunnen onderscheiden.

Het is niet helemaal uitgesloten dat het schilderij gaandeweg zou inburgeren als merk ('Lekker! Nachtwachtkoekjes!'), al zal de beschermingsomvang dan gering zijn.[276] Eventuele inburgering van de Nachtwacht voor banketbakkerswaren, des te moeilijker te bereiken voor een incidenteel gelegenheidsproduct (immers i.c. in verband met de Rembrandt-tentoonstelling), kwam in de procedure evenwel niet ter sprake, en zo gingen Ringers' koekjes in dit blik evenals Rosenbergs' bonbons 'onbeschermd' hun uiterste houdbaarheidsdatum tegemoet.

5.4 *Route 66 I (1997)*[277]

5.4.1 '*Get your kicks on Route 66*'

De bekendste snelweg van de Verenigde Staten is de *interstate highway* Route 66. Deze historische weg van Chicago naar Los Angeles wordt aangeduid met een verkeersbord in de vorm van een schild, zwart met een witte rand, en in witte cijfers het getal 66.[278] Dat bord is wereldberoemd geworden door de ongekende populariteit van de Route 66 in de jaren zestig van de vorige eeuw en de daaromheen ontstane cultus. De Route 66 werd in de Verenigde Staten bezongen, beschreven en verfilmd en ook in Nederland was en is de naam zeer bekend. Wie een beeld bij die snelweg oproept, denkt aan vrijheid en de

276 Een uitzondering is het met succes ingeburgerde merk voor Rembrandt-penselen. Vgl. verder het register van het merkenbureau, waarin allerlei Nachtwacht- en Rembrandtmerken ingeschreven staan.

277 Hof Leeuwarden 12 juni 1996; HR 5 december 1997, *NJ* 1998, 524, m.nt. DWFV.

278 De weg wordt tegenwoordig aangeduid als 'Historic Route 66'; gedeelten van de weg hebben in de loop der tijd (tevens) een ander nummer gekregen.

rauwe romantiek van de *easy rider*, de losjes achterover zittende vrijbuiter die zijn motor over uitgestrekte wegen stuurt. Afbeeldingen van het beroemde schildje en de route:[279]

Sinds 1979 deponeerde de Nederlandse entrepeneur Groeneveld, zelf actief in de motorwereld en kennelijk gecharmeerd van de Route 66-cultus, verscheidene beeldmerken Route 66 (of verwierf merkrechten van derden). De merkinschrijvingen hadden betrekking op diverse categorieën waren en diensten, waaronder het organiseren van reizen, rondleidingen en reizigersbegeleiding en de verhuur van vervoermiddelen.[280] In de loop der tijd verleende hij diverse malen licenties voor het gebruik van Route 66, onder andere terzake van gebruik voor neonarmaturen, lederen kleding, stickers en posters, alcoholische drank en themafeesten.[281]

5.4.2 Het hof en de Hoge Raad

In *Route 66 I* was de tegenpartij van Groeneveld een organisator van motorreizen, mevrouw Weel, die handelde onder de naam Quantrill. Quantrill richtte zich naast onder andere op de verhuur van motoren en auto's, op motorreizen buiten Europa en met name in de Verenigde Staten. In reisbrochures en folders in het kader van deze activiteiten maakte Quantrill gebruik van afbeeldingen van het Route 66-schildje. Groeneveld spande een kort geding aan tegen Quantrill wegens inbreukmakend gebruik, maar in eerste instantie zonder succes.[282]

279 Ontleend aan < http://www.biesels.de/route66.htm >, < http://www.theroadwanderer.net/route66.htm >.

280 Gegevens ontleend aan de conclusie van de A-G, nr. 1.1.3 en 1.1.4.

281 Ik baseer me hiertoe op de conclusie van de A-G Langemeijer voor het arrest van de HR 5 december 1997, *NJ* 1998, 524 (*Route 66 I*), nr. 1.1.5: "De besloten vennootschappen Licensee Route 66 BV en Kortekaas Merchandising BV, waarvan Groeneveld directeur en enig aandeelhouder is, hebben voor een deel van de waren of diensten van het teken "Route 66" licenties uitgegeven."; alsmede op de conclusie van de A-G Langemeijer voor HR 5 maart 1999, *NJ* 2000, 306 (*Route 66 III*), waarin eveneens merkhouder Groeneveld centraal stond.

282 Pres. Rb. Groningen 24 mei 1995. De rechtsoverwegingen zijn niet kenbaar uit de weergave van het geschil in de *NJ*; de A-G Langemeijer merkt in zijn conclusie enkel op, in par. 1.3, dat "de president (..), na enkele andere verweren van Quantrill verworpen te hebben, uiteindelijk geen merkinbreuk aanwezig [heeft] geacht. Om die reden heeft de president de vorderingen afgewezen."

In de beroepsprocedure voor het Gerechtshof te Leeuwarden stond ter beantwoording de vraag of Groenevelds beeldmerken specifiek terzake van georganiseerde reizen naar de enige echte Route 66 *onderscheidend vermogen* kon worden toegekend.[283] Het hof zette de belangen van Quantrill als gebruiker van de voor de snelweg en als toeristische attractie gebruikelijke aanduiding Route 66 alsmede de belangen van de merkhouder Groeneveld uiteen, en overwoog in r.ov. 17-18:

> "Dit zo zijnde, heeft Quantrill (en hebben andere reisorganisaties) er belang bij dat zij van voormelde woordcombinatie en tekens gebruik kan (blijven) maken bij de aankondiging of beschrijving van georganiseerde reizen welke (mede) de route 66 als reisdoel hebben en dat Groeneveld deze woordcombinatie en tekens niet op grond van zijn latere merkinschrijvingen kan monopoliseren.
>
> Tegenover dit belang van Quantrill (en andere reisorganisatoren) staat evenwel het – evenzeer gerechtvaardigd – belang van Groeneveld om te voorkomen dat het onderscheidend vermogen van zijn – overigens als deugdelijk te beschouwen – beeldmerken wordt aangetast. Daarbij verdient overweging dat het bezwaar van monopolisering zelfs van de categorie "organiseren van reizen" slechts een zeer gering onderdeel treft."

Het hof moest tot een afweging van deze belangen komen. Het hof was, in r.ov. 19,

> "enerzijds van oordeel dat – anders dan Quantrill voorstaat – de in rechtsoverweging 16 genoemde omstandigheid niet belet en ook niet behoeft te beletten dat Groeneveld ook met betrekking tot reizen naar route 66 een geldig merkrecht heeft kunnen verkrijgen, doch anderzijds dat deze omstandigheid wel medebrengt dat Groeneveld zal moeten dulden dat voormelde woordcombinatie en tekens door derden als aanduiding in de zin van rechtsoverweging 17 worden gebruikt, *tenzij* dit gebruik op zodanige wijze plaats vindt dat bij het in aanmerking komende publiek de indruk wordt of kan worden gewekt dat die aanduiding door die derden (tevens) als (eigen) merk wordt gebruikt. Voor het gebruik van louter de woordcombinatie zal dan bovendien moeten gelden dat dit op zodanige wijze plaats vindt dat zij als een met de ingeschreven beeldmerken van Groeneveld overeenstemmend teken is te beschouwen."

Vervolgens ging het hof in op de vraag, welk gebruik van het teken toelaatbaar was c.q. als merkinbreuk heeft te gelden. Het hof overwoog in r.ov. 20:

> "Een dergelijke indruk zal in het algemeen niet worden gewekt, indien het gebruik van het teken in het kader van de aanduiding of beschrijving van het reisdoel, wat opmaak en plaatsing betreft, niet wezenlijk verschilt van de wijze waarop andere, tezelfdertijd aangeboden, reisdoelen worden beschreven of aangeduid."

283 Arrest van 12 juni 1996. Het hof in r.ov. 15: "Blijkens de toelichting op grief I in het incidenteel hoger beroep wordt in appel niet (meer) bestreden dat – zoals de president naar 's hofs oordeel terecht heeft overwogen – de beeldmerken van Groeneveld voor de ingeschreven waren en diensten, waaronder het organiseren van reizen, onderscheidend vermogen hebben en als merk kunnen dienen. De grief werpt slechts de vraag op of dit ook geldt voor georganiseerde reizen naar de oude weg van Chicago naar Los Angeles, welke destijds als interstatelijke autoweg het nummer 66 droeg."

Naar 's hofs oordeel werd echter in dit geval die indruk wél gewekt, namelijk door het prominente gebruik van de Route 66-tekens in reclame-uitingen door de reisorganisator. Het betrof onder andere een advertentie waarin het Route 66-schildje tenminste éénderde gedeelte van de oppervlakte besloeg en daarmee het logo van de adverteerder zelf, aldus het hof, "in het niet doet verzinken". Quantrill (Weel) delfde zo het onderspit.

Zij tekende beroep in cassatie aan.[284] De Hoge Raad stelde in r.ov. 3.1(ii), laatste volzin, voorop dat ervan kon worden uitgegaan dat de beroemde auto-weg

> "in de loop van de tijd bekendheid en symbolische betekenis [heeft] gekregen, in verband waarmee het Hof in zijn arrest spreekt over "de bekende Amerikaanse autoweg en de daarmee samenhangende "cult"-sfeer" en de weg aanduidt als fenomeen en als toeristische attractie."

Het cassatiemiddel bestreed tevergeefs de hierboven geciteerde belangenafweging van het hof. De Hoge Raad overwoog in r.ov. 3.3.3:

> "Het Hof heeft kennelijk en terecht tot uitgangspunt genomen dat, indien een merk ten aanzien van de waren of diensten waarvoor het is ingeschreven, onderscheidend vermogen heeft, maar ten aanzien van andere, aan die van de merkhouder soortgelijke waren of diensten louter beschrijvend is in die zin dat het een hoedanigheid van die waren of diensten aanduidt, de merkhouder het recht heeft zich ertegen te verzetten dat die ander het merk op zodanige wijze bezigt dat bij het in aanmerking komende publiek de indruk kan worden gewekt dat het merk wordt gebruikt ter onderscheiding van zijn waren of diensten (vgl. BenGH 16 juni 1995, NJ 1995, 745). Met hantering van deze maatstaf heeft het Hof geoordeeld dat, ofschoon de woordcombinatie "Route 66" en het schildje ook in Nederland de gebruikelijke aanduiding vormen voor die weg, Weel het schildje met de woorden "ROUTE 66" respectievelijk "Historic US 66" op zodanige wijze heeft gebezigd, onderscheidenlijk bezigt, dat de indruk kan worden gewekt dat zij het als merk gebruikt."

De Hoge Raad liet het oordeel van het hof aldus in stand.

5.4.3 Commentaar

De uitspraak waarnaar de Hoge Raad verwees, is het *Polyglot*-arrest (1995)[285] van het Benelux-Gerechtshof. De in die zaak geformuleerde leer vormde een uitzondering op het uitgangspunt dat de merkhouder zich niet tegen louter beschrijvende aanduidingen kon verzetten.[286]

284 Arrest HR 5 december 1997, *NJ* 1998, 524, m.nt. DWFV.

285 BenGH 16 juni 1995, *NJ* 1995, 745, m.nt. DWFV.

286 Zie ook reeds HR 19 juni 1942, *NJ* 1942, 557, m.nt. vdZ (*Permant*), op p. 841: "[Overwegende] dat de gerechtigde tot een woordmerk, dat gelijkenis vertoont met een hoedanigheidsaanduiding, deze beperking moet dulden, tenzij het aanduiden der hoedanigheid geschiedt op zoodanige wijze, dat zij den indruk wekt als merk te worden gebruikt."

Beschrijvende aanduidingen – getransponeerd naar de zaak Groeneveld/Weel: de naam en het verkeerbord Route 66 voor alles wat direct met die snelweg te maken heeft – mogen volgens dit uitgangspunt níet worden gemonopoliseerd, daar alle branchegenoten die aanduidingen moeten kunnen gebruiken, op zichzelf óók in een commerciële context. De *Polyglot*-uitzondering gold evenwel wanneer het (commerciële) gebruik van de aanduiding door een derde zodanig was, dat het de indruk wekte dat de aanduiding (tevens) diende ter onderscheiding van (eigen) waren of diensten van die derde; vergelijk in deze zin de noot van Verkade.[287] De merkhouder die zijn exclusieve recht níet kon inroepen voor zover een ander 'zijn' teken op een louter beschrijvende manier gebruikte, zou zónder die uitzondering óók lijdzaam moeten toezien wanneer die ander het teken (tevens) als (eigen) merk gebruikte. De uitzondering gold derhalve alléén in die relatie, en bedreigde ander, wel *louter* beschrijvend gebruik níet.

Route 66 I kreeg zogezegd de '*Polyglot*-kleuren' mee en de merkhouder trok daardoor aan het langste eind: hij mocht de rechten op zijn *overigens* (vgl. r.ov. 18 van het hof) als deugdelijk beschouwde merk Route 66 in dit geval zelfs met betrekking tot reizen naar de echte Route 66 doen gelden.

In het licht van de problematiek van de tekens met een grote symbolische waarde ligt de vraag voor de hand hoe het Route 66-schildje scoort op de lat van grote symbolische waarde en of merkenrechtelijke occupatie eigenlijk überhaupt mogelijk zou moeten zijn. Het teken heeft, ook in Nederland, symbolische waarde, zij het misschien niet de grootst denkbare, maar zoals ik in paragraaf 4.7.4.4 uit de doeken deed staat de realiteit eraan in de weg dat (al die reeds gemonopoliseerde) *culturele* symbolen categorisch zouden worden uitgesloten van de mogelijkheid van monopolisering. Artikel 3 lid 2, onder *b* MRl alsnog implementeren in het BVIE zal dus dááraan niets veranderen.

Het resultaat in *Route 66 I* roept daarnaast de voor de 'subsidiaire' benadering van Route 66 als symbool relevante vraag op, of de beschermingsomvang van merken als Route 66 door de toepassing van de *Polyglot*-leer in dit soort gevallen, niet toch te sterk werd verruimd.

Beschrijvende tekens kunnen geen deugdelijk merk zijn (art. 3 lid 1, onder *c* MRl), dus zou het depot van Route 66 voor waren of diensten die direct verband houden met de snelweg Route 66 moeten worden geweigerd of kunnen worden nietig verklaard. Voor ándere waren of diensten kan Route 66 echter wél een deugdelijk merk zijn – de situatie van Groeneveld –, met als algemene restrictie dat de merkhouder gebruik door derden dat beschrijvend is, moet dulden (art. 6 lid 1, onder *b* MRl; art. 13 A lid 7, onder *b* BMW; art. 2.23 lid 1, onder *b* BVIE), voor zover er sprake is van een eerlijk gebruik n nijverheid en handel (vgl. de slotzin van de genoemde leden van deze

287 Punt 1, 2e alinea van de noot.

artikelen).[288] In dit principe grijpt de *Polyglot*-leer in, waarmee de merkhouder (in die situatie resp. relatie) tóch een volledige merkbescherming geniet.

Nu is het pijnpunt dat deze uitzonderingssituatie zich potentieel tamelijk spoedig voordoet en dat in die gevallen de beschermingsomvang steeds zou kunnen worden vergroot ten koste van derden. Deze derden kunnen concurrenten zijn die het tevens door de merkhouder gedeponeerde teken (het Route 66-verkeersbord en de naam Route 66) als een verwijzing (naar de Route 66 en Amerikaanse sferen) in hun reclame- en promotiemateriaal opnemen en dusdoende in een *commerciële* context gebruiken. Dat gebruik is op zichzelf toegestaan (vgl. weer art. 6 lid 1, onder *b* MRl), en hoewel zulk gebruik nog niet per se gebruik als (eigen) onderscheidingsteken betekent, vormt gebruik in een commerciële context een grijs gebied.

Ik voel daarom méér voor het *toestaan* van het gebruik door derden van het onderscheidingsteken voor waren of diensten waarvoor het merk ondeug-delijk is, zelfs als het om gebruik als eigen onderscheidingsteken gaat, dan voor de oplossing in *Route 66 I*, te meer omdat beschrijvende merken voor de waren en diensten waarvoor zij als beschrijvend gelden *als zodanig* wél categorisch ondeugdelijk zijn en omdat gebruik door derden daarvoor, ook als onderscheidingsteken, gepaard gaat met niet meer dan een geringe, *if any*, aantasting van onderscheidingskracht. Exclusieve aanspraken van deze derden of van houders van een *overigens* deugdelijk merk, hebben daar niets te zoeken.

5.5 Route 66 II (1996)[289]

5.5.1 Het geschil

Dat merkhouder Groeneveld actief over zijn merkrechten op Route 66-tekens waakte, ondervonden ook de exploitanten (Van Beuningen en Nooi) van een café in Alkmaar, die "V.o.f. Route 66" als handelsnaam voerden en tevens de naam en het schildje feitelijk in hun bedrijf gebruikten, onder andere om hun etablissement te versieren. Toen sommeren niet hielp, volgde een juridische

288 De *Polyglot*-leer, die zich m.i. in elk geval door de toepassing in de zaak *Route 66 I* tamelijk streng heeft getoond, is geformuleerd vóór de aanpassing van de BMW, nu het BVIE, aan de MRl. Of deze Nederlandse resp. Benelux-leer 'richtlijn-*proof*' kan worden geacht, lijkt mij niet geheel vrij van twijfel, maar ik ken geen op *Polyglot* gelijkende uitspraak van het HvJEG. Het zou mij niet verbazen wanneer het EG-hof iets liberaler zou blijken te zijn, omdat het meerdere malen heeft benadrukt het *algemeen belang* bij het vrij houden van beschrijvende aanduidingen belangrijk te vinden: denk aan HvJEG in o.a. *Chiemsee*, *Libertel* (6 mei 2003, C-104/01, *IER* 2003, nr. 50, p. 247-252, m.nt. Gielen), *Doublemint*, *Postkantoor*, *Philips/Remington* (zie voor de andere vindplaatsen par. 4.2.1 van dit hoofdstuk 5; vgl. tevens P. Reeskamp, 'De opmars van het algemeen belang', *BMM Bulletin* 2004, afl. 3 (themanummer 'De boodschap van het Postkantoor'), p. 140-142).

289 Gerechtshof te Amsterdam 18 april 1996, *NJ* 1998, 633.

procedure. In kort geding wees de President van de rechtbank[290] de vorderingen van Groeneveld toe, die neerkwamen op een verbod van merkgebruik, maar in hoger beroep bij het Gerechtshof te Amsterdam (1996) sneuvelde dit vonnis. De merkhouder betoogde dat zijn merk dreigde te verwateren, maar het hof zag daarvoor onvoldoende argumenten.[291]

Daarnaast suggereerde het Amsterdamse hof dat Groenevelds Route 66-depots te kwader trouw waren verricht.[292] Het hof in r.ov. 4.9-4.11:

> "Het is (..) ten overvloede dat het hof overweegt dat ook het verweer van de v.o.f. Van Beuningen en Nooi, dat het depot van het merk "Route 66" door Groeneveld te kwader trouw is verricht (..), geenszins kansloos voorkomt.
> De omstandigheden waaronder sprake is van een te kwader trouw verricht depot, worden in art. 4 aanhef en onder (6) BMW enuntiatief (dat wil zeggen: niet uitputtend) opgesomd. Mede daarom gaat het hof er voorshands van uit dat daaronder ook dient te worden begrepen het geval dat een beroep op het aldus gedeponeerde merk steeds misbruik van de daardoor verkregen bevoegdheid zou opleveren, bijzondere, hier niet gestelde omstandigheden daargelaten. Daarvan is onder meer sprake als de bevoegdheid wordt gebruikt met een ander doel dan waarvoor deze is verleend (art. 3:13 lid 2 BW).
> De door de BMW aan de deposant van een woord- of beeldmerk gegeven bevoegdheid strekken tot onderscheiding van de onder dat merk in het verkeer gebrachte diensten of waren ten opzichte van andere soortgelijke diensten of waren. Voorshands moet echter worden aangenomen dat Groeneveld de onderhavige depots met een ander doel heeft verricht, althans wat andere produkten of diensten betreft dan motorkleding en -accessoires (waarin hij wél zelf actief is op de markt), zoals de horecasector. Dat doel is om ondernemers die zich in de toekomst van die naam zouden willen bedienen in het economisch verkeer, als licentienemers te verplichten tot betaling aan hem. Het was ten tijde van de depots immers alleszins aannemelijk dàt ondernemers (onder meer in de horecabranche) zich in de toekomst van dit merk zouden willen bedienen. De "uitstraling" waarover Groeneveld spreekt, is namelijk aan "Route 66" gegeven met name door een song van een over de hele wereld bekende popgroep en een even bekende film. Er is dan ook een groot aantal ondernemingen, zowel in de horeca als anderszins, dat onder deze naam wordt gedreven, zowel ten tijde van het depot als sedertdien."

Om zijn bedoeling te verduidelijken overwoog het Amsterdamse hof nog, in r.ov. 4.12:

> "[h]et hof [acht] het op zichzelf mogelijk een term, begrip, symbool en wat dies meer zij, die/dat tot het publieke domein behoort, rechtsgeldig en te goeder trouw als merk te deponeren. Het onderhavige depot wordt er echter door gekenmerkt dat een tot het publiek domein behorende naam met bijbehorend symbool, die blijkbaar een duidelijke werfkracht heeft door omstandigheden waaraan Groeneveld part noch deel heeft gehad, door hem wordt gemonopoliseerd ook voor andere diensten en produkten dan door hem gevoerd. In zoverre hangt het depot als "vangnet" in het economisch en handelsverkeer. Daarvoor is het merkenrecht niet bedoeld."

290 Het arrest vermeldt niet welke rechtbank, maar waarschijnlijk is dat Alkmaar, woonplaats gedaagde.

291 Vgl. r.ov. 4.6-4.7 van het hof.

292 Of, aldus het hof elders in r.ov. 4.9, dat het beroep van Groeneveld op zijn merkrecht in de gegeven omstandigheden in strijd was met de redelijkheid en billijkheid. De hier geopperde optie vermeld ik slechts.

Het Amsterdamse hof verdedigde zo in feite, en met stelligheid, dat de deposant/merkhouder die de mogelijkheid van licentieverlening creëert voor (grotendeels) andere waren(-) of diensten(klassen) dan hij zelf voert, het depot resp. merkrecht gebruikt met een oneigenlijk doel en in zoverre misbruik maakt van zijn merkenrechtelijke bevoegdheid (zoals nader besproken in par. 4.6 hierboven).

5.6 Route 66 III (1999)[293]

5.6.1 De aanloop van het geschil

Schieving en Nijstad, verenigd in de V.O.F. Schieving-Nijstad, waren de uitbaters van discotheek Lord Nelson in Meppel. Het café dat onderdeel uitmaakte van de discotheek haakte aan bij de cultsfeer rond de Amerikaanse snelweg. Het café werd Café Route 66 gedoopt en geheel in stijl vormgegeven: buiten hing een Route 66-uithangbord en achter de ramen Route 66-neonverlichting, terwijl het interieur was opgesierd met allerlei Amerikaanse jaren '50 symbolen, zoals verkeersborden – waaronder diverse Route 66-schildjes –, posters en platen.

Schieving c.s. meenden de beroemde aanduidingen voor de Amerikaanse snelweg vrijelijk voor hun café te kunnen gebruiken. Groeneveld daarentegen zag in het gebruik ervan een inbreuk op zijn merkrechten, daar hij geen licentie voor het gebruik van Route 66 in de door hem vastgelegde klassen had verleend, en daarnaast de schildjes, neonreclames en het uithangbord niet door hem (of namens hem, of door een licentiehouder) in het verkeer waren gebracht, waardoor hij in verband met zogenaamde uitputting (mogelijk) geen beroep meer zou kunnen doen op bescherming.

5.6.2 Arrest Hof Leeuwarden

In hoger beroep overwoog het Gerechtshof te Leeuwarden (1997) overwoog (r.ov. 2.2):

> "Blijkens de toelichting van appellanten ligt aan deze grief onder meer de opvatting ten grondslag dat de depots van Groeneveld in strijd met (de strekking van) artikel 1 BMW zouden zijn, omdat – zakelijk weergegeven:

293 HR 5 maart 1999, *NJ* 2000, 306, met Hof Leeuwarden 3 september 1997. Voor deze studie zijn niet van belang de prejudiciële vragen van uitleg die de Hoge Raad stelde aan het EG-Hof van Justitie met betrekking tot de termijnbepaling als bedoeld in art. 50 lid 6 TRIPs-Verdrag. Het TRIPs-Verdrag is per 1 januari 1996 in werking getreden en regelt aspecten van procesrechtelijke aard; art. 50 lid 6 is per 1 januari 2002 in ons BPR opgenomen. Zie over de prejudiciële vragen r.ov. 3.12 en 4 van het arrest van de Hoge Raad, de conclusie van de A-G in de nrs. 3.1-3.12 en de noot van Verkade in punt 12-14. Het HvJEG deed uitspraak bij arrest van 13 september 2001, C-89/99, *NJ* 2002, 90, m.nt. DWFV, waarna de Hoge Raad zijn eindarrest wees, op 19 april 2002, *NJ* 2002, 298.

(i) de gedeponeerde merken uit een reeds lange tijd algemeen bekende woord- en beeldsamenstelling (hierna: "het schildje") bestaan, welke tot het 'publieke domein' behoort en door Groeneveld niet wordt gebruikt (en door het publiek ook niet wordt ervaren) als teken ter onderscheiding van de diensten of waren van Groeneveld of zijn licentiehouders, maar als teken ter opwekking van associaties met het fenomeen van de bekende 'highway';
(ii) Groeneveld aldus voor anderen de weg blokkeert – althans van een van Groeneveld verkregen licentie afhankelijk maakt – de gedeponeerde merken te gebruiken voor hun eigen waren of diensten, ongeacht of deze merken door Groeneveld zelf voor zulke waren of diensten worden gebruikt."

Allereerst reageerde het hof in r.ov. 2.3:

> "Waar genoegzaam vast staat dat Groeneveld aanvankelijk tenminste één van de gedeponeerde merken voor eigen waren of diensten heeft gedeponeerd en door zijn onderneming voor motorkleding en -accessoires gebruikt (..), terwijl toepasselijkheid van art. 5 lid 2 sub c BMW [tegenwoordig: art. 2.26 lid 2 sub *c* BVIE, CvW] is gesteld noch gebleken, brengt het systeem van de BMW, zoals zich dat heeft ontwikkeld, naar 's hofs voorlopige oordeel niet mede dat Groeneveld aan de bedoelde depots geen rechten kan ontlenen."

Ten aanzien van de onder (i) en (ii) genoemde onderdelen in het bijzonder overwoog het hof, in r.ov. 2.7-2.8:

> "Daaraan doet niet af dat de inrichting van één van de café-ruimtes in het etablissement van Schieving c.s. (zoals deze is weergegeven in, aan het hof getoonde, foto's), ware deze niet gepaard gegaan met het in rechtsoverweging 2.6 omschreven gebruik, waarschijnlijk door Groeneveld had moeten worden gedoogd, omdat het daarbij slechts ging om – en het gebruik van de overeenstemmende tekens volstrekt ondergeschikt was aan – het opwekken van een met het fenomeen van de "highway" verbonden sfeer door deze "highway", in haar oorsponkelijke context, als thema voor die inrichting te gebruiken.
> Evenmin belet de BMW dat, al dan niet uit defensieve overwegingen, merken worden geponeerd welke ten tijde van het depot (nog) niet of slechts voor een onderdeel van de ingeschreven waren(-) of diensten(klassen) worden gebruikt (waaronder tevens het gebruik door een licentiehouder). Het aan een dergelijk depot verbonden blokkerend effect vindt, nog afgezien van de aan de inschrijvingen verbonden kosten, zijn beperking in de vervallenverklaring als bedoeld in art. 5 lid 2 sub a BMW [art. 2.26 lid 2 sub *a* BVIE, CvW]."

Met betrekking tot de grief II overwoog het hof in r.ov. 3.1-3.2:

> "Zoals hierboven in het kader van de behandeling van grief I reeds is aangegeven, kan de associatieve kracht van het schildje als symbool van de "highway" en de daaromheen ontstane cultus zeer wel samengaan met associatieve kracht van dat schildje als teken ter onderscheiding van bepaalde waren of diensten van die van anderen. Daaraan doet niet af dat het merk mogelijkerwijs de aandacht trekt doordat het bij de beschouwer tevens (positieve) associaties wekt met de oorspronkelijke betekenis van het gebezigde teken. Ook hier geldt dat, op grond van algemene ervaringsregels kan worden aangenomen dat laatstbedoelde associatie dikwijls ten grondslag ligt aan de keuze van een bepaald teken als merk."

5.6.3 Arrest van de Hoge Raad

Hoewel het begrip "kwade trouw" door het hof Leeuwarden niet in de mond werd genomen, verwijt onderdeel 1 van het door Schieving c.s. ingestelde middel aan het hof dat het is uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting omtrent het depot te kwader trouw:

> "In rov. 2.3 oordeelt het Hof – kort samengevat – dat Groeneveld naar het voorlopig oordeel van het Hof (wel degelijk) rechten aan zijn (diverse) merkdepots "Route 66" kan ontlenen, nu hij aanvankelijk tenminste één van de gedeponeerde merken voor eigen waren of diensten heeft gedeponeerd en gebruikt, terwijl niet zou zijn gesteld of gebleken dat dit merkgebruik het publiek kon misleiden omtrent de aard, de hoedanigheid of de geografische herkomst van de waren. Aldus heeft het Hof blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting omtrent doel en strekking van de Benelux Merkenwet in zijn algemeenheid, en van de begrippen "depot te kwader trouw" en "publiek domein" in het bijzonder."

Hoewel volgens de A-G Langemeijer een beroep op kwade trouw in cassatie te laat kwam, vatte de Hoge Raad het beroep op nietigheid wegens kwade trouw op als een *herformulering* van het op de strekking van artikel 1 van de Benelux-Merkenwet (het huidige art. 2.1 BVIE) gebaseerde standpunt van Schieving c.s. (r.ov. 3.5):

> "Onderdeel 1 keert zich met een rechts- en een motiveringsklacht tegen 's Hofs rov. 2.3. In deze overweging stelt het Hof vooreerst vast dat Groeneveld aanvankelijk tenminste één van deze merken voor eigen waren en diensten heeft gedeponeerd en door zijn onderneming voor motorkleding en -accessoires heeft gebruikt (aanvankelijk als licentiehouder en vanaf 1992 als rechtsopvolger van de oorspronkelijke deposant) alsmede dat toepasselijkheid van art. 5 lid 2 sub c BMW is gesteld noch gebleken. Het Hof oordeelt voorts dat onder deze omstandigheden het systeem van de BMW niet meebrengt dat Groeneveld aan de door hem verrichte depots geen rechten kan ontlenen. Dit – gezien het karakter van het geding: voorlopig – rechtsoordeel heeft het Hof in zijn volgende overwegingen nader gemotiveerd.
>
> De klachten van het onderdeel keren zich (..) tegen de eerste van voormelde vaststellingen. Zij komen erop neer dat het Hof heeft miskend dat deze vaststelling niet van belang is omdat, of Groeneveld het omstreden schildje nu al dan niet zelf als merk heeft gebruikt, hij terzake geen merkrecht heeft verkregen. Het onderdeel motiveert dit laatste door te poneren dat de door Groeneveld verrichte depots "*te kwader trouw*" zijn in de zin van art. 4 lid 6 BMW [art. 2.4 onder *f* BVIE, CvW]. Deze stelling beoogt hier – en in de overige onderdelen van het middel – klaarblijkelijk niet meer of anders tot uitdrukking te brengen dan dat Groeneveld door zijn depots misbruik heeft gemaakt van het attributief systeem (van verkrijging van een merkrecht) dat in de BMW is gekozen.
>
> Aldus komt deze stelling neer op het geven van een nieuwe juridische kwalificatie aan, dus op een herhaling in andere vorm – namelijk in de vorm van een beroep op art. 4 lid 6 BMW – van het voormelde door het Hof in de eerste appèlgrief gelezen, op de strekking van art. 1 BMW gebaseerde betoog. Voor zover dit onderdeel een beroep doet op "kwade trouw" behoeft het daarom geen afzonderlijke bespreking."

De Hoge Raad vervolgde in r.ov. 3.6:

> "[H]et Hof overweegt (..) dat de BMW zich niet verzet tegen het depot en het gebruik als merk van woorden of beelden die in een geheel andere context - en niet door inspanning van de deposant - grote bekendheid hebben (gekregen) en dientengevolge door velen met die context worden geassocieerd. (..)

> De klachten onder a tot en met d [van onderdeel 1 van het middel, toevoeging CvW] miskennen dat, gezien het limitatief karakter van de in art. 4 BMW [het huidige art. 2.4 BVIE, CvW] vervatte regeling, niet aan gerede twijfel onderhevig is dat voor de vraag of uit een depot [een] merkrecht wordt verkregen, niet van belang is of het gedeponeerde teken in een andere context en zonder dat de deposant zich daartoe een zekere inspanning heeft moeten getroosten, eerder bekendheid heeft verkregen.
> De klacht onder d gaat ervan uit dat het teken "Route 66" tot "het publieke domein" behoort, en klaagt onder meer dat het Hof dit (..) heeft veronachtzaamd. Ook deze klacht miskent het limitatief karakter van voormelde regeling waarin niet is bepaald dat aan het depot van een "tot het publiek domein" behorend teken geen merkrecht kan worden ontleend, doch dit laatste gevolg – voor zover in dit verband van belang – door de verwijzing naar art. 6*bis* [art. 2.11 BVIE, CvW] slechts wordt verbonden aan de omstandigheid dat het gedeponeerde teken niet beantwoordt aan de in art. 1 BMW gegeven omschrijving, met name wanneer het ieder onderscheidend vermogen in de zin van art. 6quinquies B, onder 2, van het Verdrag van Parijs mist, terwijl het Hof (..) heeft geoordeeld dat de door Groeneveld gedeponeerde merken wel degelijk onderscheidend vermogen hebben, welke oordeel (..) door Schieving en Nijstad in cassatie tevergeefs wordt bestreden."

In het verlengde hiervan overwoog de Hoge Raad in r.ov. 3.6:

> "Hetgeen het Hof heeft overwogen (..) komt dan erop neer dat het merkrecht verkregen door het depot van een teken dat ten tijde van zijn deponering reeds grote bekendheid had gekregen in een andere context dan die van de waren of diensten waarvoor het is gedeponeerd, de merkhouder alleen dan het recht geeft zich tegen gebruik van dit teken of van daarmede overeenstemmende tekens te verzetten indien sprake is van gebruik als merk dan wel anderszins van zodanig gebruik dat bij het in aanmerking komend publiek de indruk wordt gewekt dat het (tevens) als (eigen) merk wordt gebezigd. Aldus begrepen geeft deze overweging niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is zij evenmin onbegrijpelijk."

5.6.4 Commentaar

De zaak bood in theorie een goed uitgangspunt voor het onder de loep nemen van de positie van tekens met een grote symbolische waarde, ook al heeft het Route 66-schildje in Nederland niet de *grootst* denkbare symbolische waarde. De problematiek kwam in de zaak echter niet bijster gelukkig tot uitdrukking.

Wellicht hadden de Meppelse discotheekhouders, in elk geval achteraf bezien, in feitelijke instanties tevens aan de openbare orde een argument kunnen ontlenen om te verdedigen dat het 'maatschappelijk gevoelen' meebrengt dat het Route 66-verkeersbord, als een ook in ons land bekende aanduiding in het publieke domein en door de deposant (deels níet ter onderscheiding van eigen waren of diensten en in zoverre *louter*) ter opwekking van associaties met de *U.S. highway 66* gebruikt, vrij (had) moet(en) blijven van exclusieve merkrechten. In lijn met het betoog hierboven (par. 4.7.4.4) zou Route 66 evenwel níet hoeven te worden uitgesloten van de mogelijkheid van monopolisering, maar om tot die slotsom te komen moet eerst het principiële punt ten tonele worden gevoerd en behandeld.

Daarnaast draagt het cassatiemiddel wel de sporen van de rechtsoverwegingen van het Hof Amsterdam in *Route 66 II* over kwade trouw van de deposant die speculeert op licentieverlening terzake van niet voor eigen waren of

diensten gebruikte merken, maar het effect van deze in cassatie voor het eerst aangevoerde elementen was gering als gevolg van de verwevenheid met de feitelijke aspecten van de zaak.[294]

5.7 Euro (2001)[295]

5.7.1 Inleiding

We zijn inmiddels wel gewend aan de Euro als de vervanger van de gulden – het terugrekenen wordt al minder en heimwee verandert vanzelf in nostalgie. In 1995, op 30 september om precies te zijn, werd er vergaderd over de naam van de Europese munteenheid door de Ministers van Financiën. Diverse Nederlandse dagbladen kregen lucht van de op die vergadering voorgestelde naam en zij wisten op maandag 2 oktober 1995 te melden dat de gemeenschappelijke munt waarschijnlijk "Euro" zou gaan heten.

Een Nederlandse particulier, Apon, las de krant en dacht zijn slag te slaan: op woensdag 4 oktober 1995 deponeerde hij "EURO" als woordmerk voor munten, waardepapieren, bankbiljetten en speelgoedgeld.[296] Op 15 december van hetzelfde jaar aanvaardden de EU-lidstaten definitief de naam "Euro". Weer enige tijd later liet Apon aan de ministeries van Financiën en de nationale centrale banken van de Benelux-landen, de Nederlandse Munt en het ministerie van Algemene Zaken weten, dat hij de rechthebbende was op het woordmerk EURO. Dáár voelde men natuurlijk niet veel voor het betalen van *royalties* voor het gebruik van de naam op de nieuwe Europese munten en bankbiljetten. De Nederlandse Staat startte daarop een procedure.

5.7.2 Rechtbank en hof

De Rechtbank Breda (1999)[297] woog onder meer mee dat de deposant bij het depot bewust had gekozen voor inschrijving voor munten, waardepapieren

294 Vgl. ook de A-G Langemeijer, die in nr. 2.3 van zijn conclusie stelt dat de met een beroep op kwade trouw gemotiveerde klachten niet tot cassatie kunnen leiden omdat ze niet in feitelijke instanties zijn aangevoerd. Annotator Verkade betwijfelt overigens of de Hoge Raad de rechtsoverwegingen over kwade trouw van het Hof Amsterdam in *Route 66 II* in stand zou hebben gelaten, als ze niet ten overvloede waren gegeven en de deposant in cassatie was gegaan (punt 8 noot).

295 Rb. Breda 11 mei 1999, *NJ Kort* 1999, 61, *BIE* 1999, nr. 75, p. 262-264, met commentaar Verkade in de rubriek Actualiteiten op p. 235-236, getiteld: "Rechtbank Breda maakt Euro royalty-vrij, maar niet in alle opzichten"; Hof 's-Hertogenbosch 19 april 2001, *IER* 2001, nr. 45, p. 244-246.

296 Nadien is door dezelfde deposant nog een aanvraag gedaan voor het merk EURO voor vervoermiddelen; het Hof 's-Hertogenbosch nam in r.ov. 4.3 echter tot uitgangspunt dat die aanvraag is afgewezen althans dat het depot is geweigerd.

297 Vonnis 11 mei 1999, *BIE* 1999, p. 262-264, commentaar Verkade op p. 235-236 van hetzelfde nummer.

en bankbiljetten,[298] en dat de deposant erop rekende dat de Staat hem een vergoeding zou moeten betalen in verband het in omloop brengen van de Euro als wettelijk betaalmiddel (en het gebruik van die naam zonder zijn toestemming).[299] De rechtbank besliste in r.ov. 3.7 dat het depot

> "...onder voornoemde omstandigheden dient te worden beschouwd als een depot te kwader trouw, daar dit depot is verricht met de kennelijke bedoeling munt te slaan uit de keuze voor de benaming 'Euro' als naam voor de Europese munt. Een keuze die blijkens het besluit van 30 september 1995 voor de ministers unaniem was en door de kranten als waarschijnlijk werd betiteld."

De rechtbank overwoog voorts in r.ov. 3.7-3.8:

> "De Staat roept terecht op grond van artikel 14B onder 2 BMW de nietigheid van het depot voor de hiervoren genoemde waren (..). Apon heeft gelet op het vorenoverwogene door zijn depot slechts merkrecht verkregen voor de warenklasse 28 Speelgoedgeld. (..) Het gaan voeren door de Staat van de naam 'Euro' voor de nieuwe Europese munteenheid maakt geen inbreuk op het merkrecht van Apon ten aanzien van warenklasse 28 Speelgoedgeld."

Apon liet het niet bij de uitspraak zitten. Ook in hoger beroep bij het Gerechtshof te 's-Hertogenbosch, waar de zaak in 2001 diende, vond hij echter geen steun. Het hof gaf de Nederlandse Staat gelijk in haar standpunt dat de Rechtbank Breda ten onrechte niet óók had onderzocht of de benaming Euro elk onderscheidend vermogen miste:

> "Anders dan Apon betoogt, had de rechtbank ook de zojuist genoemde grondslag moeten behandelen, teneinde te onderzoeken of het depot van het woordmerk EURO voor alle ingeschreven warenklassen had dienen te worden vernietigd, zoals door de staat gevorderd."[300]

Het hof deed dit onderzoek alsnog en kwam in r.ov. 4.10 tot de conclusie

> "…dat het door Apon gedeponeerde woordmerk EURO geen merk is in de zin van art. 1 BMW wegens het feit dat het ieder onderscheidend vermogen mist."

Het lichtte toe, in r.ov. 4.9:

> "Dit gebrek aan onderscheidend vermogen spruit voort uit de betekenis die "Euro" heeft. Het hof verwijst hiertoe naar het Groot Woordenboek der Nederlandse Taal, elfde herziene druk van 1984, van Van Dale, waarin bij "euro" staat vermeld: "verkorting van Euro-

298 De rechtbank heeft opgemerkt dat inschrijving voor speelgoedgeld, blijkens een krantenbericht in het *NRC* van 14 mei 1997, was verricht naar aanleiding van een suggestie van het Benelux Merkenbureau. Over deze 'uitglijder' van het BMB nader Verkade 1999a, p. 235.

299 Daarnaast was voor de rechtbank ter terechtzitting onduidelijk gebleven of en zo ja, op welke wijze de deposant het merk EURO daadwerkelijk heeft gebruikt of daartoe reële plannen had. Dit is mede van belang in verband met het verstrijken van de *non-usus*-termijn (par. 2.4.6).

300 R.ov. 4.5.

> pees, als prefix zeer frequent bij de vorming van woorden voor begrippen m.betr.t. (m.n. West-) Europa". Een dergelijke verwijzing naar Europa is sedert de oprichting van de EG zozeer gebruikelijk geworden, dat het geen onderscheidende kracht meer heeft, hetgeen in de weg staat aan deponering van "Euro" als bestanddeel van een merk."

Verwijzend naar de *Chiemsee*-zaak van het EG-Hof van Justitie (par. 4.4) oordeelde het hof in r.ov. 4.9:

> ""Euro" moet dan ook door eenieder vrijelijk kunnen worden gebruikt (vgl. HvJ EG 4 mei 1999, NJ 2000, 269). (..) Het feit dat Apon het gebruik van "Euro" als merk (slechts) wilde reserveren voor – kort gezegd – muntgeld, papiergeld en speelgoedgeld kan daaraan niet afdoen."

Het hof verklaarde het depot van het woord EURO ten name van Apon niet alleen nietig voor muntstukken, waardepapieren en bankbiljetten, zoals de rechtbank ("zij het op andere gronden", aldus het hof) had beslist, maar ook voor speelgoedgeld.

5.7.3 Commentaar

Deposant Apon was een 'echte *trafficker*' (vgl. de mengvorm van merkenkaping en -speculatie, par. 4.6): hij speelde in op de komst van de Euro en trachtte de overheden in de Benelux licentieafhankelijk te maken, door "Euro" te deponeren voor kortweg alles wat met geld(zaken) te maken heeft. Uiteindelijk verklaarde het hof het depot nietig voor alle gedeponeerde toepassingen, wegens het gemis van onderscheidingskracht.[301]

Het hof legde in dit kader een verband tussen "Euro" als de aanduiding van de gemeenschappelijke munt voor het territoir van de Europese monetaire unie en de door het EG-Hof van Justitie in feite tegen occupatie in bescherming genomen geografische herkomstaanduidingen. Het Hof 's-Hertogenbosch lijkt daarmee tevens te hebben willen aangeven het belang van "Euro" vergelijkbaar en vergelijkbaar groot te achten. Door de strekking van *Chiemsee* (het aannemen van inburgering is aan de relatief strengste voorwaarden gebonden, par. 4.4) gaat dit standpunt nog iets vérder dan wanneer alleen was vastgesteld dat "Euro" voor geld(zaken) een beschrijvend karakter had.

De discussie spitste zich in de *Euro*-zaak toe op depot te kwader trouw en gebrek aan elk onderscheidend vermogen. In een commentaar bij het vonnis van de rechtbank suggereerde Verkade dat de openbare orde-grond een goede dienst zou hebben kunnen bewijzen, nu Euro eigenlijk voor *geen enkele* toepassing gemonopoliseerd zou moeten mogen worden.[302] Het hof kon de zaak afdoen met de eis van onderscheidend vermogen.

---

301 De rechtsoverwegingen van de Rb. Breda over kwade trouw bij het depot laat ik hier achterwege, omdat die op deze plaats geen meerwaarde hebben voor het betoog in hoofdstuk 5. Ik verwijs terug naar par. 4.6.5.

302 *BIE* 1999, p. 235-236.

Voor ieder teken dat een officiële verwijzing omvat naar de EU resp. de Eurozone zou ook naar mijn opvatting moeten worden aangenomen dat zij als merk voor individuele ondernemingen en ondernemende particulieren absoluut ontoelaatbaar is. Het gemeenschappelijke belang van de Europeanen (inclusief ondernemers) bij het merkrecht-vrij houden van afbeeldingen van het €-teken en de Euro-bankbiljetten en -munten zonder meer, en van de naam 'Euro' in elk geval voor zover gekoppeld of te koppelen aan geld(zaken) in de ruimste zin van het woord, vraagt om een categorische benadering en legitimeert deze.

Op de keper beschouwd is er momenteel in het BVIE geen beter instrument voorhanden om de vestiging van een merkrecht op de genoemde aanduidingen categorisch tegen te gaan, dan de inroeping van strijd met de openbare orde.[303] Het spreekt haast voor zich dat een zelfstandige weigerings- en nietigheidsgrond voor tekens met een grote symbolische waarde hier als geroepen zou komen. Eventueel door Apon bereikte *inburgering* voor speelgoedgeld en dergelijke, denkbaar wanneer de invoering van de Euro-geldeenheid door politieke *hick-ups* pakweg tien jaar was opgeschoven, had dan – terecht – nog steeds geen potentieel gewicht in de schaal kunnen leggen.

Daarnaast komt niet per se steeds maar wel spoedig de grond tegen het gevaar van misleiding in beeld.[304] De onderneming die zich exclusief van de naam Euro zou mogen bedienen voor nota bene munten en bankbiljetten, kan het risico niet wegnemen dat zij onder het publiek de suggestie zou wekken dat er op enigerlei wijze banden bestaan met nationale of Europese overheden. Dit misleidingsgevaar moet hoe dan ook worden voorkómen en maakt óók die nietigheidsgrond een serieus instrument. Voor zover het gaat om een teken met een grote symbolische waarde waarvan uit de occupatie de suggestie kan spreken van een relatie met een officiële instantie of overheid, zijn de openbare orde- en misleidingsgrond gelijkelijk inzetbaar.

Het zou jammer zijn en zeer ten onrechte als de omstandigheid dat de *Euro*-zaak door het hof werd beslist via de eis van onderscheidend vermogen, de

303 Ter vergelijking met Duitsland: Euro-tekens die daar uitsluitend als woordmerk werden gedeponeerd, zijn geweigerd. Het Duitse merkenbureau (het DPMA) nam bij een van die weigeringen niet alleen aan dat "Euro" – in dat geval voor *sanitäre Anlagen* – geen onderscheidend vermogen had en een vrij te houden beschrijvende aanduiding was, maar ook dat het om een Staatssymbool ging ("Hoheitszeichen" in de zin van art. 8 lid 2 onder 6 MarkenG; zie nader over dit artikel hoofdstuk 7); DPMA-registernr. 300109776.

304 In deze zin ook de noot van Verkade bij het vonnis van de Rb. Breda, *BIE* 1999, p. 235-236, waarin de wens doorklinkt dat de nietigheidsgronden strijd met openbare orde en die wegens misleidingsgevaar op waarde worden geschat en vaker worden toegepast. Verkade achtte élke merkenrechtelijke exploitatie van de naam Euro ongewenst, en zag daartoe een grote rol voor de nietigheid wegens gebrek aan onderscheidend vermogen weggelegd, maar zeker ook voor de nietigheid wegens strijd met de openbare orde. Misleidingsgevaar kwam als derde ook in aanmerking. Nietigverklaring op een van deze drie gronden lag naar de mening van Verkade meer voor de hand dan nietigverklaring van het depot wegens kwade trouw, nota bene uitgesproken door de Rechtbank Breda.

vooraanstaande rol van de openbare orde-grond in kwesties van occupatie van symbolen zou verhullen. Tegen de achtergrond van deze opmerking speelt de 'handicap' dat de bedenkers van de naam Euro voor Europees geld niet hebben gekozen voor een fantasienaam. Was dat anders gelopen, dan had *Staat vs. Apon* nog veel meer vuurwerk kunnen opleveren. Een gedachte-experiment om dit punt te illustreren: stel dat de naam voor de gemeenschappelijke munt níet zo duidelijk naar Europa zou hebben verwezen als 'Euro', en de ministers van Financiën zouden hebben gekozen voor een naam die in geen ander toepassingsbereik is ingeburgerd. Bijvoorbeeld, omwille van het experiment, de fantasienaam 'Ajippo'.[305]

Wie dan de *Euro*-zaak bekijkt zal moeten erkennen dat het Hof 's-Hertogenbosch terzake van het woordmerk Ajippo voor munten en bankbiljetten bij overigens gelijke omstandigheden veel minder goed uit de voeten had gekund met de voor het hof dragend gebleken onderscheidend vermogen-grond (vgl. het argument in r.ov. 4.9 met betrekking tot de naam Euro: "[E]en dergelijke verwijzing naar Europa is (..) zozeer gebruikelijk geworden dat het geen onderscheidende kracht meer heeft."). 'Ajippo' had immers aanvankelijk, tenminste in de periode voorafgaand aan de invoering van de Europese munt als fysiek betaalmiddel per 2002 (de periode waarin het conflict met Apon zich voltrok), in de Benelux best onderscheidend kunnen zijn voor (echte en speeldgoed-) munten en bankbiljetten.

Wanneer men, vanuit de gedachte dat het algemeen belang meebrengt dat de naam voor een nieuwe Europese munt niet door ondernemers voor willekeurig welke segmenten van de markt moet kunnen worden gemonopoliseerd, ook in een '*Ajippo*-zaak' de deposant zijn merkrecht niet zou hebben willen gunnen, dan had men zodoende naar een alternatief *moeten* zoeken voor de nietigheidsgrond van onderscheidend vermogen. Voor een *categorische* uitsluiting voor alle waren en diensten had toepassing van de openbare orde-grond het meest voor de hand gelegen.[306]

Deze proef op de som toont aan dat de openbare orde-grond in kwesties rond tekens met een grote symbolische waarde niet kan worden gemist. Dit standpunt behoeft nuance indien de openbare orde-grond gezelschap krijgt van de in dit hoofdstuk bepleite introductie van een BVIE-tegenvoeter van artikel 3 lid 2 onder *b* MRl, maar op deze plaats is de aandacht voor de rol van de openbare orde-grond meer dan gerechtvaardigd.

---

305 Een check via Google (juli 2006) leverde een aanwijzing op dat 'Ajippo' niet als woord of naam bestaat.

306 Voor 'Euro' is die categorische uitsluiting als gezegd niet mogelijk vanwege het generieke karakter. Voorts merk ik op dat de openbare orde-grond als algemeen instrument te verkiezen is boven de grond van misleidingsgevaar, die op zichzelf gezien hier ook mogelijkheden zou bieden. En ten slotte: wanneer zou blijken dat het merkrecht op 'Ajippo' ondanks de argumenten voor nietigverklaring toch in stand wordt gelaten, dan kan een (meer) subsidiair beroep op art. 2.20 lid 1 onder *d* BVIE (art. 13.A lid 1 onder d BMW; art. 5 lid 5 MRl) wellicht uitkomst bieden. Verdedigbaar is immers dat de Staat en De Nederlandsche Bank een *geldige reden* hebben voor het gebruik (zonder toestemming van de merkhouder) van de naam van de munt.

5.8 Evaluatie

Het begrip tekens met een grote symbolische waarde komt in de Nederlandse rechtspraak niet voor (en een vermelding van artikel 3 lid 2 onder *b* MRl evenmin). Wel wordt – ruimer – van het publieke domein gesproken. Het monopoliseren van in het publieke domein vallende tekens als zodanig is in de rechtspraak in ons land niet als (moreel, maatschappelijk) problematisch aangemerkt, in de zin dat het aannemen van absolute ontoelaatbaarheid als bedoeld in met name de openbare orde-grond zou moeten worden overwogen. De Hoge Raad heeft de occupatievrijheid zelfs benadrukt.

De lijn in de vermelde uitspraken is tweeërlei. Ten eerste is de opvatting zichtbaar dat een merkrecht theoretisch niet in de weg staat aan het vrije (niet-merk-)gebruik van het teken door derden, zodat zich daar eigenlijk geen probleem voordoet. Ten tweede valt de redenering waar te nemen dat de eis van onderscheidend vermogen een relatief hoge horde voor publiek domeintekens vormt, en dat de mogelijkheid van inburgering niet is uitgesloten maar dat de beschermingsomvang dan wel gering zal blijven. Zowel het ene als het andere punt zie ik ten aanzien van symbolen een slag anders (zie par. 4.8).

Exploitatie (vrijwel) uitsluitend in de vorm van licentieverlening is in algemene zin door de Hoge Raad toegestaan, maar is in een specifiekere situatie bij de lagere rechter op weerstand gestuit. Dit aan de occupatie van symbolen rakende onderwerp is nog niet tot rust.

6 Domeinnaamspeculatie en -kaping

Het onderwerp van het monopoliseren van symbolen, met als zijlijn het 'kapen' van symbolen, roept associaties op met de vergelijkbare problematiek van het occuperen van internet domeinnamen uit speculatieve motieven.

Ik beschouw de domeinnaamproblematiek enerzijds als een thema op zich-zelf en anderzijds als een randgebied in dit boek, de reden waarom zij vermelding maar niet noodzakelijk uitvoerige bespreking behoeft. Ik kies ervoor hier een streep te trekken, waarbij ik laat meewegen dat de problematiek voor zover voor deze studie van belang, enige jaren geleden een voorlopig hoogtepunt lijkt te hebben bereikt, en dat er adequate literatuur is over het fenomeen 'domeinnaamkaping' (zoals Bettinger e.a. 2005, Alberdingk Thijm 2004, Tsoutsanis 2003). Met gebruikmaking van en onder (door-)verwijzing naar de bestaande literatuur, vermeld ik hier voor een indruk van het randgebied kort het volgende.

Een domeinnaam geeft de vindplaats aan van bepaalde informatie, een website. Van elke domeinaam kan er per categorie (.net of .com bijvoorbeeld) maar één bestaan. Het is de Amerikaanse Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN) die het wereldwijde systeem van domeinnamen beheert. De uitgifte van (Nederlandse) .nl-domeinnamen is gedele-

geerd aan de Stichting Internet Domeinnamen, die aanvragen toetst aan een aantal objectieve criteria, waaronder de openbare orde en goede zeden.[307]

Sinds de belangstelling voor de communicatiemogelijkheden van het internet bij het grote publiek doorbrak in de jaren negentig van de vorige eeuw, is er een almaar groeiende behoefte geweest van op het internet actieve bedrijven en particulieren om door bezoekers van het web eenvoudig en zo veel mogelijk *gevonden* te worden, door middel van de best denkbare én beschikbare domeinnaam. Wie voordien als fan van de Rolling Stones een knipselmap bijhield kon nu ervoor kiezen om een virtuele knipseldatabank en fanontmoetingsplaats op te zetten, en voor het onder de aandacht brengen en verkopen van eigen kunstwerken was vanaf dat moment een internet-gallerie voldoende voor klanten uit diverse hoeken van de wereld.

In de 'aanloopjaren' sinds de grote internetdoorbraak was er tevens een *run* op het laten registreren (monopoliseren) van algemeen bekende en dus aantrekkelijke 'publiek domein'-domeinnamen, zoals bijvoorbeeld ten aanzien van Prinsjesdag, Tweede Kamer en prinses Maxima. Dergelijke benamingen worden door bezoekers van het internet veel gebruikt als zoektermen. Er hebben zich tientallen juridische geschillen voorgedaan over de 'sterkste aanspraak' op domeinnamen.[308] Het betroffen onder andere aanduidingen die verband houden met de overheid en bekende personen. Hieronder zijn gevallen van 'domeinnaamkaping', te vergelijken met merkenkaping (par. 4.6), waarbij een domeinnaam is geregistreerd die volgens een derde aan hém toebehoort en die de registrant – in de typische situatie – met winst aan die derde hoopt te verkopen.

Domeinnaamgeschillen waarbij degene die zich verzet tegen de registratie van een bepaalde domeinnaam een *merkrecht* heeft op die (of een overeenstemmende) naam, plegen te worden beoordeeld aan de hand van het merkenrecht (in de praktijk met name art. 2.20 lid 1 onder *d* BVIE; art. 13.A lid 1 onder *d* BMW). Ook kan in vóórkomende gevallen het handelsnaamrecht (HNW) worden toegepast. Onder omstandigheden biedt de regeling van de misleidende reclame (art. 6:194 e.v. jo 162 BW) mogelijkheden. Als al het andere niet slaagt, is er nog het algemene onrechtmatige daadsrecht (art. 6:162 BW).

Inmiddels zijn de relatief stormachtige beginjaren van de explosieve groei van de belangstelling voor het internet en domeinnamen achter de rug en is in grote lijnen duidelijk hoe de rechter in domeinnaamgeschillen oordeelt.

307 Art. 7.1 aanhef en onder *b* Reglement voor registratie van .nl-domeinnamen, SIDN 29 januari 2003, met toelichting in document 'Do's en don'ts voor de .nl-domeinnaamhouder', SIDN 29 januari 2003, par. 1.4.7, p. 8 (daar wordt van "goede orde en zeden" gesproken). Zie nader < www.sidn.nl > en < www.icann.org >.

308 De eerste procedures over domeinnamen in Nederland stammen uit 1996. Zie o.a. Pres. Rb. Zwolle 3 juni 1996, < www.domjur.nl > (*Flevonet.nl*); Pres. Rb. Amsterdam 29 augustus 1996, < www.domjur.nl > (*xxlink.nl*); Pres. Rb. Amsterdam 20 september 1996, *IER* 1996, afl. 6, p. 227 (*Ouders.nl*).

Domeinnamen die een nationaal symbool bevatten, kunnen worden geregistreerd (bijvoorbeeld: nederland.nl). In de rechtspraak is gebleken dat degene die het eerst om de registratie van een algemeen bekende, aan de overheid gerelateerde aanduiding (zoals troonrede.nl) heeft verzocht, aan het langste eind trekt, zolang er voor de Staat maar voldoende alternatieven overblijven.[309] Bestaat echter het gevaar van misleiding van of verwarring bij het publiek, bijvoorbeeld omdat de internetbezoeker onder tweedekamer.nl informatie over de Tweede Kamer verwacht, kan een verbod van gebruik van de domeinnaam en zelfs overdracht van de domeinnaam worden gevorderd.[310]

Ten aanzien van symbolen van het Koninklijk Huis is uitgemaakt dat willekeurige ondernemers die merkrechten bezitten op namen en titels van leden van het Koninklijk Huis niet met een beroep op merkinbreuk het gebruik van iedere identieke of overeenstemmende *domeinnaam* kunnen verbieden. "Bedrijven en particulieren moeten over de mogelijkheid kunnen beschikken om via het internet en via een doelmatige domeinnaamregistratie activiteiten te ontplooien die zijn toegespitst op de persoon (..) en die geen verband houden met de waren/diensten waarvoor (..) de merken zijn gedeponeerd", aldus r.ov. 4.13 van het vonnis van de Rechtbank Utrecht (2003) in de zaak *Prinsesmaxima.com*.[311]

Commentator De Cock Bruning vroeg zich naar aanleiding van de zaak *Prinsesmaxima.com* af of dezelfde bijzondere bescherming tegen monopolisering door derden (vgl. r.ov. 4.12) niet juist ook aan andere entiteiten zou moeten toekomen, zoals gemeenten en overheidsinstellingen. De parallel met artikel 3 lid 2 onder *c* MRl over het vrij houden van officiële aanduidingen van lagere overheden dringt zich op.

Over de andere in dit boek onderscheiden categorieën symbolen is mij geen domeinnaamrechtspraak bekend, maar misschien kan ik er toch íets over zeggen.

Eerst verdient echter in dit kader nog iets anders signalering. Terzake van alle categorieën symbolen kan de vraag spelen hoe er in het licht van het 'first come, first serve'-beginsel van de SIDN-domeinnaamregistratie alsmede vanuit het belang om onder een toepasselijke domeinnaam informatie te verstrekken of te vinden, moet worden aangekeken tegen de situatie dat vanuit verschillende hoeken van de maatschappij aanspraak wordt gemaakt op de in *moreel* opzicht sterkste rechten op één bepaalde domeinnaam met een grote symbolische waarde. (Technische aspecten zoals een voorkeur voor de ene of de andere extensie – bijvoorbeeld: .net, .org – daargelaten.)

Domeinnamen met een grote symbolische waarde, zoals de naam van een land (nederland.nl), volk (friezen.nl) of godsdienst (protestantisme.nl), staan

309 Hof Amsterdam 20 februari 2003, *DomJur* 2003, nr. 170 (*Staat/De Kreek II*), r.ov. 5.5.
310 Hof Amsterdam 25 oktober 2001, *DomJur* 2001, nr. 125 (*Staat/Amstel Meer Land*).
311 Vonnis van 16 juli 2003, *IER* 2003, nr. 8, p. 38-42, m.nt. MdCB.

immers in de belangstelling van een heleboel (niet-commerciële en commerciële) partijen. Deze domeinnamen zijn vergelijkbaar met zogenaamde generieke domeinnamen, maar er staat bij domeinnamen met de grote symbolische waarde meer op het spel.

Het ligt in de verwachting dat woorden met een grote *negatieve* symbolische waarde kunnen afstuiten op de objectieve toetsingscriteria van de SIDN (vgl. de "goede orde en zeden"[312]). Een korte zoekactie onthult evenwel dat in ieder geval de domeinnaam hitler.nl is geregistreerd en dus kennelijk niet is tegengehouden; aan de domeinnaam is nog geen website verbonden. *On second thought* hoeft er niets mis te zijn met zo'n registratie: een site die niet de leider van het Derde Rijk verheerlijkt, maar die publieksinformatie bevat, valt onder de uitings- en informatievrijheid. Wel kan zich dan de vraag voordoen of mee moet wegen wie moreel de sterkste aanspraak heeft op een domeinnaam hitler.nl voor publieksinformatie – de Anne Frankstichting méér dan een schoolklas in Diemen die aan een lesproject werkt?

Benamingen met een grote *positieve* symbolische waarde worden als domeinnaam toegelaten. Ook de namen van godsdiensten en godheden vormen geen beletsel, zo blijkt uit SIDN-registraties als buddha.nl, god.nl (voor een deurwaarderskantoor van iemand met de persoonsnaam God), christus.nl, shiva.nl (voor een uitgeverij).

7 Verhouding tot de uitingsvrijheid

Over de verhouding tot het recht op vrijheid van meningsuiting is in dit hoofdstuk tussen de bedrijven door het een en ander gesignaleerd. In deze par. 7 groepeer ik de opmerkingen over de verhouding tot de uitingsvrijheid en voeg ik er nog enkele aan toe. Ik kan kort zijn, want omvangrijke, specifiek met de merkenrechtelijke context verband houdende vraagstukken doen zich niet voor. Voor een algemene schets van de uitingsvrijheid in verband met de problematiek van dit boek verwijs ik naar hoofdstuk 2.

Tekens met een grote negatieve symbolische waarde en tekens met een grote positieve symbolische waarde voor zover het betreft nationale symbolen en religieuze symbolen, dienen volgens het voorgaande betoog te worden uitgesloten monopolisering als merken. Het gaat om een selecte verzameling tekens, zeker nu culturele symbolen wél vatbaar kunnen blijven voor occupatie (par. 4.7.4.4). De ontzegging van de mogelijkheid van merkenrechtelijke occupatie van de genoemde typen tekens met een grote symbolische waarde laat onverlet de mogelijkheid van *gebruik* door de gewezen deposant resp. merkhouder. Hij kan binnen de in hoofdstuk 2 getrokken grenzen het teken gewoon blijven gebruiken, net als ieder ander. Verdedigbaar is zodoende dat

312 Art. 7.1 aanhef en onder *b* Reglement voor registratie van .nl-domeinnamen, SIDN 29 januari 2003, met toelichting in document 'Do's en don'ts voor de .nl-domeinnaamhouder', SIDN 29 januari 2003, par. 1.4.7, p. 8 (daar wordt van 'goede orde en zeden' gesproken).

voor zover zich al een beperking van de uitingsvrijheid voordoet, dat die toch zéker niet ontoelaatbaar is.

Ook voor zover het gemis van merkenrechtelijke exclusiviteit ten aanzien van symbolen met een negatieve connotatie, of ten aanzien van nationale of religieuze symbolen, door ondernemingen als een obstakel *zou* worden ervaren, verandert dit punt niet wezenlijk.[313] Bezwaren maken geen indruk, omdat het om een relatief kleine en specifieke verzameling tekens gaat, die zich als gevolg van de grote symbolische waarde sowieso niet goed leent voor het vervullen van een herkomstfunctie en ten aanzien waarvan wel nimmer ieder gebruik door derden zal kunnen worden verboden vanwege de reeds aanwezige bekendheid in een symbolische context. Met of zonder exclusieve merkenrechtelijke aanspraak in het register op de naam Christus of Mohammed, of een afbeelding van de Nederlandse leeuw, zal er in principe tóch sprake zijn van algemeen vrij gebruik.

Voor het uitsluiten van tekens met een grote *negatieve* symbolische waarde komt hier nog een legitimatie bíj die de toets van artikel 10 lid 2 EVRM zonder problemen doorstaat: het bewaken van de openbare orde door het tegengaan van maatschappij-gevaarlijke provocaties, zoals uitingen van rassenhaat.

8 Evaluatie, slotopmerkingen en perspectief

De Europese Merkenrichtlijn kent voor tekens met een grote symbolische waarde een optionele weigerings- en nietigheidsgrond (art. 3 lid 2, onder *b* MRl), die in een aanzienlijk aantal Europese landen wél, maar in de Benelux níet is overgenomen. De grond heeft echter veel te bieden, maar blijft zo helaas onbenut. In het BVIE moet alsnog een bepaling naar het model van artikel 3 lid 2 onder *b* MRl worden opgenomen.

De beoordeling van tekens met een grote symbolische waarde beschouw ik als een kwestie van absolute (on)toelaatbaarheid. Tekens met een grote symbolische waarde moeten vrij van merkregistratie worden gehouden vanwege de omstandigheid dat het in brede groepen van de samenleving als onverteerbaar wordt ervaren dat de toepassing van tekens met een grote symbolische waarde voor persoonlijk gewin kan worden 'beloond' met het verkrijgen van een *exclusief recht* op zo'n teken.

Een rondreis langs de merkenwetgevingen van de landen van Europa heeft een verrassend groot aantal wetsartikelen opgeleverd dat aandacht besteed, in verschillende bewoordingen en in verschillende mate, aan tekens met een grote symbolische waarde (par. 3.7). Nederland, de Benelux, is daar niet bij, evenmin als de meeste landen in West-Europa. Dat we hier geen

313 Een onderneming kan bijvoorbeeld beweren dat zij de merkbescherming nodig heeft voor een voldoende mate van zekerheid dat zij haar investering (in het symbool als merk) op economische wijze zal kunnen terugverdienen, en dat een verbod van monopolisering een (ongeoorloofde) inbreuk op haar uitingsvrijheid betekent omdat zij moet uitwijken naar een ander teken.

behoefte zouden hebben aan speciale aandacht voor datgene wat voor mensen en de samenleving als geheel van grote symbolische betekenis is, zou een aanname zijn die niet is terug te voeren op enige serieuze gedachtevorming daarover.

In dit hoofdstuk 5 heb ik een stevige aanzet willen geven voor debat. Ik ben er een voorstander van dat – in zekere zin: alsnog – een antwoord wordt gezocht op de vraag hoe ver ons nationale merkenrecht zou mogen gaan in de verlening van monopolies, waar het de voor de samenleving meest wezenlijke, symbolische benamingen en afbeeldingen betreft.

Het alsnog overnemen van artikel 3 lid 2 onder *b* MRl als absolute weigerings- en nietigheidsgrond in het BVIE is te verkiezen boven de inzet van de openbare orde-grond voor de beoordeling van tekens met een grote symbolische waarde. De openbare orde-grond is in theorie toereikend voor alle in par. 4.7.4 besproken typen tekens met een grote symbolische waarde, maar een dergelijke manoeuvre roept meteen discussies op over de reikwijdte van het begrip openbare orde. Met de toegespitste grond van artikel 3 lid 2 onder *b* MRl kunnen die discussies – in ieder geval tot op aanzienlijke en nuttige hoogte – worden vermeden. De nieuwe bepaling opent de weg van een integrale benadering van de problematiek en geeft bovendien het juiste signaal af aan de samenleving.

Een weigerings- en nietigheidsgrond in het BVIE opnemen naar het model van artikel 3 lid 2, onder *b* MRl zal in vóórkomende gevallen een instrument toevoegen aan nu reeds bestaande mogelijkheden voor weigering of nietigverklaring. Derde Rijk-vlaggen en -emblemen kunnen nu en in de toekomst aan de openbare orde en goede zeden worden getoetst. Voor vlaggen en wapens van landen is reeds artikel 6*ter* UvP voorhanden. In het geval van misleidingsgevaar kan de voor die situatie bestaande grond worden toegepast.

De noodzaak resp. meerwaarde van een *zelfstandige* regeling van tekens met een grote symbolische waarde ligt (1) zowel praktisch als theoretisch in de integrale benadering van het onderwerp, (2) in de insluiting van de nu nog 'ongedekte' categorie religieuze symbolen, en (3) in het signaal van de wetgever dat het tegengaan van de merkenrechtelijke occupatie van symbolen mogelijk en wenselijk is en níet reeds afstuit op eventuele (bij gebreke van dat signaal alleszins begrijpelijke) rechterlijke twijfels over het 'eigenmachtig' verruimen van de uitleg van het begrip openbare orde, een nu eenmaal beladen en veel breder begrip (of juist niet?).

Deze argumenten klemmen des te meer omdat uit de parlementaire geschiedenis niet blijkt van sterke argumenten tégen het overnemen van artikel 3 lid 2, onder *b* MRl.

Ten behoeve van officiële *lagere-overheidstekens* zoals bedoeld in artikel 3 lid 2 onder *c* MRl wordt eveneens bepleit om de optionele richtlijngrond in het BVIE alsnog over te nemen, als absolute weigerings- en nietigheidsgrond.

In vergelijking met de grond voor tekens met een grote symbolische waarde speelt artikel 3 lid 2 onder *c* MRl, dat het mogelijk maakt om officiële aanduidingen die buiten de reikwijdte van artikel 6*ter* UvP vallen, zoals gemeentevlaggen, uit te sluiten van merkregistratie en -bescherming, in deze studie de tweede viool, maar dat mag niet verhullen dat de bepaling op zichzelf van aanzienlijke betekenis is. De tekens zijn nauw verwant met de in de Benelux vanwege de hogere hiërarchie wél categorisch van merkoccupatie en -exploitatie uitgesloten artikel 6*ter* UvP-tekens. Voor overheidsaanduidingen moet echter het officiële karakter bepalend zijn en minder de plaats in de hiërarchie, zodat goed verdedigbaar is dat één lijn wordt getrokken.

Er is geen bezwaar om ook voor deze nieuwe BVIE-bepaling het openbaar ministerie bevoegd te maken de nietigheid in te roepen. Deze bevoegdheid zou de nieuwe bepaling bovendien in lijn brengen met de uitsluiting van artikel 6*ter* UvP-symbolen.

Omvangrijke, specifiek met de merkenrechtelijke context verband houdende vraagstukken doen zich ten aanzien van de verhouding tot de uitingsvrijheid niet voor. De bepleite uitsluiting van monopolisering raakt een selecte verzameling tekens, zeker nu in mijn optiek culturele symbolen om hoofdzakelijk praktische redenen (met name de talrijke bestaande merkinschrijvingen) wél vatbaar kunnen blijven voor occupatie. Het ontzeggen van de mogelijkheid van merkenrechtelijke occupatie laat voorts onverlet de mogelijkheid van *gebruik* door de gewezen deposant resp. merkhouder. Hij kan binnen de in de hoofdstukken 2-4 getrokken grenzen het teken gewoon blijven gebruiken, net als ieder ander. Verdedigbaar is dus dat voor zover zich al een beperking van de uitingsvrijheid voordoet, die niet ontoelaatbaar zal zijn.

Voor het uitsluiten van tekens met een grote *negatieve* symbolische waarde komt hier nog een legitimatie bij die de toets van artikel 10 lid 2 EVRM zonder problemen doorstaat: het bewaken van de openbare orde door het tegengaan van maatschappijgevaarlijke provocaties, zoals uitingen van rassenhaat.

6 'Verlenging' auteursrecht of 'hermonopolisering' werk als merk

1 Introductie

1.1 'Verlenging' auteursrecht of 'hermonopolisering' werk als merk

Een subthema bij het voorgaande in hoofdstuk 5 is de toelaatbaarheid van de 'verlenging' van een auteursrecht langs de weg van het merkenrecht. Een andere omschrijving is de 'hermonopolisering' van een werk als merk.[1]

In het kader van deze studie richt ik mij op de volgende situatie: een naam of afbeelding waarop reeds *auteursrechtelijke* bescherming rustte, een 'werk', en die sinds zijn creatie is uitgegroeid tot een *cultureel symbool*, wordt *door de auteursrechthebbende* omstreeks en kennelijk met het oog op het eindigen van de vaste, tijdelijke periode van auteursrechtelijke exclusiviteit gedeponeerd als *merk*, teneinde het verlies van de auteursrechtelijke exclusiviteit te ondervangen.

Gedacht moet worden aan werken die omstreeks het einde van de periode van auteursrechtelijke bescherming volgens de Auteurswet (hierna: Auteurswet of Aw), te weten zeventig jaar na de dood van de maker van het werk, een zéér ruime bekendheid genieten in ons land. Hieronder vallen werken – in het spraakgebruik vaak *kunstwerken* – als beroemde schilderijen, sculpturen en foto's en onsterfelijk gebleken stripfiguren. Het zullen er echter niet veel zijn, werken die in een betrekkelijk korte periode al zijn uitgegroeid tot een cultureel symbool en ten aanzien waarvan het auteursrecht recentelijk is geëindigd of binnenkort afloopt (de maker is dan zeventig jaar dood).[2]

Bij nationale of religieuze symbolen zijn kwesties van auteursrecht vrijwel ondenkbaar. Voorts vormen symbolen met een *negatieve* connotatie een verhaal apart (par. 1.4).

Vanwege de bekendheid behouden de zojuist genoemde kunstwerken ook ná die zeventig jaar hun aantrekkelijkheid voor commerciële exploitatie voor de auteursrechthebbenden – de erven van de maker, meestal de klein-

1 In de bespreking van het thema 'verlenging' richt ik mij op het merkenrecht als het in de literatuur over het thema meest bediscussieerde deelgebied. Eventuele mogelijkheden van 'verlenging' via andere rechten van industriële eigendom laat ik buiten beschouwing.

2 Door een wijziging van de duur van het auteursrecht, in het vorige decennium, en daarmee samenhangend overgangsrecht, moet het bovendien gaan om werken die op 1 januari 1995 nog bescherming genoten (par. 2.7). Omdat de oude duur vijftig jaar bedroeg, bestrijkt het bovenbedoelde probleemgebied alleen werken van op 1 januari 1945 of later overleden makers. Het auteursrecht op het werk van een in 1945 overleden maker, bijvoorbeeld, loopt door de duurwijziging pas af per 1 januari 2016.

kinderen, of bijvoorbeeld ondernemingen zoals uitgeversmaatschappijen, die de exploitatierechten hebben verkregen. Dat derden, zoals (concurrerende) uitgeversmaatschappijen, dan óók belang zullen stellen in exploitatie na het verval van het auteursrecht, spreekt voor zichzelf.

Wanneer de auteursrechthebbenden hun exclusieve zeggenschap over het werk uit hoofde van het auteursrecht pogen *voort te zetten* door het nastreven van exclusiviteit in een andere vorm, namelijk via de registratie van het werk als *merk* met de bijbehorende rechtsbescherming, spreken tegenstanders van deze handelwijze wel van ontoelaatbare 'verlenging' van het auteursrecht.

'Verlenging' van auteursrechten via merkregistratie, wat hier als iets ánders wordt verstaan dan de – geoorloofde – merkregistratie ten behoeve van (parallelle) merkexploitatie van een werk door de auteursrechthebbende *tijdens* de duur van het auteursrecht, roept vragen op over de coherentie van het auteursrecht en het merkenrecht, als twee (zelfstandige) gebieden die beide behoren tot de familie van de intellectuele eigendom.

De kwestie van 'verlenging' vereist naar mijn idee alleen bespreking van de poging van de *auteursrechthebbende* tot 'verlenging' omstreeks het verval van het auteursrecht oftewel hermonopolisering. Ik licht deze toespitsing nu toe.

Zuiver gesproken is van 'verlenging' alléén sprake wanneer het verzoek om merkinschrijving in het zicht van maar uiterlijk op het moment van het verval van het auteursrecht is gedaan. Ná dat moment valt er een gat in de tijd, en zou bij een dergelijk verzoek van *herleving* van het auteursrecht gesproken moeten worden. Niettemin kan ik in dit hoofdstuk 6 ook dán de term 'verlenging' hanteren, omdat de blik in mijn betoog in beide situaties is gericht op de handelwijze van dezelfde natuurlijke of rechtspersoon: de (voormalig) auteursrechthebbende.

Wanneer het niet de (voormalig) auteursrechthebbende is die zo'n merk laat registreren maar een *derde*, dan ligt een en ander sterk anders dan zonet.

Een derde die in het zicht van en met het oog op het verval iedereen met post-auteursrecht exploitatieplannen (inclusief eventueel de auteursrechthebbende) te snel af wil zijn en daarom al vóór het verstrijken van de vervaldatum overgaat tot merkregistratie, kan de auteursrechthebbende op zijn pad treffen – zie voor de artikelen nader hoofdstuk II van de Aw. Nog los hiervan echter valt zijn handelwijze niet onder 'verlenging', omdat er voor een derde die niet al een exclusieve aanspraak *heeft*, niets te 'verlengen' valt. Vanuit de derde dekt dan de term hermonopolisering de lading evenmin; hij *monopoliseert*.[3]

3 Hooguit kunnen de beide termen in een abstracte redenering worden aangehouden, waarin het ene exclusieve recht wordt gezien als de voortzetting van het andere, ongeacht bij wie zij berusten. Ik hanteer een ander vertrekpunt.

Dat hij monopoliseert blijkt nog duidelijker wanneer hij *na afloop* van het auteursrecht het voorheen beschermde werk, bijvoorbeeld een beroemde stripfiguur, aan het publieke domein ontleent en als merk wil laten inschrijven: dit is geheel en al het domein van hoofdstuk 5, dat over monopolisering van symbolen als merk ging. Met dit verschil, dat dáár nog niet met zoveel woorden was vermeld dat op een deel van de culturele symbolen reeds *auteursrecht* rust of heeft gerust en dat die omstandigheid verband hield met de discussie zoals die in dit hoofdstuk 6 aan de orde wordt gesteld.

De discussie over de (on-)toelaatbaarheid van 'verlenging', in wezen een heel specifieke casus, laait in Nederland al gedurende langere tijd zo nu en dan op en heeft uiteenlopende standpunten opgeleverd. Dat er nog geen witte rook is heeft zijn oorzaak in de omstandigheid dat noch het in ons land geldende auteursrecht, noch het merkenrecht zich met zoveel woorden keert tegen het 'verlengen' van auteursrechten via het merkenrecht.

Weliswaar strekt de Auteurswet er mede toe de samenleving te laten profiteren van de schepping ná de aan de rechthebbende vergunde periode van exclusieve bescherming, maar de tekst van de Aw zelf of de toelichting van de wetgever bepaalt niet dat een op langer durende bescherming gericht merkdepot door de houder van een auteursrecht niet zou mogen. Van de tekst of de toelichting van het BVIE resp. de MRl gaat die indruk evenmin uit.[4]

'Verlenging' is bij uitstek een onderwerp dat wordt ingekleurd in de doctrine, met persoonlijke, zij het principiële opvattingen over hoe het (auteurs- en merken-)recht is en zou moeten zijn. Het onderwerp kan onder het leerstuk samenloop van auteurs- en merkenrecht worden geschaard. Zelf ben ik 'verlenging' van auteursrecht via het merkenrecht gedurende het schrijven van dit boek steeds *minder* als problematisch gaan zien. Ik licht mijn standpunt hierna toe (par. 3). Maar ik plaats eerst nog enkele inleidende opmerkingen (par. 1 vervolg), mede om over de plaats in deze studie van het subthema 'verlenging' geen misverstand te laten bestaan.

Daarnaast introduceer ik kernbegrippen van auteursrecht (par. 2), als een service aan de lezer. Voor merkenrechtelijke begrippen verwijs ik terug naar hoofdstuk 5, par. 2. Ik beperk mij in dit hoofdstuk 6 tot een voor deze studie *functionele* bespreking van samenloopaspecten, namelijk voor zover die de problematiek van de 'verlenging' van auteursrechten betreffen. Daarin zie ik

4 Omdat het toepassingsbereik van de Aw en het BVIE in hun totaliteit verschilt, is van een *lex specialis-generalis* verhouding geen sprake. Hierin kan men dan ook geen aanknopingspunt vinden voor het tegengaan van 'verlenging'. De verschillen tussen de Aw en het BVIE zien hoofdzakelijk op het object van bescherming, de beschermingsomvang en het instrumentarium voor handhaving. Het is onmogelijk om één van beide wetten *geheel* binnen het bereik van de andere te brengen, wat voor een *lex specialis* vereist is (vgl. in algemeen civielrechtelijke zin, tevens over de betrekkelijke waarde van het adagium *lex specialis derogat legi generali*: Brunner 1984, p. 14-17; Mon. Nieuw BW A-21 (Boukema), nr. 4, p. 10-11). Het voorgaande brengt mee dat geen van beide regelingen *ten opzichte van de ander* exclusief geldt. Zie in vergelijkbare zin Hugenholtz in zijn noot bij HR 16 april 1999, *NJ* 1999, 697, nr. 6; vgl. voorts Wichers Hoeth 1982, p. 140 en Verkade 1998, p. 72.

geen plaats voor op zichzelf belangwekkende vragen over de toelaatbaarheid en de wenselijkheid van cumulatie van auteurs- en merkenrecht in het algemeen.[5]

Bij deze stand van zaken is een introductie van het algemene leerstuk van samenloop in het civiele recht m.i. niet geboden. De noodzaak van het opnemen van een dergelijke introductie neemt nog verder af doordat het verschijnsel van 'verlenging' van auteursrechten weliswaar te maken heeft met de onderlinge verhouding en de harmonie van de Aw en het BVIE, maar dat zich, zoals ik zal verdedigen, bij 'verlenging' uiteindelijk níet een *probleem* van samenloop voordoet. Aan de volgende, beknopte schets van de theorie heb ik eigenlijk al genoeg.

1.2 *Hoofdtrekken van samenloop en reflexwerking*

In algemene zin beschouw ik samenloop als de situatie waarin een rechtsfeit binnen het bereik van twee of meer normen van geldend – geschreven/ongeschreven – recht kan worden gebracht en die normen elkaar, naar de rechtsfeiten resp. rechtsgevolgen waarop ze betrekking hebben, niet dekken of aanvullen. De uitkomst verschilt dan naar gelang de ene of de andere route wordt bewandeld. Een kernvraag daarbij is of *in concreto* gelijke toepassing tot innerlijke tegenstrijdigheid van het recht leidt.[6]

Bij samenloop van rechtsgronden resp. rechtsgevolgen in het algemeen is *cumulatie* het uitgangspunt.[7] De Hoge Raad heeft zich hiervan door de jaren heen steeds weer een voorstander getoond.[8] Bij cumulatie zijn de in het concrete geval in het vizier komende rechtsregels en hun onderscheidelijke rechtsgevolgen in beginsel gelijkelijk van toepassing. Anders geformuleerd: iedere regel is in beginsel toepasselijk op alle gevallen die hij gezien de formulering bestrijkt, ongeacht of een andere regel eveneens toepassing kan vinden. Logischerwijs ligt de grens dáár waar cumulatie niet vol te houden is, omdat zij tegenstrijdige gevolgen heeft en/of ingaat tegen het systeem of de strekking van de wet. Hiervan is niet snel sprake.

---

5 De voor de 'algemene' problematiek van samenloop van auteurs- en merkenrecht meest relevante rechtspraak noem ik zijdelings in par. 3.5. De toonaangevende literatuur op het vlak van samenloop van auteurs- en merkenrecht is Wichers Hoeth 1982, Verkade 1982 en 1998, en Hugenholtz 2000.

6 Een literatuuroverzicht bij het thema samenloop geeft B.T.M. van der Wiel (*Onrechtmatige daad II.2*), aant. 2. Een door mij als sympathiek ervaren introductie van het thema geeft Van der Wiel 2003, p. 1 e.v. Zie over samenlooptypen, met grafische weergaven (Brunner 1979, p. 26: "Venn-diagrammen") en voorbeelden in het burgerlijk recht: Mon. Nieuw BW A-21 (Boukema), nr. 3-5, p. 6-12.

7 Zie over de terminologie (waarbij cumulatie, alternativiteit en exclusiviteit in feite staan voor algemene vuistregels voor het benaderen van samenloopgevallen): Boukema 1966, p. 22; Brunner 1984, p. 8-18 en 25; Mon. Nieuw BW A-21 (Boukema), nr. 5-7, p. 11-15; Snijders 1973, p. 454.

8 Zie bijv. al HR 18 maart 1920, *NJ* 1920, p. 479-482 (*Schippers/Schieland*), en veel recenter HR 14 juni 2002, *NJ* 2003, 112 (*Bramer/Hofman Beheer*) en HR 15 november 2002, *NJ* 2003, 48 (*AVO/Petri Beheer*).

Wanneer men uit twee normen en hun beider rechtsgevolgen er één moet selecteren maar wel *vrij* is te bepalen welke dat zal zijn, is het sleutelwoord *alternativiteit*. In bijzondere gevallen *verdringt* de ene rechtsgrond resp. rechtsgevolg de andere; dan spreekt men van *exclusiviteit*. Volgens rechtspraak van de Hoge Raad in de jaren vijftig van de vorige eeuw mag exclusiviteit alleen worden aangenomen "indien de wet dat voorschrijft of onvermijdelijk meebrengt."[9] Deze algemene regel heeft gezelschap van de veel recentere en op de onderlinge verhouding van auteursrecht en merkenrecht toegespitste regel van de Hoge Raad, dat cumulatie van bescherming mag "tenzij uit een van deze regelingen bepaaldelijk het tegendeel voortvloeit."[10]

Een met samenloop verbonden figuur is reflexwerking. Van reflexwerking is sprake wanneer een regeling die *niet* (direct) geschreven is voor toepassing op een bepaalde casus, een *wel* direct in aanmerking komende regeling (positief of negatief) in haar toepassing beïnvloedt.[11] Het spreekt voor zich dat dit solide aanknopingspunten vergt.

De twee regelingen, hier maar even zakelijk A en B te noemen, zijn van verschillend pluimage en hebben een verschillend toepassingsbereik – gevallen van het type X resp. type Y. Omdat de casus waarop de normen zien niet ver uit elkaar liggen/materieel een duidelijke connectie hebben (maar: géén samenloop), is denkbaar dat in een concreet geval in rechte zou worden erkend dat regeling A een indirecte invloed uitoefent op regeling B en dat deze laatste daardoor in haar toepassing wordt beperkt of zelfs buiten werking wordt gesteld. Onder indirecte invloed is hier te begrijpen invloed *anders* dan op grond van expliciete, in de wet zelf aangebrachte connecties, zoals gebeurt

9 HR 28 juni 1957, *NJ* 1957, 514 m.nt. LEHR (*Erba/Amsterdamsche Bank*) en HR 6 maart 1959, *NJ* 1959, 349 m.nt. HB (*Meinen/Nefkens*). Ik verwijs naar Brunner 1984, p. 16, die een overzicht geeft van nadere vuistregels die de rechtsvinding op het punt van exclusieve gelding vergemakkelijken.

10 HR 16 april 1999, *NJ* 1999, 697 m.nt. P.B. Hugenholtz, r.ov. 3.9 (*Batco/Doucal II* of *Bigott/Doucal II*). Kritisch over het legistische karakter van de tenzij-clausule: noot nr. 7 en Hugenholtz 2000, p. 242. De HR sprak zich in *Batco/Doucal II* als hoogste rechter in Arubaanse zaken uit. O.g.v. het concordantiebeginsel heeft het arrest ook voor Nederland betekenis, zodat van het Arubaanse recht mag worden geabstraheerd. (Het concordantiebeginsel is neergelegd in art. 39 lid 1 van het Statuut voor het Koninkrijk der Nederlanden, dat voor zover hier relevant luidt: "(..) het auteursrecht, de industriële eigendom (..) worden in Nederland, de Nederlandse Antillen en Aruba zoveel mogelijk op overeenkomstige wijze geregeld.") De in de hoofdtekst weergegeven regel in *Batco/Doucal II* past in de ruimte die BenGH 16 december 1998, *NJ* 2001, 133 (m.nt. Spoor onder HvJEG 23 februari 1999, C-63/97, *NJ* 2001, 134), *BIE* 1999, p. 297 m.nt. Ste (*Dior/Evora*), r.ov. 26-27, heeft gegeven door te overwegen dat de BMW niet in de weg staat aan "verdergaande bescherming" o.g.v. het auteursrecht. Aangenomen zal wel kunnen worden dat dit ook geldt voor het inhoudelijk (nagenoeg) gelijke BVIE. Zie verder nog de parallelle zaak HvJEG 4 november 1997, C-337/95, *NJ* 2001, 132; *IER* 1997, p. 224; *Aae* 1999, p. 480 m.nt. Cohen Jehoram; *GRUR Int.* 1998, p. 140 (*Dior/Evora*), r.ov. 58.

11 Zie voor de beschrijving van reflexwerking van Boukema: Mon. Nieuw BW A-21 (Boukema), nr. 3, p. 7 en nr. 10, p. 19-20 en Boukema 1966, p. 52-56.

door schakelbepalingen en vermeldingen van het type dat een bepaalde regeling de toepassing van een bepaalde andere regeling onverlet laat.

1.3 Plaats subthema 'verlenging' in deze studie

Indien en voor zover de merkenrechtelijke occupatie van een teken met een grote symbolische waarde níet *als zodanig* zou afstuiten op de BVIE-gronden (met name het door mij bepleite BVIE-equivalent van artikel 3 lid 2 onder *b* MRl en subsidiair de openbare orde; ik verwijs naar het betoog in hoofdstuk 5, par. 4), resteert de vraag of de merkenrechtelijke occupatie van een teken met een grote symbolische waarde waarop reeds *auteursrecht* heeft gerust, kan afstuiten op *voorrang* van het aan het auteursrechtelijke systeem verbonden en onvermijdelijke verval van het auteursrecht door tijdsverloop van zeventig jaar volgend op de dood van de maker van het werk in kwestie.[12]

Het merkenrecht biedt een exclusief recht dat door de mogelijkheid van periodieke vernieuwing van de inschrijving van het merkrecht in theorie *eeuwigdurend* kan zijn. Merkregistratie van een werk vereist dat het werk voldoet aan de reguliere (merk-)voorwaarden in het BVIE (art. 2.4 BVIE). In deze zin bestaat er geen verschil tussen de als merk aangemelde voorstelling die géén werk in auteursrechtelijke zin is resp. die wél een werk in auteursrechtelijke zin is.[13] De aandacht gaat in dit hoofdstuk vanzelfsprekend uit naar symbolen die (vanuit het perspectief van deze studie: *tevens*) voldoen aan de kwalificatie van 'werk' (par. 2.4).

Anders gezegd, de interesse gaat hier uit naar in brede kringen bekende oude werken, waarvan bovendien kan worden aangenomen dat die grote symbolische waarde bezitten. Een principieel onderscheid tussen bekende en onbekende werken is echter niet vol te houden. Er bestaat natuurlijk een aanzienlijk grijs gebied van bekende en minder bekende werken en het is de vraag hoe de mate van bekendheid kan worden bepaald.[14] De behoefte aan voortzetting van de monopoliepositie onder een andere vlag (na het auteursrecht: het merkenrecht) zal gering, zo niet verwaarloosbaar zijn bij onbekende werken, zodat het probleem in deze zichzelf (vrijwel) geheel oplost. Zeventig jaar na de dood van de maker is het gros van alle werken in de vergetelheid geraakt, voor zover er ooit al een ruimere bekendheid was.

12 Verval na zeventig jaar is de hoofdregel; er bestaan uitzonderingen maar die behoeven hier geen behandeling.

13 Wél in de zin dat het karakter van het 'werk' verschilt van dat van het 'merk'. Kort gezegd kan iedere (eigen) creatieve schepping worden aangemerkt als een 'werk' (vgl. art. 1 Aw; zie nader par. 2.4), terwijl een 'merk' als herkomstaanduiding onderscheidend vermogen moet bezitten (vgl. Considerans MRl, ov. 10 en Considerans GMVo, ov. 7; zie verder hoofdstuk 5, par. 4.2). Overlap tussen beide begrippen is echter mogelijk.

14 Deze afbakeningsvraag is weliswaar voor de praktijk reëel, maar behandel ik hier niet, omdat zij voor dit hoofdstuk niet principieel is. In hoofdstuk 1 van dit onderzoek is aandacht geweest voor categorieën van voorstellingen met een grote symbolische waarde en begripsomschrijving; die bespreking zou tevens voor de bedoelde afbakeningsvraag behulpzaam kunnen zijn.

1.4 Symbolen met een negatieve connotatie

Symbolen met een negatieve connotatie nemen in de discussie over 'verlenging' een afwijkende plaats in. Op het eerste gezicht doen ze in die discussie niet of nauwelijks mee. Weliswaar is het mogelijk dat op het ontwerp van een bepaald, bijvoorbeeld met etnisch extremisme geassocieerd teken, dat een grote negatieve symbolische waarde heeft verkregen, *auteursrecht* zou rusten. Maar dat zich terzake van zo'n ontwerp een serieuze poging tot 'verlenging' van auteursrechtelijke claims via een merkregistratie zou voordoen, is niet waarschijnlijk. En áls dat al gebeurt, dan kan bij zulke symbolen de openbare orde-grond de merkinschrijving verhinderen of ongedaan maken.

Bij nadere beschouwing valt nog wel de gedachte aan een bijzondere vorm van 'verlenging' via het merkenrecht in, namelijk niet door de auteursrechthebbende en evenmin door zomaar een derde, maar door de *overheid*. Ik doel hier op de suggestie van Phillips en Simon in *EIPR* in 2004 om een pan-Europese instantie of anders een web van nationale instanties te equiperen voor de selectie en registratie van zogeheten non-merken.[15] Als non-merken zouden in de visie van de beide schrijvers moeten gelden tekens met een "potential for commercial exploitation as an icon of hatred, genocide or other consensually identified destructive social value."[16]

Het opnemen van zulke tekens in een Europees opgezet dan wel aan de Lidstaten gedelegeerd 'zwartboek' moet de mogelijkheid wegnemen om ze als merk voor waren of diensten te monopoliseren en houdt daarnaast een verbod in van ieder commercieel *gebruik*. De directe aanleiding voor het voorstel van Phillips en Simon was de succesvolle verkoop van '*Führerwein*', in Italië geproduceerde wijn met afbeeldingen van Adolf Hitler op het etiket van de fles (zie eerder hoofdstuk 4, par. 3.3.4 en tevens hoofdstuk 5, par. 4.7.4.2). Die wijn verkoopt nog steeds goed.[17]

Hoewel het idee van Phillips en Simon de kracht van de originaliteit heeft en in wezen is geboren uit een bezorgdheid waarvoor men alleen maar sympathie kan hebben, is het nastreven van een dergelijk ambitieus systeem alles bij elkaar de moeite niet waard, en zijn er bovendien, bezien vanuit artikel 10 lid 2 EVRM, beren op de weg te verwachten met betrekking tot het geïmpliceerde *a priori*- en *categorische* gebruiksverbod.[18] In Nederland volstaat voor het bestrijden van ontoelaatbare uitingen de door de collectieve actie versterkte optie van artikel 6:162 BW, met zijn op de concrete feiten en omstandigheden toegesneden rechterlijke beoordeling, aangevuld met de mogelijkheid van strafrechtelijke vervolging (hoofdstuk 4, par. 3.5 en par. 7).

15 Phillips & Simon 2004.
16 Phillips & Simon 2004, p. 329.
17 Zie bijv. nader bij K. de Mik, 'Proosten met Hitler', *NRC Handelsblad* 19 september 2006, p. 20.
18 Zie voor mijn opvatting (eerder verdedigd in de *EIPR*; zie nader Van Woensel 2005, p. 37-42) reeds hoofdstuk 5, par. 4.7.4.3 hiervóór.

Voor zover 'verlenging' van overheidswege van reeds auteursrechtelijk beschermde tekens met een grote negatieve symbolische waarde via het door Phillips en Simon bepleite systeem zich zou voordoen, zal die naar ik vermoed geen doel op zichzelf zijn. 'Verlenging' zal veeleer een bijproduct vormen van het streven om de betrokken tekens met een negatieve connotatie hoe dan ook aan het handelsverkeer te onttrekken. Dat streven is niet speciaal tijdgebonden en niet afhankelijk van het (hebben) bestaan van auteursrecht, en daarom verder geen thema voor dit hoofdstuk.

2 Enkele essentiële begrippen van auteursrecht

2.1 *Nationaal recht met veel invloeden van buitenaf*

Het auteursrecht is het deelgebied van het intellectuele eigendomsrecht dat de (immateriële) rechten op werken van letterkunde, wetenschap of kunst regelt (zie nader over het werk-begrip par. 2.4). Het auteursrecht is een terrein dat men niet rekent tot de industriële eigendom (onder andere merkenrecht, modellenrecht en octrooirecht; ook wel privaatrechtelijk mededingingsrecht genoemd). Niettemin draait het auteursrecht evenzeer om voortbrengselen van de geest, en dat het óók – en volgens velen in toegenomen mate – commerciële belangen van marktpartijen (bijvoorbeeld uitgeverijen, platenmaatschappijen) dient, is onbetwist.[19]

In Europa is auteurswetgeving een zaak van nationaal recht, zij het in menig opzicht onderworpen aan Europees (richtlijn-) recht. Eerder hebben internationale verdragen grote invloed gehad. In Nederland is de auteursrechtwetgeving neergelegd in de Auteurswet 1912, die vele malen is gewijzigd. De Aw is gebaseerd op de zogenaamde minimumverplichtingen die overeengekomen zijn in de internatale Berner Conventie van 1886 (hierna: Berner Conventie of BC).[20]

De afgelopen jaren heeft de EU veel harmonisatieactiviteit laten zien op het gebied van het auteursrecht en gerelateerde onderwerpen. Het gevolg is

19 Zie nader Koopmans 1994, p. 107-111; Grosheide 1996, p. 44-45; Grosheide 1998, p. 121-122; Gielen/Wichers Hoeth 2000, nrs. 2 en 3, p. 1-2 (Klos); Holzhauer 2002, par. 2.01, p. 34. Zie over het auteursrecht als mededingingsinstrument ook HR 20 oktober 1995, *NJ* 1996, 682 m.nt. J.H. Spoor (*Dior/Evora*), r.ov. 3.6.2; HvJEG 20 januari 1981, gevoegde zaken 55/80 en 57/80, *NJ* 1982, 111 m.nt. LWH (*Musik-Vertrieb Membran/GEMA*), r.ov. 13, herhaald in HvJEG 4 november 1997, C-337/95, *NJ* 2001, 132 (*Dior/Evora*), r.ov. 57.

20 Wet van 23 september 1912, *Stb.* 1912, 308, nadien geregeld op onderdelen aangepast en gewijzigd; Berner Conventie voor de bescherming van werken van letterkunde en kunst van 9 september 1886, de laatste maal herzien te Parijs op 24 juli 1971, *Trb.* 1972, 114. Vgl. Spoor/Verkade/Visser 2005, par. 1.16, p. 21. Min of meer in het verlengde van de BC is in UNESCO-verband in 1952 de Universele Auteursrecht Conventie (UAC) tot stand gekomen, dat evenwel een lager beschermingsniveau heeft dan de BC en, anders dan de BC, een formeel vereiste kent (namelijk: auteursrechtvoorbehoud). Nederland had de BC-minimumverplichtingen al trouw opgevolgd, maar trad ook toe tot de UAC.

een waaier van (niet naadloos op elkaar afgestemde) deelwetgevingen, waarvan het belangrijkste product de zogenaamde Auteursrechtrichtlijn van 2001 is.[21] In de internationale literatuur achten sommigen enige stroomlijning van de deelwetgevingen wenselijk, en anderen hopen op een overkoepelende richtlijn.[22] Van harmonisatie van het onderwerp van dit hoofdstuk 6 is intussen geen sprake.

2.2 *Strekking van het auteursrecht*[23]

Het auteursrecht (de Aw) strekt ertoe om enerzijds de maker van een werk, als een prestatie op het creatieve of artistieke vlak, uit het oogpunt van rechtvaardigheid of billijkheid bepaalde exclusieve rechten toe te kennen, en ander-zijds met het na zekere tijd toevoegen van het werk aan het publiek domein de samenleving tot nut te zijn (vgl. art. 1 Aw).[24] Ik doel hier op twee in de Nederlandse literatuur vaak genoemde (elkaar deels overlappende) rechtspolitieke visies op het auteursrecht. De Aw draagt van beide sporen, in afgezwakte vorm, en voor de goede orde noem ik ze kort.

In de 'eigendomsvisie', ook wel aangeduid als het rechtvaardigheids- of billijkheidsargument, wordt de maker (zoveel mogelijk) als *eigenaar* erkend en worden hem bijbehorende rechten toegekend. De vrucht van de geestelijke inspanning van de maker is vaak het resultaat van investeringen en is door de maker aan de openbaarheid afgestaan en verspreid, wat volgens deze opvatting rechtvaardigt resp. billijkt dat zijn auteursrechten lang of zelfs eeuwig doorlopen.

De 'utilitaire' opvatting stelt het maatschappelijke nut voorop, dat is gelegen in de voortgang van de kunst en de wetenschap en in het aanmoedigen van intellectuele prestaties überhaupt. In deze opvatting wordt gedurende een bepaalde, betrekkelijk korte tijd een bijzondere positie van de maker erkend, maar wordt daarnaast vooral veel gewicht toegekend aan het belang van anderen (de samenleving) bij vrij gebruik. Overwegingen van maat-

21 Richtlijn nr. 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij (*PbEG* 2001, L 167/10-19), kort aangeduid als Auteursrechtrichtlijn.

22 Bijvoorbeeld R.M. Hilty, 'Intellectual property and the European Community's internal market legislation', *IIC* 2004, p. 767 hoopt op dit laatste, maar verwacht zo'n initiatief niet spoedig.

23 Omwille van de eenvoud kies ik ervoor om het niet ook over het *doel* (of de doelen) van het auteursrecht resp. de Aw te hebben. De term 'doel' is theoretisch niet of niet per se gelijk aan 'strekking', maar in de praktische uitwerking zijn ze zeer nauw met elkaar verbonden. M.i. is het ingewikkeld én niet dienstig om hier een onderscheid te maken en dat in dit hoofdstuk door te voeren.

24 Vgl. bijv. Gielen/Wichers Hoeth 2000, nr. 3, p. 2 (Klos). Zie ook *Kamerstukken II* 1911/1912, 227.3, par. 1, p. 6 (MvT).

schappelijke wenselijkheid en doelmatigheid spelen in deze visie een meer dominante rol.[25]

2.3 *Het subjectieve auteursrecht*

Het auteursrecht ontstaat automatisch bij de schepping van het werk. De rechtsverkrijging is vormloos, omdat artikel 5 lid 2 BC bepaalt dat formaliteiten zoals registratie niet vereist zijn voor het verkrijgen van exclusieve bevoegdheden.[26]

De exclusieve bevoegdheden van de maker vallen uiteen in exploitatierechten en persoonlijkheidsrechten (par. 2.5).

2.4 *Het werk*

Auteursrecht is gecentreerd rond het begrip werk. Een werk is een geestelijke schepping op het gebied van de letterkunde, wetenschap of kunst en is het object waarop auteursrecht rust. Mooi of verheven hoeft die geestelijke schepping niet te zijn, wel moet zij zich op de een of andere wijze als zodanig onderscheiden van dat wat er al was. Die eis moet echter niet verward worden met de merkenrechtelijke eis van 'onderscheidend vermogen'. Auteursrechtelijk vereist is dat een werk "een eigen, oorspronkelijk karakter heeft en het persoonlijk stempel van de maker draagt", kortweg het oorspronkelijkheidvereiste of werktoets genoemd.[27] Hoewel deze eis niet in de wet zelf

25 Zie verder en deels nader: *Kamerstukken II* 1911/1912, 227.3, nr. 1, p. 6 (MvT); Cohen Jehoram 1992, p. 63; Gielen/Wichers Hoeth 2000, nr. 467, p. 303-304 (Klos); Van Lingen 2002, par. 1.1, p. 16-17; Spoor/Verkade/Visser 2005, par. 1.9, p. 10-11. Algemener over dit onderwerp: D.W.F. Verkade, 'De rol van rechtsbeginselen in het recht van de intellectuele eigendom en de ongeoorloofde mededinging', *AA* 1991, p. 859-867. Grosheide 1986, p. 124 giet de rechtspolitieke visies in een gedifferentieerder vat dan ik hierboven doe en verschaft een analyse van rechtsgronden, p. 125 e.v. Grosheide geeft aan dat op de legitimatievraag verschillende antwoorden mogelijk zijn en inventariseert zeven argumenten, die elkaar gedeeltelijk overlappen. Davies 2002, p. 14-16 schetst vier rechtsgronden aan de hand van een selectie van internationale bronnen.

26 Het subjectieve auteursrecht kan in vermogensrechtelijke termen worden gezien als een goed en meer bepaald een absoluut vermogensrecht (vgl. art. 3:1 jo 3:6 BW). Daarop kan men de eigendom hebben, en het recht is vatbaar voor overdracht en vererving (art. 3:83 lid 3 BW jo art. 2 Aw).

27 HR 4 januari 1991, *NJ* 1991, 608 m.nt. DWFV, *IER* 1991, 96 m.nt. FWG, *AMI* 1991, 177 m.nt. JHS, *CR* 1991, 84 m.nt. Hugenholtz, *AA* 1992, 31 m.nt. HCJ (*Van Dale/Romme*). Zie ook HR 28 juni 1946, *NJ* 1946, 712 (*Van Gelder/Van Rijn*); HR 29 november 1985, *NJ* 1987, 880, *BIE* 1986, p. 55, gevolgd door BenGH 22 mei 1987, *NJ* 1987, 881 m.nt. LWH (*Screenoprints*). De term werktoets is van Spoor/Verkade/Visser 2005, par. 3.8, p. 65, dat er verder op wijst dat een geestelijke creatie in het domein van het auteursrecht moet vallen wil er van 'werk' gesproken kunnen worden, maar dat er geen plaats lijkt voor een afzonderlijke toets van het behoren tot de letterkunde, wetenschap of kunst (a.w., par. 3.14, p. 76); Van Lingen 2002, par. 3.1, p. 48 merkt op dat afbakening geen probleem zal zijn nu de (intrinsieke) artistieke of wetenschappelijke waarde van het werk niet medebepalend is.

wordt geformuleerd, gaat het hier om de in de auteursrechtelijke rechtspraak en literatuur vaste doctrine.[28]

Wat de precieze determinanten zijn van het criterium is (wel) onderwerp van voortdurende discussie. Zeker is, dat wil een prestatie voor bescherming op grond van de Auteurswet in aanmerking komen, aan die prestatie een zekere dosis creativiteit ten grondslag moet liggen die méér is dan technische of praktische vindingrijkheid en die tot uitdrukking komt in bepaalde subjectieve keuzes bij de totstandkoming van de prestatie. Een werk heeft iets eigens (een eigen karakter) dat het onderscheidt van wat er al was, en is gekleurd door de persoonlijke insteek van de maker: zijn smaak, voorkeuren, ideeën, inspiratie *et cetera* komen er in terug.[29] Een bepaalde mate van objectivering speelt ten aanzien van de persoonlijke insteek, want het esthetische, kunstzinnige en/of wetenschappelijke *gehalte* van een prestatie is geen factor bij de beoordeling of zij een werk is dat bescherming geniet.[30]

Artikel 10 lid 1 Aw geeft een niet-uitputtende opsomming van werken, zoals geschriften. Van tijd tot tijd worden naast de vermeldingen in lid 1 ook andere scheppingen als werk aangemerkt, onder meer als gevolg van de voorschrijdende technische ontwikkelingen.[31] Voor een toelichting bij de afzonderlijke werkcategorieën verwijs ik naar anderen.[32]

Een werk moet niet worden verward met de stoffelijke vorm waarin de geestelijke schepping is gegoten. De stoffelijke vorm van een werk noemt men exemplaar, zoals een cd-opname. Het onderscheid tussen werk en exemplaar laat zien hoe ver auteursrechtelijke bescherming reikt: het idee van de maker in al zijn te exploiteren vormen, daaronder begrepen bewerkingen en vertalingen van het werk.

In het vervolg van dit hoofdstuk zullen onder 'werk' ook *afgeleiden* daarvan worden begrepen, zoals de titel van een werk of de naam van de maker.

2.5 *Exploitatie- en persoonlijkheidsrecht*

De exclusieve positie van de houder van het auteursrecht heeft een tweeledig karakter: dat van het *exploitatierecht* en het *persoonlijkheidsrecht*. Het exploitatierecht ziet op de in artikel 1 Aw genoemde openbaarmaking (het werk ziet het licht) en verveelvoudiging (het werk wordt gereproduceerd). Het persoon-

28 Zie voor verwijzingen naar rechtspraak en literatuur Spoor/Verkade/Visser 2005, par. 3.8-3.13, p. 64-75.

29 De enkele stijl, idee of thema wordt overigens niet aangemerkt als werk; dit verandert pas wanneer een stijl, idee of thema in een bepaalde vormgeving is verwerkt.

30 Zie Gielen/Wichers Hoeth 2000 (Klos), nr. 472, p. 307; Visser 1998 (T&C IE), art. 10 Aw, aant. 5.

31 Bijv. art. 10 lid 3 Aw dat de databank als object van auteursrechtelijke bescherming aanwijst.

32 Bijv. Van Lingen 2002, par. 3.3, p. 53 e.v.; Spoor/Verkade/Visser 2005, par. 3.16, p. 79 e.v.

lijkheidsrecht, niet in artikel 1 genoemd, maar (voornamelijk) in artikel 25 Aw erkend, omvat onder andere het recht om zich tegen aantasting van het werk te verzetten (bijvoorbeeld een (zeer) incorrecte weergave) en het recht op (correcte) naamsvermelding bij het overnemen van bijvoorbeeld een literair citaat. Het persoonlijkheidsrecht is aan de persoon van de maker gebonden, ook na eventuele overdracht van diens exploitatierecht. Men spreekt ook van *droit moral*.

2.6 *Beschermingsomvang in relatie tot de informatievrijheid*

Véél valt onder het auteursrecht, maar niet álles. Een derde mag ongestraft feitelijke gegevens en ideeën aan een werk ontlenen en in een eigen creatie toepassen, zolang hij de informatie maar op een eigen manier verwerkt zonder overneming van de auteursrechtelijk beschermde trekken van het werk. Een werk kan zo, ook tijdens de periode van bescherming, dienen als basis voor het scheppen van nieuwe werken door derden. Dat is gunstig voor de algehele culturele en wetenschappelijke ontwikkeling, waarvoor het putten van inspiratie uit bijvoorbeeld vernieuwende literatuur – denk aan invalshoeken (inhoud) en schrijfstijl (vorm) – of 'dwarse' technieken in toegepaste kunst, essentieel is.

Ook overigens zijn er grenzen aan het auteursrecht. Het werk zélf mag niet zonder toestemming van de rechthebbende worden gekopieerd of herkenbaar verwerkt, behoudens evenwel het citaatrecht van artikel 15*a* Aw en andere wettelijke beperkingen, die deels verband houden met bijzondere belangen op het gebied van onderwijs, cultuur en wetenschap.[33] Ook de duur van het recht (art. 37 Aw) vormt een voorbeeld van een wettelijke beperking. De beperking *in de tijd* is voor deze studie de grens waar het om gaat (zie nader par. 2.7 en 3.2).

Er bestaat een inherente spanning tussen auteursrechtelijke bescherming en het recht in de artikelen 7 Gw en 10 EVRM. In aanleg staat het individuele exclusieve recht van de auteursrechthebbende om zekere handelingen die leiden tot genot en gebruik van bepaalde informatie te verbieden, diametraal tegenover het (grond-)recht van anderen om handelingen te verrichten die voeren naar gebruik en genot van informatie, aldus Visser.[34]

33 Zie de beperkingen in art. 15-18b Aw. Art. 15*a* Aw staat onder voorwaarden vergoedingsvrij citeren toe.

34 D.J.G. Visser, *Auteursrecht op toegang. De exploitatierechten van de auteur in het tijdperk van digitale informatie en netwerkcommunicatie* (diss. Leiden), Den Haag: VUGA 1997, par. 2.4.3, p. 35. Dat de informatievrijheid in beginsel mag worden ingeperkt door auteursrechtelijke bescherming, lijdt geen twijfel en wordt gedekt door art. 10 lid 2 EVRM. Deze bepaling omvat uitdrukkelijk "de rechten van anderen", en daaronder kunnen ook auteursrechten worden begrepen. In deze zin ook Verkade 1990, nr. 73, p. 36, die daarbij bovendien herinnert aan de vermelding van het auteursrecht in art. 27 lid 2 van de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens; zie (mede over deze verdragsbepaling) tevens L.C. Torremans, 'Copyright as a human right', in: L.C. Torremans (red.), *Copyright and human rights* (Information Law Series deel 14), Den Haag: Kluwer Law International 2004, p. 1-20.

Bij de noodzakelijke afbakening spelen theoretische opvattingen over (de mate van) auteursrechtelijke bescherming en het recht op vrijheid van meningsuiting resp. informatievrijheid een rol. De toelichting van de regering bij de Auteurswet uit 1912 stelde dat het de taak van de wetgever is de beperking van het "intellectueel verkeer", de vrije informatiestroom, niet verder uit te strekken dan het algemeen belang vordert.[35] Maar *wanneer* dat het geval is, is nu juist de vraag. Daarop kan het antwoord bijna een eeuw later allicht anders luiden.

2.7 *Duur*

Met het bestaan van auteursrechten is, in elk geval in de utilitaire opvatting, onlosmakelijk hun *einde* verbonden. Auteursrechten kunnen niet periodiek worden verlengd, zoals dat bijvoorbeeld bij merkrechten wél kan.

De hoofdregel neergelegd in artikel 37 Aw stelt de beschermingsduur voor werken sinds een Europese harmonisatiemanoeuvre op zeventig jaar na het overlijden van de maker van het werk (zie ook par. 3.2).[36] Tot 1995 bedroeg de duur in Nederland, net als in de meeste andere EU-Lidstaten, vijftig jaar, zodat doorgaans van duur*verlenging* gesproken wordt.[37] De oorspronkelijke vijftig jaar is voorgeschreven door de Berner Conventie, en Nederland koos voor die termijn in de Auteurswet van 1912.[38] In de Aw figureren naast de zeventig jaarstermijn ook bijzondere termijnen, voor bijzondere gevallen.[39] Die kunnen hier buiten beschouwing blijven.[40]

De periode na het overlijden van de maker wordt vaak en ook wel in dit hoofdstuk weergegeven met de verkorte aanduiding *pma*, *post mortem auctoris*.

35 *Kamerstukken II* 1911/1912, 227.3, p. 10 (MvT).

36 De zeventig jaarstermijn gaat in beginsel lopen op de eerste dag van het jaar, dat volgt op het jaar waarin de maker van het werk overlijdt.

37 Richtlijn 93/98/EEG van 29 oktober 1993, *Pb.* L 290/9-13, geïmplementeerd bij wet van 21 december 1995, *Stb.* 651-652 en in werking getreden op 29 december 1995. De duurverlenging maakte overgangsrecht noodzakelijk. Het overgangsrecht (art. 51 Aw) bepaalde met ingang van 29 december 1995 dat de termijn voor bescherming van op de peildatum 1 juni 1995 geldende auteursrechten werd verlengd van vijftig tot zeventig jaar, en daarnaast dat de auteursrechtelijke bescherming in Nederland van werken die op 1 juni 1995 in Nederland niet meer, maar in een of meer andere EU-Lidstaten (vooral Duitsland, dat al een zeventig jaarstermijn kende) nog wél bescherming genoten, opnieuw van kracht werd en aldus herleefde. De mogelijkheid van herleving is ingegeven door rechtspraak van het HvJEG (arrest van 20 oktober 1993, gevoegde zaken C-92/92 and C-326/92, *Jur.* 1993, p. I-5145, *AMI* 1994, p. 91 m.nt. Feenstra en Krawczyk (*Phil Collins*)) die, kortweg, meebrengt dat het beginsel van non-discriminatie op grond van nationaliteit in art. 6 EG-Verdrag van toepassing is op het auteursrecht en Lidstaten op dit terrein daarom geen onderscheid mogen maken tussen eigen onderdanen en die van andere Lidstaten (*Kamerstukken II* 1993/1994, 23 812, nr. 3, p. 6 (MvT)).

38 Deze termijn was vanaf de Berner Conventie in 1886 *gewenst* en werd vanaf 1948 *verplicht*.

39 Zie art. 37 lid 2; 38 lid 1 en 3; 38 lid 2 en 39; 40; 41; 42; 45o Aw.

40 Terzijde: zie over de vraag of auteursrechten kunnen worden verkort door afstand, genuanceerd Spoor/Verkade/Visser 2005, par. 13.5, p. 551-555.

Na de periode van bescherming valt het werk in het publieke domein, zo is het gezichtspunt vanuit het auteursrecht. Dan is het, ontdaan van het uitsluitend (auteurs-)recht, in principe voor iedere derde mogelijk het werk zonder toestemming van en zonder schatplichtigheid aan de dan voormalig auteursrechthebbende, naar believen te vermenigvuldigen en te verspreiden.[41]

3 'Verlenging' van auteursrechten via het merkenrecht

3.1 *Introductie*

'Verlenging' van auteursrecht via het merkenrecht door de auteursrechthebbende conflicteert met het auteursrechtelijke principe dat een werk na de periode van bescherming in het publieke domein dient te vloeien, voor zover men de ene, nieuw verkregen (merkenrechtelijke) exclusieve positie aanzien van een bepaald schilderij, beeldhouwwerk, foto of andere creatie, ondanks de andersoortigheid van het merkrecht als een voortzetting ziet van de andere (auteursrechtelijke) exclusieve positie. Een andere mogelijkheid is dat men principieel vindt dat er op een werk nimmer, althans na het verval van het auteursrecht niet langer, door niemand dus, een merkrecht gevestigd moet kunnen worden, omdat één vorm van intellectuele eigendomsbescherming wel voldoende is.

De Auteurswet bepaalt niet expliciet iets omtrent een dergelijke 'verlenging' in verband met het eindigen van de auteursrechtelijke beschermingsduur door tijdsverloop, evenmin als de Europese richtlijnen op het gebied van het auteursrecht. Voor deze samenloopkwestie komt het zodoende aan op interpretatie van de Aw, de toelichting van de wetgever en andere bronnen, een en ander in relatie tot de inhoud en toelichting van het BVIE.[42] In de Euro-

41 In principe, want behoudens eventuele merkenrechtelijke aanspraken in het geval van parallelle exploitatie van het werk-tevens-merk (deze parallelle exploitatie wordt hier verder buiten beschouwing gelaten, zoals aangegeven in par. 1.1). Voorts, beschrijvingen van het publieke domein in een auteursrechtelijke context geven bijv. Van Lingen 2002, par. 6.2, p. 120; Ricketson 1987, par. 7.3, p. 320; verder nog fraai, voor Duits recht, Nordemann 1998, art. 64 UrhG, nr. 4, p. 464. Vgl. ook het volgende citaat uit de Angelsaksische literatuur: "Creative work is to be encouraged and rewarded, but private motivation must ultimately serve the cause of promoting broad public availability of literature, music, and of arts. The *immediate* effect of our copyright law is to secure a fair return for an author's creative labor. But the *ultimate* aim is, by this incentive, to stimulate artistic creativity for the general public good [mijn curs., CvW]." Uit: *Nimmer on copyright* 1996 (waarin tevens aangehaald uitspraken van het VS-Supreme Court), opgenomen in Sloot 2000, p. 103.

42 Voor de goede orde, in de Aw komen wel andere afbakeningen met wetgeving voor, zoals in art. 10 lid 4 jo lid 1, onder 1 Aw. (Hierin legt de Aw een verband met het (in de sfeer van het auteursrecht liggende) databankenrecht, in die zin dat de gegevensverzameling die in aanmerking komt voor bescherming onder de Databankenwet is uitgesloten van geschriftenbescherming.) Voorts blijkt uit rechtspraak van de HR dat *aanvullende* bescherming door het gemene recht in enkele gevallen denkbaar is; zie in elk geval het standaardarrest HR 27 juni 1986, *NJ* 1987, 191 m.nt. vNH (*Nautic/Decca*). Inzicht in deze materie verschaft Spoor/Verkade/Visser 2005, par. 8.4-8.5, p. 394-401. Ik noem tevens C.J.J.C. van Nispen (*Samenloop en reflexwerking* IV), aant. 113.

pese Merkenrichtlijn en in het deels naar het model van die richtlijn ingerichte BVIE is 'verlenging' eveneens ongenoemd gebleven. Er bestaat geen (nationale, Benelux- of Europese) jurisprudentie met betrekking tot de kwestie van 'verlenging' van auteursrechten in de vorm van opvolgende merkregistratie door de auteursrechthebbende.[43]

'Verlenging' is in de kern een probleem van auteursrecht, omdat de Aw beoogt een werk in het publieke domein te laten vloeien na de periode van bescherming en dat doel door een aansluitende merkregistratie op naam van de (ex-)auteursrechthebbende doorkruist dreigt te worden (zie desgewenst kort nader over de beschermingsduur als zodanig: par. 3.2). Voor de eventuele bestrijding van 'verlenging' is het BVIE, tegen de achtergrond van de MRl en de Considerans daarbij (par. 3.3), aangewezen, en met name de als uitputtend geldende vereisten voor merkinschrijving (daarover par. 3.4). Ik zie echter overwegende argumenten tégen de gedachte dat het verschijnsel 'verlenging' van auteursrecht als zodanig zou kunnen of moeten worden bestreden (par. 3.5).

3.2 *Nader over de beperkte beschermingsduur van het auteursrecht*

Het is één van de elementaria van het auteursrecht om een werk na een periode van exclusieve bescherming voor de rechthebbende, toegankelijk te maken voor derden, en het werk zo als het ware open te stellen voor de samenleving.[44] In de tijdelijke duur verschilt het (subjectieve) auteursrecht met het eigendomsrecht op stoffelijke zaken, dat theoretisch oneindig voortduurt. In de beperkte beschermingsduur resp. de keuze van het precieze omslagmoment schuilt een moreel element en een compromis tussen (in ons land vooral) aanhangers van het rechtvaardigheids- of billijkheidsargument en van de utilitaire opvatting (par. 2.2). De eerste stroming gaat uit van een langdurige tot eeuwigdurende bescherming en de tweede van een (sterk) beperkte duur.

Er zijn overtuigende argumenten om in elk geval voor *tijdelijkheid* te kiezen. Het belangrijkste argument is dat de relatie tussen de geestelijke creatie en haar schepper de legitimatie verschaft voor het erkennen van een uitsluitend

43 De in dit opzicht geknipte Dik Trom-affaire (par. 3.4) heeft jammer genoeg niet geleid tot een gerechtelijke uitspraak over 'verlenging'. Over samenloop van auteursrecht en merkenrecht in algemenere zin bestaan enkele belangrijke uitspraken: HvJEG 4 november 1997, C-337/95, *NJ* 2001, 132; *IER* 1997, p. 224; *Aae* 1999, p. 480 m.nt. Cohen Jehoram; *GRUR Int*. 1998, p. 140 (*Dior/Evora*); HR 16 april 1999, *NJ* 1999, 697 m.nt. P.B. Hugenholtz (*Batco/Doucal II* of *Bigott/Doucal II*); HR 6 februari 1998, *NJ* 1998, 569 m.nt. DWFV (*BMW/Blok*). Deze jurisprudentie behandel ik hier niet omdat die in essentie gaat over de kwestie van het al dan niet *gelijktijdig* resp. *naar keuze* toepassen van auteurs- en merkenrecht door de dubbel (zowel auteurs- als merk-)rechthebbende (vgl. par. 1) en die kwestie m.i. niet speelt bij 'verlenging'. In het geval van 'verlenging' beroept de na het verval van het auteursrecht *voormalig* auteursrechthebbende en tegenwoordig (alleen nog maar) merkhouder zich op zijn (in feite als voortzetting van zijn auteursrecht bedoelde) merkrecht.

44 Zie reeds par. 2.2 van dit hoofdstuk 6.

(auteurs-)recht. Wanneer die relatie uit het zicht raakt, omdat de maker al decennia dood is, dient het recht op te houden te bestaan – bij het persoonlijkheidsrecht is dat nog sprekender dan bij het exploitatierecht. Dan blijft 'gewoon' een fraaie tekening, lied of gedicht over, vrij beschikbaar voor wie maar wil. Ook vormt het gewicht van het recht op vrijheid van meningsuiting, waaronder het recht om informatie te verspreiden, een argument voor tijdelijkheid van de rechtsbescherming.[45]

De duur bedraagt sinds 1995 zeventig jaar na het overlijden van de maker van het werk en was daarvoor bepaald op vijftig jaar (art. 37 Aw). Over de vraag waarom de duur precies is zoals hij is, is veel geschreven. Ik beperk me tot enkele opmerkingen. Met een snelle blik naar de vroegere, door de Berner Conventie vastgestelde uniforme beschermingsduur, lijkt de duur vooral een morele standaard te zijn geweest. In de woorden van Ricketson: "The 50 years *post mortem auctoris* term was taken (..) as a self-evident "good" that needed little explanation."[46] Aan de Europese harmonisatie die de beschermingsduur in de auteursrechtwetgevingen van de Lidstaten optrok naar zeventig jaar, opnieuw een compromis, ging een hevige discussie op nationaal en Europees niveau vooraf.[47]

In de Considerans bij de Auteursrechtrichtlijn heet het dat de duurverlenging tot zeventig jaar *pma* tegemoet komt aan (1) een goede werking van de interne markt, met overal gelijke mededingingsvoorwaarden, (2) de stijgende ouderdom van mensen, waardoor twee generaties niet langer in het bestek van vijftig jaar zouden passen, en (3) het bewaren en ontwikkelen van creativiteit, in het belang van de auteurs, culturele industrie, consumenten en de samenleving in haar geheel.[48] De kracht van de gepresenteerde argumenten overwéldigt niet, maar de nieuwe duur kwam er.[49]

---

45 Van het argument dat de omstandigheid dat een maker bewust of onbewust in zijn ontwikkeling en scheppende arbeid voortbouwt op datgene wat er in het culturele bereik al voorhanden is, meebrengt dat hij *daarom* evenmin blijvend 'eigenaar' van zíjn schepping kan zijn, ben ik minder onder de indruk. Het zet in potentie de zelfstandigheid van een werk onder druk en ondergraaft uiteindelijk de legitimatie voor het vergunnen van exclusieve bescherming überhaupt. Vgl. ook Spoor/Verkade/Visser 2005, par. 13.1, p. 547-548; vgl. ook Duits recht: Ulmer 1980, p. 5-6, Beier 2001, p. 97-107.

46 Ricketson 1992, p. 778.

47 Richtlijn 93/98/EEG van 29 oktober 1993, *Pb.* L 290/9-13, geïmplementeerd bij wet van 21 december 1995, *Stb.* 651-652, in werking getreden 29 december 1995. Een belangrijke zo niet de belangrijkste reden voor het aannemen van de 70 jaar *pma*-periode in de EU was dat Duitsland die duur al hanteerde vóór de harmonisatie, en duur*verkorting* daar op (praktische en politieke) bezwaren stuitte.
Zie voorts in de literatuur bijvoorbeeld *VVA-Studiecommissie 'Duur van het auteursrecht'*, 'De duur van het auteursrecht', *Auteursrecht/AMR* 1985/2, p. 29-31 (afweging van voor- en tegenargumenten bij verlenging) en 1985/3-4, p. 52 (eindconclusie); Sloot 2000. Voor een treffende verzameling van (kritisch) buitenlands geluid verwijs ik naar Davies 2002, p. 267-269, in het bijzonder diens vermelding van W.R. Cornish, 'Intellectual property', *Yearbook of European Law* 1993, p. 489-491 (Davies vermeldt abusievelijk het jaartal 1994).

48 Considerans, met name ov. (in samenhang) 2, 5 en 9-11.

49 Zie nader de meningen bij Spoor/Verkade/Visser 2005, par. 13.2, p. 549; voorts naast Sloot 2000, met name de eindconclusie op p. 128, en Cornish 1993, p. 489-491, ook Dreier 2001, p. 305.

For the record geef ik mee dat in mijn ogen, vanuit de gedachte dat (toekomstige) makers aan rechtsbescherming een stimulans voor hun scheppingsarbeid moeten kunnen ontlenen, op zichzelf een betrekkelijk korte periode zou volstaan (20-30 jaar vanaf het ontstaan van het werk). Maar aan de omstandigheid dat al sinds de tijd van de (herzieningen van de) Berner Conventie *speerpunten* zijn geweest dat de maker tijdens zijn leven moet kunnen bepalen wat er op het vlak van openbaarmaking en verveelvoudiging met zijn werk gebeurt én dat na zijn dood diens kinderen en kleinkinderen inkomsten uit exploitatie van het werk moeten kunnen genieten,[50] ontleen ik een *sterker* (historisch) argument voor een beschermingsduur die zich uitstrekt tot twee generaties na die van de maker. Indachtig de oplopende gemiddelde ouderdom in Europa en nochtans vrij royaal naar boven afgerond, komt dat neer op 60 jaar na het overlijden van de maker.

3.3 De ruimte in de Europese Merkenrichtlijn en de Considerans

Zoals gesignaleerd is 'verlenging' in de kern een probleem van auteursrecht, maar is voor de eventuele bestrijding ervan het merkenrecht aangewezen. Nu bevat de MRl, die de harmonisatie van nationale merkenwetgevingen op essentiële onderdelen (die een goede werking van de interne markt betreffen) beoogt, *geen* met zoveel woorden tegen het 'verlengen' van auteursrechten gerichte weigerings-/nietigheidsgrond. De meest voor de hand liggende plaats in de MRl voor zo'n bepaling of een eventueel analoog toe te passen bepaling, zou zijn artikel 4 lid 4 MRl, dat een reeks aanvullende, facultatieve gronden bevat. Maar doeldoorkruising van het auteursrecht door middel van 'verlenging' via een merkregistratie, vormt daarin geen thema.

Voorts biedt de MRl-Considerans hooguit *ogenschijnlijk* een aanknopingspunt voor het op het nationale (Benelux-)merkenrecht betrekken van de met de beperkte beschermingsduur beoogde strekking van het auteursrecht. De Nederlandstalige versie van de Considerans zegt in de overwegingen 6 en 7:[51]

> "Overwegende dat deze richtlijn de toepassing van andere rechtsgronden van de Lid-Staten op merken, zoals die betreffende oneerlijke mededinging, wettelijke aansprakelijkheid of bescherming van de consument, niet uitsluit;

50 Auteursrechten kunnen worden overgedragen aan derden (bijv. uitgeverijen of met het beheer van de nalatenschap belaste stichtingen); ook die rekent men tot de kring van personen rond de maker.

51 Ov. 6 en 7. In het Engels: (6) Whereas this Directive does not exclude the application to trade marks of provisions of law of the Member States other than trade mark law, such as the provisions relating to unfair competition, civil liability or consumer protection; (7) Whereas attainment of the objectives at which this approximation of laws is aiming requires that the conditions for obtaining and continuing to hold a registered trade mark are, in general, identical in all Member States (..).

> Overwegende dat het doel van de aanpassing alleen kan worden bereikt als de verkrijging en het behouden van het recht op een ingeschreven merk in alle Lid-Staten in beginsel afhankelijk wordt gesteld van gelijke voorwaarden; (..) dat de gronden voor weigering en nietigverklaring (..) limitatief moeten worden opgesomd zij het deels facultatief."

Uit de beide overwegingen in samenhang maak ik op dat, positief gesteld, andere (nationale) rechtsregels dan die van de MRl van toepassing mogen zijn op nationale merken, zolang er daarbij maar niet aan de voor de harmonisatie van de nationale merkenwetten cruciale *gemeenschappelijke* voorwaarden voor merkinschrijving en -bescherming wordt getornd (vgl. het "in beginsel"). (In het voorbijgaan verdient het opmerking dat als buitengrenzen bovendien artikelen 28 en 30 EG-Verdrag met betrekking tot het vrije verkeer van goederen in de interne markt gelden.[52])

Het is geen grote stap om het Nederlandse auteursrecht aan te merken als een zojuist in de Considerans bedoelde regeling die in beginsel kan (*mag*) 'inwerken' op het merkenrecht. De Considerans geeft immers voorbeelden ("zoals") en wil derhalve in deze zin niet uitputtend zijn. Bovendien noemt de toelichting met zoveel woorden het recht van de ongeoorloofde mededinging (zoals oneerlijke mededinging in Nederland tegenwoordig doorgaans wordt aangeduid). Er is geen aanleiding om te veronderstellen dat andere wetten die algemeen tot het intellectuele eigendomsrecht worden gerekend, níet in het rijtje van voorbeelden zouden zijn in te passen.[53]

Wetgeving voor nationale merken is in de EU, gegeven het uitblijven van een volledige harmonisatie van nationaal merkenrecht, een gedeelde verantwoordelijkheid van 'Brussel' en de individuele Lidstaten (onder supervisie van het Hof van Justitie van de EG). De gedeelde verantwoordelijkheid brengt noodzakelijkerwijs een zekere vrijheid mee voor de nationale wetgevers daar waar het aankomt op afstemming met andere *nationale* wetgeving.

De uniforme inschrijvingsvereisten voor merken in verband met nationale afstemmingskwesties in een individuele Lidstaat *wijzigen* of *aanvullen* zou echter conflicteren met de inhoud en geest van de MRl. De introductie van een BVIE-artikel tegen 'verlenging' (of tegen doeldoorkruising, met het oog op 'verlenging') zou zo'n conflict oproepen.

De te beantwoorden vraag ten aanzien van 'verlenging' is dan ook of de handelwijze kan afstuiten op een of meer weigerings- of nietigheidsgronden in het BVIE, eventueel aangevuld met momenteel níet overgenomen facultatieve MRl-gronden.

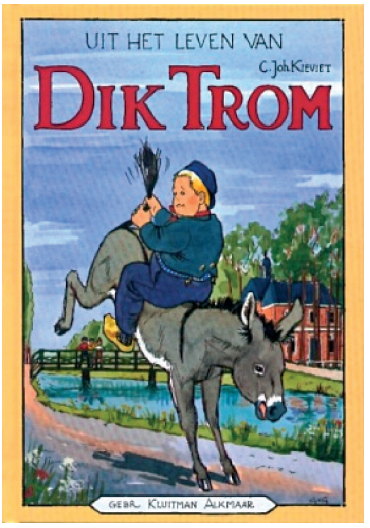
---

52 Voorheen art. 30 en 36 EG-Verdrag.

53 Een kanttekening is dat van de gebieden van het intellectuele eigendomsrecht juist het auteursrecht níet tot de *industriële* eigendom wordt gerekend en in vergelijking het minst op de mededinging is gericht. Het moderne auteursrecht heeft echter commerciële trekken ontwikkeld en de mogelijkheden die de bescherming biedt, zijn mede vertaald in wapens in de concurrentiestrijd. Men kan zeggen dat (subjectieve) auteursrechten in die zin inmiddels tévens mededingingsinstrumenten zijn geworden. Een aanknopingspunt biedt HR 20 oktober 1995, *NJ* 1996, 682 m.nt. J.H. Spoor (*Dior/Evora*), r.ov. 3.6.2.

3.4 De exemplarische Dik Trom-affaire

Als aanloop naar een antwoord op die vraag is het nuttig om een bekend voorval van een poging tot 'verlenging' van auteursrecht onder de loep te nemen. Het voorval betrof Dik Trom, de bolle boerenjongen met klompen en pet die achterstevoren op een ezel zat, uit de populair gebleven kinderboeken van C. Johan Kieviet (1858-1931). Zie bijvoorbeeld deze afbeelding:[54]



Een 'slimmigheid' van Kluitman, de uitgever van de boekenreeks, in het begin van de jaren '80 van de vorige eeuw, leidde tot Kamervragen en een debat onder juristen. Met het oog op het aflopen van de periode van auteursrechtelijke bescherming van het werk van Kieviet,[55] probeerde Kluitman de naam en afbeelding van Dik Trom en boektitels als merk te deponeren, om een wapen in handen te krijgen waarmee hij wilde kunnen verhinderen dat ándere uitgevers de Dik Trom-verhalen zouden uitbrengen.[56]

54 Ontleend aan < http://www.kluitman.nl/view.php?pn=20487&s=2 >.

55 Kieviet overleed in 1931, waardoor het auteursrecht – toen nog – vijftig jaar volgend op het sterfjaar en dus per 1 januari 1982 zou eindigen (art. 37 lid 1 Aw).

56 Cohen Jehoram, *NJB* 1982, p. 50, voetnoot 1 aldaar (onder verwijzing naar Haarlems Dagblad 1 augustus 1981), meldt dat het toenmalige Benelux-Merkenbureau tegenover Kluitman had bevestigd dat met het merkdepot van de naam Dik Trom het na 1 januari 1982 aan concurrent-uitgevers niet vrij zou staan de kinderboeken onder de titel "Dik Trom" op de markt te brengen. De merkregistratie van de naam Dik Trom en van de afbeelding stamt van 1978, voor boeken, films, speelgoed en puzzels, de boektitels werden in 1981 gedeponeerd (zie *Aanhangsel Handelingen II* 1981/82, nr. 2 en Bruin 1985, p. 12). Tekenaar Braakensiek (1858-1940) overleed later dan Kievit, zodat zuiver gesproken ten aanzien van de gedeponeerde afbeelding nog geen sprake was van 'verlenging'. Men mag echter aannemen dat de intenties van de uitgever ten aanzien van alle depots gericht waren op het ondervangen van het verlies van auteursrechtelijke bescherming.

Kamerleden vroegen de ministers van Economische Zaken (Terlouw) en van Justitie (De Ruiter) of zij meenden dat door het nastreven van een merkdepot van de naam Dik Trom door de uitgever "een poging wordt gedaan het in tijd ongelimiteerd verlengbare merkrecht te gebruiken om één van de doeleinden van de Auteurswet 1912 te frustreren, n.l. het doel van Artikel 37 van die wet om 50 jaar na het sterfjaar van de auteur diens werken in het publieke domein te brengen."[57] Daarop vervolgden zij: "Kan op deze wijze inderdaad een merkenrechtelijk monopolie verkregen worden op titels van boeken, namen van hoofdpersonen, of nog ernstiger, op namen van auteurs wier werken in het publieke domein gevallen (zullen) zijn (zoals C.Joh. Kieviet of t.z.t. Jan Terlouw)?"

Terlouw, behalve minister ook schrijver van succesvolle jeugdboeken als *Oorlogswinter*, zag in de voorgelegde stellingen geen taak voor de wetgever weggelegd: "Het is aan de rechter voorbehouden te bezien, tot welke exclusieve rechten dit merkdepot leidt. Mij past slechts de opmerking, dat het object van bescherming van het auteursrechtelijk monopolie een geheel andere is dan dat van het merkenrechtelijke monopolie. In het merkenrecht gaat het immers om het gebruik van een teken bij het verhandelen van zekere waren, niet om de verhandelde waren zelf. De Dik Trom-boeken noch de illustratie zijn als zodanig beschermd door het merkenrecht."

De minister maakte de keuze om zich niet inhoudelijk over de in de vragen aan de orde gestelde onderwerpen uit te laten, maar een uitspraak daarover aan de rechter te laten. Toch had de minister, indien hij had gewild, in de vragen een basis voor standpuntvorming kunnen vinden: de vragen raken immers aan de doeleinden van de Auteurswet en daarmee aan de bedoelingen van de wetgever. Een uitspraak over deze individuele zaak had daarbij desgewenst kunnen worden vermeden door te abstraheren en eventueel andere voorbeelden te gebruiken.

De Kamerleden hadden in hun vragen tevens gesuggereerd dat het probleem van 'verlenging' via de merkenrechtelijke openbare orde zou worden benaderd en opgelost. De parlementariërs richtten zich op de vraag of de betrokken ministers met hen van mening waren dat 'Dik Trom-merken' in strijd moeten worden geacht met de openbare orde en goede zeden in de zin van artikel 2.4 aanhef en onder *a* BVIE, toen nog artikel 4 onder 1 BMW.[58]

Minister Terlouw bleek daar in zijn antwoord niet voor te voelen: "Ik acht het niet zinvol de in deze vragen gesuggereerde weg in te slaan. Artikel 4,

57 Tweede-Kamerleden Nuis, Veldhuizen, Kohnstamm. Zie *Aanhangsel Handelingen II* 1981/82, nr. 2.

58 En: "Zo ja, zien de Ministers dan aanleiding om het Openbaar Ministerie te verzoeken om (voor het eerst) op basis van Artikel 14A lid 1 onder 1C van de BMW [nu art. 2.28 lid 1 (e) BVIE, CvW] voor de rechter de nietigheid in te roepen van het depot van het warenmerk?" Op grond van de BMW-bepaling kon iedere belanghebbende, met inbegrip van het OM, de nietigheid inroepen van het depot dat (nu: de inschrijving die) strijd opleverde met de goede zeden of de openbare orde.

onder 1, immers heeft slechts betrekking op het geval dat het merk zelf strijdig is met openbare orde of goede zeden. Mij is nimmer gebleken van opruiende of zedenbedervende effecten die van de woorden 'Dik Trom' dan wel van de (..) afbeelding zouden uitgaan. De omstandigheid dat de houder van het merk wellicht voornemens is door middel van het depot zekere doeleinden na te streven doet, ook blijkens de tekst van de bepaling zelf, bij de toepassing daarvan niet ter zake."[59]

In een commentaar hield Cohen Jehoram de beperkte uitleg van de begrippen openbare orde en goede zeden door de minister voor merkenrechtelijk aanvechtbaar en zag hij in de uitleg een onvolledig antwoord op de vraag.[60] Nu waren de vragen ook wel uitdagend, maar evengoed legitiem en in het licht van de Dik Trom-affaire bovendien urgent. In elk geval in de aspecten die samenhingen met de doorkruising van het doel resp. de strekking van de Auteurswet had de minister een aanknopingspunt voor beantwoording als *wetgever* kunnen vinden, desgewenst geabstraheerd van de Dik Trom-casus.

In aanvulling hierop, de openbare orde zou niet de énige denkbare grond voor weigering of nietigverklaring van een Dik Trom-teken zijn geweest, hoewel wél als het gaat om merkenrechtelijke instrumenten tegen 'verlenging'.

Artikel 3 lid 2 onder *b* MRl over het uitsluiten van occupatie van tekens met een grote symbolische waarde was in die tijd nog niet in zicht (die richtlijn is van 1988), maar die bepaling zou volgens mijn eerdere betoog (hoofdstuk 5, par. 4; tevens kort herhaald hierna in par. 3.5) niet behoeven te worden toegepast op *culturele* symbolen, zoals de naam en de klassieke afbeeldingen van Dik Trom. Maar de eis van onderscheidend vermogen had toentertijd eventueel wél een (aanvankelijk) obstakel kunnen vormen voor de poging om een reeds bekende naam of afbeelding te registreren als merk. Hoewel, zeg, Dik Trom-kindertandpasta, zeker met de nodige reclame-inspanningen, best onderscheidend zou kunnen zijn.

Een *niet*-merkenrechtelijk instrument tegen 'verlenging' kan theoretisch worden gevonden in (het tegenwoordige) artikel 3:13 lid 2 BW. In het kort gaat het dan om een beroep op misbruik althans oneigenlijk gebruik van merkbevoegdheid, namelijk gebruik met geen ander doel dan derden (concurrenten) op afstand te houden na het verval van het auteursrecht van rechtswege, en ze in die zin te schaden.

59 Ten slotte achtte de minister het niet nodig en niet wenselijk de stap te zetten die de parlementariërs in hun laatste vraag aanbevolen, te weten of de ministers bij twijfel aan de door de vragenstellers gesuggereerde uitleg van de genoemde BMW-bepalingen bereid zouden zijn "om (alweer voor het eerst), met gebruikmaking van Artikel 10 van het Statuut van een Benelux-Gerechtshof (*Trb.* 1965, 71) dit Hof te verzoeken bij wege van advies zijn oordeel ter zake te geven."

60 Cohen Jehoram 1982, p. 50.

Mogelijk zou een ander niet-merkenrechtelijk instrument (het huidige) artikel 6:162 BW zijn: onrechtmatigheid, omdat het onzorgvuldig zou zijn jegens derden (mededingers) om de gevolgen van het ene wettelijke systeem te omzeilen resp. te doorkruisen door te vluchten in een ander wettelijk systeem, wanneer daardoor de wettelijk beoogde gevolgen van het eerstgenoemde systeem niet ten volle kunnen intreden en derden (althans degene die zich op artikel 6:162 BW beroept) als gevolg van het gedrag van de 'verlenger' schade lijden.

In mijn optiek gaan beide niet-merkenrechtelijke instrumenten echter alleen al niet op, omdat 'verlenging' als verschijnsel geen bestrijding behoeft (dit standpunt werk ik uit in par. 3.5).[61]

Naast Cohen Jehoram uitte ook Verkade zijn bedenkingen tegen de mogelijkheid van 'verlenging'. Verkade schreef: "Principieel is het onaanvaardbaar de door de wetgever expliciet gewenste tijdelijke bescherming van het auteursrecht via een omweg te verlengen."[62] In een commentaar bij een (voor het in dit hoofdstuk 6 besproken probleem inhoudelijk niet relevante) door uitgever Kluitman gevoerde procedure, sloot Bruin zich bij Verkade aan. Tegen dreigend oneigenlijk gebruik zou volgens hem moeten worden opgetreden, omdat het nooit de bedoeling van de uitgever van de Dik Trom-serie was geweest om op een normale manier gebruik te maken van zijn (door 'verlenging' verkregen of te verkrijgen) merkrechten; veeleer had de uitgever met het oog op de periode vanaf het einde van de auteursrechtelijke bescherming een blokkade willen opwerpen voor collega-uitgevers.[63]

Later herhaalde Verkade zijn eerdere opvatting, in een Engelstalige publicatie: "There should be no artificial extension of copyright on a book through trademark registration" – kunstmatige verlenging van auteursrechten zou niet mogelijk moeten zijn. 'Verlenging' is inherent kunstmatig want auteursrechten kúnnen volgens de wet niet worden verlengd, en het gebruik van het woord versterkte dan ook het *oneigenlijke karakter* van 'verlenging'.[64] Spoor/Verkade/Visser keert zich eveneens tegen "kunstmatige verlenging van een door tijdsverloop vervallen auteursrecht via merkenrechtelijke *titelbescherming*."[65]

61 Gegeven mijn standpunt is het niet noodzakelijk dat ik hier stil sta bij het onderwerp van de bescherming op grond van het gemene recht in aanvulling op het BVIE.

62 Verkade 1982, p. 142.

63 Bruin 1985, p. 13.

64 Vgl. de kritische opmerkingen over het woord "artificial" en over de stellingname van Verkade, in de conclusie van A-G Spier bij *Batco/Doucal II*, nr. 3.58-3.60.

65 Spoor/Verkade/Visser 2005, par. 8.12, p. 410.

3.5 Eigen opvatting over (bestrijding van) 'verlenging' auteursrecht

Hoewel ik me kan inleven in het standpunt van de tegenstanders van 'verlenging' van auteursrecht via het merkenrecht, ben ik ervan overtuigd geraakt dat de bedoelde 'verlenging' niet, althans niet als regel, moet en kan worden bestreden. Voor zover 'verlenging' al principieel en feitelijk een problematische situatie in het leven roept, geven argumenten vóór het standpunt dat het verschijnsel vanuit wetsystematisch perspectief wordt én moet worden toegestaan, in mijn ogen toch de doorslag.

Het belangrijkste argument voor deze zienswijze is dat het 'verlengen' van een subjectief auteursrecht na het verval door tijdsverloop, noch in de Aw, noch in het BVIE (de BMW) resp. de MRl met zoveel woorden is geregeld als een absoluut ongeoorloofd en (mede) op vordering van een belanghebbende tegen te gaan verschijnsel.[66] Ook valt in de betrokken systemen en met name in de aanvullende gronden in artikel 4 lid 4 MRl (zie eerder par. 3.3) niet een bepaling te ontwaren waarin een geval wordt geregeld dat inhoudelijk gelijkenis vertoont met 'verlenging' van auteursrecht en waarbij eventueel zou kunnen worden aangeknoopt.[67]

Hierdoor is het geenszins zeker dat de merkenwetgever (MRl en BVIE) 'verlenging' als onwenselijk bestempelt. Sterker nog, in het stilzwijgen valt een *normatief* argument te zien tégen het op eigen (nationaal) initiatief zoeken naar een ingang voor het bestrijden van het fenomeen 'verlenging'.

Het als een gevolg van een merkinschrijving *doorkruisen* van het doel van andere (nationale) wetgeving zou weliswaar in theorie voldoende aanleiding moeten kunnen vormen voor het formuleren (inlezen/introduceren) van een op die concrete situatie ingerichte *nationale* afstemmingsregel in het BVIE (vgl. het "in beginsel" in ov. 7 MRl-Considerans in samenhang met ov. 6; par. 3.3). Maar door de niet te ontkennen wezenlijke verschillen tussen de aard van werk en merk alsmede van werk- en merkbescherming, uít de doorkruising die het gevolg is van 'verlenging' van auteursrechten zich hoofdzakelijk *in abstracto*, als een voortzetting van enige exclusieve positie überhaupt. Deze *principiële* kwestie kan níet worden aangegrepen om een afstemmingsregel in het BVIE te formuleren, omdat zulks zich niet verdraagt met het normatieve argument van zonet.

66 Zoals ik in par. 1.1 van dit hoofdstuk al aangaf, vormt 'verlenging' in wezen een auteursrechtelijk probleem, maar ligt het voor de hand dat een oplossing in de – limitatieve – voorwaarden voor merkregistratie in het BVIE en de MRl wordt gezocht.

67 De aandacht gaat hier vooral uit naar de facultatieve deelbepalingen in art. 4 lid 4 onder *d* en *e* MRl, die op vroegere collectieve resp. garantie- of kwaliteitsmerken zien. Het betreft hier oorspronkelijk niet-individuele merken met een bepaald maatschappelijk belang die na verval van het merkrecht pas na een zekere periode vrij beschikbaar worden voor registratie door individuele merkhouders, om het gevaar van misleiding van het publiek en het mogelijk voordeel trekken uit het tot voor kort officiële karakter van die tekens te vermijden. Het verschil met het thema 'verlenging' is te groot om een analoge toepassing van de onderdelen (d)-(e) na te streven.

Ook voor het aannemen van *reflexwerking* van het auteursrechtelijk publiek domein resp. de strekking van het auteursrecht ten opzichte van het BVIE bestaat gezien het voorgaande onvoldoende basis (vgl. par. 1.2 over de figuur van reflexwerking). Artikel 37 Aw en de ratio erachter kunnen derhalve niet *uit eigen kracht*, zonder tussenschakel in het merkenrecht, de merkregistratie van voorheen auteursrechtelijk beschermde werken blokkeren. In het intellectuele eigendomsrecht zijn weliswaar (andere) voorbeelden van (negatieve) reflexwerking te vinden, maar dat brengt toepassing in de casus van 'verlenging' nog niet dichterbij.[68]

De uiteengezette opvatting neemt niet weg dat derden in concrete situaties *hinder* zullen kunnen ondervinden van de ex-auteursrechthebbende die zich met zijn nieuw verkregen merkrecht zo goed en zo kwaad als dat gaat probeert te weren tegen de openbaarmaking en verveelvoudiging van het werk zonder zijn toestemming. De Dik Trom-geschiedenis, waarin de uitgever aanvankelijk op deze wijze concurrenten van de (her-)publicatie van de Dik Trom-boeken probeerde af te houden, vormt een illustratie van zo'n voor derden hinderlijke situatie die een poging tot 'verlenging' oproept.

Nu bleek deze uitgever geen *blijvende* luis in de pels, want hij bond in. Ook kan het gebeuren dat een 'verlenger' na enige tijd aanloopt tegen iemand die met succes de *non usus*-bepaling in het BVIE tegen (een van) zijn merk(en) inroept.[69] Maar juist ten aanzien van werken met een grote symbolische waarde is normale merkontwikkeling wél betrekkelijk spoedig te verwachten, bijvoorbeeld op het vlak van merchandising. Komt de (ex-)auteursrechthebbende tot een vorm van normaal merkgebruik, dan heeft hij kennelijk met succes een exclusieve positie ten aanzien van de betrokken naam of afbeelding weten te behouden, zij het een *andersoortige* dan onder de werkbescherming het geval was.

Als de 'verlenger' *niet* inbindt en tot normaal merkgebruik komt, bestaat er dus tóch een reëel probleem, zo kan men verdedigen. Dit is echter *all in the game* in het merkenrecht, waar het *eerste* verzoek tot registratie van een onderscheidingsteken nu eenmaal het uitgangspunt is, en dat er geen uit-

68 Ter vergelijking: of de onrechtmatige daad aanvullende bescherming kan (*mag*) bieden in gevallen waarin een schepping niet door een intellectuele eigendomsrecht wordt beschermd omdat niet is voldaan aan een of meer van de gestelde kenmerken in de in aanmerking komende wet(ten), is afhankelijk van de mate van *negatieve* reflexwerking van de intellectuele eigendomswet in kwestie: hoe sterker de 'exclusieve trekken' van die wetgeving, hoe geringer de ruimte voor aanvullende bescherming op grond van het gemene recht. Nader: Verkade 1986, p. 30 e.v.

69 Om aanspraak te kunnen blijven maken op merkbescherming is na uiterlijk vijf jaar vanaf de merkinschrijving "normaal gebruik" (art. 2.26 lid 2 BVIE) van het merk vereist, en de voormalig auteursrechthebbende die *geen* normaal merkgebruik ontwikkelt ten aanzien van de naam of afbeelding die voorheen als werk beschermd was, kan zo uiteindelijk aan het kortste eind trekken. Zijn merkrecht kan door iedere belanghebbende vervallen worden verklaard (art. 2.27 lid 1 BVIE).

zondering moet worden gemaakt indien en omdat er een teken in het spel is dat een (voorheen) reeds auteursrechtelijk beschermd werk bevat. Ik licht dit standpunt in etappes toe.

In het geval van 'verlenging' hebben concurrenten en andere gebruikers niet of niet volledig (afhankelijk van de vastgelegde waren- of dienstenklassen) kunnen profiteren van het moment waarop het werk door verval van het auteursrecht in het publieke domein raakte. Voeg daarbij dat het gebruik door een derde van het werk als een merk *tijdens* de looptijd van het auteursrecht en zonder toestemming van de houder van het auteursrecht, door deze laatste op grond van de Auteurswet kan worden verboden, en het blijkt dat de auteursrechthebbende andere *wanna be*-merkhouders te snel af kan zijn door middel van zijn auteursrecht.[70] Dit in de ogen van sommigen *principieel* ernstige euvel, kan om een aantal redenen tóch níet worden bestreden.

De eerste reden is dat het euvel niet uniek is voor het in dit hoofdstuk 6 beschreven verschijnsel van 'verlenging', en elders wordt toegestaan. Ik werk deze stelling uit aan de hand van een korte casus, waarin iets vergelijkbaars plaatsheeft maar de handelwijze van de auteursrechthouder wetsystematisch *geoorloofd* is.

De *kleinkinderen* van een wat populariteit betreft onsterfelijk gebleken zanger van het levenslied, tevens de auteursrechthebbenden, stellen zich op het standpunt dat zij na zeventig jaar sinds het overlijden van opa geen behoefte hebben om zijn nalatenschap nog langer commercieel uit te baten; van

70 In deze omvangrijke voetnoot schets ik een 'escape' die echter ook weer kan worden gerelativeerd. Vanwege enerzijds de omstandigheid dat de facultatieve weigerings-/nietigheidsgrond voor tekens die een auteursrechtelijk beschermd *werk* bevatten waarvan het gebruik (bijvoorbeeld o.g.v. regels van auteursrecht) kan worden verboden (art. 4,4,*c*,*iii* MRl), en anderzijds de omstandigheid dat in het BVIE die facultatieve grond niet is geïmplementeerd, kan in de Benelux een ter merkinschrijving aangeboden werk niet worden geweigerd, of na inschrijving, worden nietig verklaard (behoudens de bijzondere, hier verder niet besproken situatie van verwarring met een algemeen bekende aanduiding als bedoeld in art. 2.4 aanhef en onder *e* BVIE jo art. 6*bis* UvP) wanneer daarvoor de enige reden zou zijn dat op het teken auteursrecht van een ander, niet zijnde de deposant rust. De derde die binnen de periode van vijf jaren tot het (van rechtswege) verval van het auteursrecht op een bepaald werk/cultureel symbool zou overgaan tot een merkdepot, zou (mits aan de overige eisen zoals onderscheidend vermogen is voldaan) een geldig merkrecht kunnen verkrijgen. *Gebruik* daarvan zou op een blokkade van de auteursrechthebbende kunnen stuiten, maar wanneer de auteursrechthebbende pas met zijn merkontwikkeling naar buiten treedt tussen het moment van verval van het auteursrecht en het einde van zijn eigen (merkenrechtelijke) *non usus*-termijn, blijft hij voor de auteursrechthebbende buiten schot én omzeilt hij diens eventuele poging tot 'verlenging' (behoudens, nogmaals, de eventuele toepasselijkheid van het art. 6*bis* UvP-regime). Vindt die poging langer dan vijf jaar voorafgaand aan het verval plaats, dan zit de auteursrechthebbende in deze zin veilig, zolang hij vervolgens zélf maar tijdig tot normale merkontwikkeling komt (in verband met de *non usus*-termijn). Er valt iets voor te zeggen om dan al niet meer van 'verlenging' te spreken maar van parallelle werk-/merkexploitatie.

gedurende de looptijd van het auteursrecht ontwikkelde merkexploitatie is geen sprake. De erven berusten erin dat de liedjes vrijvallen voor commercieel gebruik door derden, maar omdat zij tegelijkertijd niet willen dat *iemand anders* zonder hun toestemming en zonder financiële vergoeding overgaat tot *exclusieve* exploitatie van de naam en beeltenis van opa en bekende liedtitels, verzoeken zij ten tijde van het verval van hun auteursrecht om merkregistratie voor toepasselijke waren- en dienstenklassen.

Het 'slot van het liedje' is: als déze handelwijze mag, en waarom niet – de tekst van het BVIE (en de MRl) staat er niet aan in de weg en, voor zover dat hier toch een punt in de discussie zou vormen, ik ga ervan uit dat cumulatie van auteurs- en merkenrecht op zichzelf *mag* nu de Hoge Raad dit met zoveel woorden heeft bepaald in *Batco/Doucal II* (1999)[71] –, dan is het ongerijmd om ánders te oordelen in het geval waarin 'verlenging' van de exclusieve positie wordt nagestreefd ten aanzien van een bepaalde, voordien als werk beschermde naam of afbeelding.

De tweede reden is dat het al even ongerijmd zou zijn om voorheen beschermde werken ter voorkóming van hermonopolisering principieel uit te sluiten van merkoccupatie, maar beroemde culturele afbeeldingen die toevallig stammen uit een tijd dat er nog geen auteursrecht wás, níet. Omgekeerd gezegd, met een illustratie: de gedachte dat een natuurgetrouwe afbeelding van het Melkmeisje van Vermeer een beeldmerk mag zijn en blijven – wat in mijn opvatting over culturele symbolen in verband met artikel 3 lid 2 onder *b* MRl, overigens zo *is* –, maar de óók beroemde, zij het twintigste-eeuwse Mickey Mouse die van de aanvang af een auteursrechtelijk beschermd werk was, *enkel* vanwege die werk-status na het verval van het auteursrecht niet althans niet langer als merk zou mogen worden geëxploiteerd, toont aan dat 'verlenging' als verschijnsel wensen te bestrijden.

En passant komt er zo nog een derde reden bij: de illustratie van zojuist laat tevens zien dat er in het debat over de toelaatbaarheid van 'verlenging' niet werkelijk een onderscheid kan worden volgehouden tussen (1) het geval van 'verlenging' door de auteursrechthebbende omstreeks én met het oog op het verval van het auteursrecht, en (2) het geval van (zogezegd reguliere) parallelle auteurs- en merkexploitatie door de auteursrechthebbende.

Hoewel in geval (1) nog iets berekenends en mogelijk iets 'malversiefs' zou kunnen worden gezien maar geval (2) naar de algemene opvatting als legitiem zal worden beschouwd, zou om tegemoet te komen aan de strekking van de Aw (zekerstellen dat een werk in het auteursrechtelijke publieke domein vloeit en daar blijft) in *beide* gevallen het automatische verval van het auteursrecht een absolute blokkade moeten betekenen voor (voortgezette) merkexploitatie.

71 HR 16 april 1999, *NJ* 1999, 697, r.ov. 3.9, m.nt. P.B. Hugenholtz; vgl. ook reeds par. 1.2. Ik ben me ervan bewust dat hier een tamelijk uitvoerige en bredere discussie áchter steekt, maar de insteek van mijn betoog hierboven in de hoofdtekst vraagt niet om het zichtbaar maken van die discussie.

De mogelijkheid van aansluitende, herlevende dan wel, bij parallelle exploitatie, dóórlopende merkregistratie zou daarmee worden uitgesloten.

Het over één kam scheren van beide gevallen (1) en (2) wreekt zich in het bijzonder bij de op zichzelf geoorloofde[72] parallelle werk-/merkexploitatie door de auteursrechthebbende-tevens-merkhouder. Het offer dat het uitsluiten van de mogelijkheid van ná het verval van het auteursrecht voortgezette merkexploitatie zou vragen van de auteursrechthebbende en tevens merkhouder van bijvoorbeeld een stripfiguur als Mickey Mouse, of andere *tijdens* de duur van het auteursrecht zeer bekend geworden en om hun commerciële waarde *tevens* als merk geregistreerde afbeeldingen, dunkt mij te groot en daarom niet gerechtvaardigd.

Op dit laatste sluit dan weer aan dat voor werken met een grote culturele symbolische waarde geen andere of nadere regels zouden moeten gelden dan voor niet-auteursrechtelijk beschermde of pre-auteursrechtelijke tekens met een grote culturele symbolische waarde (vgl. de enige alinea's terug genoemde tweede reden).

Mijn in deze par. 3.5 verwoorde standpunt over 'verlenging' of hermonopolisering is meen ik consistent met mijn eerdere opvatting over de inhoudelijke uitleg en Benelux-implementatie-alsnog van de op tekens met een grote symbolische waarde gerichte MRl-grond (vgl. hoofdstuk 5, met name par. 4). Een *werk* met een grote culturele symbolische waarde wordt de toegang tot het merkenrecht niet in verband met de voorafgaande werkbescherming ontzegd. Daarnaast is in het merkenrecht een teken met een grote culturele symbolische waarde, anders dan een aantal andere categorieën symbolen, naar mijn opvatting níet absoluut ontoelaatbaar en kan het teken, mits aan de andere vereisten en in de praktijk vooral de eis van onderscheidend vermogen is voldaan, een geldig merk zijn. Een standpunt dat al met al de mogelijkheid van *hermonopolisering* van een werk als merk intact moet blijven, kan dus zij aan zij bestaan met een standpunt dat *monopolisering* van (andere typen) symbolen als merk aan nadere voorwaarden is gebonden.

4 Evaluatie en slotbeschouwing

'Verlenging' van auteursrechten of 'hermonopolisering' van een werk als merk moet naar mijn opvatting worden toegestaan.

'Verlenging' wordt door een deel van de doctrine als een onwenselijk verschijnsel beschouwd, waartegen optreden mogelijk moet zijn. Nadelige effecten van 'verlenging' zijn mijns inziens echter niet uniek voor dit verschijnsel, onder meer omdat ook wel een andere, met zekerheid legitieme casus te bedenken valt waarin door de auteursrechthebbende gedurende de looptijd

72 Vgl. hierbij opnieuw HR 16 april 1999, *NJ* 1999, 697, r.ov. 3.9, m.nt. P.B. Hugenholtz (*Batco/Doucal II*) alsmede bijv. Spoor/Verkade/Visser 2005, par. 8.12, p. 409.

van zijn auteursrecht geëxploiteerde merkrechten dóórlopen na het verval van het auteursrecht.

Wat resteert, is het – in het debat principiële – punt dat iemand überhaupt enige exclusieve positie van intellectuele eigendom behoudt ten aanzien van een bepaalde naam of afbeelding waarop reeds een recht van intellectuele eigendom rustte, terwijl het verval van dat laatste recht op zichzelf (wettelijk) dwingend en voor de rechthebbende onvermijdelijk was.

Nu cumulatie van auteursrecht en merkenrecht in beginsel is toegestaan door de Hoge Raad en daarnaast de objectomschrijvingen en de inhoud van de rechtsbescherming van de beide systemen verschillen, kan het in mijn ogen niet onsympathieke punt toch geen overtuigende aanleiding vormen voor het lanceren van juridisch weerwerk tegen 'verlenging'.

Een ander en bij de huidige stand van wetgeving voor de kwestie van 'verlenging' beslissend argument is: in het stilzwijgen van zowel de auteurswetgever als de merkenwetgever (MRl en BVIE) in de kwestie, en dan met name het ontbreken van reële aanknopingspunten in de limitatieve weigerings- en nietigheidgronden, moet een normatief argument worden gezien dat de handelwijze is toegestaan.

En passant is daarmee ook gegeven dat op nationaal initiatief zoeken naar een ingang voor het bestrijden van het fenomeen 'verlenging' zich niet verdraagt met de Europees geharmoniseerde merkenrechtelijke weigerings- en nietigheidgronden.

De merkinschrijving van een als werk beschermde voorstelling die tévens als een teken met een grote *culturele* symbolische waarde geldt, stuit naar mijn opvatting dus níet reeds af op de (voormalige) auteursrechtelijke bescherming. Deze opvatting sluit via een omweg aan op mijn eerdere opvatting in hoofdstuk 5 over merkenrecht, dat de monopolisering van tekens met een grote symbolische waarde merkenrechtelijk *absoluut ontoelaatbaar* is met uítzondering van symbolen van *culturele* aard.

7 Tekens met een grote symbolische waarde en het Duitse merkenrecht

1 Het Duitse discours over de monopolisering van symbolen

1.1 Spraakmakende incidenten

Fraaie illustraties en nuttig vergelijkingsmateriaal bij de hoofdstukken 5 en 6 biedt Duitsland, een land waarmee Nederland zich wat merkenrecht betreft vrij gemakkelijk kan identificeren. In de journalistieke pers en de wetenschappelijke literatuur in Duitsland groeiden exclusieve aanspraken in het merkenregister op 'iconen' van met name cultureel erfgoed, uit tot een brandend thema. In het verlengde hiervan werd in dat land rechtspraak gewezen, waarin enkele in de literatuur verdedigde oplossingen voor bezwaren tegen merkenrechtelijke occupatie van symbolen werden beproefd.

De problematiek van tekens met een grote symbolische waarde zoals die zich tot nu toe in Duitsland heeft gemanifesteerd geeft kortom meer dan voldoende reden om daaraan in deze studie dit hoofdstuk 7 te wijden.

Illustratief voor de discussie zoals die in Duitsland bestaat, zijn bijvoorbeeld de volgende passages uit de *Sachsische Zeitung* (2001):[1]

> "Einmal im Jahr steht in der Dresdner Gemäldegalerie eine Großreinigung an. Zu den Schätzen, die dann von den Mitarbeitern sorgfältig gesäubert werden, gehört das berühmte "Schokoladenmädchen" – 1745 von Jean Etienne Liotard geschaffen. Doch die regelmäßige Frischkur nutzt dem Gemälde zurzeit nichts, es wirbelt jede Menge Staub auf.
> Der Grund ist der jüngste Coup einer Werbeagentur. Deren Chefin hatte sich – völlig legal – die Wort- und Bildrechte an dem Werk gesichert. Ihre Begründung überrascht. Sie möchte das Bild, welches seit 250 Jahren zum Bestand der Dresdner Sammlung gehört und das jedes Schulkind kennt, "bekannt machen". Weil das aber viel Geld koste, müsse sie ihre Ausgaben über Lizenzgebühren decken. Seitdem sehen sich Schokoladenhersteller und Konditoreibetriebe, die das berühmte Motiv nutzen, mit enormen finanziellen Forderungen konfrontiert. Eine Pädagogin, die auf einem Ball im historischen Kostüm auftreten wollte, sollte 3.000 Mark zahlen.
> Das ist kein Einzelfall. Immer wieder locken berühmte Namen Geschäftemacher an. 1999 musste der Leipziger Verein Thomaskirche Bach 2000 darum bangen, im folgenden Bachjahr mit dem Namen des Komponisten agieren zu können. Ein Privatmann, der sich die Rechte an "Johann Sebastian Bach" gesichert hatte, forderte Gebühren. Erst ein Gericht bereitete dem Spuk ein Ende. Anders als im Jahr zuvor. Da zahlte es sich für einen Anmelder aus, dass er sich für 420 Mark die Marken "Theodor Fontane" und "Ruppiner Land" eintragen ließ. 84.000 Mark soll es allein die Neuruppiner Fahrgastschifffahrt gekostet haben, um im Fontane-Jahr damit werben zu können."

1 'Sachsen kämpft um das Schokoladenmädchen. Markenraub: Bund soll Kunstwerke und Namen berühmter Persönlichkeiten schützen', G. Saft, *Sachsiche Zeitung* 14 februari 2001.

Uit de passages spreekt ongenoegen over het verschijnsel dat het Duitse cultureel erfgoed in toegenomen mate door individuele deposanten als merken wordt gemonopoliseerd en geëxploiteerd.[2] Een meer of minder afkeurende toon valt ook te lezen in veel andere berichten over het thema in de Duitse media (bij het vijftigste artikel ben ik opgehouden want de teneur was duidelijk).[3]

Kritiek blijkt in juridisch opzicht vanuit verschillende invalshoeken te worden ingezet, zoals ook te zien is in bovenstaand citaat, dat zich mede richt op de *wijze* van exploitatie. Niet iedere in het Duitse discours gekozen invalshoek komt steeds nadrukkelijk uit bij symbolen oftewel tekens met een grote symbolische betekenis, maar in élke invalshoek vormen tekens met een grote symbolische betekenis het centrale type object van rechtsbescherming.

1.2 *De Duitse focus op cultureel erfgoed*

In Duitsland kleurt een inmiddels tot een kleine reeks uitgegroeid aantal gerechtelijke uitspraken op het gebied van het intellectuele eigendomsrecht de juridische discussie omtrent merken die tekens met een grote symbolische waarde bevatten.

De afgelopen tien jaren gaven uitspraken te zien van onder andere: het Bundespatentgericht (hierna ook: BPatG) in een zaak over het monopoliseren van misschien wel 's werelds beroemdste schilderij, de Mona Lisa (1997),[4] en over een portretfoto van zwart-wit filmdiva Marlene Dietrich (2005);[5] het Oberlandesgericht (hierna ook: OLG) Dresden in enkele geschillen omtrent de beschermingsomvang van het merk Johann Sebastian Bach (2000);[6] het Oberlandesgericht München inzake conflicterende aanspraken op de naam en een portret van Wolfgang Amadeus Mozart (2001).[7] Er zijn meer uitspraken, maar de hier genoemde behoren tot de belangrijkste.

---

2 Tekens met een grote symbolische waarde werden ook vóór 1995 al wel als merk gedeponeerd en ingeschreven, maar op veel geringere schaal. Namen van beroemde componisten bijvoorbeeld zijn vooral in de laatste tien jaar ingeschreven. Hierbij kan worden aangetekend dat het totale (jaarlijkse) aantal depots van nationale merken in Duitsland sinds die tijd überhaupt sterk is gegroeid.

3 Grotendeels via digitale databanken geraadpleegd, met name Frankfurter Allgemeine Archiv (niet gratis). Met googelen (niet te verwarren met goochelen) is ook het nodige over het thema te vinden.

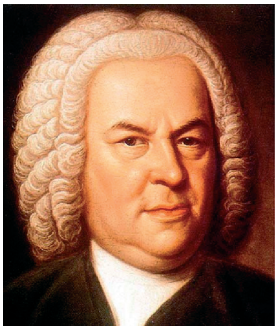
4 BPatG 25 november 1997, 24 W (pat) 188/96, *Mitt.* 1998, p. 306-308; *GRUR* 1998, p. 1021-1023.

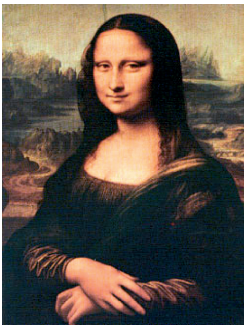
5 BPatG 9 november 2005, 29 W (pat) 147/03, *GRUR* 2006, nr. 9, p. 333-338.

6 OLG Dresden 14. Zivilsenat 4 april 2000, zaaknrs. 3504/99, 3565/99 en 3611/99 (naar de oplopende nummers: *Bach I-III*), *NJW* 2001, p. 615-618, *ZUM* 2000, p. 759-763, *OLGR Dresden* 2001, p. 18-20, ook te vinden via < http://www.justiz.sachsen.de/elvis/ > met trefwoord 'Bach'. Hierna vermeld ik om praktische reden enkel de eerstgenoemde vindplaats in de *NJW*.

7 OLG München 26 juli 2001, *GRUR-RR* 2002, p. 12-15 en LG München I 15 november 2000, *GRUR Int.* 2001, p. 247-251.

Ter illustratie afbeeldingen die in deze zaken een rol speelden:[8]





In het debat in Duitsland ligt de nadruk op cultureel erfgoed – Duits resp. Europees of mondiaal –, waaronder beroemde schilderijen en beroemde historische personages. Enerzijds gaat het om 'volkscultuur', zoals het zogeheten Dresdner Chocolademeisje, een geromantiseerde historische figuur *à la* het Hollands Kaasmeisje, en anderzijds om cultuur in meer een 'verheven' (intellectuele en kunstzinnige) betekenis, waartoe bijvoorbeeld beroemde Duitse componisten en titels van hun partituren kunnen worden gerekend.[9] Overlap tussen beide is natuurlijk bepaald niet uitgesloten.[10]

Een afbeelding van het Chocolademeisje:[11]

8 In de *Mozart*-zaak ging het in werkelijkheid om een net iets anders uitziend portret dan de derde afbeelding suggereert. Afbeeldingen ontleend aan: < http://www.npj.com/homepage/teritowe/jsbport.html > (Bach), <http://www.puzzlehouse.com/monalisa1000.htm > (Mona Lisa) en < http://www.wamozart.it/Immagine:Mozart_Lange.jpg > (Mozart).

9 Iets nader toegelicht, het gaat bijvoorbeeld, naast het genoemde Chocolademeisje, om in de Duitse cuturele historie verankerde beroemde schilders en schilderijen (bijv. Wassily Kandinsky en andere *Blaue Reiter*-kunstenaars met hun bekendste werk), klassieke componisten (als Mozart en Bach) en de namen van beroemde composities (*Für Elise* bijv.), alsmede zangers en acteurs (zoals Marlène Dietrich) en fictieve helden (bijv. de antieke Duitse striphelden Max & Moritz, die een beetje *à la* de Nederlandse Dik Trom streken uithalen als krakelingen ontfutselen uit een bakkerij en daarbij in een deegbak vallen). Deze en andere voorbeelden komt men tegen in de Duitse juridische literatuur.

10 Daarnaast kan worden gedacht aan cultuur in de zin van (voorheen) auteursrechtelijk beschermde werken. Zie daarover iets nader in par. 1.2.

11 Plaatje ontleend aan: < http://de.wikipedia.org/wiki/Bild:Jean-%C3%89tienne_Liotard_001.jpg >.

Ook voor ándere categorieën van tekens met een grote symbolische waarde, in het bijzonder religieuze en nationale symbolen, bestaat echter aandacht. Zo is er al vanaf de jaren zeventig van de vorige eeuw in de Duitse rechtspraak en literatuur aandacht geweest voor het onderwerp religie en merkenrecht, naar aanleiding van merkaanspraken op benamingen als "Coran" (1986) en "Messias" (1993).[12]

Een verbindende theoretische link in het Duitse recht met de in vergelijking korter geleden opgekomen discussie over merkoccupatie van cultureel erfgoed valt wellicht best te construeren, maar dat gebeurt tot op heden in Duitsland zelf niet. Wel wordt een enkele keer een verband gelegd tussen cultureel erfgoed en (inter-)nationale symbolen, ter onderstreping van een pleidooi voor het erkennen van een speciale positie van tekens die representaties van cultureel erfgoed omvatten (zie par. 3.3.4.3)

Het in deze studie aangehouden koepelbegrip 'tekens met een grote symbolische waarde' wordt in de Duitse literatuur niet genoemd, laat staan toegepast. Het koepelbegrip is de grote afwezige – zeg ik met mijn vooringenomenheid, die evident is gezien de insteek van deze studie en hoofdstuk 5 in het bijzonder. Het hanteren van het begrip zal ik hierna tijdelijk minderen, maar omwille van de consistentie toch niet geheel mijden. Tekens met een grote symbolische betekenis blijken nu eenmaal ook in de Duitse problematiek een centrale rol te vervullen.

Artikel 3 lid 2 onder *b* MRl, de facultatieve MRl-bepaling over tekens met een grote symbolische waarde, is tot op heden buiten beeld gebleven in het Duitse debat. De bepaling werd bij de gedeeltelijke harmonisatie van de Duitse merkenwetgeving niet overgenomen en is ook nadien niet opgevat als een juridisch aanknopingspunt voor het vertalen van de in de Duitse media en vakliteratuur gebleken onvrede over merkmonopolies op cultureel erfgoed.

1.3 Monopolisering van natuurgetrouwe kopieën van cultureel erfgoed

In de typische situatie van (een poging tot) monopoliseren van cultureel erfgoed bevat het gedeponeerde teken als het ware een kopie van het origineel, een natuurgetrouwe afbeelding van bijvoorbeeld een schilderij, naam, handtekening of portret.

Het is vooral deze *onbewerkte* gedaante die in Duitsland in de media en onder juristen vragen heeft opgeroepen over de maatschappelijke wenselijkheid en de legitimiteit van het verbinden van exclusieve merkrechten aan zulke tekens, voor zover deze überhaupt al als méér worden gezien dan loutere decoratie of aankleding/opfleuring van een reclame-uiting. De betreffende culturele benamingen en afbeeldingen dienen volgens critici – principieel, alsmede vanwege het feitelijk vrijlaten van zowel niet-commerciële als commerciële vormen van gebruik – bij uitstek aan de gemeenschap resp. de markt als geheel toe te vallen.

12 BPatG 16 januari 1986, *BPatGE* 28, nr. 16, p. 41-43 (*Coran*) en BPatG 2 november 1993, *GRUR* 1994, p. 377 (*Messias*).

Het debat over exclusieve rechten op cultureel erfgoed gaat tegelijkertijd over méér dan, samengevat, de *(on-)wenselijkheid* van monopolisering. Er worden ook pogingen gedaan om ten aanzien van in Duitsland beroemde (cultuur-)historische persoonlijkheden subrubrieken van merken te inventariseren, bij wijze van *fine-tuning* van de juridische beoordeling. Zo'n nadere onderverdeling is die tussen recente en historische beroemde doden – te denken valt aan Marlene Dietrich en prinses Diana ('Lady Di') resp. Johann Sebastian Bach en Theodor Fontane.[13] Een andere type rubricering is die naar de inzet van een merk voor werving, merchandising of – soms ook: én – een bijzondere gelegenheid ('jubileummerk' of 'evenementenmerk').[14]

1.4 *Markengrabbing en de aantrekkelijkheid/kwetsbaarheid van symbolen*

Naast de invalshoeken in par. 1.3 bestaat er in Duitsland veel aandacht voor een verschijnsel dat wel bekend staat als "Markengrabbing".[15] Met deze via de media populair geworden term bedoelt men meestal het verschijnsel dat particulieren louter ten behoeve van de verhoopte licentieverlening, en bovendien veelal op aanzienlijke schaal en voor talloze waren of diensten, overgaan tot het als merk laten registreren van commercieel interessante namen en afbeeldingen.[16] Niet uitsluitend, maar wel vaak zijn dit 'nog vrije' tekens in het publieke domein en dan met name de bij het grote publiek

13 Daaraan gaat een onderscheid met beroemde levenden vooraf, die in deze studie 'meedoen' voor zover het gaat om bijvoorbeeld staatshoofden als potentiële tekens met een grote nationale symbolische betekenis. Anders gaat het, en dat is al snel, om sterren in de '*showbiz*', zoals tv-presentatoren.

14 Vgl. BPatG 9 november 2005, 29 W (pat) 147/03 (*Marlene Dietrich*), r.ov. 7, en in de literatuur bijv. Rieken 2006, p. 439; Götting 2001, p. 615. Nog een ander type onderverdeling kan worden gezien in de differentiëring naar de gedeponeerde persoonlijkheidskenmerken, waarbij naast het portretmerk vooral het handtekening-merk ("Signaturmarke", o.a. Klinkert/Schwab 1999a, p. 35-36) opvalt, onder meer populair ten aanzien van beroemde schilders.

15 Dit (in Nederlandse oren nogal lelijk klinkende) Duitse anglicisme is afgeleid van de Engelstalige term voor kaping van internet-domeinnamen: *domain grabbing* of *domainname grabbing*. Deze associatie vindt men in de Duitse literatuur bijv. bij Boeckh 2001, p. 30.

16 Vgl. bijv. de omschrijving van het verschijnsel door Boeckh 2001, p. 30: "Unter Markengrabbing ist das Phänomen zu verstehen, dass Privatpersonen sich Namen von Personen, insbesondere berühmter lebender oder verstorbener Personen schützen lassen, in der Hoffnung, sie selbst gewinnbringend wieder veräussern zu können oder aber ihren Produkten durch das mit dem Namen verbundene Image einen Hauch von Exklusivität zu verleihen. (..) Grosser Beliebtheit erfreuen sich (..) Markenanmeldungen am Namen von historischen Personen, deren Geburts- oder Todestag sich zum wiederholten Male jährt". Uit bijv. Brinkbäumer, 'Ötzi und Lady Di', *Der Spiegel* 15 november 1999, p. 46, is af te leiden dat het 'Markengrabbers' ook kan gaan om de doorverkoop van merkrechten: "'Markengrabbing' [ist] ein bizarres Phänomen: Überall im Lande und – seit es das Internet mit seinen Abermillionen Adressen gibt – zunehmend auch weltweit lassen sich clevere Zeitgenossen die Namen von Firmen oder toten Berühmtheiten patentieren, weil sie hoffen, sie gewinnbringend wieder veräußern zu können."

bekende en geliefde namen en afbeeldingen van *cultuurhistorisch* belang. Het merkenrecht inzetten als instrument om een juridische aanspraak te krijgen op cultureel erfgoed was voor Duitse begrippen iets nieuws in 1995.

Een exponent van de nieuwe *Markengrabbing* vormde de Gelsenkirchner Hans-Georg Müller, een ondernemende particulier die veelvuldig opduikt in Duitse persberichten in die tijd. Deze Müller sprong in het gat dat was ontstaan met de inwerkingtreding van de Markengesetz (1995), die ánders dan de WZG niet vereiste dat een deposant een eigen *Geschäftsbetrieb* had en dreef (nader par. 2.3.1).[17] Müller zag kansen voor licentieverlening en doorverkoop als doeleinden op zichzelf, voor tientallen namen en portretten van historische personen en afbeeldingen van beroemde schilderijen, alle natuurgetrouw, voor talloze waren- en diensten. Onder de door hem gedeponeerde tekens waren wereldberoemde foto's van Che Guevarra, Marilyn Monroe en Albert Einstein en schilderijen van Cezanne, Monet en Michelangelo.

Zijn status als particulier 'zonder *business*' en zijn nadrukkelijk in interviews en persverklaringen geventileerde[18] exclusiviteitspretenties op enkele pijlers van cultureel erfgoed, zorgde voor opschudding, en menigeen vroeg zich af of zo iemand wel iets te zoeken had in het merkenrecht. Uit in dit verband in de pers maar ook in juridische bijdragen gebruikte bewoordingen als *abkassieren*, *Markenwegschnappen* en *Markenraub* spreekt een morele verontwaardiging over ongewenste bijproducten van de in 1995 geïntroduceerde Markengesetz en 'oneigenlijke' handelspraktijken: commerciële 'trucs' door particulieren in het bijzonder, *met behulp van* de merkenwet, ongegêneerd claimgedrag, het kapen (privatiseren) van *highlights* van de Duitse cultuur en historie – er waren onder een breed publiek ineens veel 'IE-vragen' (of daaraan gerelateerd) om over te debatteren.[19]

In de tegen *Markengrabbing*-casuïstiek gerichte bijdragen in de pers en de juridische literatuur die sinds 1995 volgden, en in gerechtelijke uitspraken, die er ook kwamen, zijn verschillende morele en ook meer 'harde' juridische bezwaren terug te lezen. Zo werd in literatuur en rechtspraak gesuggereerd om '*Markengrabben*' vanwege het (vrijwel) uitsluitende doel om licenties af te dwingen te kwalificeren als een vorm van *misbruik van recht*, maar een eenduidige opinie daaromtrent ontbrak. Inmiddels is de Duitse (merken-) wetgeving op dit punt aangescherpt, in 2004, en de verwachting is in

17 Vgl. o.a. Nordemann 1997, p. 389 en 391. Het verval van de oude eis was door de Europese Merkenrichtlijn noodzakelijk geworden (zie par. 2.3.1).

18 Zo liet hij zich door de *Deutsche Welle* filmen, thuis op de bank, en gunde hij de camera trots een blik op zijn sokken, waarop een verkleinde reproductie van een schilderij van Paul Gauguin en diens handtekening stonden; op (afbeeldingen van) het schilderij en de handtekening zei hij merkrechten te hebben verkregen en het gebruik ervan te hebben gelicenseerd aan de sokkenfabrikant. Aldus verhaald door Nordemann 1997, p. 389.

19 Zie de gebruikte termen bij bijv. Helm 1996, p. 599 en Liebau 2000, p. 231; en zie ook 'Kolbe: Bach und Fontane müssen Allgemeingut bleiben', persbericht ministerie van Justitie Saksen, 25 april 2001, gepubliceerd geweest op < www.justiz.sachsen.de >.

Duitsland dat zo tenminste de meest wringende gevallen van *Markengrabbing* kunnen worden aangepakt. Daarover nader in par. 3.4.

Vergelijkbare Nederlandse thematiek (zie Hof Amsterdam in *Route 66 II* in 1996, vermeld in hoofdstuk 5, par. 4.6) springt voor de geest.

1.5 Re-Monopolisierung van symbolen

Nog een andere invalshoek in Duitsland is die van "Re-Monopolisierung", een door mij alleen in de vakliteratuur aangetroffen term. Dit opnieuw (of terug, of her-)monopoliseren[20] houdt in dat een door tijdsverloop (bijna of inmiddels) vervallen exclusief auteursrecht op een werk in auteursrechtelijke zin, door de (ex-)auteursrechthebbende of een derde wordt 'verlengd' door middel van een (min of meer) opvolgende *merk*inschrijving. Het gedeponeerde teken bevat dan bijvoorbeeld de naam, titel of afbeelding van het betreffende werk.[21]

De kernvraag in de discussie over *Re-Monopolisierung* is of er op een door tijdverloop *urheberrechtlich gemeinfrei* (te lezen als: auteursrecht-vrij, of publiek domein) geworden werk, vervolgens nog een ánder exclusief recht, een merkrecht, mag worden gevestigd.[22] Tot de aanverwante vragen behoort of een ten behoeve van *parallelle* auteursrecht- en merkexploitatie aan de auteursrechthebbende verleend merkrecht, *wegens* verval van het auteursrecht zou moeten eindigen of niet (bijvoorbeeld om redenen van coherente wetgeving).

---

20 Vgl. ook reeds hoofdstuk 6, waarin ik de term 'hermonopolisering' als (m.i. niet geheel gelijkwaardig en daarom slechts beperkt gehanteerde) alternatief voor 'verlenging' neerzette. Voor de daar gebruikte term 'hermonopolisering' had ik niet speciaal het oog op de Duitse '*Re-Monopolisierung*'. De Duitse discussie over '*Re-Monopolisierung*' had ik op dat moment overigens ook niet zo scherp in beeld, en bij het schrijven van dit hoofdstuk 7 blijkt die discussie, gezien de rode draad, überhaupt niet meer diepgaand te hoeven worden behandeld in dit boek.

21 Zuiver bezien kan een pre-auteursrechtelijk portret van Mozart geen object zijn voor *her*monopolisering. Maar soms wordt de term ook gebruikt voor het monopoliseren van cultureel erfgoed in bredere zin, zoals zo'n portret of een handtekening, wat in het discours tot enige verwarring kan leiden. O.a. Klinkert/Schwab 1999, p. 1071 wijzen op het op de loer liggen van zulk misverstand. Om hier toch nog even op door te gaan: zo moet het onderwerp '*Re-Monopolisierung*' voor zover aan de orde in de *Mona Lisa*-zaak, BPatG (1997), *GRUR* 1998, p. 1021-1023, m.i. vooral worden gezien in het licht van wrevel bij de autoriteiten over het verlenen van exclusieve (merk-)rechten op beroemde namen en afbeeldingen van de Duitse/Europese cultuur in zijn algemeenheid en niet slechts cultuur die auteursrechtelijk werd of wordt beschermd (want daaronder valt de 16e eeuwse Mona Lisa niet). Vgl. ook OLG Dresden (2000) in *Bach III*, *NJW* 2001, p. 615-618, dat de term *Re-Monopolisierung* hanteert in verband met een 18e eeuws portret van Johann Sebastian Bach (r.ov. III.1).

22 Zie voor een goede indruk van de discussie bijv. Nordemann 1997, p. 389-391; Wandtke/Bullinger 1997, p. 578, Liebau 2000 (diss.), hoofdstuk 4, p. 86 e.v., met name p. 149-153; Seifert 2000, p. 1014-1019; Götting 2001, p. 621.

Deze vragen raken aan de (reikwijdte van de) mogelijkheid van cumulatie van auteursrecht en merkenrecht, maar hebben ook specifiekere kenmerken die verband houden met de poging van sommige auteursrechthebbenden om hun verlies van exclusiviteitsaanspraken ten aanzien van het werk te *ondervangen* door middel van het vestigen van een *merk*recht en het verkrijgen van bijbehorende bevoegdheden. De Duitse wetgever heeft zich niet over *Re-Monopolisierung* uitgelaten.

In ieder geval in aanvang is het vraagstuk *vergelijkbaar* met de Nederlandse discussie over 'verlenging' van auteursrechten (vgl. eerder hoofdstuk 6).

In Duitsland is het vraagstuk nog volop in beweging, vooral in de vakliteratuur. Volgens een van de auteurs die zich over *Re-Monopolisierung* heeft gebogen, Seifert (in 2000), betekent de opvatting van de Duitse wetgever dat auteursrechtelijk beschermde werken na verloop van tijd in het publieke domein behoren te vloeien zodat zij door iedereen vrij kunnen worden verspreid en gereproduceerd, nog níet dat de *urheberrechtliche Gemeinfreiheit* het karakter heeft van een zelfstandig juridisch beginsel dat via de merkenrechtelijke openbare orde gewaarborgd moet worden.[23] Ook andere schrijvers tonen zich afwijzend.[24] Onder de tegenovergestelde geluiden komt vooral de dissertatie van Liebau (in 2000) door: "Die Gemeinfreiheit ist (..) gesetztes positives Recht". Met een beroep op een teleologische uitleg van de *urheberrechtliche Gemeinfreiheit* als een *norm* van auteursrecht, concludeert Liebau dat de met de *Gemeinfreiheit* samenhangende belangen zouden moeten meewegen in de toetsing van een merkenrechtelijk depot.[25]

Duitse rechtspraak over *Re-Monopolisierung* vertelt intussen nog niet eenduidig of, laat staan *hoe* het verschijnsel kan of moet worden bestreden, wat verder voeding geeft aan de toch al niet tamme discussie in de literatuur.[26] Voor zover zulke rechtspraak overigens niet überhaupt (geheel of mede) op een ánder principieel punt is gericht: het monopoliseren van cultureel erfgoed

23 Seifert 2000, p. 1018: "Von einem "Durchgriff der urheberrechtlichen Gemeinfreiheit auf die markenrechtliche Schutz(un)fähigkeit über den Begriff der öffentlichen Ordnung im Rahmen von § 8 Abs. 2 Nr. 5 MarkenG" kann man mithin nicht sprechen", waarmee Klinkert/Schwab 1999, p. 1073 citeert en zich tegen hun standpunt afzet.

24 Zie o.a. Fezer 1997, § 8 Rdn. 345 en Wandtke/Bullinger 1999, p. 201.

25 Liebau 2000, p. 28. Liebau legt aan zijn redenering de MvT bij art. 64 Urheberrechtsgesetz ten grondslag, afgedrukt in UFITA Band 45 (1965/II), p. 240 e.v., waarin de duur van het auteursrecht staat vermeld; Liebau haakt in het bijzonder aan bij p. 295.

26 De *Mona Lisa*-uitspraak (1997) van het BPatG, *GRUR* 1998, p. 1021-1023, is de eerste *high profile* uitspraak die iets vermeldt over de "urheberrechtliche Gemeinfreiheit". Het BPatG lijkt in die uitspraak gereserveerd ten aanzien van het ontoelaatbaar achten van 'verlenging' van auteursrechten, maar nam *geen* principieel standpunt in. Het BPatG overwoog met betrekking tot de grond terzake van strijd met de openbare orde/goede zeden in art. 8 lid 2 onder 5 MarkenG: "Ob die Voraussetzungen dieser Vorschrift erfüllt sind, begegnet erheblichen Bedenken. Vor allem sind Belange der urheberrechtliche Gemeinfreiheit im markenrechtlichen Eintragungsverfahren auf diese Weise wohl nicht zu berücksichtigen." Vgl. ook *Pinocchio* van BPatG 7 december 2006, 32 W (pat) 140/04 en de opvatting van het DPMA in die zaak.

als gemeenschappelijk bezit (vgl. in deze zin de *Bach II*-zaak van het OLG Dresden in 2000[27]).

1.6 Nadere onderwerpselectie en indicatie van oplossingsrichtingen

Al met al zijn het verschillende juridische problemen, waar overigens niet iedere auteur die zich erover heeft uitgelaten even zwaar aan tilt.

Een verbindende factor tussen deze verschillende problemen is dat zij uitkomen óf kunnen uitkomen bij tekens met een grote symbolische waarde.

Oplossingen worden langs verschillende kanten gezocht, gevonden, en soms weer verworpen. Centraal staat steeds de opsomming van de in de Duitse Markengesetz (MarkenG) *reeds bestaande* (zgn. absolute[28]) gronden voor weigering of nietigverklaring in artikel 8 jo 50 MarkenG, een vanzelfsprekende plaats om naar aanknopingspunten te zoeken tegen symbool-monopolisering en gerelateerde problemen als *Markengrabbing* en *Re-Monopolisierung*.[29]

Van een focus op de MRl-weigerings- en nietigheidsgrond met betrekking tot tekens met een grote symbolische betekenis, vergelijk mijn hiervóór in hoofdstuk 5 gekozen insteek, is mij in het Duitse debat niet gebleken.[30]

Al wordt de onvrede in Duitsland getuige de (uitvoerige) berichtgeving in de media en juridische publicaties breed gevoeld, de meningen over het succes of überhaupt het toestaan van de inzet van bepaalde MarkenG-gronden tegen occupatie van culturele symbolen, lopen er (soms diametraal) uiteen.[31]

---

27 OLG Dresden 14. Zivilsenat 4 april 2000, zaaknr. 3565/99 (*Bach II*), *NJW* 2001, p. 615-618. Zie verder ieder geval BPatG 25 november 1997 (*Mona Lisa*), 24 W (pat) 188/96, *GRUR* 1998, p. 1021-1023.

28 Meestal richt de discussie op zogenaamde absolute weigerings- en nietigheidsgronden. Soms wordt daarnaast gedacht aan een rol voor zogenaamde relatieve gronden, of voor andere nationale wetgeving, zoals op het gebied van het *Wettbewerbsrecht* (ongeoorloofde mededinging).

29 De Duitse doctrine maakt een onderscheid tussen de zogenaamde "abstrakte Markenfähigkeit" (art. 3 MarkenG) en de concrete geschiktheid van een teken als merk (met name art. 8 lid 2 onder 2 MarkenG); zie over art. 3 MarkenG kort nader in par. 3.2 hierna.

30 Zo bezien gaat het terzake van de in het BVIE resp. de MarkenG wél geïmplementeerde weigerings- en nietigheidsgronden in wezen om (meer of minder geschikte) *alternatieven* voor het alsnog overnemen en tegen monopolisering van symbolen inzetten van art. 3 lid 2 onder *b* MRl, maar vanuit Duits perspectief kan dat – zonder enige gebleken focus op deze bepaling – zo niet worden gezegd.

31 Het vermelden van andere Duitse wetgeving dan de MarkenG, zoals BGB of UWG in verband met *Wettbewerbsrecht*, zou hier m.i. vragen om toelichting in detail over de betrokken randgebieden en zou daarmee te ver van het hoofdpad van deze studie raken. Bovendien is juist een vergelijking tussen Lidstaten (in deze studie dus Nederland-Duitsland) terzake van de EU-geharmoniseerde weigerings- en nietigheidsgronden betrekkelijk goed mogelijk en zinvoller dan een vergelijking met andere nationale wetgevingen.

Markengrabbing en *Re-Monopolisierung* zijn verwante onderwerpen, maar vormen tegelijkertijd ieder voor zich 'een hoofdstuk apart'. Over beide volgt hierna toch niet een hoofdstuk apart (over *Markengrabbing* volgt nog wel méér in par. 3.4), omdat in deze studie de blik over de grens m.i. beter kan worden gericht op het hart van de problematiek vanuit het perspectief van deze studie: het monopoliseren als merk van tekens met een grote symbolische waarde.[32] Daarover is in Duitsland trouwens al genoeg interessants te melden.

2 Enkele algemene opmerkingen over Duits merkenrecht

2.1 *Markengesetz en Warenzeichengesetz*

De Duitse *Markengesetz* (MarkenG) van 1 januari 1995[33] bracht in Duitsland een nieuwe systematiek voor de deelgebieden van het Duitse *Kennzeichnungsrecht*. In het bijzonder vormde de MarkenG de opvolger van de tot dan toe in Duitsland geldende *Warenzeichengesetz* (WZG).[34] In de MarkenG werden 'Europese' bepalingen uit de Merkenrichtlijn 89/104 (MRl) geïmplementeerd.[35]

De voor dit hoofdstuk 7 belangrijkste bepalingen in de MarkenG zijn de limitatief opgesomde (zgn. absolute) weigerings- en nietigheidsgronden. Deze bepalingen zijn gebaseerd op de materieel corresponderende, voor de Lidstaten en dus ook voor Duitsland deels verplichte en deels facultatieve gronden in de MRl.[36] Voor een bespreking van de MRl en het harmonisatieproces volsta

32 Vergelijkbare invalshoeken hebben eerder in deze studie aandacht gekregen vanuit het perspectief van Nederlands recht (hoofdstuk 5, par. 4.6 resp. hoofdstuk 6). Daar vormden ze ieder voor zich een *extensie*, ter nadere toelichting bij én als afbakening ten opzichte van het hoofdbetoog in hoofdstuk 5.

33 *Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen* van 25 oktober 1994, *BGBl.* p. 3082. De MarkenG is na de inwerkingtreding aangevuld met bepalingen die voornamelijk verband houden met het van kracht worden van de Europese Gemeenschapsmerkenverordening (vgl. de *Markenrechtsänderungsgesetz* van 16 juli 1996). Zie nader over dit aspect: Fezer 1997, Einl. art. 11.

34 Zie voor een Duitse bespreking van de historische ontwikkeling van het merk en het merkenrecht: K.-H. Fezer, 'Entwicklungslinien und Prinzipien des Markenrechts in Europa. Auf dem Weg zur Marke als einem immaterialgüterrechtlichen Kommunikationszeichen', *GRUR* 2003, p. 457-469. Zie voorts voor een bespreking in de Duitse literatuur van het begrip intellectuele eigendom bijv. H.-P. Götting, 'der Begriff des geistigen Eigentums', *GRUR* 2006, p. 353-358.

35 De Eerste Richtlijn (EEG) nr. 89/104 van de Raad van Ministers van 21 december 1988 betreffende de aanpassing van het merkenrecht der Lid-Staten, *Pb. EG.* L 40/1-7. Zie nader hoofdstuk 2, par. 2.3.

36 De MarkenG moet conform de MRl worden uitgelegd, met inachtneming van de door het HvJEG geformuleerde regels; zie de *Amtliche Begründung* bij de MarkenG, *BT-Drucksache* 12/6581, p. 58, rechterkolom, laatste alinea. Het vóór de invoering van de MarkenG geldende recht behoudt zijn betekenis slechts voor zover de tegenwoordige wet uitdrukkelijk of impliciet bij de vroegere wetgeving aanknoopt; *BT-Drucksache* 12/6581, p. 59, linkerkolom, eerste alinea.

ik hier met terugverwijzen naar hoofdstuk 5, par. 2, waar een en ander is uiteengezet.[37]

De MarkenG komt in zijn weigerings- en nietigheidsgronden en de bewoordingen daarvan voldoende overeen met het BVIE – immers op het punt van de gronden beide Europees geharmoniseerd – om op deze plaats af te kunnen zien van een algemene bespreking van de *ins* en *outs* van de MarkenG-gronden. Voorts zijn de verschillen die de bewoordingen van de MarkenG-gronden ten opzichte van de MRl te zien geven, voor dit onderzoek niet van principiële betekenis.[38]

Om te lezer van dienst te zijn neem ik wél hieronder (par. 2.2) woordelijk de tekst op van de in het vervolg van het betoog regelmatig terugkerende artikelen 3, 7, 8 en 50 MarkenG. Het oogt misschien niet geweldig fraai, maar het is praktisch. Ik zal om voormelde redenen geen commentaar aan de wettekst toevoegen. Daar waar in het vervolg van dit hoofdstuk 7 en in het bijzonder bij de bespreking van de positie van tekens met een grote symbolische waarde nadere verschillen tussen de MarkenG en de MRl of (andere) bijzonderheden aan het licht komen, zal ik daar ter plaatse op ingaan.

Níet voorbij ga ik echter aan de omstandigheid dat elke Lidstaat – in het licht van de harmonisatie van het merkenrecht – wel zijn preoccupaties heeft (gehad), en zo ook Duitsland. Op het vlak van mijn onderzoek in dit hoofdstuk 7 doet een drietal bijzonderheden van Duits merkenrecht van zich spreken. Voor een goed begrip van de context resp. vertrekpunten in discussie over symbolen in Duitsland, besteed ik daaraan enige aandacht (par. 2.3). Het gaat om de volgende onderwerpen:

– de tot 1992 geldende voorwaarde van verbondenheid van een merk (teken) aan een onderneming (par. 2.3.1);
– de vroegere *Freizeichen* (par. 2.3.2);
– de rechtsfiguur van de *Freihaltebedürfnis* onder het regime van de WZG en de MarkenG (par. 2.3.3).

37 In hoofdstuk 5 zijn tevens de BVIE-weigerings- en nietigheidsgronden weergegeven, onder verwijzing naar de corresponderende bepalingen in de MRl. Zie voorts voor een weergave van de ontstaansgeschiedenis, structuur en werking van de MRl in de Duitse literatuur bijvoorbeeld: C.-S. Schweer, *Die erste Markenrechts-Richtlinie der Europäischen Gemeinschaft und der Rechtsschutz bekannter Marken*, Baden-Baden: Nomos Verlag-Gesellschaft 1992, p. 10-30 en p. 129-131. In Kur 1998, p. 7-60 is een vrij uitvoerige studie opgenomen van de overeenkomsten en afwijkingen van de geharmoniseerde merkenwetten van de Europese Lidstaten ten opzichte van de MRl (en zo, indirect, ten opzichte van elkaar).

38 Zo is er art. 4 MarkenG, dat bepaalt dat het recht op een merk wordt verkregen door inschrijving (art. 4 lid 1 MarkenG), maar ook door het *gebruik* van een onderscheidingsteken in het handelsverkeer (dat wil zeggen zonder depot) míts dat teken zgn. "Verkehrsgeltung" heeft verkregen (art. 4 lid 2 MarkenG) dan wel door zgn. *notoire bekendheid* in de zin van art. *6bis* UvP (art. 4 lid 3 MarkenG). Zie nader bijv. Althammer/Klaka 2000, § 4 Rdn. 1-52, in het bijzonder Rdn. 3, 5, 7 en 46 (over de term "Verkehrsgeltung", onbekend in de MRl, Rdn. 18).

2.2 *Weergave tekst artikel 3, 7, 8 en 50 Markengesetz*[39]

Artikel 3 MarkenG luidt:

(1) Als Marke können alle Zeichen, insbesondere Wörter einschließlich Personennamen, Abbildungen, Buchstaben, Zahlen, Hörzeichen, dreidimensionale Gestaltungen einschließlich der Form einer Ware oder ihrer Verpackung sowie sonstige Aufmachungen einschließlich Farben und Farbzusammenstellungen geschützt werden, die geeignet sind, Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden
(2) Dem Schutz als Marke nicht zugänglich sind Zeichen, die ausschließlich aus einer Form bestehen,
1. die durch die Art der Ware selbst bedingt ist,
2. die zur Erreichung einer technischen Wirkung erforderlich ist oder
3. die der Ware einen wesentlichen Wert verleiht.

Artikel 7 MarkenG luidt:

Inhaber von eingetragenen und angemeldeten Marken können sein:
1. natürliche Personen,
2. juristische Personen oder
3. Personengesellschaften, sofern sie mit der Fähigkeit ausgestattet sind, Rechte zu erwerben und Verbindlichkeiten einzugehen.

Artikel 8 MarkenG luidt:

(1) Von der Eintragung sind als Marke schutzfähige Zeichen im Sinne des § 3 ausgeschlossen, die sich nicht graphisch darstellen lassen.
(2) Von der Eintragung ausgeschlossen sind Marken,
1. denen für die Waren oder Dienstleistungen jegliche Unterscheidungskraft fehlt,
2. die ausschließlich aus Zeichen oder Angaben bestehen, die im Verkehr zur Bezeichnung der Art, der Beschaffenheit, der Menge, der Bestimmung, des Wertes, der geographischen Herkunft, der Zeit der Herstellung der Waren oder der Erbringung der Dienstleistungen oder zur Bezeichnung sonstiger Merkmale der Waren oder Dienstleistungen dienen können,
3. die ausschließlich aus Zeichen oder Angaben bestehen, die im allgemeinen Sprachgebrauch oder in den redlichen und ständigen Verkehrsgepflogenheiten zur Bezeichnung der Waren oder Dienstleistungen üblich geworden sind,
4. die geeignet sind, das Publikum insbesondere über die Art, die Beschaffenheit oder die geographische Herkunft der Waren oder Dienstleistungen zu täuschen,
5. die gegen die öffentliche Ordnung oder die gegen die guten Sitten verstoßen,
6. die Staatswappen, Staatsflaggen oder andere staatliche Hoheitszeichen oder Wappen eines inländischen Ortes oder eines inländischen Gemeinde- oder weiteren Kommunalverbandes enthalten,
7. die amtliche Prüf- oder Gewährzeichen enthalten, die nach einer Bekanntmachung des Bundesministeriums der Justiz im Bundesgesetzblatt von der Eintragung als Marke ausgeschlossen sind,

39 De in deze par. 2.2 geciteerde bepalingen zijn ontleend aan de website van het Duitse ministerie van Justitie, < http://www.gesetze-im-internet.de/markeng/index.html >.

8. die Wappen, Flaggen oder andere Kennzeichen, Siegel oder Bezeichnungen internationaler zwischenstaatlicher Organisationen enthalten, die nach einer Bekanntmachung des Bundesministeriums der Justiz im Bundesgesetzblatt von der Eintragung als Marke ausgeschlossen sind,
9. deren Benutzung ersichtlich nach sonstigen Vorschriften im öffentlichen Interesse untersagt werden kann, oder
10. die bösgläubig angemeldet worden sind.

(3) Absatz 2 Nr. 1, 2 und 3 findet keine Anwendung, wenn die Marke sich vor dem Zeitpunkt der Entscheidung über die Eintragung infolge ihrer Benutzung für die Waren oder Dienstleistungen, für die sie angemeldet worden ist, in den beteiligten Verkehrskreisen durchgesetzt hat.

(4) Absatz 2 Nr. 6, 7 und 8 ist auch anzuwenden, wenn die Marke die Nachahmung eines dort aufgeführten Zeichens enthält. Absatz 2 Nr. 6, 7 und 8 ist nicht anzuwenden, wenn der Anmelder befugt ist, in der Marke eines der dort aufgeführten Zeichen zu führen, selbst wenn es mit einem anderen der dort aufgeführten Zeichen verwechselt werden kann. Absatz 2 Nr. 7 ist ferner nicht anzuwenden, wenn die Waren oder Dienstleistungen, für die die Marke angemeldet worden ist, mit denen, für die das Prüf- oder Gewährzeichen eingeführt ist, weder identisch noch diesen ähnlich sind. Absatz 2 Nr. 8 ist ferner nicht anzuwenden, wenn die angemeldete Marke nicht geeignet ist, beim Publikum den unzutreffenden Eindruck einer Verbindung mit der internationalen zwischenstaatlichen Organisation hervorzurufen.

Artikel 50 MarkenG luidt:

(1) Die Eintragung einer Marke wird auf Antrag wegen Nichtigkeit gelöscht, wenn sie entgegen §§ 3, 7 oder 8 eingetragen worden ist.

(2) Ist die Marke entgegen §§ 3, 7 oder 8 Abs. 2 Nr. 1 bis 9 eingetragen worden, so kann die Eintragung nur gelöscht werden, wenn das Schutzhindernis auch noch im Zeitpunkt der Entscheidung über den Antrag auf Löschung besteht. Ist die Marke entgegen § 8 Abs. 2 Nr. 1, 2 oder 3 eingetragen worden, so kann die Eintragung außerdem nur dann gelöscht werden, wenn der Antrag auf Löschung innerhalb von zehn Jahren seit dem Tag der Eintragung gestellt wird.

(3) Die Eintragung einer Marke kann von Amts wegen gelöscht werden, wenn sie entgegen § 8 Abs. 2 Nr. 4 bis 10 eingetragen worden ist und
1. das Löschungsverfahren innerhalb eines Zeitraums von zwei Jahren seit dem Tag der Eintragung eingeleitet wird,
2. das Schutzhindernis gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 4 bis 9 auch noch im Zeitpunkt der Entscheidung über die Löschung besteht und
3. die Eintragung ersichtlich entgegen den genannten Vorschriften vorgenommen worden ist.

(4) Liegt ein Nichtigkeitsgrund nur für einen Teil der Waren oder Dienstleistungen vor, für die die Marke eingetragen ist, so wird die Eintragung nur für diese Waren oder Dienstleistungen gelöscht.

2.3 *Drie (voormalige) bijzonderheden van Duits merkenrecht*

2.3.1 Het vroegere *Geschäftsbetrieb*-vereiste

Op grond van de WZG konden uitsluitend ondernemers een merkrecht verkrijgen en dan nog enkel voor waren/diensten in het eigen bedrijf. Dit kader moest verhinderen dat het verkrijgen en uitbaten van een exclusief merkrecht een (vermogensrechtelijk) doel op zichzelf zou kunnen worden,

wat het geval zou zijn met de merkhouder die zijn werkelijke handel maakt van het doorverkopen of licenseren aan derden.

Het artikel 1 lid 1 WZG luidde:

> Wer sich in seinem Geschäftsbetrieb zur Unterscheidung seiner Waren von den Waren anderer eines Warenzeichens bedienen will, kann dieses Zeichen zur Eintragung in die Zeichenrolle anmelden.

De in dit artikel neergelegde eis reflecteerde het uitgangspunt van de wetgever dat een merk, als een teken ter *onderscheiding* van waren of diensten van een onderneming van die van andere ondernemingen, niet onafhankelijk van *die* onderneming kon bestaan.[40] Deze gedachte is wel aangeduid als *Akzessorietätsprinzip*: "die rechtliche Beziehung der Marke zu dem Unternehmen des Markeninhabers."[41] De merkhouder en de onderneming met de onder het bewuste teken aangeduide waren of diensten waren normaal gesproken één en dezelfde.[42]

Tussen een onderneming en de waren of diensten waarvoor zij merkinschrijving verzocht diende bovendien een 'nauw' verband te bestaan.[43] Ten aanzien van een onderneming met merkrecht-aspiraties gold verder nog dat zij economisch zelfstandig diende te zijn, zich bezig moest houden met het vervaardigen, bewerken of verhandelen van waren of met dienstverlening, en ook als zodanig naar buiten diende op te treden.[44]

Het opheffen of sluiten van de onderneming bracht in beginsel het einde van de merkrechten met zich – een uiting van de onder de WZG onzelfstandig geachte aard van het merk.[45] Een even markante als begrijpelijke uitzondering hierop vormt de WZG-rechtspraak over gedwongen onteigeningen in nazi-Duitsland en, na 1945, in de DDR. De onteigening van joodse bedrijven door het nazi-regime vond volgens het Bundesgerichtshof onder dermate bijzondere omstandigheden plaats, dat de aan de getroffen bedrijven

40 "Geschäftbetrieb" was de uniforme term in de WZG (zie naast art. 1 lid 1 WZG ook art. 8 WZG), terwijl de tegenwoordige wet de term "Unternehmen" hanteert (art. 3 lid 1 MarkenG); vgl. Fezer 2001, § 3 Rdn. 82, p. 180 en Rdn. 85, p. 180. Baumbach/Hefermehl 1985, § 1 Rdn. 4 over de WZG: "Dadurch, dass das Gesetz nicht vom Begriff des *Unternehmens*, sondern dem des *Betriebs* ausgeht, bringt es zum Ausdruck dass nicht für jedes Unternehmen eine Marke erworben werden kann, sondern nur für ein Unternehmen, das einen auf Herstellung, Bearbeitung oder Verteilung von Waren oder auf Erbringung von Dienstleistungen gerichteten Geschäftsbetrieb hat".

41 Fezer 2001, § 3 Rdn. 52, p. 173; Rdn. 57, p. 174: "Im deutschen Warenzeichenrecht galt das *strenge Akzessorietätsprinzip* (..). Schon die Entstehung des Markenrechts, nicht nur der Rechtsbestand und der Rechtsübergang war an das zwingendes Erfordernis eines Geschäftsbetriebs des Markeninhabers gebunden"; Rdn. 58, p. 174: "Nach seiner Entstehung blieb das Markenrecht in seinem Rechtsbestand mit dem Geschäftsbetrieb untrennbar verbunden".

42 Zij waren in de regel "identisch", volgens Baumbach/Hefermehl 1985, § 1 WZG Rdn. 9.

43 Baumbach/Hefermehl 1985, § 1 WZG Rdn. 5: "ein enger Zusammenhang".

44 Het bedrijf hoefde niet per se in Duitsland te liggen. Zie voorts nader: Baumbach/Hefermehl 1985, § 1 WZG Rdn. 4-18.

45 Baumbach/Hefermehl 1985, § 1 Rdn. 18.

verbonden merkrechten niet teniet waren gedaan door de stillegging van die bedrijven. Voor bedrijfsonteigeningen onder het socialistische DDR-bewind nam het Bundesgerichtshof ook een uitzondering aan.[46]

De eis van verbondenheid van een merk aan een bedrijf heeft gegolden tot 1992, toen de zogenaamde *Erstreckungsgesetz*, de eerste omvattende wet voor *Kennzeichen-Rechte* in het herenigde Duitsland, voor een versoepeling van de uit artikel 1 lid 1 WZG voortvloeiende vereisten zorgde.[47]

De opening van artikel 47 lid 3 Erstreckungssetz luidde:

> § 8 Abs. 1 [van de Warenzeichengesetz, opmerking CvW] wird wie folgt gefaßt:
> (1) Das durch die Anmeldung oder Eintragung eines Warenzeichens begründete Recht kann unabhängig von der Übertragung oder dem Übergang des Geschäftsbetriebs oder des Teils des Geschäftsbetriebs, zu dem das Warenzeichen gehört, auf andere übertragen werden oder übergehen.

Artikel 7 MarkenG, de opvolger van artikel 1 lid 1 WZG, is hierboven (par. 2.2) al geciteerd maar volgt hier voor het leesgemak nogmaals:

> Inhaber von eingetragenen und angemeldeten Marken können sein:
> 1. natürliche Personen,
> 2. juristische Personen oder
> 3. Personengesellschaften, sofern sie mit der Fähigkeit ausgestattet sind, Rechte zu erwerben und Verbindlichkeiten einzugehen.

Meer of minder vraagt de Markengesetz niet.[48] Als gevolg van het vervallen van het *Geschäftsbetrieb*-vereiste is feitelijk de drempel verlaagd voor het verkrijgen van een exclusief merkrecht op een teken.[49] De praktijk wijst uit

---

46 Baumbach/Hefermehl 1985, § 1 Rdn. 18.

47 De *Gesetz über die Erstreckung von gewerblichen Schutzrechten* van 23 april 1992, *Bundesgesetzblatt* (*BGBl.*) I p. 938, werd op 1 mei 1992 ingevoerd. In vervolg op het verdrag dat de eenwording van Oost- en West-Duitsland regelde, kwam het herenigde Duitsland met een omvattende wet voor *Kennzeichen-Rechte*, de Erstreckungsgesetz, die de discrepanties in de vroegere (territoriaal bepaalde) regelingen moest opheffen. Zie nader: Ingerl/Rohnke 1998, *Einleitung* nr. 25-32; Fezer 1997, § 3 Rdn. 59-61. De Erstreckungsgesetz anticipeerde op de MRl, die niet vereist dat een merk aan een bedrijf verbonden is. In de MarkenG, toen nog in voorbereiding, maar ook reeds in de daaraan voorafgaande Erstreckungsgesetz, is die voorwaarde daarom niet gehandhaafd. Zie de toelichting bij de MarkenG over het niet opnemen van de eis van het ondernemerschap: *BT Drucksache* 12/6581, p. 56 linkerkolom, 2e liggende streepje en p. 69 rechterkolom, eerste alinea.

48 Kritiek op deze nieuwe formulering klinkt door in literatuur over 'merkenspeculatie', een verschijnsel dat juist daardoor een vlucht kon nemen; zie bijv. Füllkrug 1994, p. 679-687.

49 BGH *GRUR* 2001, p. 242 (*Classe E*) vereist echter dat – zoals ik ook in een voetnoot in par. 1 opmerkte: saillant, tegen de achtergrond van de MRl en de MarkenG – deposanten tenminste een "generelle Benutzungswille" hebben: óf zelf het merk (van plan zijn te) gebruiken, óf via derden door licenties, maar níet van iedere exploitatie afzien. Kritisch over deze BGH-uitspraak: Ingerl/Rohnke 2003, § 3, Rdn. 13. Voorts kan het niet hebben van een onderneming een indicatie zijn, samen met andere omstandigheden, dat er sprake is van ongeoorloofde mededinging; vgl. v.Linstow 1999, p. 82.

dat er sindsdien merkrechten zijn verleend aan deposanten die inderdaad met hun depot louter overdracht van het merkrecht of licentieverlening beoogden.[50]

De omschakeling naar de nieuwe regeling is in de Duitse vakliteratuur met een kritisch-afwachtende en tegelijk pragmatische houding ontvangen: dit was de nieuwe regeling waarmee men het moest doen.

Onder de auteurs was bijvoorbeeld Boeckh,[51] die schreef:

> "So vorteilhaft diese Regelung auch für manche Branchen sein mag (..) führt der Wegfall der Bindung der Marke an den Geschäftsbetrieb aber auch dazu, dass seitdem auch Privatpersonen, die in der Regel keinen eigenen Geschäftsbetrieb haben, grundsätzlich berechtigt sind, Marken zur Eintragung in das Register des Deutschen Patent- und Markenamtes anzumelden."

Juist onder de particulieren waarop Boeckh doelt groeide de belangstelling voor het verkrijgen van exclusieve merkrechten op benamingen en afbeeldingen die het publiek al kende in een symbolische context – veelal die van cultureel erfgoed – en die vanwege deze context bij dat publiek een positieve associatie opriepen.

2.3.2 Het vroegere leerstuk van de *Freizeichen*

De voormalige wettelijke verzamelterm *Freizeichen* duidt tekens aan die weliswaar oorspronkelijk onderscheidingskracht bezaten, maar gaandeweg door zoveel verschillende ondernemingen (die in geen juridische of economische verhouding tot elkaar stonden) als algemene aanduiding werden gebruikt, dat ze die eigenschap verloren.[52] De inschrijving van een

50 Een dergelijke observatie was te lezen bij Ingerl/Rohnke 1998, § 7 Rdn. 11.

51 Boeckh 2001, p. 30. Zie voor observaties van andere auteurs in de Duitse literatuur bijv. Füllkrug 1994, p. 679-688; Helm 1996, p. 599 (die daar in sterke bewoordingen ingaat tegen studenten en huisvrouwen als 'Markenempfinder'); Nordemann 1997, p. 391; Götting 2001, p. 618-619.

52 Het begrip *Freizeichen* werd in de 19e eeuw geïntroduceerd in de *Markenschutzgesetz* (MarkenschutzG) van 1874; art. 10 MarkenschutzG luidde: "Warenzeichen, welche bisher im freien Gebrauch aller oder gewisser Klassen von Gewerbetreibenden sich befunden haben". Volgens Baumbach/Hefermehl 1985, § 4 Rdn. 5 raakt de omschrijving in art. 10 MarkenschutzG niet de kern: "Freizeichen sich Zeichen, die zunächtst die Eignung besassen, auf die Herkunft einer Ware aus einem bestimmten Betrieb hinzuweisen, diese Eignung jedoch dadurch eingebüsst haben, dass sie von einer grösseren Anzahl von Unternehmen, die in keinerlei Beziehungen zueinander stehen, für bestimmte Waren oder Warengruppen *allgemein gebraucht* wurden"; dit citaat is gebaseerd op een van de belangrijkste uitspraken van het BGH over de figuur van de *Freizeichen*, dat te vinden is in *GRUR* 1955, p. 421 e.v. (*Forellenzeichen*), waarin een plaatje van forellen als symbool voor visgerei centraal stond. Een *Freizeichen* is volgens Busse/Starck 1990, § 4 Rdn. 4 (onder verwijzing naar toepasselijke jurisprudentie, ik verwijs naar de genoemde bron) "ein Zeichen, das infolge allgemeinen und freien Gebrauchs im Verkehr nicht als besonders Individualzeichen gilt". Zie voorts algemeen over het WZG-leerstuk van de *Freizeichen* Fezer 2001, § 8, Rdn. 258-262, p. 528-530.

Freizeichen kon worden geblokkeerd vanwege het inherente gebrek aan vermogen om te dienen ter identificatie van waren als afkomstig van één bepaalde onderneming (o.g.v. art. 4 lid 1 WZG). Men kan ook zeggen dat hier het belang van de betreffende branche en consument bij het ongehinderd kunnen gebruiken van het teken, prevaleerde boven het belang van de deposant.[53]

Het Duitse merkenbureau, toen het Deutsche Patentamt (DPA) geheten, hield de ingeschreven 'vrijtekens' bij op een aparte *Freizeichenliste* die periodiek werd vastgesteld en gepubliceerd in het *Warenzeichenblatt*.[54] Voorbeelden van vrijtekens zijn legio. Als *Freizeichen* voor rookwaren golden bijvoorbeeld de naam en een portret van Richard Wagner,[55] een portet van koning Albert van Sachsen,[56] een afbeelding van door de lucht zwierende zwaluwen,[57] en een liggende sfinx afgebeeld tegen een rijzende zon.[58] De eenmaal vastgestelde *Freizeicheneigenschaft* van vrijtekens werd in principe met vaste intervallen verlengd, maar was niet statisch. Derden, vaak ondernemers in de branche waarvoor een bepaald teken als *Freizeichen* aangemerkt was, konden de status van dat teken voor de rechter aanvechten.[59] Vrij vertaald bestond die mogelijkheid in gevallen die tegenwoordig onder verwatering resp. inburgering zouden kunnen worden geschaard.

Het had wel wat, zo'n reservaat voor merkrecht-vrije tekens, al bestond er natuurlijk ook discussie over. Nu niet meer, want met de inwerkingtreding van de MarkenG is de naam *Freizeichen* uit de wet verdwenen. Maar in rechtspraak en juridische literatuur wordt het begrip toch af en toe nog gehanteerd.[60] De verklaring hiervoor is dat men in Duitsland wel aanneemt dat de vroegere, maar nog altijd vertrouwde *Freizeichen* tegenwoordig zonder vertaalslag van betekenis onder de in het spraakgebruik of in de handel gebruikelijk geworden aanduidingen in de zin van artikel 8 lid 2 onder 3

53 Baumbach/Hefermehl 1985, § 4 Rdn. 5.

54 Daarnaast publiceerde ook Wila Verlag für Wirtschaftswerbung Wilhelm Lampl in München een *Freizeichenliste*, waarin alle door het Deutsche Patentamt (DPA) vastgestelde vrijtekens waren opgenomen. Ik put uit die bron wanneer ik zo direct enkele voorbeelden van vrijtekens geef. Veel vrijtekens verkregen hun juridische status overigens rond 1900.

55 *Freizeichen* Nr. 633 *Zigarren* 99/822, *Alphabetisches Freizeichen-Register* (*AF-R*, Stand Mai 1958), München: Wila, p. 55.

56 Nr. 760 *Zigarren* 01/767, *AF-R*, p. 56.

57 Nr. 909 *Zigarren* 03/1540, *AF-R*, p. 58.

58 Nr. 1013 *Zigarren* 05/1146, *AF-R*, p. 58.

59 O.g.v. § 11 I Nr. 3 WZG. De erkenning van de hoedanigheid van vrijteken en plaatsing op de *Freizeichenliste* in het Warenzeichenblatt vormde de uitsluitende beslissing van het DPA, die een weerlegbaar vermoeden met zich bracht voor het voortbestaan van die hoedanigheid. Met een 'Überprüfung' van de oorspronkelijke beslissing van het DPA omtrent het vrijteken-karakter heeft dit niets te maken. Zie: Baumbach/Hefermehl 1985, § 4 Rdn. 15 en Busse/Starck 1990, § 4 Rdn. 3.

60 Zie bijv. de hantering van het begrip door het OLG München in de *Mozart*-zaak (2001), *GRUR-RR* 2002, p. 12-15. Zie ook Ingerl/Rohnke 2003, § 8 Rdn. 277, p. 291.

MarkenG (materieel gelijk aan art. 3 lid 1, aanhef en onder *d* MRl) kunnen worden begrepen (vgl. hoofdstuk 5, par. 4.3).[61]

Omdat deze 'apotheose' de vraag zou kunnen oproepen waarom in dit hoofdstuk 7 dan überhaupt bij de *Freizeichen* wordt stilgestaan, als het eindstation toch artikel 8 lid 2 onder 3 MarkenG blijkt te zijn, nog het volgende. De *Freizeichenliste* was lange tijd een betrekkelijk 'heilige lijst' (al was het maar vanwege de periodieke officiële publicatie), waarvan merkhouders begrepen dat hun eigen merk er niet op terecht moest komen en waarvan ieder ander wist dat hij de tekens op de lijst zonder bezwaren van merkhouders kon gebruiken voor eigen commerciële (of niet-commerciële) doeleinden. Ook verleende plaatsing op de lijst en officiële publicatie van de lijst de tekens een zekere status, en zelfs een zekere symboliek.

2.3.4 De *Freihaltebedürfnis* onder de WZG en de MarkenG

2.3.4.1 Rechterlijke interpretatie van artikel over (louter) beschrijvende tekens

Met de weigering of nietigverklaring van tekens met een zuiver beschrijvend karakter was in de Duitse dogmatiek lange tijd het leerstuk van de "*Freihaltebedürfnis*" (reeds genoemd in hoofdstuk 5, par. 4.4.1) verbonden.[62] De term *Freihaltebedürfnis* is letterlijk – al klinkt het dan niet heel fraai – te vertalen met 'behoefte aan vrijhouding' of 'belang bij vrijhouding'. Onder tekens met een zuiver (uitsluitend, louter) beschrijvend karakter wordt hier materieel hetzelfde type tekens verstaan als bestreken door artikel 3 lid 1 aanhef en onder *c* MRl (zie hoofdstuk 5, par. 4.3).

---

61 Ingerl/Rohnke 1998, § 8 Rdn. 89 onderschrijven de opvatting dat de weigeringsgrond in § 8 II Nr. 3 MarkenG in wezen met het begrip *Freizeichen* in § 4 I WZG overeenkomt. Zie ook: Fezer 2001, § 8 Rdn. 258-260, p. 528-529; Althammer/Ströbele 2000, § 8 Rdn. 163. De eens officieel vastgestelde hoedanigheid van een bepaald vrijteken betekent niet dat daarmee voor dat teken ook tegenwoordig van een gebruikelijke aanduiding in de zin van artikel 8 lid 2 onder 3 MarkenG kan worden uitgegaan; dit vereist een eigentijdse toets. Nog stelliger is Althammer/Ströbele § 8 Rdn. 163: "Die Tatsache, dass eine Marke als Freizeichen festgestellt worden ist, kann damit nicht einmal als Indiz dafür gelten, dass es sich auch im gegenwärtigen Zeitpunkt um eine 'übliche Bezeichnung' iSv § 8 II Nr. 3 handelt".

62 Zie bijv. bij: Wuesthoff 1955, p. 7 e.v.; Heil 1981, p. 701 e.v. Algemeen Fezer 2001, § 8, Rdn. 118 e.v., p. 479 e.v. Naast de termen *Freihaltebedürfnis* of *Freihaltungsbedürfnis* komt men in de Duitse rechtspraak en literatuur ook het begrip '*Freihalteinteresse*' tegen. In de literatuur ziet men verder nog '*Bedürfnis der Allgemeinheit*', o.a. bij Busse/Starck 1990, § 4 Rdn. 57. Verschil in betekenis tussen de verschillende aanduidingen is er niet; de benamingen stoelen alle op het bestaan van een *Allgemeininteresse* in relatie tot een bepaald teken, die de mogelijkheid van occupatie van dat teken als merk in beginsel blokkeert. Het betreft bijvoorbeeld aanduidingen van eigenschappen van een product in reclame-uitingen of productbeschrijvingen op verpakkingen. Daarbij is het uitsluitend te doen om zuiver beschrijvende aanduidingen en niet om daarvan afgeleide tekens, zo volgt uit de toelichting bij § 8 II Nr. 2 Markengesetz (Begründung, *BT Drucksache* 12/6581, p. 70 rechterkolom, eerste alinea). Voor de goede orde: dit boek hanteert '*Freihaltebedürfnis*' als hoofdterm, maar gebruikt evengoed synoniemen.

Traditioneel zegt men in Duitsland van zuiver beschrijvende tekens dat ze "*freihaltebedürftig*" zijn, wat feitelijk zoveel betekent als dat die tekens vanwege dat zuiver beschrijvende karakter vrij te gebruiken moeten zijn voor iedereen, zowel in een niet-commerciële context als in concurrentieverhouding (maar per saldo is hier natuurlijk vooral de commercie van belang, in verband met merkbescherming).

De *Freihaltebedürfnis* was echter méér dan een naam alleen. Als *rechtsfiguur* belichaamt de ongeschreven, over een periode van tientallen jaren in de rechtspraak ontwikkelde *Freihaltebedürfnis* het (onder voorwaarden) rechtens beschermde gemeenschappelijk belang bij het buiten de sfeer van merkenrechtelijke claims houden van aanduidingen die waren of diensten beschrijven.[63]

De rechtsfiguur houdt een nadere uitwerking in van artikel 4 lid 1 onder 1 jo artikel 10 lid 2 onder 2 WZG, later artikel 8 lid 2 onder 2 jo artikel 50 lid 1 MarkenG.[64] Vaak maar niet altijd is een beschrijvend karakter gebonden aan een bepaald deel van de markt, een branche met bepaalde produkten of diensten, zodat het gemeenschappelijk (algemeen) belang veelal in dat licht moet worden geplaatst.

Artikel 4 lid 2 onder 1 WZG heeft geluid:

> (2) Ferner sind von der Eintragung solche Zeichen ausgeschlossen,
> 1. die keine Unterscheidungskraft haben oder ausschliesslich aus zahlen, Buchstaben oder solchen Wörtern bestehen, die Angaben über Art, Zeit und Ort der Herstellung, über die Beschaffenheit, über die Bestimmung, über Preis-, Mengen- oder Gewichtsverhältnisse der Waren enthalten.

63 Enkele omschrijvingen in de Duitse literatuur: "Das Freihaltebedürfnis an beschreibenden Zeichen bildet ein Schutzhindernis, um im Allgemeininteresse die Benutzung solcher Zeichen allen Marktbeteiligten offenzuhalten", Fezer 1997, § 8 Rdn. 30; „Das Freihaltebedürfnis ist sozusagen der Gegenspieler des Markenschutzes: Im Interesse der Allgemeinheit und der Wettbewerber sollen keine Worte, Bilder, Formen, usw. der allgemeinen Benutzung entzogen werden dürfen, die für jedermann freigehalten werden müssen", Sambuc 1997, p. 403; „Die Hauptfunktion des Freihaltebedürfnisses liegt zunächst darin, für den Verkehr die als beschreibende Angaben benötigten Begriffe von der Monopolisierung durch Zeichenschutz einzelner freizuhalten", Ingerl/Rohnke 1998, § 8 Rdn. 54.

64 Nordemann 1996, Rdn. 417, p. 221. De rechtsfiguur kan niet als een zelfstandige buitenwettelijke weigerings-/nietigheidsgrond worden getypeerd. Het gaat veeleer om een *verlengstuk* of nadere interpretatie van de weigerings- en nietigheidsgrond met betrekking tot beschrijvende tekens. Vgl. Althammer/Ströbele 2000, § 8 Rdn. 69. In het Duitse recht kan tevens o.g.v. art. 23, aanhef en onder 2 MarkenG tegen (ingeschreven) beschrijvende merken worden opgetreden (art. 23, aanhef en onder 2 MarkenG houdt beperkingen op het uitsluitend recht van de merkhouder in en is de tegenhanger van art. 6 lid 1 onder *b* MRl resp. art. 2.23 lid 1 onder *b* BVIE, voorheen art. 13.A lid 7 onder *b* BMW). Art. 23 MarkenG kan worden ingeroepen bij wijze van verweermiddel in een inbreukprocedure, waarin de merkhouder zich beroept op een exclusief recht op een merk, dat ondanks haar beschrijvende karakter is ingeschreven of dat pas na de inschrijving een beschrijvende aard heeft verkregen. Zie over de verhouding van art. 8 lid 2 onder 2 MarkenG tot art. 23, aanhef en onder 2 MarkenG: Ekey/Klippel 2005 (Bearb. *Fuchs/Wisseman*), nr. 38, p. 105-106.

De opvolger hiervan, artikel 8 lid 2 onder 2 MarkenG (al geciteerd in par. 2.2), luidt:

> (2) Von der Eintragung ausgeschlossen sind Marken,
> (..)
> 2. denen für die Waren oder Dienstleistungen jegliche Unterscheidungskraft fehlt, die ausschließlich aus Zeichen oder Angaben bestehen, die im Verkehr zur Bezeichnung der Art, der Beschaffenheit, der Menge, der Bestimmung, des Wertes, der geographischen Herkunft, der Zeit der Herstellung der Waren oder der Erbringung der Dienstleistungen oder zur Bezeichnung sonstiger Merkmale der Waren oder Dienstleistungen dienen können.

De *Freihaltebedürfnis* bleek in de theorie van het recht en in zijn praktische toepassing bovenal een instrument van rechtsverfijning, dat in zijn oorspronkelijke betekenis "führt zu einer teleologischen Reduktion des Wortlauts dieser Bestimmung" en daarmee "eine immanente Einschränkung gesetzlicher Schutzhindernisse" inhield.[65] Hieruit volgt dat de *Freihaltebedürfnis* de *toepassing* van de weigerings- en nietigheidsgrond terzake van beschrijvende tekens *beperkte* tot alleen die gevallen waarin in het economisch verkeer voor de maatschappij[66] of voor ondernemers de behoefte wordt vastgesteld om die tekens vrij te kunnen gebruiken, dat wil zeggen ongehinderd door de uitoefening van exclusieve merkrechten.

Die beperking kwam voort uit een reeks specifieke criteria die bepaalden of een teken inderdaad, op een bepaald moment en in een bepaalde context, *freihaltebedürftig* was. Aan het wel of niet aannemen van een *Freihaltebedürfnis* lag vaak een uitvoerige belangenafweging ten grondslag, uitgevoerd door het Duitse merkenbureau (het DPMA, voorheen DPA) of de rechter.

2.3.4.2 Wisselende interpretatie *Freihaltebedürfnis*

Uit het voorgaande volgt al dat de rechtsfiguur, oorspronkelijk, niet is bedoeld als een vehikel om (bovenmatig) veel tekens te weigeren of nietig te verklaren teneinde vrij gebruik door de gemeenschap te waarborgen. In tegendeel: de wens om niet elke aanmelding van een teken van beschrijvende aard te laten stranden, doch de eventuele weigering ervan afhankelijk te maken van het bestaan van een concreet (in het concrete geval aannemelijke) belang aan vrijhouding, duidt op een liberale bedoeling.[67]

Wel heeft in Duitsland de rechtspraktijk gedurende de decennia waarin de *Freihaltebedürfnis* is toegepast *fluctuaties* laten zien in strengheid van (rechterlijke) interpretatie. Er was zelfs een tijd, met als piek (dal) de jaren

65 *Anmerkung* van F. Albert bij de beslissingen Chiemsee I en II van het LG München I, 1. Kammer für Handelssachen, 8 januari 1997, in *GRUR Int.* 1997, p. 835 (hierna: Albert 1997). Meerdere auteurs geven de tweede omschrijving, zoals Griss 2001, p. 428 en Athammer/Ströbele 2000, § 8 Rdn. 69.

66 Bij algemene aanduidingen als cijfers en letters golden de opvattingen van de gemeenschap als geheel en begrijpelijkerwijs niet enkel die in een bepaalde branche, zoals bij bepaalde vaktermen.

67 Zie hierbij Albert 1997, p. 835.

zeventig van de vorige eeuw, waarin er van het Bundesgerichtshof veel niet mocht en die men daarom wel "Eiszeit" heeft genoemd.[68] Stevige kritiek was er in de Duitse literatuur in die tijd op het royaal weigeren van tekens die meer of minder op warenbeschrijvende aanduidingen leken en van tekens die enkel letter- en/of cijfercombinaties bevatten.[69]

Pre-MarkenG-voorbeelden van *Freihaltebedürfnisse* zijn talrijk. Zomaar enkele nog betrekkelijk recente: de weigering van bijvoorbeeld "Premiere" voor verf en lak bleef overeind, omdat het werd aangemerkt als "Schlagwort" om nieuwe waren mee te presenteren ("kurz, treffend und einprägsam"): "an seiner Freihaltung," oordeelde het BGH in 1993 over het woord Premiere, "besteht daher ein erhebliches Interesse des Verkehrs."[70] De weigering van de woordcombinatie "FLEUR Charme" voor zeep, parfum en andere produkten voor lichaamsverzorging maakte het BGH (1992) echter ongedaan, daar weliswaar voor de beide woorden afzonderlijk een 'behoefte aan vrijhouding' bestond, maar daarmee nog niet voor de samenstelling.[71] De aanduiding "vital & fit" als verwijzing naar de werkzaamheid van dranken werd weer wél vrijgehouden (BPatG 1995).[72]

In de Duitse literatuur is de term *Freihaltebedürfnis* soms ook wel gehanteerd in relatie tot *gebruikelijk geworden* tekens (vgl. over deze laatste tekens reeds de *Freizeichen*, par. 2.3.2; vgl. tegenwoordig art. 3 lid 1 onder *d* MRl). Duidelijk is dat dan het accent ligt op een kenmerk dat de gronden met betrekking tot louter beschrijvende en gebruikelijk geworden tekens *delen*: een gemeenschappelijk (branche-)belang bij vrij, ongehinderd commercieel gebruik.

2.3.4.3 De *Freihaltebedürfnis* sinds *Chiemsee*

Zoals bij meer begrippen van nationaal recht, die in het proces van Europese harmonisering in een communautair jasje gestoken moesten worden, kon worden verwacht althans lag het *achteraf* voor de hand dat de vraag naar de Europese houdbaarheid van het leerstuk van de *Freihaltebedürfnis* een keer zou worden gesteld. Een deel van de Duitse literatuur was er tot dan toe van

68 De strenge periode zette in, zo wordt algemeen aangenomen, met BGH 22 mei 1968, *GRUR* 1968, p. 694 (*Polyestra*), als een 'verbastering' van polyester ondeugdelijk geoordeeld, en trok pas weer bij vanaf begin jaren '80, met BGH 17 mei 1984, *GRUR* 1984, p. 813 (*Indorektal*).

69 BGH *GRUR* 1982, p. 383 (*Zahl 17*). Zie nader Eisenführ 1994, p. 341. Mits niet te ruim uitgelegd werkt de *Freihaltebedürfnis* in het voordeel van de deposant, maar zoals in de 'ijstijd' voelbaar werd: ook het omgekeerde is waar, want een strenge opvatting maakt het de deposant moeilijk. In deze zin Albert 1997, p. 835 en voorts, naast een ruim aantal anderen, Sambuc 1997, p. 403.

70 BGH 27 mei 1993, I ZB 7/91 (BPatG), *GRUR* 1993, p. 746. Een ander aspect van deze zaak betrof het karakter van 'Premiere' als oorspronkelijk Franstalig, maar in de Duitse taal gebruikelijk geworden woord; het BGH *GRUR* 1993, p. 747 besliste dat voor vrijhouding "auf die Bedürfnisse des deutschen Verkehrs im deutschen Sprachraum abzustellen…ist."

71 BPatG 7 juli 1992 – 24 W (pat) 278/89, *GRUR* 1992, p. 607-609.

72 BPatG 22 november 1995, 26 W (pat) 188/94.

uitgegaan, dat de harmonisatie níet noopte tot een substantiële wijziging van de koers van de nationale rechtspraak.[73]

Ook al had de specifieke Duitse wijze van toepassing van de weigerings-/nietigheidsgrond omtrent louter beschrijvende tekens ook in Duitsland zelf van tijd tot tijd op wisselend enthousiasme kunnen rekenen, het was een keerpunt in de Duitse rechtstraditie toen na prejudiciële vragen van uitleg aan het EG-Hof van Justitie duidelijk werd dat het leerstuk niet langer kon gelden. De uitleg van artikel 3 lid 1 sub *c* MRl was in de ogen van het EG-hof in de zaak *Chiemsee* (1999)[74] *niet* afhankelijk van de tot dan toe in Duitsland voor de vaststelling van een behoefte aan vrijhouding aangehouden criteria. Ergo, voor een buitenwettelijke inperking van een van de weigerings-/nietigheidsgronden in het Duitse merkenrecht, tevens een verplichte grond in de MRl, bestond geen ruimte.

De *Chiemsee*-zaak, hiervoor op andere aspecten al besproken in hoofdstuk 5, par. 4, draaide om een aanspraak op (merkenrechtelijke) registerexclusiviteit van een watersportonderneming ten aanzien van de geografische herkomstaanduiding Chiemsee, het grootste meer van Duitsland en walhalla voor watersporters én voor ondernemingen in de watersportsector. Het EG-Hof van Justitie kwam in deze zaak tot de slotsom (r.ov. 35)

> "dat de toepassing van artikel 3, lid 1, sub c, van de richtlijn niet afhangt van het bestaan van een concrete, actuele of ernstige behoefte om de benaming vrij te houden ("Freihaltebedürfnis") in de zin van de Duitse rechtspraak als omschreven in (..) dit arrest."

Een belangrijke reden voor het afwijzen door het EG-hof van de Duitse *Freihaltebedürfnis* – niet zozeer de term op zichzelf als wel het daaraan verbonden nationale rechtscriterium zoals samengevat in de rechtsoverweging van het hof – kan worden gevonden in 's-hofs r.ov. 24 (met mijn cursivering):

> "… dat volgens artikel 3, lid 1, sub c, van de richtlijn beschrijvende merken, dat wil zeggen merken die uitsluitend bestaan uit tekens of benamingen die *kunnen* dienen tot aanduiding van de kenmerken van de categorieën van waren of diensten waarvoor deze inschrijving wordt aangevraagd, niet worden ingeschreven.

---

73 Ter nadere illustratie: tot de verdedigers van het aannemen van *verenigbaarheid* van de *Freihaltebedürfnis* met de letter en geest van art. 3 lid 1 onder *c* MRl vóór de Chiemsee-uitspraak van het HvJEG, behoorden bijv. März 1997, p. 127; Sambuc 1997, p. 403-404 (die meende dat door de Markengesetz nieuw geschapen mogelijkheid van inschrijving van onder meer getallen, letters, kleuren en productvormen het rekening houden met het bestaan van een behoefte aan vrijhouding bij gevallen van inbreuk van "noch wichtiger" was geworden dan eerst); Kur 1998, p. 18-19, en met name ook p. 20: van "Nach alledem ist nicht anzunehmen, dass dem Freihaltebedürfnis als ungeschriebenem Wertungsprinzip im künftigen Markenrecht tatsächlich keine Bedeutung mehr zukommen sollte." Tegenstanders waren bijv. Brandi-Dohrn 1994, p. 10-11 en Kunz-Hallstein 1990, p. 747 en 753; kritisch ook de noot van Beier bij BPatG 21 mei 1996, 24 W (pat) 235/94 (*ErgoPanel*), Beier 1997, p. 750: "Die Feststellung des Senats, für die Bezeichnung van "ErgoPanel" [voor o.a. computers, toev. CvW] bestehe ein (aktuelles) Freihaltebedürfnis, ist widersprüchlich und legt an das Erfordernis des Freihaltebedürfnisses Maßstabe an, die im neuen Markenrecht keinen Platz mehr haben."

74 HvJEG 4 mei 1999, gevoegde zaken C 108/97 en 109/97.

Deze afwijzing van het Duitse criterium ter vaststelling van de *Freihaltebedürfnis* in concrete gevallen, liet het EG-hof gepaard gaan met een nadere uitleg van artikel 3 lid 1 onder *c* MRl: volgens het hof bestaat er ten aanzien van beschrijvende aanduidingen een 'algemeen belang aan vrijhouding' en schuilt hierin het doel dat artikel 3 lid 1 onder *c* MRl nastreeft. De overwegingen van het hof (r.ov. 25-26, met mijn cursivering) luiden als volgt:

> "Daarmee [zie hetgeen is overwogen in de zojuist geciteerde r.ov. 24, toev. CvW] streeft artikel 3, lid 1, sub c, van de richtlijn een doel van algemeen belang na, volgens hetwelk tekens of benamingen die de categorieën van waren of diensten beschrijven waarvoor de inschrijving wordt aangevraagd, door eenieder ongestoord moeten kunnen worden gebruikt, ook als collectieve merken of in samengestelde of grafische merken. Deze bepaling belet derhalve, dat die tekens of benamingen op grond van hun inschrijving als merk aan een enkele onderneming worden voorbehouden.
> Vooral ten aanzien van tekens of benamingen die kunnen dienen tot aanduiding van de plaats van herkomst van de categorieën van waren waarvoor de inschrijving van het merk wordt aangevraagd, inzonderheid geografische benamingen, bestaat een *algemeen belang aan vrijhouding*, in het bijzonder wegens het vermogen om niet alleen de kwaliteit en andere eigenschappen van de betrokken categorieën van waren aan te duiden, maar ook de voorkeur van de consumenten *anderszins* te beïnvloeden, bijvoorbeeld door een verband tot stand te brengen tussen de waren en een plaats met een *positieve gevoelswaarde*."

De formulering 'algemeen belang aan vrijhouding' in deze merkenrechtelijke zaak lijkt te moeten worden geplaatst in de context van een bepaalde markt-(sector): in het bijzonder moet iedere *onderneming* geografische herkomst-aanduidingen vrijelijk (commercieel) kunnen gebruiken.[75]

3 Tekens met een grote symbolische waarde in het Duitse merkenrecht

3.1 Nadere introductie

Gelijktijdig met de opkomst van het fenomeen van intensieve monopolisering en exploitatie van bekende namen en afbeeldingen die behoren tot het culturele erfgoed, zijn Duitse kranten en juridische vakbladen aandacht aan het thema gaan schenken. We schrijven vanaf 1995. Hoewel het thema in de literatuur vanuit verschillende invalshoeken is belicht (zie par. 1), is daar een vaak terugkerend element de opvatting dat het niet aangaat om tot het cultureel erfgoed gerekende namen en afbeeldingen via het merkenrecht te 'privatiseren'. Vervolgens is dan steeds, meer of minder expliciet, aan de orde

75 Zie over de *Freihaltebedürfnis* nog hierna in par. 3.2.2. Over een 'algemeen belang aan vrijhouding'-doctrine van het EG-hof valt meer te zeggen maar dit is niet de plaats daarvoor. Ik noem, ter kennisneming, nog een vrij recent artikel over een doctrine van dien aard in het Europese (MRl-)merkenrecht, in verband met zowel art. 3 lid 1 onder *c* als onder *d* MRl: J. Phillips, 'Trade mark law and the need to keep free. Intellectual property monopolies have their limits', *EIPR* 2005, p. 389-401.

hoe *juridisch* te opereren om te bereiken dat (culturele/historische) symbolen via het merkenrecht worden geoccupeerd.

Meister behoorde tot de eerste wetenschappelijke auteurs in Duitsland die wees op de gegroeide praktijk van monopolisering van het *Volksgut*.[76] Naast andere auteurs signaleerden bijvoorbeeld ook Klinkert en Schwab de tendens van 'Versilberung' van beroemde schilderijen en van namen, portretten en handtekeningen van beroemde personen.[77] Ter illustratie, Klinkert en Schwab schreven in dit verband:[78]

> "Diejenigen, die im gewerblichen Rechtsschutz tätig sind, sind seit eh und je den Umgang mit erfinderischen Persönlichkeiten gewohnt; es gibt aber auch schlicht findige Personen, mit denen sich ein Umgang weitaus schwieriger gestaltet. Zu denken ist hierbei an diejenigen, die sich die von dem ab Januar 1995 in Kraft getreten Markengesetz bezweckte Erleichterung der Eintragung von Marken zunutze machen. Zwar wurden auch schon zu Zeiten der geltung des Warenzeichengesetzes Namen und Bildnisse berühmter Persönlichkeiten, insbesondere Künstler, als Warenzeichen eingetragen; seit der Geltung des Markengesetzes boomt dieser Bereich jedoch geradezu."

Het verschijnsel van monopolisering van tekens met een grote symbolische betekenis bestond dus al wel, maar nam een hogere vlucht na de komst van de MarkenG.

Ter *nadere* illustratie bespreek ik nu een zaak die in Duitsland voor de (hogere) rechter kwam.

Een Saksische porceleinfabrikant, tevens de exploitant van een porceleinmuseum,[79] bood een assortiment van kunstzinnige porceleinen produkten aan dat inspeelde op jubilea rond beroemde muzikale grootheden als Johann Sebastian Bach. Een exemplaar uit deze serviescollectie:[80]

Volgens merkhouder Müller, we zagen hem eerder (par. 1), conflicteerde de produktie en verkoop van een Bach-servies met zijn woordbeeldmerk "Johann Sebastian Bach", geregistreerd voor (onder meer) porselein. Via de

76 Meister 1995, p. 1005-1014.
77 Klinkert/Schwab 1999.
78 Klinkert/Schwab 1999, p. 35-36.
79 Hoewel dat niet met zekerheid uit het arrest valt af te leiden, gaat het hoogstwaarschijnlijk om de *Staatlichen Porzellan-Manufaktur* in Meissen, Saksen. Zie < www.meissen.de >, alwaar afbeeldingen van bijzondere productieseries rond Johann Sebastian Bach en Johann Wolfgang Goethe.
80 Ik ga er voor deze afbeelding vanuit dat mijn speurwerk in de vorige voetnoot klopt.

media had deze merkhouder, een ondernemende particulier, '*unverfroren*' aangegeven uit te zijn op het tot licenties verplichten van derden, want er viel te verdienen aan het uitventen van het publieke domein. Met zijn Bach-merk verklaarde hij echter zelf plannen te hebben, hoewel daarvan ten tijde van de confrontatie met de porceleinfabrikant nog niets was verwezenlijkt.

Uiteindelijk werd het geschil in deze merkenzaak beslecht door het Oberlandesgericht Dresden (*Bach III*, 2000).[81] Dit gerechtshof overwoog omtrent het genoemde Bach-merk (r.ov. III.1):

> "Das Bildnis und der Name von "Johann Sebastian Bach" wird von den angesprochenen Verkehrskreisen für sich genommen nicht als ein Kennzeichen aufgefasst, das der Unterscheidung von Waren oder Dienstleistungen als solchen eines bestimmten Unternehmens dient. In normativer Hinsicht ist zu berücksichtigen, dass das Markenrecht nicht in funktionswidriger Weise dazu eingesetzt werden darf, eine künstlerische Auseinandersetzung mit der Person des Komponisten "Johann Sebastian Bach", der durch seine Werke Teil des Weltkulturerbes geworden ist, zu unterbinden."

De vraag is, en nu keer ik terug naar de opmerking in het begin van deze par. 3.1, welke *juridische* aangrijpingspunten er zijn om een gevolg te geven aan de overwegingen van het Oberlandesgericht. In algemener bestek dan de *Bach*-zaken alleen, zal ik zo meteen (par. 3.2 e.v.) ingaan op de in dit kader relevante MarkenG-artikelen. Het zal op deze plaats niet als een verrassing komen dat de zogenaamde absolute weigerings- en nietigheidsgronden in artikel 8 MarkenG het voornaamste instrumentarium vormen in het juridische discours in Duitsland over symbool-monopolisering.

De rechtspraak en literatuur in Duitsland leunen hierbij zwaar op het vereiste van onderscheidend vermogen in de zin van artikel 8 lid 2 onder 1 MarkenG (art. 3 lid 1 onder *b* MRl). In het kielzog van dit vereiste volgen de gronden met betrekking tot zuiver beschrijvende resp. geografische aanduidingen in de zin van artikel 8 lid 2 onder 2 MarkenG (art. 3 lid 1 onder *c* MRl) en de gebruikelijk geworden aanduiding als bedoeld in artikel 8 lid 2 onder 3 MarkenG (art. 3 lid 1 onder *d* MRl).[82] Bij elk van deze drie gronden speelt de mogelijkheid van inburgering van een aanvankelijk ondeugdelijk teken (art. 8 lid 3 MarkenG, vgl. art. 3 lid 3 MRl).

---

81 OLG Dresden 14. Zivilsenat 4 april 2000, zaaknr. 3611/99, *NJW* 2001, p. 615-618.

82 Hoewel sommige auteurs de twee laatste MarkenG-deelartikelen als *sub*categorieën beschouwen van die van het onderscheidend vermogen, volg ik de Duitse rechtspraak en andere schrijvers in de opvatting, dat het hier om drie (toch wel) van elkaar te onderscheiden categorieën gaat. 'Europese' aanknopingspunten hiervoor vind ik bovendien in de redactie van art. 3 lid 1 onder *b-d* MRl en in de benadering van het EG-Hof van Justitie, die ten aanzien van de genoemde gronden onder *b-d* een nadrukkelijke onderscheiding aanhoudt. Vgl. bijv. HvJEG 19 september 2002, C-104/00 P (*Companyline*), r.ov. 28-29, waarin het hof eraan herinnert dat de OHIM-weigering van 'Companyline' als gemeenschapsmerk voor verzekeringen en financiële diensten berustte op art. 7 lid 1 onder *b* GMVo, en dat bijgevolg het Gerecht van Eerste Aanleg van de EG in het geschil tussen de deposant van Companyline en het OHIM het onderzoek tot deze grond mocht beperken. Zie over art. 3 lid 1 onder *b-d* MRl tevens mijn hoofdstuk 5, par. 4.2-4.4.

Terzijde merk ik op dat de Duitse doctrine veelal een onderscheid maakt tussen de "abstrakte Markenfähigkeit" (art. 3 leden 1 en 2 MarkenG; vgl. art. 2 resp. art. 3 lid 1 onder *e* MRl) en de concrete geschiktheid van een teken als merk (met name art. 8 lid 2 onder 2 MarkenG).[83] Ook in de discussie rond monopolisering van cultuur wordt artikel 3 MarkenG zelfstandig getoetst, maar bijzonderheden levert die toets meestal niet op. Een uitzondering ligt in de sfeer van merchandising, populair ten aanzien van onder meer tekens met een grote culturele symbolische waarde. Zie de zaak *Marlene Dietrich* (2005), waarin het Bundespatentgericht ansichtkaarten en posters met de natuurgetrouwe beeldtenis van de Duitse filmster voor "abstrakt" ongeschikt als onderscheidingsmiddel oordeelde (art. 3 lid 2 onder 1 MarkenG; vgl. art. 3 lid 1 onder *e*, eerste liggende streepje MRl: geen merk kan vormen het teken dat uitsluitend bestaat uit een vorm die door de aard van de waar bepaald wordt).[84]

Een andere belangrijke ingang in het discours, naast artikel 8 lid 2 onder 1-3 MarkenG, vormt de grond met betrekking tot strijd met de openbare orde of de goede zeden, artikel 8 lid 2 onder 5 MarkenG (art. 3 lid 1 onder *f* MRl). Sommige auteurs nemen een bredere waaier van algemeen belang-voorschriften tot uitgangspunt en stemmen af op de gronden in artikel 8 lid 2 onder 4-9 MarkenG (vgl. art. 3 lid 1 onder *f*, *g*, *h* en (het optionele) lid 2 onder *a* en *c* MRl), *waaronder* artikel 8 lid 2 onder 5 MarkenG. Ik zal de meest relevante MarkenG-deelbepalingen (5, 6 en 8) bespreken.

Ten slotte is er in Duitsland gebrainstormd over nieuwe wetgeving, die inmiddels ten dele ook is gerealiseerd, en waarover aan het eind van par. 3 meer.

3.2 Deugdelijkheid van tekens als merken (art. 8 lid 2 onder 1-3 MarkenG)

3.2.1 (Gebrek aan elk) onderscheidend vermogen

De algemene theorie van het grotendeels Europees geharmoniseerde Duitse merkenrecht is dat een teken voor bepaalde waren of diensten, moet kunnen dienen ter onderscheiding van die van gelijke waren of diensten van derden.[85] Volgens de memorie van toelichting bij artikel 8 lid 2 onder 1 jo

83 Zie bijv. Fezer 2001, § 3 Rdn. 197-234 met verdere literatuurverwijzingen. Meister 1995, p. 1008 spreekt van "Zwei-Schritt-Modell".

84 BPatG 9 november 2005, 29 W (pat) 147/03, *GRUR* 2006, p. 334 (*Marlene Dietrich*), r.ov. 4.2. Het BPatG verwees in dit verband naar HvJEG 18 juni 2002, C-299/99, *GRUR* 2002, p. 804 (*Philips/Remington*), r.ov. 76. Zo direct volgt nog iets meer over de zaak *Marlene Dietrich*.

85 De Duitse theorie is op dit punt niet anders dan in de Benelux, het betreft een kernpunt van de Europese harmonisatie ten aanzien waarvan uitspraken van het EG-Hof van Justitie doorslaggevend zijn. Zie verder hoofdstuk 5, par. 4.2.1 over de voor merken essentiële herkomstfunctie, alwaar o.a. is gewezen op Considerans MRl, ov. 10, en vaste rechtspraak van het HvJEG.

artikel 50 lid 1 onder 3 MarkenG (= art. 3 lid 1 onder *b* MRl) is het geringste onderscheidend vermogen voldoende om aan dat vereiste te voldoen.[86] *Mist* een teken de minimale mate van ("elk", zoals onder meer in art. 3 lid 1 onder *b* MRl) onderscheidend vermogen, dan is bovendien niet uitgesloten dat het dat later alsnog zou verwerven door inburgering oftewel *Durchsetzung* (art. 8 lid 3 MarkenG = art. 3 lid 3 MRl).

Tot zover – ook na hoofdstuk 5 in deze studie – niets nieuws, maar het wordt spannend wanneer de blik komt te rusten op Duitse rechtspraak over symbolen in verband met deze eis van onderscheidend vermogen.

In 1997 besliste het Bundespatentgericht dat een veelvuldig voor uiteenlopende reclamedoeleinden toegepaste kopie van de Mona Lisa, het wereldberoemde schilderij van Leonardo da Vinci, *ongeschikt* is om te kunnen dienen als aanduiding van de herkomst van waren als afkomstig van een bepaalde onderneming.[87] De beslissing van de autoriteiten om de deposant (Müller, de eerder al genoemde ondernemende particulier, die zijn oog had laten vallen op iconen van cultureel erfgoed) geen merkrecht te verlenen, bleef zo overeind.

Het BPatG overwoog in deze *Mona Lisa*-zaak, en ik citeer voor een goed beeld uitvoerig (mijn cursiveringen toegevoegd):[88]

> "Die vorliegende, weitgehende originalgetreue Wiedergabe des weltbekannten Gemäldes "Mona Lisa" wird auf einer Vielzahl von Warengebieten, jedenfalls im Bereich der Produkte des allgemeinen Konsums, in verschiedener Art intensiv verwendet. (..) Insoweit handelt es sich bei der "Mona Lisa" um ein sehr häufig und vielfältig eingesetztes, allgemein bekanntes Werbemotiv, durch das die Aufmerksamkeit des Publikums geweckt und letzlich der kaufanreiz gefördert werden soll. *Solche Darstellungen werden vom Verkehr nicht als Hinweis auf die Herkunft der gekennzeichneten Waren aus einem bestimmten Unternehmen verstanden*, sondern nur als blickfangartige Hervorhebungsmittel aufgefasst. Das gilt insbesondere für die Wiedergabe eines weltberühmten und dem angesprochenen Publikum ohne weiteres bekannten Kunstwerks, bei dem ein Bezug zu einem bestimmten Warenhersteller oder -händler ohnehin fernliegt, sich vielmehr lediglich der genannte Werbeeffekt aufdrängt. Eine insoweit möglicherweise bestehende *allgemeine* Werbekraft begründet aber nicht gleichzeitig auch die *markenrechtlich* erforderliche Unterscheidungskraft im Sinne einer betrieblichen Herkunftsbezeichnung."

Na het lezen van het slot van het citaat hoeft m.i. een sterkere gedachte niet te worden onderdrukt, ook al sprak het Bundespatentgericht déze woorden niet uit: de wervende kracht van beroemde afbeeldingen als de Mona Lisa leidt stellig tot een in beginsel *on*voldoende onderscheidend vermogen als merk.

86 *BT-Drucks* 12/6581, p. 70, linkerkolom.
87 BPatG 25 november 1997, 24 W (pat) 188/96, *Mitt.* 1998, p. 306-308; *GRUR* 1998, p. 1021-1023.
88 *GRUR* 1998, p. 1022, onder a).

In de Duitse literatuur is op de BPatG-overwegingen door meerdere schrijvers instemmend gereageerd, waaronder Klinkert/Schwab en Liebau.[89] Liebau schreef (mijn cursiveringen toegevoegd):[90]

> "Bei sehr bekannten Werken, Photographien und Persönlichkeitsmerkmalen (..) können sich Bedenken an der erforderlichen Unterscheidungskraft (..) daraus ergeben, dass solche Bezeichnungen vom Verkehr nur als dekorative Ausgestaltungen, Aufmerksamkeitsfänger oder Werbemittel, *nicht aber als Kennzeichnungen aufgefasst* werden."

Het Oberlandesgericht (hierna ook: OLG) Dresden, in de Duitse deelstaat Saksen, wees in 2000 een drietal parallelle arresten over merkenrechtelijke aanspraken op de historische persoon Johann Sebastian Bach (*Bach I-III*).[91] De merkhouder (Müller, dezelfde als in de *Mona Lisa*-affaire) had van deze beroemde componist de naam, een 18e eeuws portret en de handtekening ingeschreven als merken voor reeksen van waren en diensten, van zonnenschermen en bestek tot porselein en alcoholhoudende drank.[92] Uit de arresten in *Bach I* en *III* haal ik enkele passages naar voren.

Bach I draaide om een juridische strijd van de merkhouder, die zelf onder zijn Bach-merk nog geen produkten aanbood (maar wel ideeën daarvoor had), tegen een drankenhandel over het zonder zijn toestemming produceren en verkopen van een mousserende wijn. Het betrof een '*Jahrgangssekt*' met de naam "Johann Sebastian" en op het etiket de naam en een portret van de componist.[93] Het OLG Dresden overwoog in deze zaak kort gezegd dat het betreffende Bach-merk slechts zwak onderscheidend was en een zeer geringe beschermingsomvang had. Het hof overwoog (r.ov. II, 2, *b*, onder *aa*; met toevoeging van mijn cursiveringen):

> "Der Name des berühmten Komponisten "Johann Sebastian Bach", der den Gegenstand des Markenrechts des Klägers bildet, ist Bestandteil des allgemeinen Kulturgutes und besitzt für sich genommen *wenig Originalität*. Nach Maßgabe der Vorstellungen der angesprochenen Verkehrskreise ist nicht davon auszugehen, dass die mit der Marke "Johann Sebastian Bach" gekennzeichneten Produkte einem *bestimmten* Unternehmen zuzuordnen sind. Da es sich bei Johann Sebastian Bach um eine seit langem verstorbene, weltberühmte Person der Zeitgeschichte handelt, die in keiner besonderen Verbindung zu einem bestimmten Unternehmen steht, ist die Annahme nahe liegend, dass die mit seinem Namen oder Bildnis gekennzeichneten Waren aus *verschiedensten* Herkunftstätten stammen können."

---

89 Klinkert/Schwab 1999, p. 1068; Liebau 2000, p. 119. Zie bijv. ook Ingerl/Rohnke 2003, § 8, Rdn. 174, p. 244; genuanceerd Nordemann 1997, p. 391. Kritisch over het in zijn visie ongedifferentieerde BPatG-oordeel ten aanzien van het aannemen van een gebrek aan onderscheidingskracht, is Fezer 2001, § 8, Rdn. 272*f*, p. 536 en Rdn. 117*y*, p. 478.

90 Liebau 2000, p. 119.

91 OLG Dresden 14. Zivilsenat 4 april 2000, zaaknrs. 3504/99, 3565/99, 3611/99, *NJW* 2001, p. 615-618.

92 Uit de arresten van het OLG Dresden 14. Zivilsenat 4 april 2000, zaaknrs. 3504/99 en 3611/99, is af te leiden dat het depot aanvankelijk nog meer klassen omvatte, maar dat het aantal door tussenkomst van het DPMA tot negentien is beperkt. De deposant was dezelfde als in de *Mona Lisa*-zaak (Hans-Georg Müller).

93 Tegen een bepaalde vergoeding per fles was de merkhouder wel bereid om het gebruik toch toe te staan, maar de drankenhandel voelde daar niets voor.

Onvoldoende onderscheidend vermogen dus, want niet in staat om de voor een merk wezenlijke herkomstfunctie uit te oefenen. Of zag het Oberlandesgericht toch nog een opening voor de componistennaam als – een heel zwak – merk? Het OLG vervolgde:

> "*In normativer Hinsicht* ist zu berücksichtigen, dass ungeachtet eines fehlenden Produktbezuges i.S. v. § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG, hinsichtlich der Benutzung des Namens und Bildnisses von Johann Sebastian Bach *ein erhebliches Freihaltebedürfnis der Allgemeinheit* besteht, da er als weltberühmte Person der Zeitgeschichte Teil des der Öffentlichkeit zustehenden kulturellen Erbes ist. *Dementsprechend darf die Nutzung seiner Persönlichkeitsmerkmale nicht zugunsten eines einzelnen Markeninhabers monopolisiert werden*."

Hier stáát nogal wat, als ik dat zo mag uitdrukken, maar wát er staat, gaat niet over overscheidend vermogen of een gebrek daaraan.

De passage laat zich bij uitstek lezen als een pleidooi voor het *vrijhouden* van symbolen van cultuurhistorische aard. Het verwoorden van dit belang van resp. bij vrijhouding door het gerechtshof is opvallend en er klinkt iets van de maatschappelijke onvrede over het 'kapen' van cultureel ergfoed in door (vgl. de mediaberichtgeving waarvan in par. 1 is gesproken).

Bijzonder aan de overwegingen van het hof is ook dat het hof de term *Freihaltebedürfnis* gebruikt buíten het reguliere verband van artikel 8 lid 2 onder 2 MarkenG over louter beschrijvende tekens.

Het OLG Dresden vervolgde:

> "Hieraus folgt, dass nach Maßgabe der von Haus aus geringen Unterscheidungskraft der klägerischen Marke von einem eng begrenzten Schutzumfang auszugehen ist."

Leek de suggestie van ontbreken van onderscheidend vermogen in de passage over het vrijhouden van symbolen besloten te liggen, in het zonet geciteerde vervolg blijkt het Oberlandesgericht toch niet te hebben willen uitsluiten dat de beschermingsomvang van het Bach-merk kon worden verruimd door intensief gebruik als merk.[94]

Zo'n verruiming van de beschermingsomvang van het Bach-merk mag *theoretisch* mogelijk zijn, als er in deze zaak niet méér uit voortvloeide dan die meer obligate dan reële vaststelling, waarom dan tóch de zware woorden "ein *erhebliches* Freihaltebedürfnis der Allgemeinheit" (mijn cursivering)? Dat waren woorden waarvan ík op het puntje van mijn stoel schoof.

Toch was er niet méér, in wat het OLG Dresden in *Bach I* daarop overwoog. Het begin van r.ov. II, 2, *b*, onder *bb* (= *Bach III*, r.ov. III, 2, *b*, onder *bb*, ten 2e) luidt:

> "Die originär schwache Kennzeichnungskraft eines Zeichens kann aber überwunden und dessen Schutzumfang entsprechend ausgeweitet werden, wenn es sich aufgrund der Intensität der Benutzung eine Verkehrsbekanntheit erworben hat."

94 Vgl. de sterkere stellingname van het BPatG ten aanzien van een tekort aan onderscheidend vermogen met het oog op een uit te oefenen herkomstfunctie (omtrent een portret van Marlene Dietrich) in BPatG 9 november 2005, 29 W (pat) 147/03, r.ov. 7 en 9, waarvoor zo direct aandacht.

Van een dergelijke bekendheid in deze zaak was echter geen sprake omdat, volgens het OLG, van *merk*gebruik nog niet was gebleken.

Het OLG Dresden beschouwde de onderscheidingskracht en de vrijhouding als twee separate onderwerpen. Een gescheiden benadering als die van het OLG, hoezeer wellicht ook ingegeven door de opstelling en inbreng van partijen, laat zich enerzijds begrijpen, maar is anderzijds moeizaam, als er niet andere gevolgen aan worden verbonden dan het hof in deze zaak deed of wellicht kón doen. Het is fair om te stellen dat dit hof *doordrongen* was van de bezwaarlijkheid van merkenrechtelijke occupatie van cultuurhistorische symbolen. Over de *effectiviteit* van zijn benadering voor de positie van symbolen valt niet zo gemakkelijk iets te zeggen.

Een nadere gedachte is dat het OLG Dresden de wringende confrontatie bespaard is gebleven met een Bach-merk dat het – gezien de door hemzelf gestelde *Freihaltebedürfnis* – als *volstrekt ongewenst* beschouwde, maar dat het tegelijkertijd, met name door aannemelijk gemaakt actiever merkgebruik dan in casu, *voldoende sterk* achtte om toe te moeten (?) staan dat de merkhouder *met succes* en mogelijk royaal tegen commercieel gebruik van Bach-tekens door derden zou optreden.

Misschien was er dan nog wel een tournure te bedenken geweest waarmee de eer had kunnen worden gered, maar de zonet geschetste situatie maakt mijns inziens glashelder dat (ook in het Duitse merkenrecht, denk ik er bij) de sleutel voor een oplossing van problemen rond symbool-occupatie uiteindelijk niet ligt in de sfeer van de deugdelijkheid maar in die van de toelaatbaarheid.

In het voorbijgaan moet worden opgemerkt dat in de drie *Bach*-zaken die door het OLG Dresden zijn beslist, niet is gerept van eventuele nietigverklaring van een of meer Bach-merken wegens gebrek aan onderscheidend vermogen (of een andere grond). In een juridisch commentaar heeft Götting opgemerkt dat het OLG Dresden in de processuele context gebonden was aan de "rechtsgültige Eintragung" van het Bach-merk door het Duitse merken-bureau.[95] Wel is in *Bach I-III* (op verschillende grondslagen) misbruik van recht gesteld aan het adres van de merkhouder. Het argument van misbruik van recht was echter gericht tegen het 'financieel onder druk zetten', in de vorm van het tot licenties verplichten van derden. In de passages in *Bach I-III* over de onderscheidingskracht resp. het beroep op merkrecht *an sich* bleef de figuur van misbruik van recht buiten beeld.

Op de *Bach I*-citaten van zojuist laat ik twee stukken aansluiten uit het parallelle arrest van het OLG Dresden in *Bach III*, een zaak waarin de merkhouder met een beroep op zijn woordbeeldmerk "Johann Sebastian Bach" voor onder meer porselein, optrad tegen een porseleinfabrikant die een rond Johann Sebastian Bach opgezet jubileumservies op de markt bracht. Ik noemde deze

95 Götting 2001, p. 615.

zaak ook in par. 3.1. Het OLG overwoog in *Bach III* als volgt (r.ov. III, 1 en r.ov. III, 2, *b*, onder *bb*, ten 2e):

> "Ein zeichenmäßiger Gebrauch verlangt zumindest eine Kennzeichnung von Waren zur Unterscheidung von gleichen oder gleichartigen Waren anderer Herkunft. Bei künstlerischen Auseinandersetzungen mit zeitgeschichtlichen Ereignissen und/oder mit Personen der Zeitgeschichte wird das Bild oder der Name nicht zur Kennzeichnung einer Ware und zur Unterscheidung ihrer betrieblichen Herkunft eingesetzt (..).
> Im Ergebnis bedeutet dies, dass lediglich eine identische oder quasiidentische Benutzung der Marke des Beklagten – so kein Rechtsmissbrauch vorliegt – als ein Eingriff in den Schutzbereich der Marke zu werten ist."

Kortom, volgens de lijn van het OLG Dresden kan op merken die historische beroemdheden zoals Bach omvatten, door een derde slechts inbreuk worden gemaakt wanneer deze een (vrijwel) identiek teken hanteert voor een identieke toepassing. Dit is in lijn met het inbreukcriterium in artikel 5 lid 1 onder *a* MRl (art. 14 lid 2 onder 1 MarkenG; vgl. art. 2.20 lid 1 onder *a* BVIE).

Te constateren valt dat het OLG, in weerwil van zijn kritische overwegingen over merkenrechtelijke occupatie van cultureel erfgoed, hier níet zover is gegaan als de Bach-merken ondeugdelijk te beschouwen.

Ik verleg de aandacht nu naar een andere Duitse zaak. Delicatessenhandel Paul Reber produceerde en produceert nog zogenaamde "Mozart-Kugeln", een ronde praline in een wikkel met een portret van Wolfgang Amadeus Mozart. Een afbeelding van een cadeaubox met Mozart-Kugeln van Reber:[96]

Reber was – medio 2000 – houder van enkele beeldmerken met een oud (klassiek) portret van de componist alsmede van een Gemeenschaps(woord)merk Mozart. De delicatessenhandel maakte op grond van zijn merkrechten bezwaar tegen gebruik door een derde van de naam "Mozart-Torte" voor een diepvries-chocoladetaart, die mede te herkennen was aan een beeldtenis van de componist op de verpakking. De 'diepvries-bakker' verweerde zich met een beroep op nietigheid van het (Gemeenschaps-)merk Mozart.

96 Ontleend aan < www.reber.com >.

Toen het Oberlandesgericht München (2001) het merkengeschil tussen beide ondernemingen te beoordelen kreeg, overwoog het over de deugdelijkheid van het Mozart-Gemeenschapsmerk onder meer:[97]

> "Auch ohne die Beigabe eines Vornamens ist "Mozart" als Bezeichnung für den Komponisten *Wolfgang Amadeus Mozart* in den allgemeinen Sprachgebrauch eingegangen und hat für ihn weltweit, insbesondere aber in Deutschland, einen außerordentlich hohen Bekanntheitsgrad erlangt."

Het Oberlandesgericht overwoog vervolgens (ik had bijna geschreven: desondanks):

> "Als Name – insbesondere des Komponisten – ist "Mozart" für die Waren des Warenverzeichnisses [gebak, chocola etc.; toevoeging CvW] markenfähig i.S. von Art. 4 GMV und – jedenfalls ursprünglich – unterscheidungskräftig i.S. von Art. 7 I lit. b GMV."

Het OLG gaf niet aan waaróm het van oordeel was dat de naam 'Mozart' *zelfs* in het licht van de "buitengewoon hoge mate van bekendheid" onder het publiek, een bekendheid die bovendien al heel lang bestaat, "in elk geval van origine" voldoende onderscheidend vermogen bezat.

Over de geschiktheid van de portretten van Mozart als *merken* overwoog het OLG in hetzelfde arrest (met mijn cursiveringen):

> "Im Ergebnis ist (..) davon auszugehen, dass Abbildungen der hier streitigen Art isoliert nur eine *sehr geringe* Kennzeichnungskraft besitzen und dass die kennzeichnende Wirkung in erster Linie von der *Gesamtaufmachung* des Produkt übernommen wird, wobei die Porträt-Abbildung auch, wenn nicht in erster Linie, eine *dekorative* Funktion übernimmt."

In de laatste overweging lees ik dat het OLG niet uítsluit dat Mozart-portretten voldoende onderscheidend kunnen zijn om als merk voor bepaalde waren of diensten te kunnen dienen, maar dat die door deposanten/merkhouders begeerde eigenschap snel verloren gaat in de decoratieve uitstraling van het teken en het produkt als geheel.

Een welkome aanvulling op het *Mona Lisa*-arrest van het Bundespatentgericht was een arrest van hetzelfde hof (2005) waarin het uitvoerig, gedifferentieerd én stellig oordeelde over een als beeldmerk gedeponeerd natuurgetrouw portret van Marlene Dietrich, de diva uit de vroege dagen van de film.[98] Van dát portret heb ik geen afbeelding die ik hier kan laten zien, daarom een variant, voor het idee:[99]

---

97 Ik citeer hierna uit het OLG-arrest onder 1 en 2, onder *b*, opgenomen in *GRUR-RR* 2002, p. 12-15.

98 BPatG 9 november 2005, 29 W (pat) 147/03, *GRUR* 2006, p. 333-338.

99 Ontleend aan < http://imagecache2.allposters.com/images/pic/73/039_70215~Marlene-Dietrich-Posters.jpg >.

Na wat vooraf ging houd ik de weergave van de *Marlene Dietrich*-zaak kort. Het Bundespatentgericht nam ten aanzien van het portret een *Freihaltebedürfnis* aan voor een deel van de gedeponeerde waren/diensten, en kwam ten aanzien van de overige waren en diensten tot de volgende slotsom (r.ov. 6-7):

> "Insgesammt fehlt dem angemeldeten Bildzeichen (..) für sämtliche der beanspruchten Waren und Dienstleistungen, einschließlich derjenigen, für die kein Freihaltebedürfnis besteht, die erforderliche Unterscheidungskraft.
> (..)
> Daraus [uit regels uit eerdere, ten opzichte van *Marlene Dietrich* iets algemenere rechtspraak – toevoeging CvW] folgt für die Schutzfähigkeit einer Bildmarke, dass ihr regelmäßig die erforderliche Unterscheidungskraft fehlt, wenn das Zeichen in der Bildsprache die Waren oder Dienstleistungen selbst beschreibt und keine über diese beschreibende Aussage hinausgehenden grafischen Gestaltungselemente enthält bzw. sich in der Werbeaussage allein erschöpft oder diese im Vordergrund steht.
> (..)
> Hinsichtlich der Waren und Dienstleistungen, für die das Porträtfoto der *Marlene Dietrich* keine unmittelbar beschreibende Angabe darstellt, wird es vom angesprochenen Publikum lediglich als reines Werbemittel wahrgenommen."

Een herkomstfunctie, vereist voor ieder merk, kon het portret niet uitoefenen.[100]

3.2.2 Zuiver beschrijvend karakter en de *Freihaltebedürfnis*

Tekens die bestaan uit een benaming of afbeelding die een *zuivere beschrijving* inhoudt van onder meer de aard of de eigenschappen van de (categorie van) waren of diensten waarvoor zij als *merk* moet dienen, zijn uitgesloten van

100 Vgl. ook r.ov. 6.1 en r.ov. 9.

merkregistratie en -bescherming.[101] De grondslag hiervoor ligt in de zogenaamde absolute weigerings- en nietigheidsgrond in artikel 8 lid 2 onder 2 jo artikel 50 lid 1 MarkenG (art. 3 lid 1 onder *c* MRl).

Voorheen heeft de Duitse (eerst WZG- en later MarkenG-)rechtspraak deze grond genuanceerd, in die zin dat een beschrijvend teken uitsluitend werd geweigerd als er onder ondernemingen en consumenten in de betrokken branche een aantoonbare behoefte bestond om het teken vrij te houden van merkenrechtelijke exclusiviteit (*Freihaltebedürfnis* of *Freihalteinteresse*, vgl. reeds par. 2.3.3).[102]

Sinds het *Chiemsee*-arrest[103] van het Hof van Justitie van de EG in 1999 staat echter vast dat Duitsland zijn *Freihaltebedürfnis* in het spoor dient te laten lopen van de communautaire uitleg van artikel 3 lid 1 onder *c* MRl. Hierdoor kon niet langer sprake zijn van de tot dan toe in Duitsland gebruikelijke, zij het in de rechtspraak aldaar in de loop van lange tijd wisselend geïnterpreteerde *inperking* van het toepassingsbereik van de grond met betrekking tot (louter) beschrijvende tekens.

Maar de *Freihaltebedürfnis* is in Duitsland niet uit het juridisch spraakgebruik verdwenen. Het land verkeert nog in het proces van zoeken naar een richtlijnconforme invulling van het gevestigde begrip. Regelmatig wordt er blijk van gegeven dat met '*Freihaltebedürfnis*' méér kan worden bedoeld dan dat een *louter beschrijvend* teken vrij dient te blijven.[104]

Hierbij speelt mee welk perspectief wordt aangehangen: heeft in het merkenrecht als het vertrekpunt te gelden de *vrijheden* in de interne markt, zodat de *Freihaltebedürfnis* staat voor een alleen met goede argumenten te legitimeren inbreuk daarop, of is het vertrekpunt de *grenzen* van exclusieve (merk-)bescherming, waarbij de *Freihaltebedürfnis* een noodzakelijke en zodoende éérder gerechtvaardige beteugeling vormt van de potentieel te ruime mogelijkheden van merkbescherming?

In de laatste visie past dat de term niet alleen voor louter beschrijvende aanduidingen wordt gehanteerd, maar ook, zoals in Duitsland ook daadwerkelijk wel gebeurt, in verband met gebruikelijk geworden tekens in de zin van artikel 8 lid 2 onder 3 MarkenG en, voor deze studie vooral van belang, in verband met *symbolen*.

101 Liebau 2000, p. 124, spreekt van "ein unmittelbarer Waren- bzw. Dienstleistungsbezug des betreffenden Merkmals", onder verwijzing naar BGH *WRP* 1998, p. 493 (*Bonus*) en BGH *GRUR* 1998, p. 814 (*Change*).

102 Zie voor de verhouding tot de grond van gebrek aan elk onderscheidend vermogen: Fezer 2001, § 8, Rdn. 30-31, p. 391-392.

103 HvJEG 4 mei 1999, gevoegde zaken C 108/97 en 109/97.

104 Onomstreden is die benadering in Duitsland niet. In deze zin lees ik bijv. Rieken 2006, p. 443, die de *Freihaltebedürfnis* will reserveren voor de louter beschrijvende aanduidingen, en schrijft: "Ein markenrechtliches Freihaltebedürfnis kann nicht konstruiert werden weil es möglicherweise emotional wünchenswert ist."

Vergelijk hierbij de in par. 3.2.1 vermelde rechtsoverweging van het OLG Dresden in *Bach I*, waarin dat hof met het oog op het merkenrechtelijk toeeigenen van cultureel erfgoed sprak van een *Freihaltebedürfnis*.[105] Het gebruik van de term alsmede de algemene notie erachter zijn op zichzelf zeker niet plots onbestaanbaar geworden door de rechtsoverwegingen van het EG-Hof van Justitie in *Chiemsee* over artikel 3 lid 1 onder *c* MRl. De nadere Duitse criteria ter vaststelling van een *Freihaltebedürfnis* voor tekens in de zin van het Duitse equivalent van artikel 3 lid 1 onder *c* MRl zijn wél verplicht 'exit', maar het laat zich indenken dat hier gedeeltelijk iets anders speelt.

Dat 'anders' valt misschien nog het best te omschrijven als pogingen van rechters in merkenrechtelijke[106] zaken om het gemeenschappelijk belang bij cultureel erfgoed te signaleren, en ook wel de betrekkelijk weerloze positie van cultureel erfgoed tegenover claimanten. Zo bezien pást de term *Freihaltebedürfnis* of *Freihalteinteresse* eigenlijk ook wel heel goed. Aan die signalering een zoektocht verbinden naar juridische instrumenten tegen monopolisering en exclusieve exploitatie is de logische volgende stap.

Dan komen we vanzelf, allereerst, bij het nut van het toepassen van artikel 8 lid 2 onder 2 MarkenG voor het tegengaan van symbool-occupatie.

Dat nut blijkt in de Duitse rechtspraak betrekkelijk, want beperkt tot datgene waarvoor artikel 8 lid 2 onder 2 MarkenG als afspiegeling van artikel 3 lid 1 onder *c* MRl bedoeld is. Er is niet een *meerwaarde* voor toepassing van deze grond als het gaat om tekens met een grote symbolische waarde en het vrijhouden daarvan. De bepaling is derhalve enger dan een mogelijke *Freihaltebedürfnis* in ruimere zin.

Verrassend is dit niet en nadere toelichting zal hier nauwelijks nodig zijn. De Duitse literatuur is hier ook eenduidig.[107] Het spreekt voor zich dat bijvoorbeeld de naam Wolfgang Amadeus Mozart even geschikt is om te kunnen dienen als een louter beschrijvende aanduiding voor de muziek van die componist, bijvoorbeeld op bladmuziek of cd's, als ondeugdelijk in de zin van artikel 8 lid 2 onder 2 MarkenG. Aldus heeft het Duitse merkenbureau

105 Tegen de achtergrond van de eerder genoemde *Markengrabbing*-problematiek, met haar 'roofbouw' op cultureel erfgoed, wordt m.i. des te begrijpelijker waarom in Duitsland na de gedeeltelijke harmonisatie volgend op de MRl (en misschien ook nog wel ná *Chiemsee* in 1997), sympathie bleef bestaan voor de figuur van de *Freihaltebedürfnis*. Het gaat dan om het benadrukken van de ontoelaatbaarheid van occupatie van cultureel erfgoed en niet zozeer om de *ondeugdelijkheid* als merk.

106 Aangezien in toepasselijke Duitse rechtspraak ook wel een beroep wordt gedaan op BGB en UWG (vgl. de *Bach*-zaken) zou men in zoverre ook van zaken op het vlak van de privaatrechtelijke mededinging kunnen spreken.

107 Zie bijvoorbeeld precies zo Osenberg 1996, p. 104: "Daß eine beschreibende "Max und Moritz"-Marke keinen markenrechtlichen Schutz beanspruchen kann, braucht nicht näher erörtert zu werden. (..) Als Inhaltsangabe sind sie (..) nach § 8 Abs 2 Nr. 2 MarkenG schutzunfähig." Max & Moritz zijn Dik Trom-achtige stripfiguren die in Duitsland generaties lang populair zijn gebleven.

ook daadwerkelijk geoordeeld over Mozart als woordmerk voor muzikale uitvoeringen ("Sachhinweis auf Mozart-Musik", in 1998).[108]

Het Bundespatentgericht oordeelde in 2005 dat een natuurgetrouw portret van Marlene Dietrich geacht kon worden louter beschrijvend te zijn voor alles wat "thematisch" verband hield met de persoon Marlene Dietrich – behalve haar 'Lieder und Leben' ook onder meer film, televisie en showbusiness in het algemeen.[109] Frappant was dat het hier om een niet erg bekend portret van de diva ging, en dat dit voor het Bundespatentgericht geen verschil maakte.[110]

Tot slot, hoe oordeelde de rechter in de meergenoemde *Mozart*-zaak? Samengevat, het publiek denkt bij de "geïsoleerde" naam Mozart eerst aan de componist, aldus het Oberlandesgericht München in die zaak, en pas later, in verband met delicatessen, mogelijk ook aan Mozart-Kugeln. Maar dit laatste betekent volgens het OLG nog niet dat de naam Mozart louter beschrijvend (of een soortnaam) is voor Mozart-Kugeln.[111]

3.2.3 Gebruikelijk geworden aanduidingen en soortnamen

Een beperkte rol in de Duitse problematiek van cultuurhistorische symbolen is er voor artikel 8 lid 2 onder 3 jo artikel 50 lid 1 MarkenG (art. 3 lid 1 onder *d* MRl). Het gaat om de weigerings-/nietigheidsgrond met betrekking tot in het spraakgebruik of in het handelsverkeer, dat wil veelal zeggen in de branche, gebruikelijk geworden aanduidingen of soortnamen. Deze aanduidingen, vroeger en ook tegenwoordig nog wel *Freizeichen* genoemd (zie par. 2.3.2), kunnen vanwege hun gangbaarheid voor bepaalde waren(-) of diensten(klassen) niet de herkomstfunctie vervullen die voor merken noodzakelijk is.

In de meergenoemde *Mona Lisa*-zaak overwoog het Bundespatentgericht[112] in r.ov. II, 1, onder *b* omtrent artikel 8 lid 2 onder 3 MarkenG:

> "Der Umstand, dass das Gemälde "Mona Lisa" augenscheinlich nahezu allen beteiligten Verkehrskreisen als häufig verwendetes Werbemotiv bekannt ist, lässt auch das Eintragungshindernis des § 8 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG als gegeben erscheinen."

Het Bundespatentgericht overwoog vervolgens in r.ov. II, 1, onder *b* (slot), geïnspireerd door het Mona Lisa-schilderij maar in een algemenere formulering, dat

108 Registratienr. DPMA: M70123.
109 BPatG 9 november 2005, 29 W (pat) 147/03, *GRUR* 2006, p. 334-335, r.ov. 4.1 en 4.3.
110 "Denn die Aufnahme entspricht im Ausdruck und in der künstlerischen Gestaltung den zahlreichen bekannten Porträts, so dass sich der beschreibende Hinweis auf *Marlene Dietrich* ohne weiteres entschließt." Aldus het slot van r.ov. 4.1.
111 *GRUR-RR* 2002, p. 13.
112 *GRUR* 1998, p. 1022-1023, onder *b*.

> "der Hauptanwendungsbereich des § 8 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG gerade bei geläufigen Werbeelementen [liegt], die im allgemeinen Sprachgebrauch oder in den geschäftlichen Gepflogenheiten üblich sind, ohne dass ihnen eine markenmässige Funktion zukommt."

In de literatuur kreeg dit standpunt van het Bundespatentgericht bijval.[113]

Klinkert en Schwab[114] bijvoorbeeld wezen op het niet kunnen vervullen van de herkomstfunctie:

> "die Bekanntheit des weltberühmten Gemäldes "Mona Lisa" und dessen häufige Verwendung als Werbemotiv [bewirkt] das *spezifische*, weitere Eintragungshindernis des § 8 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG. In diesem Zusammenhang kommt zur Geltung, daß das konkrete "Mona Lisa"-Motiv (offensichtlich) als geläufiges Werbeelement fungiert und auch aus diesem Grund keine Herkunfthinweisende Funktion ausüben kann."

In de *Mozart*-zaak[115] (par. 3.2.1-3.2.2) speelde de vraag of het 'Mozart' in Mozart-Kugeln een *Freizeichen* geacht kon worden te zijn voor de chocoladepralines.

Het Oberlandesgericht München in de *Mozart*-zaak overwoog:

> "insbesondere ist "Mozart" nicht zum "Freizeichen" i.S. von Art. 7 I lit. d GMV geworden".

Het antwoord luidde dus ontkennend. Voor de beoordeling van de naam Mozart als (vermeend) *Freizeichen* voor Mozart-Kugeln kwam het volgens het OLG namelijk uitsluitend aan op de naam op zichzelf en hoe die in het verkeer werd begrepen. Het OLG overwoog in r.ov. 1 (tegen het eind):

> ""Mozart" [wird] [in verband met delicatessen als Mozart-Kugeln; aanvulling CvW] nicht als ohne weiteres und ausschließlich produktbeschreibend oder als reine Gattungsbezeichung im Sinne der erwähnten Vorschriften aufgefasst werden, da die Verwendung der isolierten Bezeichnung "Mozart" als Produktbeschreibung oder Gattungsbezeichnung gänzlich unüblich ist und deswegen auch nicht so verstanden werden kann."

Dit punt gaat zoals uit het citaat blijkt gelijk op met wat het OLG München vaststelde over het beschrijvende gehalte van 'Mozart' (par. 3.2.3). De rechtspraak en literatuur benaderen artikel 8 lid 2 onder 2-3 MarkenG overigens wel vaker als een tweespan.

113 O.a. van Wandtke/Bullinger 1999, p. 199 en Althammer/Ströbele 2000, § 8 Rdn. 170.
114 Klinkert/Schwab 1999, p. 1069. Vgl. ook, genuanceerd, März 1997, p. 175-176.
115 *GRUR-RR* 2002, p. 12-15.

3.3 *Het terrein van de openbare orde (art. 8 lid 2 onder 5, 6 en 8 MarkenG)*

3.3.1 Inleiding

Op het terrein van de openbare orde is er een aantal merkenrechtelijke voorschriften dat van toepassing kan zijn op tekens die symbolen bevatten. Het betreft artikel 8 lid 2 onder 5, 6 en 8 MarkenG.[116]

Over de vraag hoe de – open – begrippen openbare orde/goede zeden uit te leggen, bestaan ten aanzien van het Duitse merkenrecht vergelijkbare verschillen van mening als in Nederland (zie eerder in deze studie hoofdstuk 5, par. 4.7). In de Duitse merkenrechtelijke literatuur valt grofweg een enge en een ruime opvatting te onderscheiden over de openbare orde en goede zeden als bedoeld in artikel 8 lid 2 onder 5 MarkenG. Ik noem hierna van beide opvattingen enkele (maar lang niet alle) aanhangers, waarbij ik omwille van de leesbaarheid en in navolging van enkele Duitse auteurs de openbare orde en de goede zeden functioneel uitsplits.[117] In merkenzaken heeft de Duitse rechter intussen nog geen allesbeslissende uitleg van beide begrippen gegeven, maar heeft wel meermaals tekens aan de bepaling getoetst.

Hieronder volgt, na een weergave van hoofdlijnen van de Duitse theorie (par. 3.3.2-3.3.3), een selectie van rechtspraak (par. 3.3.4).

116 Algemene literatuur over deze drie gronden: Fezer 2001, § 8, Rdn. 344-349*a*, p. 556-557, Rdn. 352-355, p. 558-559, Rdn. 389, p. 568, Rdn. 395, p. 570. Een ander, gerelateerd maar voor dit hoofdstuk 7 niet principieel voorschrift is art. 8 lid 2 onder 9 MarkenG. Op grond van deze bepaling wordt een teken de inschrijving geweigerd indien het *gebruik* ervan als merk zou indruisen tegen het algemeen belang. Dit algemeen belang kan bijvoorbeeld geschonden worden door het deponeren van een verkeersbord als merk. Uit de Duitse literatuur valt op te maken dat dit voorschrift geen rol speelt in de discussie over de occupatie van cultureel erfgoed. Daarnaast is er art. 8 lid 2 onder 4 MarkenG, dat ziet op de mogelijkheid van weigering vanwege het gevaar voor misleiding van het publiek. Niet uitgesloten is dat de bepaling een rol zou spelen ten aanzien van cultureel erfgoed, maar in de wetenschappelijke discussie in Duitsland komt zij niet als een voor de problematiek relevante grond naar voren. Art. 8 lid 2 onder 7 MarkenG over officiële controle- en waarborgtekens ten slotte (vgl. art. 6*ter* lid 1 onder *a* UvP) blijft in het Duitse debat eveneens buiten beeld.

117 Aan beide begrippen is in Duitsland een eigen uitwerking verbonden. Tegelijkertijd worden de begrippen in de literatuur er regelmatig samengenomen, bijvoorbeeld omdat differentiëring niet steeds zinvol is of in een bepaald geval beide begrippen van toepassing kunnen zijn. Vgl. mijn parallelle opmerkingen in hoofdstuk 5, par. 4.7. De problematiek van de *Re-Monopolisierung* – zoals eerder aangegeven: in dit hoofdstuk 7 niet dieper besproken dan in par. 1 – wordt doorgaans wél specifiek in het licht van de openbare orde geplaatst, omdat dat onderwerp over de systematiek van het recht gaat (vgl. algemeen par. 3.3.2). Liebau 2000 gaat in zijn dissertatie uitvoerig in op art. 8 lid 2 onder 5 MarkenG en houdt in zijn betoog feitelijk een onderscheid aan tussen openbare orde en goede zeden.

3.3.2 Het openbare orde-begrip in art. 8 lid 2 onder 5 MarkenG

Een enge uitleg van het merkenrechtelijke openbare orde-begrip komt neer op een beperking tot (strijd met) de Duitse grondwet en internationale verdragen. Volgens Fezer[118] omvat het begrip "nur den Staat und die Gesellschaft konstituierenden Institutionen und Prinzipien", en is een merk in strijd met de openbare orde wanneer "der Markeninhalt sich feindlich, verachtend oder verhöhnend" tegen deze instituten en beginselen richt dan wel (op beledigende wijze) discriminerend is voor bepaalde groepen mensen. Ströbele[119] relateert het begrip aan de 'wezenlijke grondbeginselen van het Duitse recht', waarmee hij minst genomen tendeert naar een enge interpretatie ervan.[120] Daarnaast gaat bijvoorbeeld Götting[121] in diens analyse van de problematiek van het occuperen van beeltenissen en namen van beroemde personen in de geschiedenis van Duitsland uit van een enge uitleg.

Andere auteurs daarentegen hangen een ruime(re) opvatting aan. Een ruime uitleg van het begrip omvat (strijd met) Duitse wetgeving in haar algemeenheid, zoals ook strafwetgeving – mogelijk actueel bij depots van nazi-symbolen bijvoorbeeld.[122] Ingerl/Rohnke[123] stellen dat omdat artikel 8 lid 2 onder 5 MarkenG enkel voor nationale merken geldt, "der Begriff der "öffentliche Ordnung" so auszulegen [ist] wie auch sonst im deutschen Recht, wenn nationale Sachverhalte betroffen sind, zB im Polizeirecht." Nordemann[124] stemt af op "die Gesamtheit aller formell und materiell zustande gekommenen geltenden Gesetze." Verder kiest bijvoorbeeld Liebau in zijn dissertatie[125] na een uitvoerige afweging voor een ruime opvatting.[126]

118 Fezer 2001, § 8 Rdn. 345-347, p. 556-557.
119 Althammer/Ströbele 2000, § 8 Rdn. 264.
120 Niettemin wil Ströbele niet uitsluiten dat onder art. 8 lid 2 onder 5 MarkenG ook het overtreden van een merkenrechtelijk voorschrift ("wesentliche markenrechtliche Grundsätze") worden verstaan; zie Althammer/Ströbele 2000, § 8 Nr. 264. Fezer 2001, § 8, Rdn. 345, p. 556 ziet dit anders dan Ströbele.
121 Götting 2001, p. 621.
122 Berlit 2003, nr. 104, p. 82 maakt melding van dit voorbeeld.
123 Ingerl/Rohnke 1998, § 8 Rdn. 112.
124 Nordemann 1997, p. 391.
125 Liebau 2000, p. 142-144, als gevolg van diens standpunt dat de *urheberrechtliche Gemeinfreiheit* (vgl. de *Re-Monopolisierung* in par. 1.5) onder het bereik van art. 8 lid 2 onder 5 MarkenG valt.
126 Voor o.a. Klinkert/Schwab 1999, p. 1070-1071 en Boeckh 2001, p. 32-33 biedt voorts ook art. 2 MarkenG een aanwijzing: dat artikel zou uitdrukkelijk ruimte laten voor toepassing van normen buiten het merkenrecht, waaronder auteursrechtelijke. Zij leiden dit af uit de MvT bij art. 2 MarkenG, *BT-Drucksache* 12/6581, p. 64 rechter kolom. Oneens echter: Götting 2001, p. 621, voetnoot 75. Vgl. met betrekking tot de toepassing van andere (nationale) rechtsregels dan merkenrechtelijke, ook de 6e overweging van de Considerans bij de MRl.

3.3.3 Het goede zeden-begrip in art. 8 lid 2 onder 5 MarkenG

Het voormalige Warenzeichenrecht in Duitsland hanteerde de kwalificatie "ärgerniserrägende Darstellung" voor alle voorstellingen die (merkenrechtelijk) niet door de beugel van de geldende opvattingen van moraal konden.[127] Artikel 4 lid 2 onder 4 WZG luidde, voor zover hier van belang:

> (2) Ferner sind von der Eintragung solche Zeichen ausgeschlossen,
> 4. die ärgerniserrägende Darstellungen (..) enthalten (..).

Na de gedeeltelijke Europese harmonisering keerde de "ärgerniserrägende Darstellung" als term niet terug in de Duitse merkenwet. Artikel 8 lid 2 onder 5 MarkenG hanteert conform de bewoordingen van artikel 3 lid 1 onder *f* MRl de term "gute Sitten".[128] Men gaat er in Duitsland evenwel vanuit dat de MRl-bepaling inhoudelijk overeenkomt met de vroegere WZG-bepaling, zodat het oude Duitse leerstuk van de "ärgerniserrägende Darstellung" als het ware een nieuwe voorgevel heeft gekregen met behoud van het erachter liggende huis.[129]

In Duitsland wordt aangenomen dat deze keuze past in de ruimte die de genoemde MRl-bepaling biedt ten aanzien van de invulling en toetsing van het goede zeden-begrip, dat ter nationale discretie staat.

Onder ergerniswekkende woorden en afbeeldingen vielen en vallen tekens die indruisen tegen de zedelijkheid of die grote gêne oproepen, die in politiek of religieus opzicht aanstoot geven, ernstig (beledigend) discrimineren of mensen aantasten in hun waardigheid, of zeer smakeloos worden bevonden in de zin dat de grenzen van het fatsoen op onverdraaglijke wijze zijn overtreden ("grobe Geschmacksverletzung").[130] Artikel 8 lid 2 onder 5 MarkenG kan ondanks de wijziging in terminologie geacht worden in deze gevallen evenzeer te kunnen worden toegepast.[131]

---

127 Zie evenwel kritisch/afwijzend Schricker 1970, p. 200-203, over een naar maatstaven van de *moraal* opgevat goede zeden-begrip in de zin van art. 1 UWG (Schricker 1970, p. 201, verwijzend naar Von Jhering: "der "ethischen" Auffassung tritt eine Meinung gegenüber, die unter den "guten Sitten" die *Sitte, die Konventionalnormen des Gebräuchlichen, tatsächlich Geübten* verstehen will.").

128 De term "gute Sitten" was echter daarvóór niet onbekend, maar werd doorgaans in verband met wetgeving aangaande ongeoorloofde mededinging (art. 1 UWG) gebruikt; zie bijv. Schricker 1970.

129 Zie de MvT bij de MarkenG, *BT-Drucksache* 12/6581, p. 70, rechter kolom, de twee laatste alinea's. In BPatG 14 november 1995 – 24 W (pat) 206/94, *GRUR* 1996, p. 408 (*Cosa Nostra*) is de parallellie bevestigd.

130 BPatG in *Cosa Nostra*-arrest, vorige voetnoot, *GRUR* 1996, p. 408; zie voorts in elk geval BGH 18 september 1963, *GRUR* 1964, p. 137 (*Schweitzer*).

131 Voor de invulling van het begrip goede zeden in art. 8 lid 2 onder 5 MarkenG wordt ook wel aanhaakt bij (het algemenere) art. 1 UWG. Dit laatste artikel luidt: "Wer im geschäftlichen Verkehre zu Zwecken des Wettbewerbes Handlungen vornimmt, die gegen die guten Sitten verstoßen, kann auf Unterlassung und Schadensersatz in Anspruch genommen werden."

3.3.4 Toepassingen van de openbare orde-/goede zeden-grond

3.3.4.1 Rubrieken seks en criminaliteit

Ook in Duitsland fluctueren opvattingen over wat zich wel en niet met de openbare orde/goede zeden verdraagt in de loop der tijd en zullen die vast vandaag anders liggen dan in een volgend decennium. Beschouwde het Duitse merkenbureau in vroeger dagen bijvoorbeeld namen als *Flirt* voor voorbehoedmiddelen en *Strip-Tease* voor lippenstift als ontoelaatbaar onzedelijk, tegenwoordig accepteert het explicietere woordmerken als *Sperma*[132] *voor lichaamsverzorging en Orgasmus*[133] *voor bier en sterke drank.*

Een in de Duitse juridische literatuur vaak aangehaalde casus is die omtrent het merk *Cosa Nostra*[134] voor onder andere parfums, bijouterieën en kleding (1995). 'Cosa Nostra', tevens de naam van een bekende criminele (maffia-)organisatie, was in Duitsland als aanstootgevendheid geweigerd, maar het Bundespatentgericht draaide die beslissing terug. Het gebruik van de naam Cosa Nostra als onderscheidingsmiddel was volgens het hof in het handelsverkeer "gemeinhin bedenkenlos akzeptiert."

Het belang van het arrest moet worden gezien in de richtsnoeren die dat hof vervolgens nog gaf met het oog op de toepassing van artikel 8 lid 2 onder 5 MarkenG, in deze nieuwe vorm pas kort geïntroduceerd. De bepaling moet terughoudend worden toegepast, aldus het Bundespatentgericht in 1995, nu men steeds liberaler denkt over moraal en zeden en men tekens met een negatieve, bedenkelijke of smakeloze bijklank niet meer op de wijze als voorheen afwijst. Het parfummerk *Opium* vormde daarvan een voorbeeld, volgens het hof in zijn arrest.

Strijd met de goede zeden moet, aldus nog steeds hetzelfde hof, worden getoetst in het licht van de waren of diensten die door het depot worden bestreken. Omstandigheden die eerst zichtbaar worden uit het gebruik van een merk wegen echter niet mee. Voor toetsing van een teken aan de openbare orde/goede zeden is de mening van "beachtliche Teile des angesprochenen Verkehrs" bepalend en voor *buitengewoon* fijngevoelige resp. vrije opvattingen is zodoende geen plaats.

Tot de belangrijkste passages van het Bundespatentgericht in *Cosa Nostra* behoort deze:

> "[D]ie Grenzen sind erst dann überschritten, wenn eine Marke im Geschäftsleben nicht mehr hinnehmbar erscheint (vgl. BGH GRUR 1995, 592, 594 – Busengrapscher zu § 1 UWG). Dies gilt vor allem, wenn nur das allgemeine sittliche Empfinden betroffen ist. Strengere Maßstäbe können geboten sein, wenn sich eine Marke des Namens oder Symbols einer abgrenzbaren gesellschaftlichen Gruppierung, z.B. einer Religionsgesellschaft, bedient (vgl. etwa BPatG GRUR 1994, 377 – MESSIAS; BPatGE 28, 41, 43 - CORAN) zumal insoweit auch grundrechtliche Wertungen Einfluß gewinnen können (vgl. BGH a.a.O. – Busengrapscher)."

132 Registernummer/Aktenzeichen 30248921.5.
133 Registernummer/Aktenzeichen: 30087556.8.
134 BPatG 14 november 1995 – 24 W (pat) 206/94, *GRUR* 1996, p. 408. Het betrof een zgn. internationaal merk.

Nu sinds de *Cosa Nostra*-uitspraak al weer meer dan een decennium verstreken is en 'de tijden' onvermijdelijk al weer verder veranderd zijn (maar van het merk 'Opium' ligt men Duitsland vast nog steeds niet wakker), valt een parallel in met nú actuele subversieve organisaties zoals Al-Quaida, of alternatieve schrijfwijzen. Wellicht is het wachten op een dergelijk depot, dat – serieus of niet – in deze tijd in Duitsland of wat dat aangaat evengoed in Nederland naar alle waarschijnlijkheid als op ontoelaatbare wijze subversief of aanstootgevend zou worden geoordeeld. Waarmee gesignaleerd wordt dat de openbare orde-/goede zeden-toets wel immer actueel zal blijven.

Naast de *Cosa Nostra*-zaak is er in het kader van de openbare orde en de goede zeden de nodige casuïstiek over erotische plaatjes, ontucht en geweld. Deze zaken kunnen interessant zijn als voorbeelden van ongeoorloofd geachte onzedelijkheid.

Wat bijvoorbeeld van het Bundesgerichtshof niet mocht, is de als vrouwonvriendelijk aangemerkte insinuatie dat vrouwen gemakkelijk te verleiden zouden zijn na het drinken van bepaalde likeur (1995). Het ging om likeuren onder de naam *Busengrapscher* en *Schlüpferstürmer*,[135] waarvan de etiketten er zo uitzien:

3.3.4.2 Rubriek: religie

Relevanter voor de problematiek van de occupatie van symbolen is een reeks uitspraken over *religieuze* benamingen. Terugdenkend aan Nederland, waar zulke gerechtelijke uitspraken op het gebied van het merkenrecht onbekend zijn, komt dit als een (positieve) verrassing.

135 Voor de goede orde: 'Busengrapscher' en 'Schlüpferstürmer' waren beide geen merken. Zie BPatG 18 mei 1995, *GRUR* 1995, p. 592-595 (*Busengrapscher*), een zaak die zich in de context van art. 1 UWG (wet op de ongeoorloofde mededinging) afspeelde. Steevast wordt deze uitspraak aangehaald bij bespreking van strijd met de merkenrechtelijke goede zeden in art. 8 lid 2 onder 5 MarkenG. De *Schlüpferstürmer*-uitspraak, die is beoordeeld aan de hand van reclamenormen, is door het Bundesgerichtshof aangehaald in de *Busengrapscher*-zaak.

In een uitspraak uit de WZG-tijd over de naam van de katholieke heilige Marie Celeste[136] als merk voor sherry en rum (1973), na advies van het *Erzbischöfliche Ordinariat* in München door het DPA geweigerd (wegens strijd met art. 4 lid 2 onder 4 WZG, zie par. 3.3.3), wees het Bundespatentgericht op de Duitse traditie om juist voor wijn, bier en sterke drank namen van Maria en andere heiligen te gebruiken. Het Bundespatentgericht zag in *Marie Celeste*[137] voor sherry en rum daarom niet een voor de gemiddelde religieuze gevoelens kwetsende uiting. Het gerecht overwoog:

> "Für die Teile des Verkehrs, die das angemeldete Zeichen in seiner Bedeutung "Himmlische Maria" verstehen, verkörpert es – soweit sie religiöse Bindungen haben oder anerkennen – etwas Edles, Verehreswürdiges, das selbstverständlich auch bei der Verwendung als Warenzeichen nicht in den Schmutz gezogen werden darf. In einer Benutzung des angemeldeten Zeichens für Sherryweine und Rum vermag der Senat aus folgenden Gründen keinerlei Verunglimpfung zu sehen, die geeignet wäre, das religiöse Gefuhl eines normal empfindenden Menschen zu verletzen."

Wat toen volgde, lijkt wel een ode aan de wijn:

> "Wein ist ein allgemein als edel angesehenes alkoholisches Getränk, das seit alters her häufig unter Wort- und/oder Bildzeichen in den Verkehr gebracht wird, die Namen und Darstellungen von heiligen Personen einschließlich der Mutter Christi zum Gegenstand haben. Dementsprechend existieren neben außerordentlich zahlreichen aus Heiligennamen bestehenden Zeichen für Wein (..) auch mehrere Eintragungen auf diesem Warengebiet, die in Wort oder Bild auf die Mutter Christi hinweisen."

Het Bundespatentgericht somde ter staving een imposante rij van tegen de honderd heiligen op, variërend van Barbara, Filomena en Marguerita tot Bonifatius, Christoforus en Veronica, die alle als een merk voor wijn, sherry of sterk waren ingeschreven (en waarvan er vast nog wel een aantal als zodanig bestaat).

Later heeft het Bundespatentgericht in de *Coran*-zaak (1986)[138] deze traditie van het verbinden van heiligennamen aan drank nog eens fraai verwoord:

> "Die Verwendung von Namen und Abbildungen Heiliger (auch) zu gewerblichen Zwekken hat eine lange Tradition, insbesondere in den Bereichen des Brauereiwesens und der Weinherstellung. Solche historisch gewachsenen Zeichen sind den beteiligten Verkehrskreisen vertraut und werden allgemein gebilligt (..) Heiligen waren Menschen, die – insbesondere in der katholischen Kirche – wegen ihres nachahmenswerten Lebens verehrt wurden. Gerade ihre Menschlichkeit, die auch Schwächen nicht ausschließt, führte wohl zu der (vielfach nur regionalen) Verankerung im religösen Leben der Bevölkerung."

136 BPatG 9 maart 1973 – 24 W (pat) 195/72, *BPatGE* 15, nr. 46, p. 230-237.
137 BPatG 9 maart 1973 – 24 W (pat) 195/72, *BPatGE* 15, nr. 46, p. 233-234 (*Marie Celeste*).
138 BPatG 16 januari 1986, *BPatGE* 28, nr. 16, p. 41-43.

Zo niet echter de benaming Coran,[139] voor medicijnen gedeponeerd. Naar het oordeel van het Bundespatentgericht was de naam een verwijzing naar het heilige boek van de islam en tegen die achtergrond terecht geweigerd als een *ärgerniserregende Darstellung* (strijd met art. 4 lid 2 onder 4 WZG, zie par. 3.3.3) Het hof overwoog vervolgens:

> "[D]er Koran [gilt] den Muslimen nicht als menschliches Werk, sodern als "Heilige Schrift" göttlichen Ursprungs (als arabische Wiedergabe einer im Himmel befindlichen Urschrift), die sie für die allein verbindliche Quelle der Glaubenslehre und des Rechts halten (..). Dementsprechend hat die Prüfungsstelle zu Recht darauf hingewiesen, daß das angemeldete Zeichen eher mit Wörtern wie z.B. "Bibel" zu vergleichen wäre."

Dat was 1986. In 1993 oordeelde het Bundespatentgericht het woordmerk Messias[140] voor onder meer schoenen *profaan* en in strijd met wat de toen in aantocht zijnde MarkenG de goede zeden zou gaan noemen. Het gerechtshof overwoog:

> ""MESSIAS", mit der von der Prüfungsstelle nachgewiesenen und auch von der Anmelderin in der Sache nicht bestrittenen religiösen Bedeutung, [wirkt] für durchaus beachtliche Teile des angesprochenen Verkehrs im gegebenen Zusammenhang ärgerniserregend (vgl. BPatG Mitt. 1968, 192 – Mosaic;[141] BPatGE 28, 41 – CORAN). Der Anmelderin mag zwar einzuräumen sein, daß eine generelle Tendenz zur Lockerung religiöser Bindungen besteht und daß mithin nicht in allen Volkskreisen die Verwendung (ursprünglich) religiöser Begriffe im Bereich der Warenwirtschaft durchweg als anstößig empfunden wird. Für einen ganz erheblichen Teil der Bevölkerung, auch soweit er nicht in strengem Sinne kirklich gebunden ist, liegt aber in jedem Fall eine grobe Geschmacksverletzung vor, wenn ihm ein Begriff wie "Messias", der im christlichen Sprachgebrauch eine andere Bezeichnung für Gott selbst darstellt (im jüdischen für einen gottgesandten Propheten), in Verbindung mit alltäglichen Gebrauchsgegenständen wie Bekleidungsstücken, Schuhwaren und Kopfbedeckungen als amtlich bestätigtes Warenzeichen im Verkehr begegnet."

Opmerkelijk is dat er al die tijd, al sinds de jaren zeventig van de vorige eeuw, een andere, wél geaccepteerde inschrijving van een Messias-merk op het toneel was:

139 BPatG 16 januari 1986, *BPatGE* 28, nr. 16, p. 41-43 (*Coran*).

140 BPatG 2 november 1993, *GRUR* 1994, p. 377.

141 De *Mosaic*-uitspraak van BPatG 17 mei 1968 (*Mosaic* – wat met 'joods' of 'Israelisch' kan worden vertaald – als merk voor wijn van joodse herkomst, dat wil zeggen uit Israël) is een markante. Het BPatG vond het onderscheidingsteken Mosaic te kwetsend voor joden in verband met gekrenkte joods-religieuze beleving in de nazi-tijd, toen joodse producten op last van het regime moesten worden 'gebrandmerkt' door het afbeelden van onder meer de bekende Davidsster. Hier mocht dus een verwijzing naar het geloof in de wijnbranche bij uitzondering níet een merk zijn. Het register van het DPMA laat vanaf 1980, toen het onderwerp blijkbaar inmiddels toch al minder gevoelig lag, echter weer diverse inschrijvingen zien van merken onder de naam Mosaic.

– voor wijn, natuurlijk.

Met de combinatie heilige en drank kon men kennlijk een heel eind komen, hoewel het niet moeilijk is om wat problematischer gevallen te bedenken: *Schnaps* met de naam 'Der Prophet' met een baardige man op het etiket bijvoorbeeld, of 'Der Mensch von Judea' voor een ludiek discodrankje.

De woordmerken 'Gott' (2000) en 'Gott ist ein Popstar' (2006) kwamen er intussen, recenter, bij het DPMA niet doorheen.[142] Bij de weigering van 'Gott ist ein Popstar', wegens strijd met de openbare orde/goede zeden, werd als toelichting gegeven: "Es besteht die Möglichkeit, dass durch die Marke das religiöse Empfinden des angesprochenen Publikums verletzt wird."

In het verlengde van de religie-casuïstiek valt de weigering van de naam 'Dalailama' op. Het jaarrapport 2002 van het Bundespatentgericht overwoog over die weigering:[143]

> "Die Beschwerde gegen die Versagung der Eintragung war zurückgewiesen worden im Verfahren zur Ameldung des Namens "*Dalailama*" gem § 8 Abs 2 Nr 5 MarkenG (Verstoß gegen die öffentliche Ordnung oder gegen die guten Sitten). Das religiöse Empfinden sei verletzt. Die maßgeblichen inländischen Durchschnittsverbraucher seien wegen besonderer Umstände mit dem Namen des Oberhauptes der Tibeter und seiner religiösen Bedeutung vertraut. Die unwesentliche Abwandlungen der korrekten Schreibweise des Namens "Dalai Lama" berühre die Identifizierung des Namensträgers in keiner Weise."

3.3.4.3 Een rubriek cultureel erfgoed?

Het mag duidelijk zijn: de Duitse rechtspraak toont zich open voor het beschermen van religieuze symbolen tegen merkenrechtelijke occupatie, oftewel het verbinden van restricties aan de inschrijving en bescherming van

142 Aktenzeichen 30043015.9 resp. 30577807.2.

143 Op p. 85 van het rapport, < www.bpatg.de/bpatg/veroeffentlichungen/jahresberichte/deutsch/2002/jahresbericht_2002.pdf >.

religieuze symbolen in merktekens, via de weigerings-/nietigheidsgrond strijd met (de openbare orde en) de goede zeden.

Alléén religieuze symbolen, of ook culturele/cultuurhistorische symbolen?

Vooralsnog heeft de Duitse rechtspraak niet ondubbelzinnig richting gekozen in het lopende debat over merkmonopolies op cultureel erfgoed, voor wat betreft de toepasselijkheid van de openbare orde-/goede zeden-grond.

Strijd met de goede zeden komt niet terug in merkenrechtspraak die te plaatsen valt in het kader van het debat over cultuurmonopolisering. Strijd met de openbare orde wél, omdat in die paar zaken partijen op dat begrip de nadruk legden, toen zij hun beroep op artikel 8 lid 2 onder 5 MarkenG in verband met occupatie van cultureel erfgoed toelichtten. De reactie van de rechtspraak op zulke openbare orde-argumenten bleek tot nu toe gereserveerd, maar niet categorisch.[144]

De merkenrechtelijke literatuur, zoals in par. 1 aangegeven vooral gericht op de ten opzichte van dít boek afwijkende insteek van *Markengrabbing* resp. *Re-Monopolisierung*, kent enkele voorstanders en tegenstanders van het toepassen van artikel 8 lid 2 onder 5 MarkenG in gevallen van het monopoliseren van cultureel erfgoed, of een 'subsegment' daarvan. Ook zijn er wel parallellen getrokken met de nationale symbolen in artikel 8 lid 2 onder 6 MarkenG, ter onderstreping van de noodzaak of de mogelijkheid om ook cultureel erfgoed een uitzonderingspositie te verlenen.[145]

Auteurs die ingaan op het merkenrechtelijke begrip goede zeden leggen echter meestal geen verband met het onderwerp van symbool-monopolisering, of andersom.[146] Liebau (2000)[147] schrijft nog wel dat een historische foto van een paus als beeldmerk voor condooms ook in de huidige tijd nog wel tegen de goede zeden zal indruisen, maar een afbeelding van Einstein of Van Gogh niet meer. Voorts geeft Liebau met zoveel woorden aan dat aan het culturele publieke domein ontleende afbeeldingen als die van de Mona Lisa of de stripfiguren Max & Moritz óók niet strijdig met de goede zeden zullen kunnen worden geacht.

144 Bijv. in de in dit hoofdstuk 7 meergenoemde *Mona Lisa*-zaak van het BPatG 25 november 1997 – 24 W (pat) 188/96, *GRUR* 1998, p. 1021-1023. Het BPatG ging evenwel 'slechts' in op de vraag of het merkenrechtelijke openbare orde-begrip voldoende ruim kon worden geacht om mede belangen samenhangend met de "urheberrechtliche Gemeinfreiheit" te kunnen omvatten – het beknopte antwoord van het BPatG, in een overweging ten overvloede, was kort gezegd: *waarschijnlijk* niet (zie nader r.ov. 2, *GRUR* 1998, p. 1023). In deze lijn past ook een zonder gevolg gebleven nietigheidsactie wegens (o.a.) strijd met de openbare orde/goede zeden, ingesteld tegen het woordmerk Pinocchio, de beroemde sprookjescreatie met de groeineus (vgl. BPatG 7 december 2006, 32 W (pat) 140/04, en de daar vermelde opvatting van het DPMA).

145 Met name Klinkert/Schwab 1999, p. 1069, zij het vooral met de blik op *Re-Monopolisierung* (zie daarover eerder par. 1.5)

146 Zie bijvoorbeeld Ingerl/Rohnke 1998, § 8 Rdn. 113-117; Althammer/Ströbele 2000, § 8 Rdn. 266-271; Fezer 1997, § 8 Rdn. 352-35; Berlit 1997, p. 51.

147 Liebau 2000, p. 141.

Maar hier dringt zich de gedachte op dat dit misschien toch minder een zaak is van de goede zeden dan van (strijd met) de openbare orde. Maar of het Duitse monopoliseringsdebat inderdaad (mede) in de sleutel van het (Duitse) openbare orde-begrip in artikel 8 lid 2 onder 5 MarkenG kan worden geplaatst, is niet onomstreden.

Een tegenstander van zo'n extensieve interpretatie is bijvoorbeeld Steinbeck (2005). Zij houdt het erop dat "[E]in Verstoss gegen die öffentliche Ordnung in der Markeneintragung von Merkmalen berühmter verstorbener Persönlichkeiten nicht gesehen werden [kann]. Dies gilt sowohl für Personen, die – da vor langer Zeit verstorben – zum kulturellen Erbe gehören, als auch für die ein postmortaler Schutz der Persönlichkeit noch besteht."[148]

Anderen, zoals Boeckh in zijn prominente en in het Duitse debat veel aangehaalde bijdrage (2001) over merkrechten op namen en beeldtenissen van historische beroemdheden, stellen zich veel meer open voor een instrumentele rol voor het openbare orde-begrip.[149]

Een boeiend aanvullend gegeven en nuttig voor de gedachtenvorming is dat er in het WZG-tijdperk opvallende opvattingen bestonden over de goede zeden-grond in relatie tot tekens die represenaties van cultureel erfgoed omvatten.

Ten tijde van het Warenzeichenrecht werden depots van namen van beroemde personen als Mozart en Beethoven, aan wie aldus Hefermehl[150] "die Menschheit Werke einmaliger Größe verdankt", als aanstootgevend en strijdig met het toenmalige artikel 4 lid 2 onder 4 WZG beschouwd (par. 3.3.3). Eenzelfde lot was een portret van de president van de Verenigde Staten (voor sigaren) en een beeltenis en de naam van de *Prince of Wales* (voor scheermesjes) beschoren – in de eerste helft van de twintigste eeuw. Dat is lang geleden, maar het ontoelaatbaar achten van merken die *royals & presidents* bevatten is dus in Duitsland niet zonder precedent.[151]

In het *Zwitserse* merkenrecht, hier een informatieve zijsprong, is wel aangenomen dat depots van namen van beroemdheden als Rembrandt, Schubert en Beethoven strijdig zijn met de goede zeden. "Die Namen derjenigen, die höchste

148 Steinbeck 2005, p. 558.

149 Boeckh 2001, 29-31. Voorts: van Meister 1995, p. 1007 mogen kunstwerken die bij "een relevant deel van de samenleving daadwerkelijk bekend zijn" geen merk zijn. Er ligt volgens de schrijver een taak voor het merkenbureau om te bepalen welke namen en afbeeldingen in cultureel opzicht aan de maatschappij toekomen. Meister: "Die Frage ist, wie das Amt dies umsetzen kann. Es bedarf ggf. Eines internen Mechnismus, um auf breiterer Basis klären zu können, was "kulturelles Allgemeingut" ist, um so eine Grundlage zur Zurückweisung einer Anmeldung zu bekommen. Andere Fälle, wo amtsintern keine Entscheidungssicherheit erzielbar ist, können dann immer noch im Löschungsverfahren überprüft werden; dort ist es dann Sache des Angreifers, Grundlagen für eine entsprechende Entscheidung aufzubereiten."

150 Baumbach/Hefermehl 1985, § 4 WZG, Nr. 131, p. 372.

151 Fezer 1997, § 8 Rdn. 349 onder verwijzing naar jurisprudentie.

Kulturgüter schufen, sind nicht irgendwem als Vorspann zu überlassen", schreef Troller (in 1983),[152] die bovendien aannam dat gedeponeerde namen van levende en dode staatslieden in binnen- en buitenland in strijd met de goede zeden zijn. In Zwitserland werden op deze grond onder andere geweigerd, in de jaren zeventig van de vorige eeuw, *Buddha* voor thee, *Golgotha* voor wijn en *Adholff* voor toiletpapier. Eerder, in de jaren vijftig van de afgelopen eeuw, waren benamingen als *Islam* en *Mekka und Medina* voor alle waren geweigerd wegens strijd met de openbare orde.[153]

Terug naar het Duitse merkenrecht tot slot, waar Fezer[154] melding maakt van een vroegere praktijk om depots van namen van beroemdheden in de Duitse cultuurhistorie, zoals Goethe, als "ein Mißbrauch von Kulturgütern" te weigeren wegens strijd met de goede zeden. Dit ging zelfs zo ver dat zulke namen ook als *bestanddeel* van een teken niet mochten. Fezer constateert vervolgens dat de in de jaren negentig van de vorige eeuw sterk gegroeide praktijk van deponering van juist dit type tekens, de oude opvatting niet bevestigt.

Maar toch. Ook al verplichten vroegere opvattingen over strijd met de openbare orde/goede zeden tot niets, het mag een *eye-opener* heten dat na de eerder waargenomen uitdrukkelijke aandacht in de rechtspraak voor religie, nu ook cultureel erfgoed-problematiek in het Duitse merkenrecht niet helemaal níeuw blijkt te zijn.

3.3.5 Symbolen met een officieel karakter (art. 8 lid 2 onder 6 en 8 MarkenG)

De toelaatbaarheid van symbolen kan in bepaalde gevallen op enkele specifieke (absolute) weigerings- en nietigheidsgronden in de sfeer van de openbare orde worden beoordeeld: artikel 8 lid 2 onder 6 en 8 en lid 4 jo artikel 50 leden 1 en 3 MarkenG (art. 3 lid 1 onder *h* en lid 2 onder *c* MRl, in verband met art. 6*ter* UvP).[155] Deze bepalingen sluiten nationale en internationale symbolen en nabootsingen daarvan uit van merkenrechtelijke bescherming; zie voor de vermelde MRl-bepalingen reeds hoofdstuk 5, par. 4. Tekens

152 Troller 1983, Band I, p. 312.

153 Vgl. ook Dessemontet 2000, nr. 362-365, p. 115-116. Overigens stond volgens Fezer 2001, § 8 Rdn. 350, p. 557 Zwitserland in zijn weigeringsbeleid bekend als streng.

154 Fezer 1997, § 8 Rdn. 355.

155 O.g.v. art. 8 lid 2 onder 7 MarkenG zijn van merkenrechtelijke bescherming uitgesloten binnen- en buitenlandse *amtliche Prüf- oder Gewährzeichen*, dat wil zeggen van overheidswege voorgeschreven keur- en garantieaanduidingen met betrekking tot bijvoorbeeld inhouds- en lengtematen, gewichten en legeringen, en exclusieve rechten (denk aan ©, ™ en ®). De genoemde bepaling sluit uitsluitend aanduidingen uit die door het Duitse ministerie van Justitie in het *Bundesgesetzblatt* als zodanig bekend zijn gemaakt. Voor het onderzoek in deze studie speelt de bepaling geen rol.

die (nabootsingen van) die symbolen duidelijk herkenbaar als *bestanddeel* bevatten, zijn eveneens ontoelaatbaar.[156]

Het officiële karakter staat bij de symbolen in de zin van artikel 8 lid 2 onder 6 en 8 MarkenG voorop.

Artikel 8 lid 2 onder 6 MarkenG richt zich op diverse typen van Staatssymbolen, of zo men wil overheidsheraldiek. Allereerst bevinden zich daaronder *Hoheitszeichen* als het Duitse Staatswapen (zwarte adelaar op witte ondergrond in *vlagvorm*[157]) en de Duitse nationale vlag (horizontaal gestreept zwart-rood-goud), alsmede die van buitenlandse naties.

Ter illustratie het wapen van Duitsland resp. de stads- en deelstaat Berlijn:

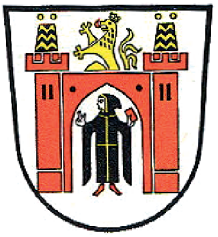
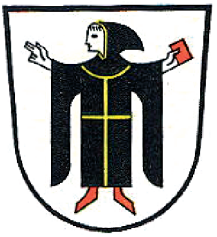
Dan zijn er andere binnen- en buitenlandse nationale symbolen zoals in gebruik zijnde koninklijke of presidentiële zegels, orden en munteenheden. Tenslotte vallen, anders dan bijvoorbeeld in het BVIE, wapens van lagere overheden onder het voorschrift, onder meer de Duitse deelstaten en gemeenten.[158]

Voorbeelden hiervan zijn het wapen van München-de-stad, dat twee varianten kent (de bovenste twee afbeeldingen hieronder), en het wapen van München-het-district (*Kreis*) (rechts):

156 Art. 8 lid 4 MarkenG bepaalt, in aansluiting op art. 6*ter* lid 1 onder *a* UvP, dat de nabootsing van de in art. 8 lid 2 onder 6, 7 en 8 MarkenG omschreven symbolen verboden is. Zie de MvT, *BT-Drucks* 12/6581, p. 71, laatste alinea linker kolom, eerste alinea rechter kolom. Art. 8 lid 4 MarkenG knoopt met de term "Nachahmung" aan bij het in art. 6*ter* lid 1 UvP (in een Nederlandse vertaling) vermelde "nabootsing, bezien vanuit heraldisch oogpunt." *Beperkingen* op de uitsluiting van de in art. 8 lid 2 onder 6, 7 en 8 MarkenG bedoelde symbolen van merkinschrijving noemt art. 8 lid 4 MarkenG echter ook, analoog aan artikel 6*ter* lid 1 onder *c* en lid 8 UvP; zie nader Althammer/Ströbele 2000, § 8 Rdn. 278, 285 en 286. Terzijde: uitvoerig over *Hoheitszeichen* naar *Zwitsers* merkenrecht is Troller 1983, Band I, p. 285-292.

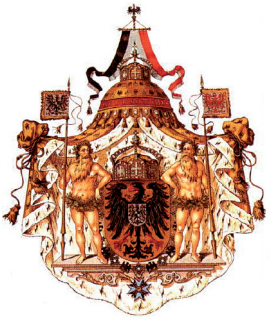
157 De kleuren op zichzelf níet, zie BPatG 28 september 2004, *GRUR* 2005, p. 679 (*Bundesfarben*).

158 Emblemen van steden *buiten* Duitsland zijn, evenals familiewapens in hun algemeenheid, niet door art. 8 lid 2 onder 6 MarkenG van de mogelijkheid van merkenrechtelijke occupatie en bescherming uitgesloten.

Tekens die *mede* vlaggen, wapens en emblemen omvatten, worden niet spoedig in strijd geacht met artikel 8 lid 2 onder 6 MarkenG omdat het publiek die minder gauw opvat als *Hoheitszeichen*.[159]

Historische symbolen, zoals bijvoorbeeld wapens uit de tijd van het *Heiliges Römisches Reich Deutscher Nation*[160] (hieronder links), kunnen ontoelaatbaar zijn op grond van artikel 8 lid 2 onder 6 MarkenG. Voor historische symbolen met een *negatieve* lading, zoals Duitslands oude oorlogsvlag en officiële nazi-symbolen (illustratie rechts), ligt het (nóg) meer voor de hand artikel 8 lid 2 onder *5* MarkenG toe te passen.[161]



159 Aldus Ingerl/Rohnke 2003, § 8 Rdn. 311, p. 307.
160 Zo luidde de landsnaam van de 15e eeuw tot 1871.
161 Het voorbeeld van de "Kriegsflagge" van het Duitse Rijk (1871-1945) in relatie tot art. 8 lid 2 onder 5 MarkenG komt van Ingerl/Rohnke 2003, § 8 Rdn. 310, p. 307.

De uitsluiting van bescherming treft alleen die tekens, waarvan het DPMA de status kan afleiden uit zonder meer toegankelijke bronnen.[162] Bij de beoordeling van een symbool in het kader van artikel 8 lid 2 onder 6 MarkenG pleegt geen acht te worden geslagen op de concrete, bij depot aangemelde waren of diensten. Zo mocht het embleem van de Duitse posterijen, een posthoorn, van het Bundespatentgericht (1981) geen merk zijn voor zeisen.[163] Een illustratie:

Artikel 8 lid 2 onder 8 MarkenG richt zich specifiek op wapens, vlaggen en andere aanduidingen van intergouvernementele organisaties, langs de lijnen van artikel 6*ter* lid 1 onder *b* UvP. Het ministerie van Justitie actualiseert van tijd tot tijd de lijst met symbolen die zijn uitgesloten van de mogelijkheid van inschrijving.[164] In Duitsland gelden als uitgesloten bijvoorbeeld het embleem van de Hoge Commissaris voor Vluchtelingen (UNHCR), links, en het symbool van het Europees Octrooibureau (EPO), rechts:[165]

162 Althammer/Ströbele 2000, § 8 Rdn. 283. Zie ook Althammer/Ströbele 2000, § 8 Rdn. 284: ten aanzien van een teken dat een wapen van een Duitse stad of gemeentelijk verband omvat, geldt dat inschrijving (toch) mogelijk wanneer de deposant verklaart dat het teken "nach seinem besten Wissen" geen wapen in de hier bedoelde zin inhoudt. De grond hiervoor vormt de omstandigheid dat in de depotprocedure geen uitputtend onderzoek naar heraldische wapens kan worden gedaan, zodat men vertrouwt op de medewerking van deposanten.

163 BPatG *Mitt.* 1981, p. 122. Afbeelding hierna ontleend aan < http://www.morgenblitz.de/index.htm?ar0507.htm >.

164 Fezer 1997, § 8 Rdn. 399.

165 Afbeeldingen ontleend aan < http://www.un.org.vn/unag/unhcr1/unhcr.htm > en < http://www.european-patent-office.org/index.en.php >.

Tot slot, discussie is er vanzelfsprekend ook, over grensgevallen. Het gaat dan vooral om de discussie of een bepaald teken nu wel of geen symbool in de zin van artikel 8 lid 2 onder 6 resp. 8 MarkenG inhoudt, of een nabootsing.[166] Bij merkaanvragen bepaalt het merkenbureau (DPMA) de specifieke (sub)-categorie in de beide gronden.[167]

3.4 *Nieuwe wet tegen met monopolisering verbonden Markengrabbing*

3.4.1 Saksisch wetgevingsinitiatief vindt steun in *Bundesrat*

In het Duitse krantenartikel[168] uit 2001 waaraan ik in par. 1 een passage ontleende, waren bezwaren tegen de gegroeide praktijk van het monopoliseren van cultureel erfgoed via het merkenrecht, goed zichtbaar. Hetzelfde artikel vervolgde:

> "Diese Praxis hat jetzt die Politik auf den Plan gerufen. Laut Justizminister Manfred Kolbe (CDU) will Sachsens Staatsregierung in den nächsten Tagen über den Bundesrat aktiv werden. Der soll die Bundesregierung auffordern, "Namen berühmter Persönlichkeiten oder bekannter Kunstwerke oder Kulturgüter" in Zukunft von der Eintragung als Marke auszuschließen. Ausnahmen sollen nur bei etablierten Marken wie den "Mozartkugeln" gemacht werden. Kolbe sieht gute Chancen für die Initiative, da der Bund zurzeit eine Novelle des Markenschutzgesetzes vorbereitet."

De regering van Saksen, een Duitse Deelstaat die zich geconfronteerd zag met groeiende publieke onvrede over het toestaan door de overheid van merkmonopolies op cultuurhistorische figuren als het Saksische Chocolademeisje en Johann Sebastian Bach, besloot het initiatief te nemen voor een wijziging van de Duitse MarkenG.[169] Zij bepleitte haar voorstel in de *Bundesrat*, het Bondsorgaan waarin leden van de Deelstaatregeringen zitting hebben en dat de bevoegdheid heeft nationale wetgeving te initiëren.[170] Met haar

166 Zo bepaalde het Landgericht Hamburg, vermeld in *BPatG Mitt.* 1990, p. 196 (*BP-Card*), dat een in de landskleuren uitgevoerde afbeelding van de typische rechthoekige vorm van een vlag, als een *Hoheitszeichen* wordt aangemerkt. Zie in het verlengde van *BP-Card* BPatG 28 september 2004, *GRUR* 2005, p. 679 (*Bundesfarben*): de Duitse nationale driekleur *in vlagvorm* mag niet worden gemonopoliseerd, maar de kleuren op zichzelf vallen niet onder "andere staatliche Hoheitszeichen" in art. 8 lid 2 onder 6 MarkenG.

167 Fezer 2001, § 8, Rdn. 376, p. 563 en Rdn. 395, p. 570.

168 'Sachsen kämpft um das Schokoladenmädchen. Markenraub: Bund soll Kunstwerke und Namen berühmter Persönlichkeiten schützen', G. Saft, *Sachsiche Zeitung* 14 februari 2001.

169 Saksische media reageerden verheugd op het initiatief om op te komen voor de bescherming van Saksische cultuur. Zeer opgetogen was bijvoorbeeld, hoe kan het ook anders, *Oberbürgermeister* Ingolf Roßberg in zijn intreerede in de Dresdner *Stadtrat* op 9 augustus 2001, afgedrukt in *Dresdner Blätt'l* 17 augustus 2001, afl. 12.

170 Bevoegdheid o.g.v. art. 50 Grundgesetz. Besluit van de *Bundesrat* 11 mei 2001, 763e zitting.

stellingname dat het merkenrecht door de reeks incidenten "rechts-politisch verfehlt und kulturpolitisch grotesk" was, had zij succes.[171]

De "Entschließung des Bundesrates zur Änderung des Markengesetzes (Ausschluss des Markenschutzes an Namen bedeutender Personen und Kulturgüter)" (2001), dat het daarop volgende wetsinitiatief van de *Bundesrat* bevat, geeft aan dat het voorstel is ingegeven door de "zorgwekkende" wijze waarop het verschijnsel van het merkenrechtelijk claimen van cultureel erfgoed om zich heen heeft gegrepen.[172] De toelichting bevat onder meer de volgende passages:

> "In Besorgnis erregender Weise hat die Praxis um sich gegriffen, Namen berühmter Persönlichkeiten (z.B. Johann Sebastian Bach) und bekannter Kunstwerke (z.B. Mona Lisa) unter Markenschutz zu stellen.
> (..)
> Äußert unbefriedigend ist weiterhin, dass vielvach nach erfolgter Unterschutzstellung als Marke Unterlassungs- und Schadenersatzansprüche geltend gemacht oder Lizenzgebühren erhoben werden.
> (..)
> Ein zufriendenstellende Lösung kann (..) nur durch eine klare gesetzliche Regelung im Bereich der Markenfähigkeit (§ 3 MarkenG) und der Eintragungshindernisse (§ 8 MarkenG) gefunden werden."

3.4.2 Wijziging MarkenG: een nieuw art. 8 lid 2 onder 10

Als een gevolg van dit besluit is in 2004 de Duitse merkenwet gewijzigd, met een toevoeging aan de limitatieve lijst van absolute gronden voor weigering of nietigheid, maar met een ándere inhoud dan de Saksische regering zich oorspronkelijk had voorgesteld.[173] De toevoeging betreft een zogenaamde absolute grond terzake van *kwade trouw bij het depot*, artikel 8 lid 2 onder 10 jo artikel 50 leden 1 en 3 MarkenG (vgl. art. 3 lid 2 aanhef en onder *d* MRl).[174] De MarkenG kende tot dat moment enkel een zogenaamde relatieve kwade trouw-grond (art. 50 lid 1 onder 4 MarkenG, vervallen).[175]

171 'Kolbe: Bach und Fontane müssen Allgemeingut bleiben' (persbericht nr. 49 ministerie van Justitie Saksen), < www.justiz.sachsen.de >, 25 april 2001.

172 *Drucksache* 169/01 (Beschluss), p. 1-2.

173 Gesetz zur Reform des Geschmacksmusterrechts, van 12 maart 2004, *BGBl.* I/2004, p. 390. De wijziging van de MarkenG werd meegenomen onder de vleugels van de wijziging van het Duitse modellenrecht, die al 'ingepland' stond.

174 Mijn collega A. Tsoutsanis heeft in zijn dissertatie over het depot te kwader trouw reeds algemene trekken van art. 8 lid 2 onder 10 MarkenG behandeld (ik verwijs naar Tsoutsanis 2005, nr. 361 e.v., p. 341 e.v.), maar hij heeft daarbij de problematiek van symbool-monopolisering en daaraan gerelateerde *Markengrabbing* laten rusten.

175 Ter vergelijking: Nederland kent, in het Benelux-verband, tot op heden het depot te kwader trouw enkel als een relatieve grond (art. 2.28 lid 3 jo 2.4 aanhef en onder *f* BVIE). Zie reeds hoofdstuk 5, par. 4.6 en voorts, meer omvattend, Tsoutsanis 2005.

Artikel 8 lid 2 aanhef en onder 10 MarkenG luidt:

> Von der Eintragung sind ausgeschlossen Marken,
> (..)
> die bösgläubig angemeldet worden sind.

De keuze van de *Bundesregierung* voor enerzijds *absolute* ontoelaatbaarheid en anderzijds toespitsing op *kwader trouw* bij het depot, was ingegeven door de wens om met de nieuwe regeling af te rekenen met de waargenomen praktijk dat namen van beroemde persoonlijkheden of andere aanduidingen van algemeen belang, enkel met het oog op het afdwingen van licenties als merk werden gedeponeerd. Artikel 8 lid 2 onder 10 MarkenG was derhalve gericht op *Markengrabbing* (vgl. par. 1.4). De rechter bleek tot dan toe niet voldoende in staat met dit verschijnsel af te rekenen.[176]

De memorie van toelichting over artikel 8 lid 2 onder 10 MarkenG:[177]

> "Der Aufzählung der absoluten Schutzhindernisse soll ein weiteres Schutzhindernis angefügt werden. Nach Nummer 10 sollen von der Eintragung solche Marken ausgeschlossen sein, die bösgläubig angemeldet worden sind. Damit steht die Bösgläubigkeit ausdrücklich der Eintragungsfähigkeit entgegen, so dass es zukünftig keiner Subsumtionsversuche unter andere Schutzhindernisgründe mehr bedarf, um Fälle des "Markengrabbings" zu unterbinden."

Het is dus de bedoeling van de wetgever om gevallen van *Markengrabbing* te kunnen laten toetsen aan de genoemde kwade trouw-grond. In Duitsland werd ten tijde van de oude kwade trouw-regeling al veelal aangenomen dat

176 Een deel van de verklaring waarom *Markengrabbing* in concrete situaties tot dan toe niet op ruime(re) schaal werd verboden – hoewel het sentiment, ook bij gerechtelijke instanties, meestal tégen de '*Markengrabber*' was – ligt in de afwezigheid van de eis van verbondenheid van een merk aan *eigen* bedrijfsactiviteiten (par. 2.3.1). Zie in elk geval OLG Dresden 14. Zivilsenat 4 april 2000, zaaknr. 3504/99, diens uiteenzetting van gedachten in de overwegingen onder III (*Bach I*), o.a. opgenomen in *NJW* 2001, p. 615-618; het OLG volgde uiteindelijk níet het LG Leipzig in dezelfde zaak, volgens welke het merk Johann Sebastian Bach "ausschliesslich zu dem Zweck angemeldet wurde, Dritte mit Unterlassungs- und Geldforderungen zu überziehen." Vgl. in verband met de zojuist vermelde rechtsoverwegingen van het OLG ook BGH 9 oktober 1997, I ZR 95/95 (KG), r.ov. 2, in het bijzonder onder *a* (*Analgin*), *NJW-RR* 1998, afl. 10, nr. 36, p. 694-697, met verwijzing naar oudere rechtspraak. Het BGH ging in *Analgin* in op de onder omstandigheden als oneigenlijk beschouwde inzet van merkenrechtelijke bevoegdheden. Zie verder nog BGH *GRUR* 2001, p. 242 (*Classe E*), die (saillant en spannend tegen de achtergrond van MRl en MarkenG, met name de *non usus*-termijn van vijf jaar ex art. 12 lid 1 MRl, art. 49 lid 1 MarkenG) tenminste een "generelle Benutzungswille" van deposanten vereist: óf zelf het merk (van plan zijn te) gebruiken, óf via derden door licenties, maar níet van iedere exploitatie afzien (kritisch over deze uitspraak: Ingerl/Rohnke 2003, § 3, Rdn. 13).

177 Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Geschmackmusterrechts, *BT-Drucksache* 15/1075, p. 46 (tekst art. 8 lid 2 onder 10 MarkenG) en 163 (MvT bij dat art.). De wijziging van de MarkenG werd meegenomen onder de vleugels van de wijziging van het Duitse modellenrecht, die al gepland stond.

het depot te kwader trouw een bijzondere toespitsing op het merkenrecht was van de algemeen civielrechtelijke figuur van misbruik van recht.[178]

In de toelichting (en in de tekst van het bijbehorende wetsartikel uiteraard wordt met geen woord gerept van culturele/cultuurhistorische symbolen, of omschrijvingen in die richting. Tegen de achtergrond van de reeks incidenten alsmede het Saksische pleidooi voor een speciale bepaling in de MarkenG, mag dit verrassend lijken, ook al treft de *Markengrabbing* en ander oneigenlijk gebruik of misbruik van merkenrechtelijke bevoegdheid niet alléén het cultureel erfgoed.[179] Maar het wordt aanstonds duidelijk hoe de vork in de steel zit.

Wat ik uit de hierboven vermelde memorie van toelichting nog niet had opgemaakt maar het Duitse ministerie van Justitie desgevraagd kon aanvullen, is dat het de Duitse wetgever er bovenal om te doen was een einde te maken aan de door *Markengrabbing* in het leven geroepen situatie waarin bij het publiek en in het handelsverkeer *wantrouwen* ("Misstrauen") bestond tegenover de wijze waarop de overheid – het DPMA – omging met depots en het verlenen van exclusieve rechten.[180]

Als ik dit vrij mag vertalen: er was in feite een *pr-probleem* ontstaan als gevolg van het afbrokkelen van de geloofwaardigheid van de overheid. De regeling die in de MarkenG werd voorgesteld, moest het imago van de overheid – het DPMA en de merkenwetgever – herstellen door excessen uit de wereld te helpen. Hierin laat zich een bevestiging lezen dat de *Bundesregierung* de problematiek een slag anders taxeerde dan de Saksische regering en de *Bundesrat*. Die gingen er van uit dat met betrekking tot zowel de toelaatbaarheid van cultuurhistorische symbolen als merk, als *Markengrabbing* enige vorm van nieuwe wetgeving nodig zou zijn om de 'Kulturraub' te stoppen.

178 Bijv. het BPatG in de *Mona Lisa*-zaak, *GRUR* 1998, p. 1023. Zie ook BPatG 2 maart 2004 – 24 W (pat) 36/02 (*Lady Di*), waarvan een parafrase is opgenomen in het rechtspraakoverzicht van Grabrucker/Fink in *GRUR* 2005, p. 298: "Bösgläubigkeit [sei] [volgens het BPatG, toevoeging CvW] immer dann anzunehmen, wenn ersichtlich Nichtberechtigte Namen oder Abbildungen bekannter lebender oder verstorbener Personen anmelden." Het gaat bij deze *Verstorbene* om *recente* doden, waarmee deze uitspraak m.i. aanligt tégen maar zich niet bevindt óp het terrein van de tekens met een grote symbolische betekenis in de zin van dit boek. Vgl. voorts in de Duitse literatuur o.a. Liebau 2000, p. 231: de verklaring van iemand die zich heeft verzekerd van de merkrechten op een serie natuurgetrouwe portretten van beroemde personen in de geschiedenis, inhoudende dat toekomstig commercieel gebruik van die portretten enkel nog door middel van door hem te verlenen licenties mogelijk zou zijn, zou de doorslag moeten kunnen geven ten aanzien van het aannemen van misbruik van recht.

179 Zie bij het laatste zinsdeel nader, buiten de context van (culturele) symbolen, bijv. K.M. Meessen, 'Die bösgläublige Markenanmeldung aus verfassungsrechtlicher Sicht', *GRUR* 2003, p. 672-675, geschreven met de nieuwe kwade trouw-regeling in aantocht.

180 Brief- en emailcommunicatie met wetgevingsjurist mevrouw dr. J. Figge, werkzaam bij het Referat III B 5 (Markenrecht und Recht gegen den unlauteren Wettbewerb), Bundesministerium der Justiz, Berlijn (2003).

Het ministerie van Justitie van Saksen wil er desgevraagd dit over kwijt:[181]

> "Die nunmehr geplante Änderung des Markengesetzes steht in unmittelbaren Zusammmenhang mit der sächsischen Bundesratsinitiative. Mit ihr kommt der Bund dem Anliegen nach, das in dem Entschließungsantrag des Bundesrates zum Ausdruck kommt. Die vorgeschlagene Regelung wurde allerdings allgemeiner gefasst, indem nicht – wie es zunächst unsere Vorstellung war – der Schutz bekannter Kulturwerke und Namen berühmter Personen in den Katalog der absoluten Schutzhindernisse des § 8 des Markengesetzes aufgenommen wird, sondern stattdessen jegliche bösgläubige Markenanmeldung zurückgewiesen werden kann."

Géén nieuwe MarkenG-grond dus die culturele symbolen of tekens van groot cultuurhistorisch belang of een andere omschrijving van die strekking, met zoveel woorden aanmerkt als merkenrechtelijk absoluut ontoelaatbaar.

Want, zo kan worden teruggelezen in het verslag van de Saksische Deels taatvertegenwoordiging over de voortgang van het wetsontwerp, dáárvoor was naar de op het Duitse ministerie van Justitie bestaande inzichten de openbare orde-/goede zeden-grond in artikel 8 lid 2 onder 5 MarkenG toereikend.[182] Het verslag schetst het volgende beeld:

> "Das Bundesministerium der Justiz hält die aktuelle Gesetzlage für ausreichend, um die missbräuchliche Eintragung von Marken mit dem Namen von Berühmtheiten auszuschließen. Eingeräumt wird allerdings, dass es derzeit Gespräche zwischen dem Ministerium und dem DPMA mit dem Ziel einer strengeren Prüfung bei der Eintragung gibt. Dabei gehe es allerdings weniger darum, über dem schwer abgrenzbaren Begriff der "Berühmtheit" einen Damm gegen die Anmeldung von "Hinterhaltsmarken" aufzurichten, als vielmehr um eine strengere Auslegungspraxis der Begriffe "Öffentliche Ordnung" und "Gute Sitten", die Bestandteil des Markenrechtes sind. Marken die gegen die öffentliche Ordnung oder die gute Sitten verstoßen, sind gemäß § 8 Abs. 2 Ziff. 5 Markengesetz von der Eintragung ausgeschlossen."

Uit de hier geschetste gang van zaken volgt op zijn minst een goede *indicatie* dat de wetgever/het ministerie van Justitie het monopoliseren van cultureel erfgoed beschouwde als een thema dat onder artikel 8 lid 2 onder 5 MarkenG beoordeeld moest worden. Is dat juist, dan plaatst de wetgever het probleem van monopolisering in de sleutel van de toelaatbaarheid. Hoe de wetgever daar tegenover stond bleef in dit hoofdstuk 7 tot nu toe in de lucht hangen, maar dit vraagpunt lijkt nu de wereld uit.

Het Duitse ministerie van Justitie was klaarblijkelijk in gesprek met het Duitse merkenbureau over representaties van cultureel erfgoed en hoe

181 Briefwisseling via de *Ministerialrat* K.U. Deusing, Rektorat 3, Sächsische Staatsministerium der Justiz, Dresden (2003).

182 'Entschließung des Bundesrates zur Änderung des Markengesetzes (Ausschluss des Markenschutzes an Namen bedeutender Personen und Kulturgüter' (persbericht), *Vertretung des Landes Sachsen-Anhalt beim Bund*. Het persbericht is gepubliceerd geweest op < www.lv.sachsen-anhalt.de >.

deze konden worden gevat onder de openbare orde-/goede zeden-grond.[183] Dat de inzet van deze grond noopt tot een relatief ruime opvatting omtrent de begrippen openbare orde/goede zeden, staat vast. Dat een dergelijke uitleg niet onomstreden is in de (gereserveerde) rechtspraak en (verdeelde) literatuur in Duitsland, staat eveneens vast.

Duidelijkheid in de kwestie kon dus eigenlijk alleen op het niveau van de wetgever worden verschaft. *Absolute* duidelijkheid – in de memorie van toelichting bij artikel 8 lid 2 onder 10 MarkenG – is er niet gekomen, maar het signaal is voor de rechtstoepassing rond het monopoliseringsthema niettemin van groot belang.

Van enig debat in het totstandkomingsproces over een absolute grond in artikel 8 MarkenG gericht op de ontoelaatbaarheid van tekens met een grote symbolische betekenis, in de lijn van artikel 3 lid 2 onder *b* MRl, is mij intussen niet gebleken.

Voorts zorgt het probleem van de *Markengrabbing* onder invloed van de tegenwind voor minder incidenten dan voorheen, een trend die met artikel 8 lid 2 onder 10 MarkenG als '*safeguard*' ook in de toekomst wel zal aanhouden.

3.4.3 Eigen commentaar

Vanaf 1995 was er in Duitsland een sprong in de belangstelling voor tekens met een grote, vooral culturele, symbolische waarde. De directe oorzaak van deze sprong was de voor particulieren geopende mogelijkheid nationale merken te deponeren. Tot de achterliggende oorzaken behoren (niet exclusief Duitse) algemene factoren als een sterkere nadruk op commercie op het terrein van cultuur en een toegenomen belangstelling voor de mogelijkheden van het intellectuele eigendomsrecht. Specifieke factoren zijn de onbelemmerde toegankelijkheid van tekens met een grote symbolische waarde voor deposanten en de aantrekkelijkheid van deze tekens voor met name deposanten die zich richten op merchandising of op derden die zich richten op merchandising.

Níet kan worden gezegd dat daarmee voor de *issue* van symbolen het echte probleem was het openstellen van het merkenrecht voor particulieren, of ruimer, voor niet-klassieke typen deposanten die met een merkrecht iets anders beogen dan het door henzelf in de eigen onderneming toegepaste of in de afzienbare toekomst toe te passen onderscheidingsteken. Een van de gedachten van de MRl, dat het merkenrecht aan verdere 'emancipatie' toe was

183 Navraag via het Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht in München (2002-2003) leverde een informele bevestiging op van de gesprekken tussen het ministerie en het DPMA over het bij de kop pakken van het occupatieprobleem en de gerelateerde *Markengrabbing*.

in de zin dat ook de ondernemende particulier een merkrecht verleend moest kunnen krijgen, schiep de mogelijkheden voor de 'Müllers' met hun 'Mona Lisa-depots' waarmee Duitsland zich geconfronteerd zag. Zo werd het vooral een probleem van *ongewenste bijeffecten* van de MRl en de nieuwe MarkenG. Véél merkrechten bezitten was en is in Duitsland niet het punt, althans niet op zichzelf, en wie merkrechten bezit met het oog op mogelijkheden voor het verlenen van licenties aan derden, die handelt niet noodzakelijk onoorbaar.

Een streven naar het merkrecht-vrij houden van gemeenschappelijk cultureel erfgoed valt deels samen met, maar is iets anders dan een streven naar beteugeling van het fenomeen *Markengrabbing*, dat zich méde maar niet uitsluitend manifesteert bij cultureel erfgoed. De Duitse merkenwetgever, op het eerste gezicht uitsluitend gericht op nieuwe wetgeving tegen *Markengrabbing*, wist dat en heeft het signaal afgegeven dat de oplossing voor het verweven maar *im Grunde* andere probleem van occupatie van cultureel erfgoed, gezocht kon worden in het bestaande artikel 8 lid 2 onder 5 MarkenG over strijd met de openbare orde/goede zeden.

Bij deze stand van zaken kan niet zonder meer gezegd worden dat het op *Markengrabbing* gerichte artikel 8 lid 2 onder 10 MarkenG onvoldoende beantwoordt aan het in het besluit van de Bondsraad verwoordde wetgevingsinitiatief, dat beíde aspecten aansnijdt: zowel de occupatie op zichzelf als de wijze van occupatie en exploitatie. Niet vrij van twijfel is echter of de Duitse rechter zich zo wel voldoende door de merkenwetgever gesteund weet om te (kunnen, durven, willen, moeten?) oordelen dat een teken dat een Duits cultuurhistorisch symbool omvat, naar zijn aard ontoelaatbaar is.

4 Evaluatie en slotbeschouwing

Duitsland biedt, zeker in vergelijking met Nederland, een rijk reservoir van voorbeelden van incidenten, rechtspraak en literatuur over tekens met een grote symbolische betekenis.

Het bleek dat er in Duitsland wel enkele verbindingen worden gelegd tussen de categorieën van tekens met een grote symbolische betekenis die ik eerder in hoofdstuk 5 onderscheidde, maar dat er toch in hoge mate sprake is van een verkaveld gebied. En dat niet alleen op het punt van de symboolcategorieën, maar ook op het punt van de invalshoeken.

De aandacht gaat in het Duitse juridische debat vooral uit naar cultureel erfgoed, dat wordt bezien vanuit de problematieken van *Markengrabbing* in het algemeen en *Re-Monopolisierung* in het algemeen. Deze beide invalshoeken vormen echter niet het centrale onderwerp in deze studie. Dit bemoeilijkt het trekken van een vergelijking met de situatie in Nederland.

De blik over de grens heeft zicht gegeven op een discours met heel eigen dimensies. Daarbij geldt dat de optionele grond over tekens met een grote symbolische waarde in artikel 3 lid 2 onder *b* MRl ook in de MarkenG niet is overgenomen en in het Duitse debat tot op heden buiten beeld bleef.

In zoverre zou de conclusie kunnen luiden dat het Duitse debat *niet primair* over tekens met een grote symbolische betekenis gaat. Tegelijkertijd kan echter niet worden ontkend dat symbolen juist mede in de kaders van *Markengrabbing* en *Re-Monopolisierung* een belangrijke positie innemen, zij het soms als niet méér dan het lijdend voorwerp in de discussie. Steeds weer blijken immers de Duitse bezwaren uit te komen bij het object van registratie en bescherming: symbolen, met name van cultuurhistorische aard.

Het ligt zo bezien in de rede dat in zulke symbolen de sleutel tot een uitweg in de problematiek wordt gezocht. De Duitse merkenwetgever heeft in de aanloop naar de totstandkoming van nieuwe wetgeving in 2004 tegen (met name) *Markengrabbing* het signaal afgegeven dat de weigerings-/nietigheidsgrond van strijd met de openbare orde/goede zeden geschikt is om de problematiek van symbool-occupatie te ondervangen. De literatuur was daarover tot dan toe verdeeld, en de rechtspraak toonde zich gereserveerd. Hoe een en ander uitvalt in de toekomst, en met name in welke mate symbolen van cultuurhistorische aard ontoelaatbaar zullen worden geoordeeld, moet blijken.

Te constateren valt dat het ontoelaatbaar achten van symbolen van culturele aard zoals beroemde schilderijen en andere kunstwerken, vérder zou strekken dan de eerder in deze studie verdedigde opvatting (hoofdstuk 5, par. 4.7.4.4) over de categorische ontoelaatbaarheid in de zin van het BVIE-merkenrecht van tekens met een grote symbolische betekenis. De cluster van culturele symbolen ware onder het BVIE om vooral praktische redenen buiten die absolute ontoelaatbaarheid te laten.

Tot slot, de in 2004 geïntroduceerde wetgeving in artikel 8 lid 2 onder 10 MarkenG over het depot te kwader trouw is een regeling tegen onder meer *Markengrabbing* terzake van symbolen. Hieruit kan niet worden afgeleid dat reeds langs deze weg het probleem van het monopoliseren van symbolen uit de wereld zal zijn geholpen. Na de harmonisatie bleek in Duitsland dat als gevolg van de nieuwe mogelijkheden van de MarkenG tekens met een grote (culturele/cultuurhistorische) symbolische waarde juist door de activiteiten van 'Markengrabbers' onevenredig in het nauw raakten.

Markengrabbing maakte het probleem van de monopolisering van tekens met een grote symbolische waarde nog urgenter, en vanuit de lijn van dit boek voeg ik daaraan toe dat *Markengrabbing* op een presenteerblaadje een *extra* reden aanreikte om de positie van symbolen onder het merkenrechtelijk systeem te verbeteren.[184] Ook al is de potentie van artikel 3 lid 2 onder *b* MRl tot nu toe ook aan Duitsland voorbijgegaan, de wetgever heeft alvast wél aangegeven dat monopolisering van cultureel erfgoed door de rechter onder strijd met de openbare orde kan worden beoordeeld.

184 Tekens met een grote symbolische waarde hadden in Duitsland immers als *categorie(ën)* al éérder beschouwd kúnnen worden als vanwege hun bijzondere aard absoluut ontoelaatbaar (zij het dat dit dus niet is gebeurd), en die mogelijkheid of zienswijze *heeft niet pas kunnen ontstaan* ná de MRl-harmonisatie.

8 Modellenrecht en voorwerpen met een grote symbolische waarde

1 Introductie: (beperkt) belang modellenrecht

In aansluiting op de merkenrechtelijke kant van de problematiek rond tekens met een grote symbolische waarde in met name hoofdstuk 5, ga ik in dit hoofdstuk 8 in op de vraag of voor *modellen* met een grote symbolische waarde vergelijkbare grenzen moeten gelden. Tussen een merk en een model bestaat een zekere parallel,[1] en het criterium strijd met de openbare orde of de goede zeden komt vóór in zowel het wettelijke systeem van merken als dat van modellen. De belangrijkste reden voor een hoofdstuk over modellenrecht is dat het ongerijmd is dat terzake van symbolen, daar waar de route naar merkenrechtelijke bescherming is afgesneden, een vlucht in het modellenrecht perspectief zou bieden.

Anders gezegd, als een teken geen wettelijk te beschermen *merk* mag zijn, zoals in mijn visie bijvoorbeeld een christelijk of islamitisch symbool, dan mag een *model* met dat uiterlijk *evenmin* wettelijke (modellenrechtelijke) bescherming genieten.[2] Uiteraard moet bij de uitwerking van dit standpunt rekening worden gehouden met de bijzonderheden van het rechtsgebied.

Het belang van het (Benelux-)modellenrecht in het kader van dit onderzoek is reëel, maar een bescheidener behandeling dan die van de merkenrechtelijke aspecten volstaat. Modellenrecht is in dit boek op zichzelf al een extensie en daar komt nog bij dat de Europese gemeenschapsmodellen inmiddels in resp. voor de praktijk van substantieel groter belang zijn gebleken dan de nationale modellen. Maar omdat de interesse in het tweede deel van deze studie uitgaat naar ons (Benelux-)systeem voor merken resp. voor modellen, plaats ik in dit hoofdstuk 8 de Europese richtlijn voor modellen en de weerslag van de richtlijnbepalingen in onze modellenwetgeving centraal.

---

1 Een parallel die met name blijkt uit de omstandigheid dat het onder voorwaarden (namelijk: de vereisten in het BVIE, inclusief de beperkingen i.v.m. vormmerken in art. 2.1 lid 2 BVIE) ook mogelijk is om de (tweedimensionale) tekening of de (driedimensionale) vorm van een product als *merk* te beschermen. Vgl. hoofdstuk 5, par. 2.4.1; zie nader Verkade 1985, met name nr. 127-131, p. 167-172.

2 Het voorbeeld is eerder genoemd in een voetnoot in hoofdstuk 5, par. 4.7.4.3; een aangepast ontwerp zónder hakenkruis is nadien wél ingeschreven als merk (zie de gegevens in de genoemde par.).

Hieronder start ik met een introductie van het in Nederland geldende systeem van modellenrecht, zoals dat is aangepast aan het vérgaand, maar niet geheel (Europees) geharmoniseerde richtlijnrecht (par. 2). Vervolgens zeg ik iets over het model-begrip, en met name over de vereisten van 'nieuwheid' en 'eigen karakter', een en ander tegen de achtergrond van het Benelux-'specialiteitsbeginsel' (par. 3). Daarna bespreek ik de voor deze studie meest interessante gronden voor nietigheid in de modellenwetgeving. Het gaat om strijd met de openbare orde of de goede zeden, en om wapens, vlaggen en emblemen in de zin van artikel 6*ter* UvP resp. andere officiële tekens die aan die in artikel 6*ter* UvP verwant zijn (par. 4). Aan het eind van het hoofdstuk volgen de verhouding tot de uitingsvrijheid (par. 5), en een evaluatie van de bevindingen (par. 6).

2 Modellenrecht in vogelvlucht

2.1 Een wettelijk beschermingsregime voor tekeningen en modellen

In Nederland geldt een in Benelux-verband totstandgekomen, speciaal wettelijk beschermingsregime voor tekeningen (tweedimensionaal) en modellen (driedimensionaal). Hierna zal ik kortheidshalve alleen van modellen spreken. Het modellenrecht, zoals het rechtsgebied kortweg heet, was sinds 1975 neergelegd in de Eenvormige Beneluxwet inzake tekeningen en modellen (BTMW).[3] Per 1 september 2006 is de BTMW met de merkenwet (BMW) onder één dak gebracht in het BVIE.[4]

Modelbescherming ziet op het uiterlijk van producten, veelal gebruiksvoorwerpen met een bepaalde decoratieve vormgeving zoals een dessin. In de sfeer van voorwerpen met een grote symbolische waarde valt bijvoorbeeld te denken aan een Mondriaan-servies met geometrische figuren, een flessenopener met de nationale driekleur of een klein Kruisteken voor om de hals met een klokje erin.

De memorie van toelichting uit 1975 gaf aan dat modellenbescherming diende om gedurende een bepaalde periode de *namaak* van door industriëlen en ambachtslieden gekozen modellen te verhinderen.[5]

Per 1 december 2003 is de (als gezegd door het BVIE opgevolgde) BTMW in overeenstemming gebracht met de Europese Modellenrichtlijn 98/71/EG

3 Wet van 25 oktober 1966, *Trb.* 1966, 292. Ingevolge art. 13 Benelux Verdrag inzake tekeningen of modellen (BTMV) is de BTM*W* in werking getreden op 1 januari 1975.

4 Het Beneluxverdrag inzake de intellectuele eigendom (merken en tekeningen of modellen). Ik verwijs voor nadere gegevens naar hoofdstuk 5, par. 2.

5 Memorie van Toelichting (hierna in voetnoten: MvT) BTMW 1975, p. III-2. De bedoelde periode bedroeg toen maximaal vijftien jaar, inmiddels is dat vijfentwintig jaar.

(hierna: Modellenrichtlijn of ModRl).[6] De Modellenrichtlijn beoogt het materiële modellenrecht van de Lidstaten (1) te harmoniseren teneinde een goede werking van de interne markt te bevorderen en (2) in de pas te laten lopen met de – ten tijde van de totstandkoming van de richtlijn vérgaand gerede en nadien in 2002 van kracht geworden – Europese regeling voor het gemeenschapsmodel,[7] de Gemeenschapsmodellenverordening (EG) 6/2002 (hierna: GModVo).[8] De ModRl heeft daartoe onder andere uniforme voorwaarden voor bescherming aan de Lidstaten opgelegd. Deze voorwaarden zijn in de ModRl en in de GModVo dus (zakelijk) gelijkluidend.[9]

2.2 *De Modellenrichtlijn 98/71/EG in hoofdlijnen*

De Modellenrichtlijn omschrijft het begrip model in artikel 1 onder *a* ModRl als volgt:[10]

> [d]e verschijningsvorm van een voortbrengsel of een deel ervan, die wordt afgeleid uit de kenmerken van met name de lijnen, de omtrek, de kleuren, de vorm, de textuur en/of de materialen van het voortbrengsel zelf en/of de versiering ervan;

Artikel 7 lid 1 ModRl zondert kenmerken die uitsluitend door de technische functie worden bepaald, uit.[11]

De term voortbrengsel wordt omschreven in artikel 1 onder *b* ModRl:[12]

> "[e]lk op industriële of ambachtelijke wijze vervaardigd voorwerp, met inbegrip van onder meer onderdelen die zijn bestemd om tot een samengesteld voortbrengsel te worden samengevoegd,[13] verpakkingen, uitvoering, grafische symbolen en typografische lettertypen, doch niet computerprogramma's;"

---

6 Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 13 oktober 1998, nr. 98/71/EG, *PbEG* 1998 L 289/28. Implementatie van de richtlijnbepalingen in de nationale wetgeving was geboden per uiterlijk 28 oktober 2001 (art. 19 lid 1 ModRl), maar de Benelux haalde die datum niet. Aanpassing van de BTMW vond plaats bij protocol van 20 juni 2002, *Trb.* 2002, 129; zie ook *Trb.* 2003, 181.

7 Considerans ModRl ov. 3-4.

8 Verordening nr. 6/2002 van de Raad, *PbEG* L3/1 van 5 januari 2002. Van kracht geworden op 6 maart 2002. Omdat in de voorbereidingsfase van de ModRl en de GModVo besloten werd om *eerst* de richtlijn gestalte te geven, hebben aanvankelijk de richtlijnbepalingen 'model' gestaan voor het GModVo-regime.

9 Een parallelle uiteenzetting van de *verordening*bepalingen laat ik hierom, en in het licht van de in deze studie beperkte functie van de excursie naar het modellenrecht, achterwege.

10 Vgl. art. 3 onder *a* en 8 lid 1 GModVo = art. 3.1 lid 2-3 en 3.2 lid 1 onder *a* BVIE (art. 1 lid 2 en 3 en 2 lid 1 BTMW).

11 Gemakshalve en grofkorrelig schaar ik op deze plaats onder de technische functie tevens de andere, hier niet genoemde uitzondering in de ModRl (art. 7 lid 2 ModRl).

12 Vgl. art. 3 onder *b* GModVo = art. 3.1 lid 4 BVIE (art. 1 lid 4 BTMW).

13 Met dien verstande dat aan onderdelen die bij "normaal gebruik" van het voortbrengsel niet zichtbaar zijn, ingevolge art. 3 lid 3 aanhef en onder *a* ModRl en Considerans ov. 12 geen bescherming toekomt.

Als een model kan zodoende gelden, kort samengevat, elke willekeurige[14] productvormgeving. Te constateren valt dat de bewoordingen van artikel 1 onder *a* ModRl *uitsluiten* dat de relatie tussen vormgeving en überhaupt énig voorwerp wordt weggedacht. Het gaat evenwel om méér dan alleen voorwerpen met een gebruiksfunctie;[15] de begripsomschrijving is ruim genoeg om er ook zuiver ter decoratie bestemde voortbrengselen onder te laten vallen.[16]

De richtlijn bepaalt dat een model door een modelrecht wordt beschermd voor zover het (1) nieuw is en (2) een eigen karakter heeft (art. 3 lid 2 ModRl = art. 4 lid 1 GModVo = art. 3.1 lid 1 BVIE; art. 1 lid 1 BTMW). Aan de eis van nieuwheid is voldaan indien vóór de depot- of voorrangsdatum geen identiek of slechts in onbelangrijke details verschillend model voor het publiek beschikbaar is gesteld oftewel openbaar is gemaakt (art. 4 ModRl = art. 5 GModVo = art. 3.3 lid 1 BVIE; art. 1*bis* lid 1 BTMW). Een model bezit een eigen karakter, indien de algemene indruk die het bij de geïnformeerde gebruiker wekt, duidelijk verschilt van de algemene indruk die bij die gebruiker wordt gewekt door modellen die vóór de datum van de aanvraag van het depot c.q. de voorrangsdatum voor het publiek beschikbaar zijn gesteld (art. 5 ModRl = art. 6 GModVo = art. 3.3 lid 2 BVIE; art. 1*bis* lid 2 BTMW).[17] Zie hierna (par. 3) nader over beide begrippen, mede in onderlinge samenhang.

Het modelrecht bestaat vanaf het moment van inschrijving van het depot in het register van de nationale instantie (art 10 ModRl = art. 11 GModVo[18] = art. 3.5 lid 1 BVIE; art. 3 lid 1 BTMW). In de Benelux-landen, die voor wat het nationale merken- en modellenrecht aangaat als één territoir gelden, is die instantie het Benelux-Bureau voor de Intellectuele Eigendom (merken en modellen) in Den Haag (hierna: het BBIE of het Bureau).[19] De periode van bescherming is vijf jaar en wordt berekend vanaf het moment van indiening van de aanvraag (depot).[20] Verlengen is mogelijk, met perioden van vijf jaar, totdat de maximale beschermingsduur van vijfentwintig jaar vanaf de depotdatum is bereikt (art. 10 ModRl = art. 3.14 lid 1-2 BVIE; art. 12 lid 1-2 BTMW).[21] Dan vervalt het recht automatisch (art. 3.22 aanhef en onder *a* BVIE).

---

14 Vgl. de Engelstalige versie van art. 1 onder *b* ModRl: "any industrial or handicraft item".

15 De modelbescherming onder de BTMW vóór de Europese harmonisatie gold *uitsluitend* voor voorwerpen met een gebruiksfunctie.

16 Vgl. ook het gemeenschappelijk commentaar (hierna in de voetnoten: GC) BTMW 2002, p. VI-6.

17 Een aanvulling op art. 5 lid 1 staat in lid 2, in combinatie met Considerans ov. 13 te lezen.

18 De GModVo onderscheidt niet-ingeschreven en ingeschreven modellen (zie nader de volgende alinea).

19 Vóór 1 september 2006 was de naam Benelux-Bureau voor Tekeningen en Modellen.

20 De periode tussen depot en publicatie van de inschrijving is van belang voor onder meer de in bepaalde gevallen bestaande mogelijkheid een redelijke vergoeding te vorderen van derden die een model in dat tijdvak zonder toestemming van de modelhouder hebben gebruikt; zie GC BTMW 2002, p. VI-6.

21 De BTMW kende vóór de implementatie van de ModRl een duur van maximaal vijftien jaar.

In het voorbijgaan wordt op deze plaats een bijzonderheid van de *GModVo* vermeld, omdat de effecten van die bijzonderheid voelbaar zijn op de belangstelling voor *nationale* modelrechten. *Anders* dan de ModRl en het BVIE onderscheidt de GModVo ingeschreven en niet-ingeschreven modellen, waarbij aan de laatste een *vormvrij* recht voor het *gehele EU-territoir* is verbonden dat gedurende drie jaar bescherming biedt.[22] Mede omdat in de praktijk drie jaar veelal voldoende blijkt, is de vraag naar *nationale* (Benelux-)modellen drastisch teruggelopen. De gedachte dat het nationale modellensysteem dan misschien maar beter kan worden *afgeschaft* loopt evenwel (voorlopig?) vast op de verplichting van de ModRl om als Lidstaat zo'n regime te hebben.[23]

Nu weer verder met de ModRl-essentialia: volgens de ModRl kan de registratie worden *geweigerd* in de gevallen waarin één of meer van de in die richtlijn opgesomde, uniforme gronden opgaan.[24] De Lidstaten zijn echter vrijgelaten in hun keuze om de gronden voor *weigering* wel of niet te implementeren; de landen die dat wél deden, of zelf al gronden van dien aard hadden, waren verplicht om hun nationale bepalingen materieel in de pas te laten lopen met de ModRl.[25] Wanneer het om een (desondanks) ingeschreven model gaat, kunnen belanghebbenden een nietigheidsactie instellen op zakelijk dezelfde, maar wél door *alle* Lidstaten verplicht over te nemen gronden (art. 11 lid 1 ModRl = (niet geheel gelijkluidend) art. 47 resp. 25 GModVo; zie voor de BVIE-artikelen de volgende alinea).[26] Daarnaast biedt de ModRl een aantal facultatieve gronden (art. 11 lid 2 ModRl).

Het BVIE kent, net als de BTMW voordien, de *weigerings*gronden van de ModRl níet. In lijn daarmee toetst het BBIE op procedurele vereisten maar niet op inhoudelijke voorwaarden als nieuwheid en eigen karakter. Deze inhoudelijke voorwaarden komen wel terug in het BVIE als (ModRl-)nietigheidsgronden (art. 3.23 jo 3.1-3.4, 3.6 BVIE; art. 15 jo 1, 1*bis*, 1*ter*, 4 BTMW).[27]

22 Niet-ingeschreven modellen genieten automatisch (zonder formaliteiten) gedurende drie jaar na beschikbaarstelling aan het publiek (openbaarmaking) bescherming als gemeenschapsmodel (art. 11 GModVo), mits degene die zich op bescherming beroept ontlening kan bewijzen (zie art. 19 lid 2 GModVo). Ingeschreven modellen genieten vanaf de aanvraag vijf jaar (vier maal te verlengen met vijf jaar, dus tot een maximum van vijfentwintig jaar) bescherming (art. 12 GModVo). Deze status brengt een langduriger en ook verderstrekkende exclusiviteit mee. Het verzoek om inschrijving van een gemeenschapsmodel moet wel plaatsvinden binnen een jaar na de (eerste) beschikbaarstelling aan het publiek. Zie Considerans GModVo, ov. 15-17, 25 over de behoefte aan twee soorten bescherming. Zie voor de verschillen tussen niet-ingeschreven en ingeschreven modellen Massa & Vanderbeeken 2002, p. 46-47.

23 Zie in die zin Spoor/Verkade/Visser 2005, par. 3.42, p. 116.

24 Over de noodzaak van identieke registratie- en beschermingsvoorwaarden in alle Lidstaten: Considerans ModRl, ov. 9-10, 21.

25 Een en ander blijkt uitdrukkelijk uit Considerans ModRl, ov. 9 en 21.

26 Considerans ModRl, ov. 21.

27 De ModRl bepaalt dat een modelrecht ook ná het verval of afstand nietig kan worden verklaard (art. 11 lid 9 ModRl).

Het BVIE heeft verder als bijzonderheid dat BBIE-bezwaren in verband met de openbare orde of de goede zeden, worden gemeld aan het openbaar ministerie, die kan besluiten tot het instellen van een nietigheidsactie (art. 3.13 jo 3.6 onder *e* BVIE; art. 9 lid 3 jo lid 1 BTMW). Voorts bevat artikel 3.6 BVIE een aantal van de optionele gronden, soms gedeeltelijk (zie nader par. 4.3).

Onder de bescherming krachtens het modelrecht valt elk model dat bij de geïnformeerde gebruiker geen andere indruk wekt dan het model waarvoor de bescherming wordt ingeroepen (art. 9 lid 1 ModRl = art. 10 lid 1 GModVo). Artikel 12 ModRl (= art. 19 GModVo = art. 3.16 BVIE; art. 14 BTMW) bepaalt dat het modelrecht het exclusieve recht van de houder omvat om het model te gebruiken, waaronder het vervaardigen en in de handel brengen. Beperkingen aan de uitoefening van het recht zijn er ook, zoals ten aanzien van gebruik van modellen voor niet-commerciële doeleinden (art. 13 ModRl = art. 20 GModVo = art. 3.19 BVIE; art. 14*ter* BTMW).

Het laatste aspect dat in deze schets wordt genoemd, is dat naast modellenrechtelijke bescherming ook bescherming op grond van nationaal *auteursrecht* mogelijk is (aldus art. 17 ModRl resp. art. 96 lid 2 GModVo).[28] De Lidstaten zijn vrijgelaten in hun uitwerking van auteursrechtelijke bescherming van modellen.[29] In Nederland kan het uiterlijk van een product waarop een modelrecht rust, vaak óók kwalificeren als een werk in de zin van de Aw.[30] Daarnaast bestaat er ruimte voor andere vormen van wettelijke bescherming, zoals op grond van het gemene recht (aldus art. 16 ModRl = art. 96 lid 1 GModVo).[31] In Nederland kunnen een ingeschreven model, het uiterlijk van een voortbrengsel dat als een model kwalificeert maar niet als zodanig is geregistreerd,

28 Zie ook Considerans ModRl ov. 8 resp. Considerans GModVo ov. 32. Cumulatie van modellenrecht en auteursrecht is als gezegd het uitgangspunt; verder laat ik het thema samenloop rusten, gezien het doel en de in deze studie beperkte functie van hoofdstuk 8. Ik verwijs naar Vanhees 2006, nr. 324-337, p. 145-151; Spoor/Verkade/Visser 2005, par. 3.41, p. 115-116.

29 Vgl. ook GC BTMW 2002, p. VI-29 en VI-30 (resp. Considerans GModVo, ov. 32).

30 Voor de in beginsel mogelijke parallelle auteursrechtelijke bescherming van een modeltevens-werk gelden de gewone, aan ieder werk gestelde Aw-eisen. Dit staat vast sinds HR 15 januari 1988, *NJ* 1988, 376 (*Screenoprints*), o.b.v. beantwoording van prejudiciële vragen van de Hoge Raad door BenGH 22 mei 1987, *NJ* 1987, 881 m.nt. LWH. Het modellenrecht probeert te bevorderen dat de houder van het modelrecht tevens de houder van het auteursrecht is en omgekeerd (art. 3.28-29 BVIE; art. 22-23 BTMW). Het BVIE schrijft voor dat geen recht wordt verkregen op een model dat zonder toestemming van de (auteurs-)rechthebbende een reeds bestaand auteursrechtelijk beschermd werk omvat (art. 3.6 aanhef en onder *c* BVIE, voorheen art. 4 aanhef en onder *c* BTMW = facultatieve grond art. 11 lid 2 onder *b* ModRl).

31 Zie ook Considerans ModRl ov. 7 resp. Considerans GModVo ov. 31.

alsmede niet als model erkende verschijningsvormen, eventueel door artikel 6:162 BW beschermd worden.[32]

3 Modellen met een grote symbolische betekenis: nieuwheid en eigen karakter

3.1 Inleiding

De Modellenrichtlijn stelt aan een modelrecht de eisen dat het model 'nieuw' is en een 'eigen karakter' heeft (een nadere introductie van deze eisen volgt in par. 3.2). Deze par. 3 gaat in op het belang, om niet te zeggen de noodzaak, van uitleg van de beide begrippen door het EG-Hof van Justitie, een onderwerp dat tegelijkertijd de problematiek van modellen met een grote symbolische waarde overstijgt. Par. 3 wordt om functionele redenen opgezet vanuit het begrip nieuwheid.

De eerste hier te stellen vraag is of, en zo ja in hoeverre, 'nieuwheid' zich verdraagt met de eigenschap 'grote symbolische waarde' (par. 3.3). De tweede, buíten het bestek van deze studie evenzeer springende vraag luidt of in het ModRl-tijdperk opvolgende toepassing van een voortbrengsel (al dan niet met een grote symbolische waarde) in een andere productcategorie '*nieuwheidsschadelijk*' is (par. 3.4). In de literatuur ook wel geformuleerd als: gaat het om het uiterlijk/de vormgeving *op zichzelf* of om het uiterlijk *in verband met* een bepaald voortbrengsel?[33]

---

32 Het in Nederland op basis van de onrechtmatige daad vormgegeven leerstuk rond deze voorwerpen staat bekend onder de verzamelnaam 'slaafse nabootsing' en is sinds de jaren vijftig van de vorige eeuw in de rechtspraak en doctrine ontwikkeld (zie met name HR 26 juni 1953, *NJ* 1954, 90 (*Hyster Krane*), m.nt. PhANH). Ik verwijs naar de noot van RvdW onder Hof Amsterdam 11 april 2002, *IER* 2003/afl. 1, nr. 1, p. 16-21 (*Vitra/Architects* of *Lounge Chair*) voor een onderverdeling van het leerstuk in categorieën. Het leerstuk ziet kort gezegd op het verbod op het stichten van verwarring door nabootsing op punten waar dat voor de deugdelijkheid en bruikbaarheid van het product niet nodig is (HR 31 mei 1991, *NJ* 1992, 391 (*Borsumij/Stenman* of *Raamuitzetter*), m.nt. DWFV, r.ov. 3.9). De bescherming van een model tegen slaafse nabootsing, langs de weg van art. 6:162 BW, was volgens de Hoge Raad in *Raamuitzetter* niet gebonden aan de maximale duur die de BTMW voor de modelbescherming hanteert (r.ov. 3.8 slot); aangenomen kan worden dat de komst van het BVIE op zichzelf hierin geen verandering heeft gebracht. Zie nader over het leerstuk Van Nispen (*Onrechtmatige daad* VI), nr. 276 e.v. Na een intermezzo van ongeveer dertig jaar – de BTMW sloot van 1975 tot 2004 cumulatie van modellenrecht met regels van ongeoorloofde mededinging uit (in art. 14 lid 5, later lid 8 BTMW; voorheen werd van oneerlijke mededinging gesproken) – geldt het leerstuk weer. Voorbeelden van bevestigende rechtspraak: Hof Amsterdam 9 september 2004, *IER* 2005/afl. 2, nr. 26, p. 121-123, r.ov. 4.4-4.5 (*Simba/Hasbro*) en (uitvoeriger en explicieter) 8 september 2005, *IER* 2006/afl. 1, nr. 6, p. 18-22, r.ov. 4.8 (*Klompslof 'Cloggy' I*). Zie verder ook Spoor/Verkade/Visser 2005, par. 3.42, p. 116; E.R. Vollebregt, 'Slaafse nabootsing na implementatie van de Modellenrichtlijn', *IER* 2003/afl. 1, p. 9-15.

33 Zie in deze zin bijvoorbeeld, met verwijzing naar andere literatuur: Vanhees 2006, nr. 34, p. 16.

Om een aspect van de nieuwheidsproblematiek te illustreren met een voorbeeld van een model met een grote symbolische waarde: stelt een klassiek gestileerd beeldje van Maria (Madonna) met kind een 'nieuw' voorwerp voor wanneer het in het jasje wordt gegoten van een (educatieve) sprekende pop, die bijbelse zinnen laat horen wanneer hij wordt opgetild? En een ander aspect: vormt een luchtballon waarmee in de avondzon tochtjes kunnen worden gemaakt, en waarop meer dan levensgroot een klassieke devote afbeelding van een kruisbeeld is aangebracht, een 'nieuw' voorwerp ten opzichte van een kleine opblaasbare ballon met een identieke afbeelding, om op te hangen of aan een touwtje vast te houden bij bijvoorbeeld feestjes en promotionele activiteiten?

Van de wijze van uitleg van het model-begrip hangt veel af omdat die wijze medebepalend is voor zowel de beschermingsomvang als voor de nietigverklaring op een van de daarvoor in het modellenrecht aangewezen gronden (nietigheidsgronden komen aan bod in par. 4). In praktisch opzicht is een consequentie dat indien van een enge uitleg zou zijn uit te gaan – waarbij bijvoorbeeld iedere toepassing in een opvolgende productcategorie 'nieuw' zou zijn alsmede een 'eigen karakter' zou hebben –, een nietigheidsgrond voor iedere toepassing opnieuw zou moeten worden ingeroepen. Deze consequentie is misschien niet wereldschokkend maar onderstreept m.i. toch dat het nuttig is om in dit hoofdstuk 8 stil te staan bij het ModRl-model-begrip.

Een '*sectorgebonden uitleg*' wás de leer onder het pre-ModRl-systeem in de Benelux. Hoewel er in ons land ontwikkelingen zijn die suggereren dat de leer kan worden voortgezet, kan naar mijn idee niet worden gezegd dat de ModRl op dit punt *voor zich* spreekt. Ik werk een en ander nu uit, voor zover nodig voor deze studie.[34]

3.2 *Het nieuwheids- en eigen karakter-vereiste in de ModRl*

Het nieuwheidsvereiste is in de Modellenrichtlijn neergelegd in artikel 4 ModRl (= art. 5 GModVo = art. 3.3 lid 1 BVIE; art. 1*bis* lid 1 BTMW):

> Een model wordt als nieuw beschouwd, indien vóór de datum van indiening van de aanvraag om inschrijving of, wanneer aanspraak op voorrang wordt gemaakt, vóór de datum van voorrang geen identiek model voor het publiek beschikbaar is gesteld. Modellen worden geacht identiek te zijn, indien de kenmerken ervan slechts in onbelangrijke details verschillen.

Een model wordt dus als nieuw beschouwd indien vóór de depot- of voorrangsdatum geen identiek of daarvan slechts in onbelangrijke details verschillend model voor het publiek beschikbaar was. Anders gezegd, de ruimte

34 Een bespreking van het modellenrecht sinds de implementatie van de ModRl en van de hierna in het vervolg van par. 3 te behandelen problematiek, met verwijzingen naar andere literatuur, geeft bijv. Vanhees 2006, nr. 28-56, p. 14-27.

die aan deposanten is gegund om zonder toestemming van derden die een modelrecht hebben, productontwerpen op de markt te brengen en desgewenst te laten registreren als *eigen* model, vindt haar grens in alles wat identiek of onvoldoende afwijkend is.[35]

Wat precíes als identiek of onvoldoende afwijkend heeft te gelden, geeft artikel 4 ModRl niet aan. Een aanwijzing volgt evenwel uit de uitwerking van de eis van beschikbaarstelling voor het publiek (genoemd in art. 4) in artikel 6 lid 1 ModRl, dat voor zover hier relevant luidt:

> Voor de toepassing van de artikelen 4 en 5 wordt een model geacht voor het publiek beschikbaar te zijn gesteld, indien dit gepubliceerd is na inschrijving of op andere wijze, of tentoongesteld, in de handel gebracht of anderszins openbaar gemaakt is, tenzij deze feiten bij een normale gang van zaken redelijkerwijs niet vóór de datum van indiening van de aanvraag om inschrijving of, wanneer aanspraak op voorrang wordt gemaakt, vóór de datum van voorrang ter kennis konden zijn gekomen van ingewijden in de betrokken sector die in de Gemeenschap werkzaam zijn. (..)

Van beschikbaarstelling voor het publiek is derhalve onder meer sprake na publicatie, tentoonstelling of in de handel brengen van het model, tenzij deze gebeurtenis in de normale gang van zaken redelijkerwijs niet ter kennis kon zijn gekomen van ingewijden in de betrokken sector.[36] Hebben deze ingewijden (in de Engelstalige versie van de richtlijn: "the circles specialised in the sector concerned") er redelijkerwijs niet van kunnen weten, dan heeft zich geen openbaarmaking in de zin van de geciteerde bepaling voorgedaan.[37]

Omdat er in het kader van artikel 4 ModRl een vergelijking plaatsvindt tussen het model waarvoor inschrijving wordt verzocht en *geopenbaarde* identieke modellen, is de stand van de kennis onder ingewijden in de betrokken sector kennelijk bepalend voor wat precies heeft te gelden als een nieuw (identiek of onvoldoende afwijkend) model.

Het ligt bij deze stand van zaken voor de hand dat de uitleg van het nieuwheidsvereiste *sectorgebonden* is. In dit hoofdstuk 8 ga ik ervan uit dat 'sector' staat voor het gedeelte van de markt dat wordt afgebakend door

35 De wijze van uitleg van het begrip model heeft derhalve ook relevantie voor de kwestie van de beschermingsomvang in het geval van (vermeende) modelinbreuk, zowel bezien vanuit het bestaande (ingeschreven) model als bezien vanuit het 'nieuwe' model.

36 Zie over het begrip sector nader in een van de volgende alinea's.

37 De tenzij-formule bedoelt uit te sluiten dat met het obscure rekening zou moeten worden gehouden, zoals plaatselijke verkochte, handgemaakte producten in een willekeurig land in de wereld. Voorts moet worden opgemerkt dat o.g.v. art. 6 ModRl kennis in sectoren overal in de EER bepalend is. Wanneer iemand een fraaie schenktuit voor flessen olijfolie ontwerpt, terwijl in de Italiaanse olijfoliebranche bekend is dat al eens een als identiek te beschouwen model op de markt is gebracht, dan is er Europa-wijd geen sprake van een nieuw model. *Indirect* kan kennis in de rest van de wereld wél een factor zijn, namelijk *via* bekendheid daarmee in de sectoren in de EER (bijvoorbeeld omdat die met die kennis in aanraking zijn gekomen op een toonaangevende internationale beurs buiten de EER). Vgl. ook GC BTMW 2002, p. VI-12 en -13.

een bepaalde thematische clustering van producten in relatie tot de beoogde doelgroep van die producten.[38]

Ook het vereiste van eigen karakter in artikel 5 ModRl (= art. 6 GModVo = art. 3.3 lid 2 BVIE; art. 1*bis* lid 2 BTMW) speelt hier mee. Artikel 5 lid 1 ModRl luidt:

> Een model wordt geacht een eigen karakter te hebben, indien de algemene indruk die het bij de geïnformeerde gebruiker wekt, verschilt van de algemene indruk die bij die gebruiker wordt gewekt door modellen die vóór de datum van indiening van de aanvraag om inschrijving of, wanneer aanspraak op voorrang wordt gemaakt, vóór de datum van voorrang voor het publiek beschikbaar zijn gesteld.

De Considerans bij de ModRl licht toe dat de *geïnformeerde* gebruiker een "duidelijk" verschil dient te ervaren tussen de *algemene indruk* van het model en die van het vormgevingserfgoed.[39] Het GC van de Benelux-regeringen uit 2002 geeft aan dat het om de "algemene indruk van overeenkomst" gaat (het spreekt daarbij tevens van "déjà vu").[40] Deze toelichting onderstreept dat de associatieve herinnering een bepalende factor is. De geïnformeerde gebruiker "hoeft geen deskundige bij uitstek te zijn, maar heeft wel enige kennis van de markt van het betreffende voortbrengsel", aldus het GC.[41]

3.3 Nieuwheid: grote symbolische waarde als zodanig resp. met bewerking

Een (tweedimensionale) afbeelding of (driedimensionale) plastiek met een grote symbolische waarde, zoals een kruisbeeldje, kan per definitie *als zodanig*

38 Vgl. in dit verband ook Hof Arnhem 4 november 2003, *IER* 2004/afl. 2, nr. 31, p. 155-158 (*Easy Drain afvoergoot*), met name r.ov. 4.6: "de sector, de bedrijfstak, waarvoor het voortbrengsel is bestemd." Vgl. ook GC BTMW 2002, p. VI-11: "de belanghebbende kring van nijverheid of handel". (Alleen) omdat het modellenrecht betrekking heeft op voorwerpen noem ik 'diensten' in mijn omschrijving van de term sector niet. Functioneel zal ik als alternatieven van 'sector' aanhouden de termen marktsegment, branche en bedrijfstak. De grens tussen de ene en de andere sector zal niet altijd scherp te trekken zijn, maar dat maakt voor de discussie in deze par. 3 geen belangrijk verschil.

39 Considerans ModRl, ov. 13 = Considerans GModVo, ov. 14.

40 GC BTMW 2002, p. VI-11.

41 Vgl. ook GC BTMW 2002, p. VI-12 ("iets zwaardere eisen dan aan de gewone gebruiker"). Of de (naar men mag aannemen) in zekere mate in vormgevingsdetails getrainde ogen van de geïnformeerde gebruiker ertoe leiden dat (in concrete situaties wellicht zelfs aanmerkelijk) *minder* snel sprake zal zijn van over de grenzen van de branche uitstijgende associatieve verbanden dan bij in vergelijking niet-geïnformeerde gebruikers, die immers mogelijk afgaan op een meer globale gelijkenis tussen verschillende producten, lijkt speculatie zonder duidelijkheid over de uitleg van het ModRl-/BVIE-begrip 'eigen karakter'. Maar die lezing juist blijken, dan zou tevens kunnen worden aangenomen dat de drempel voor nieuwheid in concrete gevallen *lager* kan liggen dan die voor het eigen karakter in art. 5 ModRl. Voor de *geldigheid* van een model dient evenwel aan beide vereisten voldaan te zijn en in zoverre zou dat dus geen verschil maken.

niet nieuw in de zin van het modellenrecht zijn. In welke sector die afbeelding of plastiek ook zou worden geëxploiteerd, het model heeft dan het uiterlijk zoals dat onder mensen bekend is resp. wordt opgevat in de symbolische betekenis. Of het hierbij nu gaat om een klassieke devote afbeelding/plastiek of om een modernere styling daarvan, hoeft geen verschil te maken voor de grote symbolische waarde, die immers een gevolg is van de *erkenning* van de betreffende vormgeving als zijnde van grote symbolische waarde.

Volgens de ModRl doet alles wat behoort tot het voor het publiek beschikbaar gestelde vormgevingserfgoed – alle in de betrokken sector van de markt bekende vormgeving van producten – afbreuk aan de nieuwheid van een model (art. 4 en 6 ModRl).[42] Het GC bij de BTMW uit 2002 vermeldt dat het hierbij gaat om datgene wat er op het moment van de aanvraag van het modelrecht in het collectieve geheugen zit van ingewijden in de betrokken sector. "Dat kunnen ook modellen zijn die dateren van eeuwen geleden", zo vervolgt de toelichting.[43]

Bijgevolg blijven alle onbekende of in de vergetelheid geraakte ontwerpen bij de aanvraag buiten schot. Een ander gevolg is dat productbewerkingen met een afbeelding of vorm met een grote symbolische waarde niet 'nieuw' zijn voor zover ze in het verleden al eens op een bepaald product zijn toegepast (en ze in de herinnering van de sector voortleven). Te denken valt bijvoorbeeld aan een decennia geleden (commercieel) op de markt gebrachte presse-papier waarin aan de bovenzijde in reliëf het Nederlandse Rijkswapen is afgebeeld.

De omstandigheid dat grote symbolische waarde als zodanig nieuwheid in de zin van het modellenrecht blokkeert, staat er naar ik meen, bezien vanuit het nieuwheidsvereiste, niet per se aan in de weg dat een *bewerking* die een model met een grote symbolische waarde in een ander jasje giet, wél nieuw zou zijn. Met nieuw bedoel ik hier een tot dan toe bij de ingewijde gebruiker onbekend uiterlijk.

Ik denk als voorbeeld aan een volgens de laatste trends in interieurdesign vormgegeven Maria-beeldje, dat nieuw in de zin van het modellenrecht zou kunnen zijn ten opzichte van de klassieke devote beeldjes waarvan velen zich zo wel een voorstelling kunnen maken. Een ander type voorbeeld is de bewerking van zo'n klassieke Madonna tot een sprekende pop die bij het optillen evangelische teksten laat horen. Ook zo'n pop is waarschijnlijk modellenrechtelijk nieuw ten opzichte van een devoot beeldje.

Of deze voorbeelden *inderdaad* ModRl-nieuwheid illustreren, valt nu nog niet met zekerheid te zeggen. *Wanneer* een bewerkt model met een grote symbolische waarde precies als modellenrechtelijk nieuw kan worden beschouwd, is immers afhankelijk van de toekomstige ModRl-uitleg van het begrip nieuwheid (zie verder par. 3.4 hierna).

42 Hiervoor is al aangegeven dat de nieuwheid niet enkel wordt betrokken op *ingeschreven* modellen.

43 GC BTMW 2002, p. VI-11.

Of een model met een bewerking van een symbool niet om *andere* redenen dan in verband met de eis van nieuwheid (en eigen karakter) conflicteert met het modellenrecht, mede gelet op mijn standpunt over *tekens* met een grote symbolische waarde, bespreek ik in par. 4. Als het aankomt op het bepalen van de bij een bepaald model al dan niet aanwezige grote symbolische waarde, eveneens een andere vraag, kunnen m.i. de publieksopvattingen worden aangehouden; hierop kom ik nog terug in par. 4.2.3.

3.4 *Achtergrond nieuwheidsproblematiek in de Benelux*

Het volgende punt (de tweede vraag in par. 3.1) is de betekenis van de toepassing van een bestaande vormgeving op een andere type voortbrengsel in dezelfde branche of van een bestaand voortbrengsel in een andere branche, voor het beoordelen van modellenrechtelijke nieuwheid.

Tegen de achtergrond van de nieuwheidsvraag en met name de nieuwheidsschadelijkheid bij opvolgend gebruik in verschillende productcategorieën, speelt in de Benelux de koppeling die de 'oude' BTMW hanteerde tussen de toenmalige kernbegrippen uiterlijk, voortbrengsel en gebruiksfunctie.[44] Men spreekt in dit verband wel van het specialiteitsbeginsel of de specialiteitsleer.

Volgens de memorie van toelichting uit 1975 leverde een motief aangebracht op behangpapier een *ander* model op dan hetzelfde motief op dassen of dekens.[45] Ook de Hoge Raad oordeelde later in de *Kinderkapperstoel*-zaak (1995) in deze lijn: het monteren van een kinderformaat speelgoedauto op een kapperstoel verleende aan die speelgoedauto een nieuwe gebruikstoepassing en kon zo als een *nieuw model* gelden.[46]

De Benelux-regeringen hebben blijkens het GC bij de BTMW uit 2002 vastgehouden aan de gebruiksfunctie en de volgens hen niet los te koppelen begrippen uiterlijk, voortbrengsel en gebruiksfunctie, hoewel zij bij die gelegenheid erkenden dat de Modellenrichtlijn het begrip gebruiksfunctie niet kent. Het GC zegt over het onderwerp het volgende (mijn cursiveringen):[47]

> "Een bestaand voorwerp dat een andere gebruiksfunctie krijgt dan waarvoor het gedeponeerd is, kan daarvoor zelfstandige modelbescherming verwerven, ook als het voorwerp geen wijziging van belang ondergaat en het kenmerkende bestanddeel vormt van het voortbrengsel met de nieuwe gebruiksfunctie. Hoewel de richtlijn het begrip 'gebruiksfunctie' niet kent, *is de uitkomst hetzelfde*, omdat de bescherming via de definities van model en voortbrengsel is gekoppeld aan een *voorwerp* en een kinderkapperstoel is een ander voorwerp dan een trapauto. Bovendien is *de centrale vraag* of het model bij de geïnformeerde gebruiker een andere algemene indruk wekt."

44 Zie art. 1 BTMW (oud) en MvT BTMW 1975, met name p. III-10 en III-15. Vanhees 2006, nr. 71-100, p. 36-49 schetst enkele belangrijke karaktertrekken van de BTMW van vóór 1 december 2003.

45 MvT BTMW 1975, p. III-15.

46 HR 10 maart 1995, *NJ* 1995, 670 m.nt. DWFV (r.ov. 3.4).

47 GC BTMW 2002, p. VI-10; vgl. ook p. VI-6.

Het kost moeite om de toelichting die de wetgever hier en op enkele direct daarop volgende plaatsen in het GC verschaft, te lezen als een vloeiende en *zonder meer* overtuigende argumentatie voor zijn standpunt dat het Benelux-specialiteitsbeginsel met de komst van de ModRl kan blijven gelden (aangenomen kan worden dat de BVIE-wetgever inhoudelijk dezelfde lijn aanhoudt als de BTMW-gever[48]).[49]

De toelichting nodigt hierdoor uit tot het stellen van de vraag of er voor het standpunt wel werkelijk voldoende 'Europees' fundament bestaat.[50] De aanleiding voor deze kritische blik is eenvoudig: de tekst van de ModRl en de Considerans geven over de kwestie niet meteen uitsluitsel, en de positie van de Benelux-regeringen is gebaseerd op richtlijnbegrippen waarvan ook momenteel nog de uitleg, gegeven de betrekkelijk jonge ModRl resp. implementatie daarvan in de Benelux, aan de nodige discussie blootstaat.[51] Dat er inmiddels enige rechtspraak in ons land is die het specialiteitsbeginsel lijkt voort te zetten, levert nog geen finaal antwoord.[52]

Over de vraag of de gebruikstoepassing in specifieke categorieën de bepalende factor voor nieuwheid is, of zou moeten zijn, wordt in binnen- en buitenland verschillend gedacht. Over het onderwerp leeft een vóórtdurend debat in de nationale en internationale literatuur; ik noem hier in het bijzon-

48 Vgl. ook het 'Zevenenveertigste Gezamelijk Verslag van de Belgische, Nederlandse en Luxemburgse regeringen aan de Raadgevende Interparlementaire Beneluxraad inzake de totstandkoming en de werking van de Economische Unie tussen de drie Staten', M (2003) 102, 13 november 2003 te Brussel, p. 40: "Het gaat in hoofdzaak om een codificeringsexercitie en niet om een inhoudelijke herziening van de wetgeving." Daarnaast stelt de toelichting bij het BVIE uit 2003, nr. 6, p. 3 dat "de inhoudelijke bepalingen van het (..) tekeningen- of modellenrecht geen belangrijke materiële wijziging ten opzichte van de thans geldende teksten ondergaan" en licht de modellenrechtelijke bepalingen in art. 3.1 e.v. BVIE om die reden niet toe.

49 Zie naast het geciteerde gedeelte ook GC BTMW 2002, p. VI-11-13. Terzijde merk ik op dat in de ModRl niet kan worden gelezen dat het modellenrecht draait om voorwerpen met een gebruiks*functie* als in *nuttige voorwerpen*; wel speelt, neutraler, de toepasselijkheid van een product een rol. Daarom houd ik in mijn betoog de term gebruiks*toepassing* aan (vgl. de term gebruiksfunctie in het GC BTMW 2003).

50 Van nationale wetgevers die voor de taak staan richtlijnrecht te implementeren kan een interpretatief standpunt worden gevraagd, maar dat standpunt heeft bij de uitleg van de wet resp. richtlijn niet méér gezag dan het standpunt van bijvoorbeeld een deskundige schrijver. Vgl. voorts in algemeen civielrechtelijke zin over het (te) snel aannemen van een nationale lijn in het proces van richtlijnimplementatie: Wissink 2004, nr. 480, p. 373.

51 Zie algemeen over de moeilijkheden die een minder scherpe richtlijnnorm (bijv. het tamelijk open criterium van de "algemene indruk" in art. 5 en 9 ModRl, in samenhang met de Considerans; hierna te bespreken) bij de implementatie kan geven: Wissink 2004, nr. 376, p. 288-290 en nr. 480, p. 372-373.

52 Ik doel op Hof Arnhem 4 november 2003, *IER* 2004/afl. 2, nr. 31, p. 155-158, met name r.ov. 4.6 en 4.9 (*Easy Drain afvoergoot*). Dit arrest is besproken door Quaedvlieg 2004, p. 529-534. Tegen de uitspraak van het hof is cassatie ingesteld, maar het beroep is later ingetrokken. In de zaak was intussen wel conclusie genomen (door de A-G Verkade), die gepubliceerd is onder *LJN* AS5249.

der Speyart, Quaedvlieg, Vanhees en Laddie c.s.[53] Een uitspraak van het EG-Hof van Justitie over de uitleg van het model-begrip, waar uiteindelijk toch het wachten op is, is er nog niet.[54]

Het *belang* van de kwestie is intussen aanzienlijk. De verschillen tussen de aangehouden specialiteitsleer en een andere (niet-specialiteits-)uitleg zijn in potentie groot vanwege de *door de wijze van uitleg bepaalde* reikwijdte van de modelbescherming (vgl. art. 9 ModRl). Die uitleg moet in de Lidstaten uiteraard uniform zijn; dit wordt benadrukt in de ModRl-Considerans (ov. 10). Het EG-Hof van Justitie moet hierover waken.

Over de beschermingsomvang bepaalt artikel 9 lid 1 ModRl:

> De bescherming krachtens het modelrecht omvat elk model dat bij de geïnformeerde gebruiker geen andere algemene indruk wekt.

De norm is kort en open: de beschermingsomvang strekt zich uit tot *elk* model dat bij de geïnformeerde gebruiker, dat wil zeggen de gebruiker die enige kennis heeft van de betreffende markt,[55] *geen andere* indruk wekt. Het gaat daarbij om het uiterlijk voor zover dat *zichtbaar* is bij normaal gebruik (Considerans ov. 11-12), bijvoorbeeld na montage op de bestemde plaats. Over de gebruiks*context* (in verband met toepassing in de ene of de andere branche) zegt de bepaling niet met zoveel woorden iets.[56]

Van een nadere bespreking van de betrokken ModRl-begrippen in samenhang met het Benelux-standpunt (vgl. met name het GC-citaat hierboven in deze par. 3.4) zie ik hier af. Een inhoudelijke bijdrage aan het nieuwheids- en eigen karakter-debat gaat het kader van deze studie te buiten; ik verwijs voor het discours naar de eerder in deze par. 3.4 genoemde auteurs. Bovendien weegt in mijn afweging de gedachte dat het EG-Hof van Justitie in deze – veel algemenere en netelige materie – het laatste woord heeft, zwaar.[57]

---

53 Speyart 1996, p. 222-231 en 2004, p. 183; Quaedvlieg 2004, p. 529-534 en 2006, p. 406-411; Vanhees 2006, nr. 28-56, p. 14-27; Laddie e.a. 2000, par. 43.50, p. 1929 en par. 48.33-48.34, p. 2108-2109. Zie voorts de noot van Huydecoper onder Hof Amsterdam 27 mei 2004 (*Folat/Trinamic* of *HOERA-raamtransparanten*), *BIE* 2006, nr. 88, p. 443-449 (noot p. 448-449). In het bestek van dit hoofdstuk kan ik op de discussie in de literatuur niet ingaan; ik verwijs naar de genoemde auteurs. Zie voorts ook ter vergelijking met de gemeenschapsmodellen *BMM* 2002/afl. 2 (themanummer Gemeenschapsmodel).

54 Zo'n uitspraak is er overigens op dit moment evenmin over de corresponderende *GMod-Vo*-begrippen.

55 GC BTMW 2002, p. VI-12.

56 Ter vergelijking: Massa & Vanderbeeken 2002, p. 50 lezen in de corresponderende GMod-Vo-bepaling dat de beschermingomvang ziet op "één verschijningsvorm gebruikt op één productmarkt".

57 Deze afhankelijkheid van uitleg door het EG-hof maakt denken over de begripsuitleg niet futiel, al is het maar omdat zich eerst een geschikte zaak zal moeten aandienen en het hof de gelegenheid met beide handen moet willen aanpakken, maar verhindert wel dat in het debat met grote stelligheid over de wijze van uitleg van het model-begrip kan worden gesproken. Reden te meer om hier geen duit in het zakje te doen.

4 Nietigverklaring via strijd met art. 6*ter* UvP resp. openbare orde/goede zeden

4.1 Introductie

De inschrijving van een model kan op een aantal gronden door de rechter nietig worden verklaard op vordering van een belanghebbende, waartoe ook het openbaar ministerie (OM) wordt gerekend (art. 3.23 BVIE; art. 15 BTMW). Nietigheid werkt terug tot het (rechtscheppende) moment van de inschrijving. Het gevolg van nietigheid is dat achteraf nimmer een exclusief recht op het model is verkregen (vgl. art. 3:53 BW). Een verbod op de vervaardiging en de verhandeling brengt nietigverklaring evenwel níet mee.

Hierna bespreek ik de nietigverklaring van een model dat in strijd met de openbare orde of de goede zeden is (par. 4.2), en van het model dat een wapen, vlag of embleem in de zin van artikel 6*ter* UvP resp. ander officieel teken bevat (par. 4.3). De terzake relevante rechtspraak in de Benelux volgt daarna (par. 4.4).

4.2 Strijd met de openbare orde of de goede zeden

4.2.1 De procedure voor nietigverklaring

Het Bureau toetst aan vormvereisten, maar verricht geen onderzoek naar de inhoud van het depot (zie art. 3.9 leden 1 en 5 BVIE; art. 8 lid 1 en art. 9 lid 1 BTMW).[58] Niettemin is het Bureau juist in het geval van verdenking van strijd met de openbare orde of de goede zeden bevoegd de publicatie van de inschrijving op te schorten, als zij oordeelt dat een model strijdig is met de openbare orde of de goede zeden van Nederland, België en/of Luxemburg (art. 3.13 lid 1 jo art. 3.6 onder *e* BVIE; art. 9 lid 3 jo art. 4 aanhef en onder *e* BTMW).

Vervolgens is het aan het OM, om (eventueel) op grond van artikel 3.23 lid 1 onder *d* jo artikel 3.6 onder *e* BVIE (art. 15 lid 1 onder *d* BVIE jo art. 4 aanhef en onder *e* BTMW) een vordering tot nietigverklaring wegens strijd met de openbare orde of de goede zeden in te stellen in een voor een rechtbank gestarte procedure. Als het OM tot de nietigheidsactie overgaat, geeft het mede een principieel-politiek signaal af: de overheid wenst in dat geval niet mee te werken aan monopolisering en aan officiële publicatie van de inschrijving, dit laatste om de schijn te vermijden dat het model(recht) haar zegen zou hebben.[59] Ziet het OM van de nietigheidsactie af, of spreekt de rechter niet

58 "De richtlijn verplicht niet tot invoering van een inhoudelijke toetsing", aldus GC BTMW 2002, p. VI-3.

59 Vgl. Verkade 1985, nr. 42, p. 62.

de nietigheid uit, dan is het Bureau verplicht om alsnog tot publicatie over te gaan.[60]

4.2.2 Begripsuitleg openbare orde en goede zeden

Over de inhoud van de begrippen openbare orde en goede zeden geeft de memorie van toelichting bij de BTMW zoals in werking getreden in 1975, de volgende toelichting:[61]

> "Aangezien de opvattingen omtrent de zedelijkheid en de openbare orde niet noodzakelijkerwijze in alle Beneluxlanden dezelfde zijn, is het enkele feit, dat het model in één Beneluxland onzedelijk of in strijd met de openbare orde is, voldoende om het depot nietig te doen zijn."

De begrippen openbare orde en goede zeden mogen derhalve op nationaal niveau worden ingevuld. Dit uitgangspunt is niet gewijzigd met de komst van de ModRl, die namelijk geen harmonisatie van deze begrippen inhoudt. De ModRl-Considerans, ov. 16, laat hierover geen twijfel:

> "Overwegende dat een model dat met de openbare orde of de goede zeden strijdig is, niet vatbaar is voor bescherming door een modelrecht; dat deze richtlijn niet inhoudt dat de nationale opvattingen over de openbare orde of de goede zeden geharmoniseerd worden;"

De in het ene Benelux-land gehanteerde opvatting over de openbare orde of de goede zeden kan hooguit eventueel als vergelijkingsmateriaal dienen in de twee andere landen. Nietigverklaring overeenkomstig de norm in één van de drie landen geldt wel noodzakelijkerwijs voor het *gehele* Benelux-gebied.

De modellenrechtelijke openbare orde en goede zeden zijn naar de tekst twee begrippen. Onderscheid maken is in zekere zin wel het meest fraai en zuiver, maar er zal nu eenmaal vaak overlap bestaan en de wettelijke toets vereist geen strikte keuze. Daarom zal ook ik hierna de modellenrechtelijke openbare orde en goede zeden niet strikt proberen te scheiden. Wel zal ik soms door mijn woordgebruik hinten op de naar mijn idee in bepaalde gevallen meer voor de hand liggende toepassing van één van beide begrippen.[62]

Aanknopingspunten voor invulling van de begrippen in de modellenrechtelijke literatuur in ons land zijn niet dik gezaaid.

Verkade heeft in 1985 gesproken over objecten die gevoelens van zedelijkheid kunnen schokken: seksartikelen en martelwerktuigen. Voorts kon volgens

60 In het geval van een rechtelijke uitspraak is het Bureau pas verplicht om tot publicatie over te gaan indien de beslissing niet meer vatbaar is voor verzet, beroep of voorziening in cassatie (art. 3.13 lid 4 BVIE; art. 9 lid 3 BTMW). Het belang van publicatie ligt uiteraard in de omstandigheid dat vanaf dat moment het publiek van het ingeschreven model kennis kan nemen.

61 MvT BTMW 1975, III-13.

62 Zie ook het merkenrechtelijke hoofdstuk 5, par. 4.7.4, waar hetzelfde speelde.

Verkade strijd met de openbare orde worden aangenomen in de gefingeerde casus waarin de winnende deelnemer aan een door de overheid uitgeschreven prijsvraag voor een nieuwe nationale vlag, zijn ontwerp op *eigen* naam als model deponeert.[63]

Een ander voorbeeld van een model in strijd met de openbare orde en/of de goede zeden is m.i. het model van een *versnellingspook* in de gedaante van een Christusfiguur.

Daarnaast had ook een voorwerp à la "Rauter der entartete Kunstkabouter", een besnorde tuinkabouter met om zijn gestrekte rechterarm een band met een hakenkruis, het in die gedaante niet gered als model, omdat de aanwezigheid van een grafisch element van grote negatieve symbolische waarde strijd met de openbare orde/goede zeden oplevert. Het (toen nog) Benelux-Merkenbureau accepteerde het beschreven Rauter-ontwerp medio 2000 niet als een geldig merk, vanwege strijd met de openbare orde.[64]

Op een informatieve Belgische gerechtelijke uitspraak omtrent een model met een grote (positieve) symbolische waarde, een tapijt met het Staatswapen van Saoedi-Arabië, ga ik in par. 4.4 in.

Het komt mij voorts als praktisch en niet bezwaarlijk vóór om een verband te leggen tussen de inhoud van de begrippen openbare orde/goede zeden in het modellenrecht en de inhoud van de corresponderende begrippen in het merkenrecht (zie eerder hoofdstuk 5, par. 4.7.4; zie ook hierna par. 4.2.3).

Ter vergelijking en ter nadere illustratie werp ik tevens een korte blik op *Duitsland*. De begrippen openbare orde en goede zeden mogen zoals opgemerkt nationaal worden uitgelegd. Daarom kunnen en mogen ze ook *uit de pas* lopen, maar wat betreft Duitsland komen de grote lijnen ons in Nederland bekend voor.

Zowel de openbare orde als de goede zeden worden in het Duitse modellenrecht beschouwd als open begrippen die een zekere speelruimte vergen bij de invulling en de toetsing.[65] De handboeken van Benkard en Eichmann/v.Falckenstein over het Duitse *Geschmacksmusterrecht* verwijzen voor de openbare orde en goede zeden naar algemene (BGB-)rechtspraak van het *Bundesgerichtshof* en zijn voorganger, het *Reichsgericht*.[66]

63 Verkade 1985, nr. 42, p. 62. Vgl. ook Mom 1995, p. 93-102, die zich mede over de openbare orde- en goede zeden-grond in het modellenrecht uitliet.

64 Het voorbeeld is eerder genoemd in een voetnoot in hoofdstuk 5, par. 4.7.4.3; een na bezwaar van het BMB aangepast ontwerp – zónder hakenkruis – is nadien wél ingeschreven als merk.

65 Bijv. Rehmann 2004, nr. 52, p. 15-16.

66 Ik raadpleegde Benkard 1993, 2006 en Eichmann/v. Falckenstein 1997, 2005. Het Duitse modellenrecht onderscheidt *Muster* voor (model-)ontwerpen als zodanig, en *Geschmacksmuster* voor dezelfde ontwerpen ná modelregistratie (bijv. Kunze 2004, par. 3.2, p. 17). De Duitse memorie van toelichting bij de nationale modellenwetgeving (*Geschmacksmustergesetz* (GeschmMG), nieuwe versie na EG-harmonisatie, in werking getreden 1 juni 2004) levert geen informatie over de uitleg van de openbare orde/goede zeden.

Het beeld dat uit die rechtspraak oprijst, in essentie, is dat de openbare orde normen omvat die de principes en fundamentele waarden van de Duitse Staat belichamen, in politiek, sociaal of economisch opzicht. Het gaat dan bijvoorbeeld om normen met betrekking tot de menselijke waardigheid in de Grondwet. "Muster von grob verunglimpfender, politisch oder religiös diskriminierender oder volksverhetzender Wirkung (Staat, staatliche Symbole, Bevölkerungsgruppen, Einzelpersonen) oder zB Gegenstände zur Bejahung oder Begehung von Straftaten (..) sind schutzunfähig", schrijft Eichmann/v.Falckenstein.[67]

De goede zeden zien op het systeem van morele waarden dat ten grondslag ligt aan de voorschriften in de Grondwet.[68] Volgens Eichmann/v.Falckenstein, zich baserend op rechtspraak van onder andere het Bundesgerichtshof, ziet strijd met de goede zeden op de "Verletzung des Anstandsgefühls aller billig und gerecht Denkenden (..), bezogen auf die jeweils in betracht kommenden Verkehrskreise."[69] In het concrete geval is bepalend de (in de tijd fluctuerende) maatschappelijke opvatting over onzedelijkheid – vaak op het vlak van seks, religie of politiek.[70] Het moet gaan om grove, onverdraaglijke aanstootgevendheid, zoals geweldsverheerlijking en vernederende pornografie.[71]

Het beeld in vogelvlucht van de openbare orde en de goede zeden in het Duitse modellenrecht wijkt zakelijk niet af van de bespreking, eerder in hoofdstuk 7, van de corresponderende begrippen in het Duitse *merken*recht. Dit verwondert niet als men bedenkt dat ook in de Duitse modellenrechtelijke literatuur zelf associaties met openbare orde-/goede zeden-begrippen in andere, naburige wetgevingen vóórkomen.[72] Een en ander kan een (extra) aanzet vormen om in de Benelux met het oog op de theorievorming func-

67 Eichmann/v.Falckenstein 2005, art. 3, nr. 16, p. 96. Vgl. omtrent de uitleg van het begrip openbare orde de formulering van het *Reichsgericht*, *RGZ* 169, p. 245 en van het Bundesgerichtshof, *BGHZ* 42, p. 12-13. Vgl. voorts Benkard 2006 (P. Goebel), art. 2, nr. 3, p. 1576; Eichmann/v.Falckenstein 1997, art. 7, nr. 72, p. 172-173 en Eichmann/v.Falckenstein 2005, art. 3, nr. 14 en 16, p. 94-96.

68 Vgl. *BGHZ* 10, p. 232 en *BGH NJW* 72, p. 1414.

69 Eichmann/v.Falckenstein 2005, art. 3, nr. 17, p. 97, met verwijzingen naar rechtspraak van o.a. het Bundesgerichtshof, *BGHZ* 10, p. 232 en het Bundespatentgericht, *BPatGE* 46, p. 228.

70 Aldus bijv. Rehmann 2004, nr. 52, p. 15-16; Eichmann/v.Falckenstein 2005, art. 3, nr. 17, p. 97.

71 Vgl. *BPatG Mitt* 83, p. 156 (*Schoasdreiber*); *BGH GRUR* 95, p. 595 (*Buschengrapscher*). Níet in strijd met de goede zeden geoordeeld werden twee modellen van een vibrator: BPatG 16 januari 2003 – 10 W (pat) 714/01, *GRUR* 2004, afl. 2, nr. 12, p. 160-162 (*Vibratoren*). R.ov. 2.b: "Es ist nicht erkennbar, dass sie mit einer entwürdigenden Form der Ausübung der Sexualität verbunden wären."

72 Eichmann/v.Falckenstein 1997, art. 3, nr. 72, p. 172 stelde zelfs expliciet dat de modellenrechtelijke openbare orde- en goede zeden-grond gelijkenis vertoont met de merkenrechtelijke variant in artikel 8 lid 2 onder 5 MarkenG. In de 3e druk (2005) is deze parallel verruild voor een uitvoeriger bespreking van de modellenrechtelijke begrippen, waarin vrijelijk geassocieerd wordt met corresponderende begrippen in naburige wetgeving; zie nader Eichmann/v.Falckenstein 2005, art. 3, nr. 14-17, p. 94-98.

tioneel een verband te leggen tussen de openbare orde/goede zeden in het merkenrecht enerzijds en in het modellenrecht anderzijds.

4.2.3 Modellen met een grote symbolische waarde en strijd met de openbare orde/goede zeden

Een belangrijk argument om de inschrijving in het register van modellen met een grote symbolische waarde tegen te gaan, is dat het in brede groepen van de samenleving als zódanig onverteerbaar wordt ervaren dat de toepassing van productvormgeving met een grote symbolische waarde voor persoonlijk gewin kan worden bekroond met het verkrijgen van een *exclusief recht* op die vormgeving, dat de mogelijkheid van modellenrechtelijke monopolisering moet worden uitgesloten. De afweging van individuele belangen van deposanten tegen het algemene (gebruikers-)belang valt hier in het voordeel van de samenleving uit.

Een ander argument is dat zo terzake van modellen met een grote symbolische waarde wordt vrijgestuurd van het moeten verlenen van medewerking door de Staat aan de gebruikelijke officiële publicatie van in het register nieuw ingeschreven modellen.[73] Dit geldt voor symbolen met een negatieve lading, maar ook voor symbolen met een positieve lading, zoals religieuze.

De route om de registratie van modellen met een grote symbolische waarde tegen te gaan is de openbare orde-/goede zeden-grond. Een belangrijk verschil met het merkenrecht is dat in ons Benelux-modellenrecht niet een specifieke grond voor modellen met een grote symbolische waarde kan worden geïntroduceerd, bij gebreke van een weigerings-/nietigheidsgrond voor modellen met een grote symbolische waarde in de ModRl.[74] Daarom komt het in het modellenrecht voor de grote symbolische waarde des te meer aan op de openbare orde-/goede zeden-grond.

Ik splits modellen met een grote symbolische waarde uit naar verschillende typen, langs dezelfde lijnen als ik dat eerder deed in hoofdstuk 5 over merkenrecht.

Categorisch uitgesloten wegens strijd met de openbare orde/goede zeden hebben naar mijn opvatting te zijn alle modellen met een grote negatieve symbolische waarde en daarnaast de modellen met een grote positieve symbolische waarde voor zover het betreft nationale symbolen en religieuze symbolen.

Voor symbolen met een negatieve connotatie zeg ik hiermee niet iets nieuws, want daarvoor wordt de openbare orde-/goede zeden-grond nu al ingezet.

---

73 Vgl. par. 4.2.1 (slotalinea).

74 Had dit anders gelegen, dan had ik hier het alsnog implementeren van de betreffende ModRl-grond verdedigd, parallel aan het corresponderende voorstel in het merkenrechtelijke gedeelte van deze studie.

Daarnaast betekent de grond voor staatswapens en andere aanduidingen in de zin van artikel 6*ter* UvP (niet meer en niet minder dan) een alternatief. Alleen voor andere nationale symbolen, waartoe ik naast een rubriek nationale monumenten en bouwwerken ook een rubriek Koninklijk Huis reken (vgl. ook het merkenrechtelijke hoofdstuk 5, par. 4.7.4.4), alsmede voor religieuze symbolen, kan de openbare orde-/goede zeden-grond een werkelijk nieuwe dimensie betekenen, omdat die tot op heden niet reeds *als regel* afstuiten op de bedoelde grond.

Culturele symbolen zoals kunstuitingen worden in de praktijk al regelmatig op producten afgebeeld, denk bijvoorbeeld aan een servies met bekende Mondriaan-lijnen of een serie promotionele Rembrandt-billboards in een stadscentrum. Gezien deze realiteit moeten culturele symbolen onverkort, tenzij er om een bijkomende reden van strijd met de openbare orde of de goede zeden sprake zou zijn, een geldig model kunnen zijn. Ook dit standpunt correspondeert met mijn opvatting in hoofdstuk 5.

Over de vraag of soepeler kan worden omgegaan met een model dat naast ándere bestanddelen een symbool bevat, volgen enkele opmerkingen in par. 4.4.3.

Ondanks dat de uitleg van het model-begrip nog onzeker is (par. 3), laat zich vaststellen dat een model kan worden beschouwd als een model *met een grote symbolische waarde* wanneer het publiek de betrokken afbeelding of plastiek *opvat* als van grote symbolische waarde. Voor wat betreft grote symbolische waarde gaat het, in andere woorden, om de herkenning of het besef bij het publiek dat het te maken heeft met een voorwerp dat een grote symbolische waarde uitbeeldt resp. belichaamt.

De vaststelling van zojuist mag dan misschien iets weg hebben van een open deur, ik wil ermee signaleren dat voor de zonet bedoelde publieksperceptie het al dan niet vervuld zijn van de modellenrechtelijke eis van nieuwheid *geen* verschil zou moeten maken. Er schuilt m.i. geen tegenstrijdigheid in een situatie waarin een bepaald voorwerp 'nieuw' zou zijn en tegelijk vanwege de naar de publieksopvattingen aanwezige grote symbolische waarde ontoelaatbaar zou zijn als ingeschreven model.

4.3 Oneigenlijk gebruik van artikel 6ter UvP-symbolen

Naast de openbare orde-grond is ook artikel 3.23 lid 4 jo artikel 3.6 onder *d* BVIE (art. 15 lid 4 BVIE jo art. 4 aanhef en onder *d* BTMW) interessant voor modellen met een grote symbolische betekenis. Artikel 3.6 onder *d* BVIE luidt:

> Binnen de in artikelen 15 en 19, onder 2, gestelde grenzen wordt geen recht op een tekening of model verkregen door de inschrijving indien:
> (..)
> d) de tekening of het model oneigenlijk gebruik vormt van een van de in artikel 6ter van het Verdrag van Parijs genoemde zaken;

Artikel 6*ter* lid 1 UvP kwam al aan bod in hoofdstuk 5 (par. 3.5 en nader par. 4.7.3.1) over merkenrecht, maar wordt hier voor het gemak nogmaals weergegeven:

> *a*. De landen der Unie komen overeen om te weigeren of nietig te verklaren de inschrijving, en door daartoe passende maatregelen te verbieden het gebruik, zonder goedkeuring der bevoegde machten, hetzij als fabrieks- of handelsmerken, hetzij als bestanddeel van die merken, van wapens, vlaggen en andere staatsemblemen van de landen der Unie, van officiële door die landen aangenomen controle- en waarborgtekens en -stempels, zomede iedere nabootsing, bezien uit heraldisch oogpunt.
> *b*. De bepalingen, hierboven onder letter a vervat, zijn eveneens van toepassing op wapens, vlaggen en andere emblemen, initialen of benamingen, welke reeds het onderwerp hebben uitgemaakt van van kracht zijnde internationale overeenkomsten welke er toe strekken om hun bescherming te verzekeren.
> *c*. Geen land der Unie zal gehouden zijn de bepalingen, hierboven onder letter b vervat, toe te passen ten nadele van de houders van vóór het in werking treden van dit verdrag in het betrokken land te goeder trouw verkregen rechten. De landen der Unie zijn niet gehouden bedoelde bepalingen toe te passen, wanneer het gebruik en de inschrijving, als hierboven onder letter a bedoeld, niet van zodanige aard is dat bij het publiek de indruk wordt gewekt, dat er een verband bestaat tussen de organisatie in kwestie en de wapens, vlaggen, emblemen, initialen of benamingen, of indien het gebruik of de inschrijving waarschijnlijk niet van zodanige aard is dat het publiek misleid wordt omtrent het bestaan van een verband tussen de gebruiker en de organisatie.

Artikel 3.23 lid 4 jo artikel 3.6 onder *d* BVIE correspondeert met een *deel* van de facultatieve ModRl-grond in artikel 11 lid 2 onder *c* ModRl, die gedeeltelijk in het BVIE (de BTMW) is overgenomen. Artikel 11 ModRl luidt, voor zover hier van belang:

> 2. Elke lidstaat kan bepalen dat in de volgende gevallen de inschrijving van een model zal worden geweigerd of dat het recht op een ingeschreven model nietig zal worden verklaard:
> (..)
> c) het model vormt een oneigenlijk gebruik van een van de in artikel 6 ter van het Verdrag van Parijs ter bescherming van de industriële eigendom genoemde zaken, of van kentekenen, emblemen en wapens die niet onder genoemd artikel 6 ter vallen en die in de betrokken lidstaat van bijzonder algemeen belang zijn.
> 3. De in lid 1, onder c), vermelde grond kan alleen worden ingeroepen door degene die volgens het recht van de betrokken lidstaat aanspraak kan maken op het modelrecht."

Het GC van de Benelux-regeringen zegt over het wél overgenomen deel het volgende:[75]

> "De (..) facultatieve nietigheidsgrond betreft modellen waarin op oneigenlijke wijze gebruik is gemaakt van door artikel 6*ter* van het Verdrag van Parijs tot bescherming van de industriële eigendom van 20 maart 1883 beschermde wapens, vlaggen en andere officiële (staats)emblemen en tekens (artikel 11, tweede lid, onder *c*, van de richtlijn). Gezien het belang dat het vertrouwen daarin niet dient te worden geschaad door gebruik door derden in het commerciële verkeer, is van de gelegenheid gebruik gemaakt deze nietigheidsgrond ook op het modellenrecht te betrekken (artikel 4, onder *d* BTMW)."

75 GC BTMW 2002, p. VI-5.

Het gaat bij artikel 6*ter* UvP-symbolen in ons land zoals bekend onder andere om het wapen van de Nederlandse staat en de Nederlandse vlag. Oneigenlijk gebruik daarvan (zie de bewoordingen van het artikel, hierboven) moet volgens de toelichting worden gelezen als: gebruik door derden in het commerciële verkeer. De nietigheidsgrond leidt evenwel *niet* tot het verbod van oneigenlijk gebruik van in artikel 6*ter* UvP genoemde voorstellingen, hoewel de laatste volzin van het citaat van het GC anders suggereert, maar tot een ontzegging van pretenties op registerexclusiviteit.

Een interessante vraag is waarom de Benelux-regeringen niet het gehele artikel 11 lid 2 onder *c* ModRl heeft overgenomen. Het GC zegt hierover:[76]

> "Er bestond geen behoefte gebruik te maken van de mogelijkheid om eenzelfde nietigheidsgrond op te nemen voor andere kentekens, emblemen en wapens die niet onder artikel 6*ter* zouden vallen, maar die wel van bijzonder algemeen belang in de Benelux kunnen zijn."

In de toelichting valt niet te lezen waarom die behoefte er niet was.

Toch zijn zulke modellen, die een kenteken met een officieel (overheids-) karakter bevatten en die van bijzonder algemeen belang (vgl. art. 11 lid 2 onder *c* ModRl) zijn, wel te bedenken, en kán de vraag zich opdringen wat de legitimatie is van de *occupatie* als model. Een voorbeeld van een onder de uitbreiding in het ModRl-artikel vallend model zou kunnen zijn een 'Amsterdammertje' of uit andere steden bekende varianten op de bekende verkeerspaaltjes met het stadswapen in reliëf, bijvoorbeeld als model voor een lichtgevende staande zuil in een interieur, of, in kleiner formaat, een waterijsje of een vulpen. Of als een verkeerszuiltje niet 'ernstig genoeg' zou zijn, dan toch vast wel het stadwapen zélf als (tekening of) model.[77]

Een zijsprong: de niet overgenomen uitbreiding in artikel 11 lid 2 onder *c* ModRl is zakelijk gelijk aan de voor de optionele weigerings-/nietigheidsgrond in artikel 3 lid 2 onder *c* van de *Merken*richtlijn (zie hoofdstuk 5, par. 3.6). Dit MRl-artikel ziet op "andere badges, emblemen en wapenschilden van openbaar belang (..) dan bedoeld in artikel 6*ter* van het Unieverdrag (..)", zoals de officiële Nederlandstalige versie luidt. De Benelux-merkenwetgever heeft deze bepaling niet overgenomen, hetgeen de keuze van de Benelux-*modellen* wetgever in zoverre consequent maakt.

Ter vergelijking, de *Duitse* wetgever heeft terzake van zowel het ene als het andere deelgebied wél voor de facultatieve uitbreiding gekozen.[78]

---

76 GC BTMW 2002, p. VI-5.

77 Vgl. ook, als parallel, hoofdstuk 5, par. 3.6.

78 In het bijzonder ten behoeve van "öffentliche Körperschaften" (art. 3 lid 1 onder 4 GeschmMG). Zie nader de *Begründung*, tevens opgenomen in: Kunze 2004, p. 131-132. Art. 3 lid 1 onder 4 GeschmMG luidt: "Muster, die eine missbräuchliche Benutzung eines der in Artikel 6ter der Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums aufgeführten Zeichen oder von sonstigen Abzeichen, Emblemen und Wappen von öffentlichem Interesse darstellen."

Is de uitbreiding in de Benelux terécht niet opgenomen? Wellicht heeft de gedachte meegespeeld, al valt dat niet uit het GC op te maken, dat *als* zich op dat vlak al iets stuitends zou voordoen, dat dan de openbare orde- en goede zeden-grond wel zou kunnen worden ingeroepen. In een dergelijke redenering zou een zekere waarheid schuilen, maar ook de veronderstelling dat een rechter *bereid* zou zijn om de openbare orde- en goede zeden-grond toe te passen.

Dit is echter niet zeker. De rechter zou in enerzijds het bestaan van de uitbreiding in de ModRl en anderzijds het ontbreken van een daarmee corresponderende bepaling in het BVIE, juist een (sterk) argument kunnen vinden om te oordelen dat de wetgever kennelijk in niet-artikel 6*ter* UvP-gevallen ingrijpen niet nodig heeft geacht.[79]

De mogelijkheid om andere officiële tekens dan die in artikel 6*ter* UvP uit te sluiten van modeloccupatie wordt zodoende bij voorkeur gecreëerd door middel van het alsnog implementeren van de besproken uitbreiding in artikel 11 lid 2 onder *c* ModRl.

Daar komt nog iets bij. In hoofdstuk 5 (par. 4.7.3.2 en 4.8) gaf ik aan het idee te steunen dat de tegenvoeter van de uitbreiding in artikel 11 lid 2 onder *c* ModRl, artikel 3 lid 2 onder *c* MRl, alsnog in het merkenrechtelijke deel van het BVIE zou worden geïmplementeerd. Daarbij speelde mee dat de oude Nederlandse Merkenwet nota bene zo'n voorschrift heeft gekend, maar dat dit voorschrift bij een herziening van de wet vermoedelijk over het hoofd is gezien. Het lijkt me consequent om een te overwegen aanvulling van het merkenrechtelijke deel van het BVIE op het punt van de buiten het artikel 6*ter* UvP vallende officiële tekens, gepaard te laten gaan met een overeenkomstige aanvulling van het modellenrechtelijke deel.

4.4 Aanknopingspunten voor begripsinhoud in Benelux-rechtspraak?

4.4.1 Introductie

In de Benelux zijn twee uitspraken gewezen over met de openbare orde en/of de goede zeden strijdige modellen: de (binnen de grenzen van het terrein sterk verschillende) zaken *Hygiënisch penisartikel* en *Bidtapijt*, beide uit het begin van de jaren '80 van de vorige eeuw. In de eerste zaak, waarin (door het OM, op verzoek van het Bureau) strijd met de *goede zeden* werd ingeroepen terzake van het depot van een als "hygiënisch penisartikel" aangeduid model, kwam het evenwel door een vormfout niet tot een inhoudelijk oordeel.[80]

79 Vgl. mijn analoge punt voor art. 3 lid 2 onder *c* MRl, in hoofdstuk 5, par. 4.7.3.2 en par. 8.

80 Arr.Rb. 's-Gravenhage 11 december 1981, *BIE* 1983/afl. 8, nr. 75, p. 228-229. Het OM werd door de rechtbank in zijn vordering niet-ontvankelijk verklaard om de reden dat het geding ten onrechte was ingeleid met een verzoekschrift in plaats van een dagvaarding. Het model moest vervolgens alsnog worden gepubliceerd. De opschorting door het Bureau bleef niet zonder kritiek: Mom 1995, p. 93-102 verdedigde dat niets aan te merken was op de uiterlijke verschijningsvorm van het product, ter bescherming waarvan het modelrecht was bedoeld, en dat de te verwachten gebruikstoepassing van een model, hoe onzedelijk in de ogen van sommigen ook, bij de beoordeling van de aanvraag van een modelrecht niet ter zake doet.

4.4.2 *Bidtapijt* of *Saoedisch Staatswapen* (1982)

De tweede zaak leverde wél aanknopingspunten op, deze keer voor duiding van het begrip *openbare orde*, met dien verstande dat de *Belgische* openbare orde centraal stond.[81] De openbare orde en de goede zeden dienen (ook binnen de Benelux) nationaal te worden uitgelegd, en de Belgische zaak heeft voor Nederland dan ook niet meer maar ook niet minder dan belangrijke illustratieve waarde.

De zaak draaide om de geoorloofdheid als model van een bidtapijt waarop onder meer het Staatswapen van Saoedi-Arabië was afgebeeld, bestaande uit een palmboom en twee gebogen zwaarden.[82] Zie de volgende afbeelding:[83]

Het Bureau stelde dat het toekennen van een uitsluitend recht op het officiële Staatswapen van Saoedi-Arabië "van dien aard [zou] zijn het nationaal gevoel van dit land te kunnen krenken" en dat "het niet geoorloofd [kan] zijn dat een natuurlijk- of rechtspersoon een uitsluitend recht zou verkrijgen op zulk embleem." Bovendien zou de uitoefening van zo'n modelrecht, volgens het Bureau, het publiek kunnen misleiden. Het schortte de publicatie van de inschrijving op en verzocht het OM een nietigheidsactie in te stellen.

De Rechtbank van eerste aanleg te Brussel achtte het loutere stellen dat het nationaal gevoel van Saoedi-Arabië zou kunnen worden gekrenkt, zoals het OM had gedaan, onvoldoende om aan te nemen dat het model een schending van de openbare orde (van België) betekende. De rechtbank voegde daaraan toe, onder verwijzing naar rechtspraak van het Hof van Cassatie in België,[84]

81 Hof van Beroep te Brussel 3 november 1982, op basis van tussenvonnis Rechtbank van eerste aanleg te Brussel 23 november 1977 en eindvonnis van 22 maart 1978, *BIE* 1983/afl. 8, nr. 74, p. 225-228.

82 Het depot omschreef het model als: "bidtapijt met eigendomsmerk van het Ministerie van Saoedi-Arabia"; aldus het arrest.

83 Deze afbeelding is ontleend aan < http://vector-images.com/image.php?epsid=6415 >.

84 *BIE* 1983/afl. 8, nr. 74, p. 226. De rechtbank verwees naar Hof van Cassatie 9 december 1948, *Pasicrisie Belge* 1948, p. 699-702 en 15 maart 1968, *Pasicrisie Belge* 1968, p. 884-887. In beide arresten komt woordelijk gelijk de volgende overweging voor: "Attendu que n'est d'ordre public proprement dit que la loi qui touche aux intérêts essentiels de l'Etat ou de la collectivité, ou qui fixe, dans le droit privé, les bases juridiques sur lesquelles repose l'ordre économique ou moral de la société"; in de uitspraak over het staatswapen hierboven is dezelfde overweging opgenomen.

> "… dat in België van openbare orde is, wat de essentiële belangen van de Staat of van de gemeenschap raakt, of in het privaatrecht de juridische grondslagen vastlegt waarop de economische of morele orde van de maatschappij rust."

De rechtbank gaf (in een overweging ten overvloede) aan dat ter staving van het standpunt dat een model conflicteert met de openbare orde een valide argument zou (en dus voor het OM hád) kunnen zijn dat essentiële belangen van de Belgische Staat worden gekrenkt wanneer een handeling (in potentie) nadelig is voor de belangen van een andere Staat, en dat hiervan in het bijzonder sprake is als de internationale betrekkingen tussen België en die andere Staat in het gedrang zouden kunnen komen en dientengevolge de essentiële belangen van België worden geschaad.[85]

Een vraag die opkomt is nog of er niet (mede) een beroep had kunnen worden gedaan op artikel 6*ter* UvP, dat immers is ingericht op het kunnen tegengaan van de occupatie van *Staatswapens*. De rechtbank refereerde in deze zaak inderdaad aan artikel 6*ter* UvP, maar oordeelde dat dit artikel niet kon opgaan – onder andere op grond van de omstandigheid dat Saoedi-Arabië niet was aangesloten bij het UvP.[86]

Voorts kwam in de ogen van de rechtbank in de procedure niet voldoende vast te staan of door het depot een exclusief recht gevestigd werd op het Staatswapen als zodanig dan wel op het gehele tapijtontwerp, waarvan ook slingers en lusters onderdeel uitmaakten. Volgens de rechtbank kon alléén in het eerste geval het probleem van monopolisering of van misleiding worden gesteld, en bleef in het tweede geval de mogelijkheid van gebruik door derden van het wapen, desgewenst ook in andere bidtapijtontwerpen, onaangetast.[87]

4.4.3 Enkele opmerkingen over de ontoelaatbaarheid van een samengesteld model

De opvatting van de Brusselse rechtbank in de *Bidtapijt*-zaak over de problemen van monopolisering en misleiding zou in elk geval naar (huidige) Nederlandse maatstaven niet onverkort kunnen worden volgehouden. Bovendien geldt voor de monopolisering en het daartegen inzetten van de openbare orde-grond in Nederland waarschijnlijk (deels) iets ánders dan voor de misleidingsgrond. Ik werk een en ander hieronder uit.

De misleidingsgrond kan in Nederland *steeds* worden ingeroepen wanneer het de aanwezigheid in een model van een voorstelling met een grote symbolische waarde is die het misleidingsgevaar in het leven roept, ongeacht eventuele andere elementen die de uiterlijke kenmerken van dit model mede bepalen. Vergelijk de eerder (hoofdstuk 5, par. 4.7.2) besproken *NIVAK*-zaak

85 Na de uitspraak van de rechtbank volgde een beroepsprocedure bij het Hof van Beroep te Brussel, maar het modelrecht bleek inmiddels te zijn vervallen, waardoor het OM belang miste bij het hoger beroep.
86 Zie *BIE* 1983/afl. 8, nr. 74, p. 227-228.
87 *BIE* 1983/afl. 8, nr. 74, p. 226 en 227.

van de Hoge Raad, omtrent een logo waarin *onder andere* het Nederlandse Rijkswapen was opgenomen, zonder overheidstoestemming.[88] Nu betrof die zaak een merk, maar voor modellen zal hetzelfde kunnen opgaan – een aanname waarvoor uiteraard art. 3.6 aanhef en onder *d* BVIE als basis dient.

Voor de toepassing van artikel 6*ter* UvP – waarvan het, als hierboven aangegeven, in de zaak rond het Saoedische Staatswapen niet kwam – zou het evenmin verschil maken of een vlag, wapen of embleem als zodanig dan wel als onderdeel van een meeromvattend ontwerp zou worden geoccupeerd als model: zonder toestemming van de autoriteiten mag het opnemen in het model in beide gevallen niet. Dit volgt reeds met zoveel woorden uit artikel 6*ter* lid 1 UvP ("hetzij als bestanddeel").

Gedifferentieerd ligt het m.i. (alleen) voor de openbare orde-grond. De toelichting die nu volgt, is tevens een vervolg op het betoog in par. 4.2.3 van dit hoofdstuk, en ligt (zakelijk) in het verlengde van de positie die ik in hoofdstuk 5, par. 4.7.4 heb ingenomen ten aanzien van tekens met een grote symbolische waarde in het merkenrecht.

Bij modellen die (1) nationale symbolen, (2) religieuze symbolen of (3) 'negatieve' symbolen bevatten en die aan de openbare orde-/goede zedengrond worden getoetst, moet het geen verschil maken of het betrokken symbool voor het oog een overwegende of een meer ondergeschikte – maar wel bij normaal gebruik zichtbare – rol in het productontwerp inneemt. Onder nationale symbolen versta ik Staatswapens of andere kentekens in de zin van artikel 6*ter* UvP, nationale monumenten en bouwwerken zoals het Monument op de Dam – die alle niet onder artikel 6*ter* UvP vallen – en symbolen van het Koninklijk Huis.

De aanwezigheid van zulke symbolen in productvormgeving vormt in mijn optiek steeds een principiële reden voor absolute ontoelaatbaarheid. Ik trek voor die categorieën symbolen één lijn, zoals ik dat eerder ook in het merkenrechtelijke kader deed.

Een voorbeeld van een model waarvan het uiterlijk een nationaal symbool bevat, kan zijn een mobiele telefoon in de nationale driekleur, of Amalia-kinderkleding met een portret van het kroonprinsesje. De Madonna met kind als sprekende pop (par. 3.1) is een voorbeeld van een devote plastiek in een ander jasje (die als model ongeoorloofd is voor zover het voorwerp door het publiek wordt opgevat als van grote religieuze symbolische waarde; vgl. reeds par. 3.3 en 4.2.3). Ten slotte biedt de tuinkabouter Rauter met op de arm een hakenkruis (par. 4.2.2) een illustratie van een model dat een teken met een negatieve symbolische waarde omvat en dat derhalve ongeoorloofd is als model.

In het Benelux-modellenrecht onderzoekt de rechter de toepasselijkheid van de openbare orde-/goede zeden-grond op basis van wat partijen hem in de procedure aandragen. Discussie dringt zich naar verwachting het meest op ten aanzien van het model dat een *bewerking* van een symbool bevat (zoals wellicht ook al de sprekende Maria-pop), of dat is *samengesteld* uit meerdere

88 HR 14 juni 1991, *NJ* 1992, 393, m.nt. DWFV.

elementen, waarvan er 'slechts' één een symbool is (zoals het samengestelde ontwerp van het bidtapijt). *In abstracto* valt over het 'grijze gebied' weinig méér zeggen.

De *categorische* uitsluiting via de modellenrechtelijke openbare ordegrond die ik hier heb besproken, strekt zich níet uit naar culturele symbolen (vgl. mijn parallelle standpunt terzake van het merkenrecht). Deze omstandigheid betekent dat eerst een bijkomende, zélf als onoorbaar aangemerkte factor tot strijd met de openbare orde of de goede zeden zal kunnen leiden.

5 Verhouding tot de uitingsvrijheid

Een algemene schets van het recht van vrijheid van meningsuiting (art. 7 Gw, art. 10 EVRM) in verband met de thematiek van deze studie is opgenomen in hoofdstuk 2. Deze par. 5 bespreekt kort nader de verhouding van de standpunten in par. 4 van dit hoofdstuk tot de uitingsvrijheid. Er openbaart zich een overeenkomst met de merkenrechtelijke kant van de thematiek in hoofdstuk 5, par. 7.

De openbare orde-nietigheidsgrond en de nietigheidsgrond terzake van artikel 6*ter* UvP-symbolen kunnen als zodanig en daarnaast in hun concrete toepassing de uitingsvrijheid begrenzen. Een land mag beperkende normen opleggen aan burgers, als daarmee bijvoorbeeld wordt voldaan aan gerichte internationale verdragsverplichtingen (zoals het geval is bij artikel 6*ter* UvP) of als daarmee wordt gestreefd naar het voorkómen resp. bestrijden van maatschappelijke onrust (zoals het geval kan zijn bij de openbare orde-/goede zeden-grond). Toepassingen van zulke normen door de rechter zijn evenzo toelaatbaar, mits een deugdelijke afweging aan de voorwaarden van artikel 10 lid 2 EVRM is gemaakt. De zaken *Hygiënisch penisartikel* (niet inhoudelijk beslist) en *Bidtapijt* (speelde in België) lenen zich niet voor een analyse hieromtrent in deze par. 5.

Modellen met een grote positieve symbolische waarde voor zover het betreft nationale symbolen en religieuze symbolen en daarnaast modellen met een grote negatieve symbolische waarde, moeten volgens het betoog in par. 4 als absoluut ontoelaatbaar worden beschouwd. Het gaat om een selecte verzameling. Nietigverklaring laat de mogelijkheid van *gebruik* van een product met een bepaalde vormgeving door de gewezen deposant resp. modelrechthebbende onverlet. Doordat de modeldeposant resp. -houder het model dus wel kan gebruiken, in de vorm van het te koop aanbieden in de winkel, doet zich geen wezenlijke beperking van zijn uitingsvrijheid voor, en zéker geen ontoelaatbare.[89] *Onrechtmatig* gebruik kan evenwel worden verboden (zie hoofdstuk 4).

89 Het tegengaan van monopolisering komt overigens direct de uitingsvrijheid van ánderen ten goede, omdat die vrijheid dan niet bedreigd kan worden door exclusiviteitspretenties van de modelhouder.

Voor zover het gemis van modellenrechtelijke exclusiviteit door ondernemingen als een obstakel *zou* worden ervaren,[90] maken bezwaren daaromtrent geen indruk.[91] Het gaat om een relatief kleine én specifieke verzameling van namen en afbeeldingen, ten aanzien waarvan bovendien wel nimmer ieder gebruik door derden zal kunnen worden verboden, vanwege de reeds aanwezige bekendheid in een symbolische context. Of er nu wel of niet een exclusieve aanspraak in het register bestaat, er zal dan meestal tóch sprake zijn van algemeen vrij gebruik.

Op dit laatste punt sluiten de (algemene) beperkingen aan die in de ModRl en het BVIE aan de uitoefening van het modelrecht zijn verbonden. Het gaat om beperkingen zoals ten aanzien van gebruik van modellen in de privé-sfeer en voor niet-commerciële doeleinden (art. 13 ModRl = art. 20 GModVo = art. 3.19 BVIE; art. 14*ter* BTMW).

Tot slot, voor het uitsluiten van modellen met een grote *negatieve* symbolische waarde is nog de extra legitimatie te geven, dat het bewaken van de openbare orde door het tegengaan van maatschappijgevaarlijke provocaties, zoals uitingen van rassenhaat, de toets van artikel 10 lid 2 EVRM zonder meer kan doorstaan.[92]

6 Evaluatie hoofdstuk 8

Als de route naar merkenrechtelijke bescherming is afgesneden, dan is het ongerijmd dat een vlucht in het modellenrecht perspectief zou bieden. In de ModRl (en de GModVo) ontbreekt evenwel een variant op de (in het merkenrechtelijke hoofdstuk 5 centrale) facultatieve MRl-weigerings- en nietigheidsgrond met betrekking tot tekens met een grote symbolische waarde. Alleen al om deze reden zou zo'n grond niet kunnen worden geïntroduceerd in het BVIE-modellenrecht. Zou de ModRl er de ruimte voor bieden, dan had ik de implementatie in het BVIE-modellenrecht graag verdedigd, maar dat zit er dus niet in. Bij deze stand van zaken komt het des te meer aan op de thans bestaande, in dit hoofdstuk in par. 4.2-4.3 besproken nietigheidsgronden.

Bij deze nietigheidsgronden gaat het om (1) strijd met de openbare orde/goede zeden, die in het modellenrecht kan worden ingezet tegen de occupatie van modellen die een symbool bevatten. Daarnaast gaat het om (2) de nietigheidsgrond in artikel 6*ter* UvP, die kan worden ingeroepen tegen ongeautoriseerd gebruik van staatswapens, vlaggen en emblemen. Voor buíten het bereik van artikel 6*ter* UvP vallende aanduidingen met een officieel karakter ten

90 Een onderneming zou kunnen stellen dat zij de modelbescherming nodig heeft voor een voldoende mate van zekerheid dat zij haar investering (in het symbool als model, of verwerkt in de productvormgeving) op economische wijze zal kunnen terugverdienen, en dat een verbod van monopolisering een (ongeoorloofde) inbreuk op haar uitingsvrijheid betekent omdat zij moet uitwijken naar een ander ontwerp.

91 Aldus ook reeds, in het kader van het merkenrecht, hoofdstuk 5, par. 7.

92 Zie in vergelijkbare zin reeds hoofdstuk 5, par. 7.

slotte, zoals provinciewapens en emblemen van brandweer en politie, bepleit ik (3) het alsnog in het BVIE-modellenrecht implementeren van het gehéle facultatieve artikel 11 lid 2 onder *c* ModRl. Dit laatste voorstel is analoog aan hetgeen ik voor het BVIE-merkenrecht heb verdedigd.

Meer terzijde bleek de wijze van uitleg van het begrip model voor de toepassing van de nietigheidsgronden een praktisch gevolg te hebben. Bij een enge uitleg, waarbij bijvoorbeeld iedere toepassing in een opvolgende productcategorie nieuw zou zijn en tevens een eigen karakter zou hebben, zou een nietigheidsgrond vaker (namelijk voor elke toepassing opnieuw) moeten worden ingeroepen; bij een ruime(re) uitleg navenant minder. Te hopen valt dat het EG-Hof van Justitie spoedig in de gelegenheid zal zijn het modelbegrip uit te leggen.

Voor de invulling van de begrippen openbare orde en goede zeden zijn in de modellenrechtelijke rechtspraak (*Bidtapijt*) en literatuur enige aanknopingspunten te vinden. Voorts kan er (materieel) een verband worden gelegd met de inhoud van de corresponderende begrippen in het MRl-/BVIE-merkenrecht. Ter vergelijking en nadere illustratie richtte ik de blik tevens kort op Duitsland. Het resultaat kwam in Nederlandse ogen aannemelijk zo niet herkenbaar voor. Of de Nederlandse rechter de BVIE-modeloccupatie van symbolen *als regel* onder de openbare orde-grond zou willen toetsen, is de vraag, want het begrip is tot nu toe terughoudend uitgelegd.

In mijn visie dienen modellen met een grote negatieve symbolische waarde en daarnaast modellen met een grote positieve symbolische waarde voor zover het betreft nationale of religieuze symbolen *categorisch* te worden uitgesloten van BVIE-modelinschrijving, wegens strijd met de openbare orde/goede zeden resp. in vóórkomend geval strijd met artikel 6*ter* UvP. Onder nationale symbolen versta ik staatswapens en andere kentekens in de zin van artikel 6*ter* UvP, nationale symbolen die buiten dat artikel vallen zoals het Monument op de Dam, alsmede symbolen van het Koninklijk Huis. Voor het voorbeeld van het Monument op de Dam en voor '*landmark buildings*' bestaat er bovendien een specifiek aanknopingspunt in artikel 11 lid 2 onder *c* ModRl: een niet onder artikel 6*ter* UvP vallend kenteken van 'bijzonder algemeen belang' (par. 4.3).

Symbolen van culturele aard, die al zeer regelmatig op een model worden afgebeeld (al is het maar als decoratie), laat ik met het oog op deze realiteit buiten de voorgestelde blokkade van de modeloccupatie van symbolen.

Deze criteria van absolute ontoelaatbaarheid liggen in het verlengde van die in het merkenrechtelijke kader, hoofdstuk 5, par. 4.7.4.4.

Een zwaarwegend argument om de inschrijving in het register van modellen met een grote symbolische waarde tegen te gaan, is dat het in brede groepen van de samenleving als onverteerbaar wordt ervaren dat de toepassing van productvormgeving met een grote symbolische waarde voor persoonlijk gewin kan worden *bekroond* met het verkrijgen van een *exclusief recht*. Niet-exclusief gebruik in commerciële (en niet-commerciële) context blijft vrij, binnen de grenzen van hetgeen in de hoofdstukken 2-4 werd besproken.

Een ander argument is meer 'klassiek' maar van niet minder gewicht: mede om maatschappelijke onvrede te voorkómen, moet de Staat niet meewerken aan de officiële publicatie van de registratie van tegen de openbare orde/goede zeden indruisende modellen. Dit geldt zowel voor symbolen met een negatieve lading als voor symbolen met een positieve lading, zoals reigieuze.

Verbinding delen I en II

9 Samenvatting, conclusies en aanbevelingen

1 Aanstootgevend gebruik en monopolisering van symbolen

Dit boek beschrijft de juridische kaders van oneigenlijk gebruik en monopolisering van tekens met een grote symbolische waarde. In hoofdstuk 1 is een indeling gemaakt naar (i) nationale en internationale symbolen, (ii) culturele en historische symbolen (iii) religieuze symbolen. Vaak heb ik kortweg van nationale, culturele en religieuze symbolen gesproken. Onze samenleving is multicultureel en kent een veelheid aan symbolen. Symbolen staan veelal voor een bepaalde identiteit of raken daar aan. Veruit de meeste tekens met een grote symboolwaarde hebben een positieve lading – *feel good*, prachtig, onmisbaar, een bouwsteen – zoals de Nederlandse vlag, de Nachtwacht en het Kruisteken. Maar er zijn ook negatieve symbolen, zoals Nazi-tekens.

Aan de invalshoeken van enerzijds misbruik en oneigenlijk gebruik van symbolen en anderzijds occupatie van symbolen via industriële eigendomsrechten heb ik enkele onderzoeksvragen gekoppeld. Het bleek een complexe en gaandeweg de onderzoeksperiode actuelerte worden problematiek, vooral in verband met de multiculturaliteit in ons land.

In deze studie heb ik in de eerste plaats willen bezien hoe wij in juridisch opzicht omgaan en zouden moéten omgaan met aan symbolen verbonden behoeften van de samenleving die zich openbaren door – als aanstootgevend ervaren – symboolgebruik. Het lag voor de hand dat die zoekvraag zich praktisch zou vertalen in een negatieve benadering: bestudering van instrumenten voor het tégengaan van zulk gebruik. Mede door te openen met een schets van de uitingsvrijheid heb ik tegenwicht proberen te bieden aan de suggestie van overwegende sympathie voor de kant van de (straf- en civielrechtelijke) handhaving.

In de tweede plaats heb ik het – grotendeels Europees geharmoniseerde – merkenrecht en de daarin bestaande occupatievrijheid willen toetsen aan de relatie met een bijzonder deel van het publiek domein: dat van tekens met een grote symbolische waarde. Als wijdverbreide commercie een gegeven is en monopolisering van tekens die deel uitmaken van het publiek domein in beginsel mág, zoals geldt voor een afbeelding van bijvoorbeeld de planeet Saturnus, een eikenblad of een giraffe, hoe vertaalt zich dat dan voor tekens waaraan voor mensen een grote symbolische waarde is verbonden?

De eerste van deze benaderingen, over symbool*gebruik*, is neergelegd in deel I (hoofdstukken 2-4). De tweede benadering, over symbool*monopolisering*, is neergelegd in deel II (hoofdstukken 5-8). Deel I bevat in zekere zin

*voor*vragen, die van pas komen in en een fundament leggen voor het onderzoek in deel II. De beide helften vertellen samen één verhaal over juridische aanspraken ten aanzien van symbolen. Deze opzet maakt wel schakelen tussen rechtsgebieden noodzakelijk, met alle jargon van dien. Hoofdstuk 3 (strafrechtelijke normen met betrekking tot gebruik), hoofdstuk 4 (burgerlijk recht en zelfregulering) en de hoofdstukken 5-8 (merken- en modellenrechtelijke occupatie) hebben duidelijk ieder hun eigen dimensies.

Hierna geef ik een deels verkorte versie van de slotparagrafen van elk van de hoofdstukken 2-8. Voor de analyse en onderbouwing van de standpunten verwijs ik naar de inhoud van die hoofdstukken. Aan de samenvatting en conclusies in de volgende paragrafen voeg ik enkele verbindende opmerkingen toe.

2 Uitgangspunten ten aanzien van de uitingsvrijheid (hoofdstuk 2)

De voorwaarden waaronder nationale autoriteiten zoals de wetgever en de rechter inbreuk mogen maken op de uitingsvrijheid van burgers vloeien voort uit onder meer de artikelen 7 Grondwet en 10 Europees Verdrag van de rechten van de mens (EVRM). Deze artikelen (ik gaf in hoofdstuk 2 aan het betoog vooral te richten op artikel 10 EVRM) laten een zekere ruimte voor de mogelijkheid dat in het concrete geval het belang van bepaalde anderen of de samenleving méér bescherming verdient.

Om er achter te komen of er kan worden opgetreden tegen oneigenlijk symboolgebruik, moet met name worden vastgesteld in welke situatie en in hoeverre een beperking van de uitingsvrijheid geoorloofd is. In het bijzonder voor de hoofdstukken over strafrecht en burgerlijk recht is dit een nader thema.

Artikel 10 EVRM beschermt vooral de (overwegend) niet-commerciële uiting, zoals een journalistiek verslag of een politieke boodschap. Bescherming van commerciële uitingen, met name reclame, door artikel 10 EVRM is minder voor de hand liggend dan bescherming van niet-commerciële uitingen. Dit volgt uit de jurisprudentie van het Europese Hof van de Rechten van de Mens (EHRM), dat in zaken die bij dit hof aanhangig worden gemaakt supervisie uitoefent op de naleving van het EVRM door nationale autoriteiten. Binnen de veelheid en verscheidenheid van commerciële uitingen bestaan ook weer enkele gradaties in bescherming (hoofdstuk 2, paragraaf 7).

Ten aanzien van uitingen die (althans overwegend) niet-commercieel van aard zijn, is de bescherming groot tot maximaal. In zaken die gaan over overheidsingrijpen in culturele uitingen (zoals films) wegens strijd met opvattingen van *moraal* of *geloof*, blijkt dat het EHRM de beperking echter regelmatig in stand laat, zónder daarmee gepaard gaande kritische supervisie (hoofdstuk 2, paragraaf 6). Juist op het terrein van, kort gezegd de moraal speelt de problematiek van oneigenlijk symboolgebruik zich in belangrijke mate af – voor het strafrecht bijna geheel, voor het burgerlijk recht ten dele.

Nu hebben de Staten in zaken waarin de moraal een overweging is voor de beperking van (cultuur-)uitingen, ook wel een zekere *beoordelingsmarge* (een *margin of appreciation*), zo heeft het EHRM aangegeven. Maar uit arresten van het EHRM over culturele uitingen die door de nationale autoriteiten vulgair en/of profaan waren bevonden en om die reden waren verboden (de arresten *Müller*, *Otto-Preminger-Institut* en *Wingrove*), blijkt (ook) naar mijn mening een té terughoudende supervisie van dat hof. Deze opstelling van het EHRM komt voort uit de politieke gevoeligheid van het onderwerp – in Europa bestaan verschillende opvattingen over moraal. Daardoor schrikt het EHRM terug voor de formulering van gezichtspunten voor een uniforme wijze *toetsing* van beperkingen in 'moraalzaken', terwijl dát nu juist wél op zijn weg ligt.

Als gevolg hiervan blijkt de *margin of appreciation* een vrijplaats voor de nationale autoriteiten, voor wat betreft de beoordeling van de *proportionaliteit* van om redenen van moraal of geloof opgelegde beperkingen van (cultuur-)uitingen. Daardoor missen nu álle Staten houvast bij de aanleg van een EVRM-conforme beoordeling van de *toelaatbaarheid* van beperkingen wegens strijd met opvattingen van moraal.

3 Strafrechtelijke handhaving van oneigenlijk symboolgebruik (hoofdstuk 3)

Optreden tegen misbruik en oneigenlijk gebruik van symbolen kan op grond van artikelen uit het Wetboek van Strafrecht. Het gaat om smalende godslastering (artikelen 147, 147*a*; artikel 429*bis* WvS), beledigende discriminatie van een bevolkingsgroep (artikelen 137*c* en 137*e* WvS) en misbruik en oneigenlijk gebruik van symbolen van openbare orde (artikelen 435*b*, 435*c* en 435*d* WvS). Een algemeen rechtsfundament ter bescherming van aan symbolen verbonden belangen is er niet, vandaar dat moet worden teruggevallen op de genoemde, iets minder specifieke normen. Daarnaast bestaan er mogelijkheden in het civiele recht (hoofdstuk 4).

Naast een (verondersteld) preventief effect dat van de strafbedreiging uitgaat, is per saldo de waarde van strafbedreiging voor deze studie vooral daarin gelegen, dat de overheid in bepaalde ernstige gevallen van symboolgebruik kán optreden.

In de praktijk worden de artikelen 137*c* en 137*e* WvS het vaakst ingeroepen. Het strafrecht speelt tot op heden vrijwel uitsluitend een rol ten aanzien van oneigenlijk gebruik van symbolen met een *negatieve* connotatie, zoals Nazi-emblemen.

De normen in de genoemde artikelen zijn, zoals dat past in het strafrecht, nauwkeurig omschreven en voorzien van een afgebakend toepassingsbereik, zodat oneigenlijk gebruik van symbolen, religieuze of anderszins, vaker níet dan wél onder het strafrecht zal kunnen worden beoordeeld.

Met betrekking tot diezelfde uitingsvrijheid is mijn indruk voorts dat de artikelen 137*c*, 137*e*, 147, 147*a*, 429*bis* en 435*c-e* WvS als zodanig, evenals de tot nu toe gebleken toepassing van die artikelen in de vorm van vervolging en veroordeling, met die vrijheid níet op gespannen voet staan (hoofdstuk 3, par. 5).

Wél is er naar mijn oordeel ruimte voor verbetering wat betreft de rechterlijke toetsing aan de voorwaarden volgens artikel 10 lid 2 EVRM. Die toets is momenteel beperkt, of in elk geval beperkt zichtbaar. Deze beperkte toets althans beperkte zichtbaarheid heeft als gevolg dat controle op de rechtspraak een lastiger opgave is dan nodig.

4 Civielrechtelijke handhaving van oneigenlijk symboolgebruik (hoofdstuk 4)

Hoofdstuk 4 richtte zich op de alternatieven voor optreden op grond van het strafrecht, in het burgerlijk recht. Daarbij gaat tevens de aandacht uit naar de procesbevoegdheid van belangenorganisaties.

Eén van de belangrijkste vaststellingen was dat symboolgebruik dat als aanstootgevend wordt ervaren in het concrete geval op grond van artikel 6:162 BW kán worden verboden. Vooral het verbod van gebruik en de 'verklaring van recht' zijn geschikte sancties. Het burgerlijk recht kan zo deels geruggesteund door, maar ook onafhankelijk van het strafrecht bijdragen aan het herstellen van onrecht als gevolg van oneigenlijk symboolgebruik en vervult tevens een 'erkenningsfunctie' voor gekwetste partijen die van de rechter willen horen dat ze door het gedrag van de gedaagde miskend zijn in hun identiteit. De collectieve actie vormt bij uitstek op dit vlak een reële versterking van de mogelijkheden.

Rechtszaken en incidenten van op grond van artikel 6:162 BW benaderd of te benaderen aanstootgevend symboolgebruik leverden interessante illustraties op voor het onderzoek. Ik behandelde *Rails*, *Shiva*, *Hitlerwijn* en *Submission*. Het bleken gevallen met een aantal gedeelde bijzonderheden.

Uit deze gevallen kon een goede indruk worden verkregen van de aspecten die in zulke zaken spelen en die medebepalend zijn voor het afwijzen of aannemen van onrechtmatigheid. Toepassing van de onrechtmatigheidscategorie strijd met de maatschappelijke betamelijkheid ligt hier het meest voor de hand. De besproken gevallen duiden erop dat uitingen die weliswaar als aanstootgevend worden ervaren, daarmee nog niet spoedig onrechtmatig (kunnen) worden geacht. Verder bleek onder meer dat – als kwetsend ervaren – *commercieel* gebruik van een religieus symbool, *als zodanig* nog niet onrechtmatig is. Veeleer komt het aan op gebruik *in verband met* de religieuze betekenis.

Juridische procedures over aanstootgevend symboolgebruik hebben een eigen kleur, maar vertonen verwantschap met andere leerstukken.

Naar aanleiding van de genoemde zaken en door aan te sluiten bij rechtspraak van de Hoge Raad over zo'n ander leerstuk, de oude beledigingsbepalingen in het BW, konden gezichtspunten worden samengesteld die van

dienst kunnen zijn bij de beoordeling van de onrechtmatigheid (hoofdstuk 4, paragraaf 3.4.3.3).

Tot de factoren die een rol kunnen spelen, behoort de politieke dimensie van de hier besproken procedures. Afstemming op de uiting in haar directe context, waarbij een appèl aan bredere maatschappelijke thema's als sociale polarisatie zoveel mogelijk buiten de beoordeling van de onrechtmatigheid wordt gelaten, biedt de beste perspectieven voor het beslechten van het concrete geschil. Daarbij kan een geloofsstandpunt van de eisende partij weliswaar dienen ter onderbouwing van zijn geschonden rechten of belangen, maar níet *ter invulling* van een (nieuwe) zorgvuldigheidsnorm – vanwege de morele censuur ten opzichte van de andere partij en anderen in toekomstige gevallen, die daarvan het gevolg zou zijn.

Ik houd er rekening mee dat in de komende jaren het aantal civiele procedures zal toenemen, waarin bescherming wordt gezocht van een aan een symbool (identiteit) verbonden recht of belang, met name in verband met religieuze symbolen. De oorzaak van deze toename, die vermoedelijk nog altijd bescheiden zal blijven maar ingrijpende conflicten kan opleveren, ligt in het verschijnsel van toegenomen multiculturaliteit. De collectieve actiebevoegdheid kan in dergelijke procedures een faciliterende rol gaan spelen, zeker nu voor de hand ligt dat tegen oneigenlijk gebruik van – met name religieuze – symbolen meer en meer vanuit een georganiseerd verband zal worden geageerd (zie nader in hoofdstuk 4, paragraaf 3.4.7).

Wordt er nu niet teveel afbreuk gedaan aan de uitingsvrijheid, na al die mogelijkheden in het civiele recht (de zelfregulering via de Stichting Reclame Code volgt zo meteen nog)?

De voor deze studie meest relevante rechtspraak met betrekking tot de onrechtmatigheidscategorie strijd met de maatschappelijke betamelijkheid (de Hoge Raad in *Rails* en de voorzieningenrechter in *Submission*), is niet problematisch in het licht van de voorwaarden voor beperking van de uitingsvrijheid in artikel 10 lid 2 EVRM (nader hoofdstuk 4, par. 6.3). Het nadrukkelijk (in het vonnis van de voorzieningenrechter in *Submission*: nadrukkelijker) aanleggen van de vereisten volgens artikel 10 lid 2 EVRM verdient aanbeveling. Vergelijk ook mijn zienswijze in hoofdstuk 2, paragraaf 4.3. Overigens blijkt in uitspraken van de civiele rechter al in sterkere mate van een toets aan de uitingsvrijheid dan in uitspraken van de strafrechter (hoofdstuk 3, par. 5).

De collectieve actiebevoegdheid is een in de praktijk nu al regelmatig gebruikte mogelijkheid om in rechte op te komen voor gebundelde belangen. Voor de bescherming van algemene belangen en van groepsbelangen kan zij een uitkomst betekenen. Van koudwatervrees is in de rechtspraktijk na een kwart eeuw geen spoor meer, al is een deel van de grenzen van de sinds 1994 bestaande *wettelijke* regeling nog niet beproefd. De waarde van de collectie actiebevoegdheid schuilt in de 'samen sterk'-gedachte en in het karakter van de individuoverstijgende belangen waarvoor bescherming wordt gezocht.

Procesbevoegde belangenorganisaties moeten onder gelijke voorwaarden als individuele personen aanspraak kunnen maken op rechtsbijstandfaciliteiten, om de collectieve actieregeling optimaal te kunnen laten functioneren.

Oók tot het burgerlijk recht reken ik de zelfreguleringsnormen van de Stichting Reclame Code. De waarde van de klachtprocedure bij die instantie schuilt er vooral in, dat zij voor klagers toegankelijk en goedkoop is, en dat de Reclame Code Commissie (RCC) en het College van Beroep (CvB) met een doelmatige behandeling meewerken aan het bewaken van het niveau van reclame-uitingen in Nederland. De behandelde klachten hadden voor de rechter kúnnen komen, zodat gezegd kan worden dat de faciliteit van de zelfregulering eraan heeft bijgedragen dat het zover niet is gekomen.

Wat betreft oneigenlijk symboolgebruik – ik bekeek zo'n vijfenzeventig beslissingen – blijken zaken vooral te gaan over religie. De RCC blijkt zulke klachten per saldo niet gauw toe te wijzen.

Een moeilijkheid vormt evenwel de beperkte openbaarheid van RCC-beslissingen. Een andere moeilijkheid is dat in de bestudeerde zaken regelmatig níet naar voren komt wat voor de RCC nu precíes de doorslag gaf, noch wat een zaak van andere onderscheidt, of juist wat de bepalende overeenkomsten zijn. Dit *hoeft* niet te betekenen dat de beslissingen niet consistent zijn, maar zeker weten doen we dat niet. De RCC blijkt ook de uitingsvrijheid, die zij blijkens de *Boycot Outspan Aksie*- en *Medisch Komitee Palestina*-arresten van het Hof Amsterdam moet garanderen, vaak niet met zoveel woorden te noemen. Hoewel dit nog niet wil zeggen dat die beslissingen materieel met dat recht botsen, is een meer kenbare onderbouwing op dit punt wenselijk.

Versterking van (de kenbaarheid van) de inhoudelijke argumentatie voor toe- of afwijzing van een klacht, en de inrichting van de mogelijkheid van vrije en kostenloze toegang tot alle uitspraken, zijn twee aanbevelingen om aan de Stichting Reclame Code in overweging te geven. Beide aspecten samen zouden een ommezwaai kunnen betekenen ten gunste van de precedentwaarde van beslissingen, die uiteindelijk voor iedere coherente en geloofwaardige regulering noodzakelijk is.

5 Monopolisering van symbolen als merk (hoofdstuk 5)

De Europese Merkenrichtlijn (MRl) kent voor '*tekens met een grote symbolische waarde*' een voor de EU-Lidstaten optionele weigerings- en nietigheidsgrond (art. 3 lid 2 onder *b* MRl), die in het nationale merkenrecht van een aanzienlijk aantal Europese landen wél, maar in de Benelux-landen níet is overgenomen. Dat is jammer, maar niet iets wat niet hersteld kan worden.

Het begrip tekens met een grote symbolische waarde komt in de Nederlandse rechtspraak niet voor. Wel wordt in de rechtspraak van het ruimere begrip publieke domein gesproken – zie nader hoofdstuk 5, paragraaf 5: de zaken *Churchill*, *Nachtwacht*, *Route 66 I- III* en *Euro*. Het monopoliseren van in het

publieke domein vóórkomende tekens als merk voor bepaalde waren of diensten is als zodanig in de rechtspraak in ons land niet als (moreel, maatschappelijk) problematisch aangemerkt, in de zin dat is overwogen dat zulke tekens überhaupt geen merk mogen zijn: absolute ontoelaatbaarheid. De focus ligt in de rechtspraak vooral op (gebrek aan of gering) onderscheidend vermogen en (geringe) beschermingsomvang, maar hiermee is niet het hele verhaal verteld.

De potentie van artikel 3 lid 2 onder *b* MRl is die van een alomvattende regeling voor tekens die een (inter-)nationaal, religieus (uitdrukkelijk genoemd in artikel 3 lid 2 onder *b* MRl) of cultureel/cultuurhistorisch symbool omvatten. De regeling biedt in de sfeer van het merkenrecht aan de Lidstaten ondubbelzinnig de mogelijkheid om pal te staan voor de representaties van de gemeenschappelijke identiteit van een land of regio en bevolkings- of geloofsgroepen. Daarbij is nadrukkelijk aan méér gedacht dan aan nationale symbolen alléén, want die vielen ook al onder artikel 6*ter* Unieverdrag van Parijs (UvP), dat kort gezegd Staatssymbolen uitsluit van merkoccupatie.

Het verdient aanbeveling om in het Benelux-Verdrag voor de industriële eigendom (BVIE), de opvolger van de Benelux-Merkenwet, alsnog een bepaling naar het model van artikel 3 lid 2 onder *b* MRl op te nemen.

Terugschrikken voor het op een voetstuk plaatsen van tekens met een grote symboolwaarde is niet nodig. In algemene termen gesproken is de waarde van een benaming of afbeelding die een bepaalde identiteit symboliseert in ons land niet minder dan elders. De regeling in de Merkenrichtlijn verschaft onderdak aan een bijzondere verzameling tekens die nu in Nederland niet de speciale aandacht krijgt die zij verdient.

De in het BVIE op te nemen grond zou in de jas van een absolute weigerings- en nietigheidsgrond dienen te worden gegoten. De nieuwe bepaling, bijvoorbeeld in de vorm van toevoeging van de zinsnede "of dat een teken met een grote symbolische waarde bevat" aan het slot van de tekst van artikel 2.4 lid 1 onder *a* BVIE, opent de weg van een integrale benadering van de problematiek en dat is een aantrekkelijk vooruitzicht. In de toelichting bij de nieuwe bepaling zou de wetgever kunnen aangeven aan welke typen tekens van grote symbolische waarde moet worden gedacht en hoe in vóórkomende gevallen de verhouding is met artikel 6*ter* UvP.

Het is niet afdoende om, bij gebreke van de richtlijngrond over tekens met een grote symbolische waarde, te varen op het vereiste van onderscheidend vermogen. Het is namelijk mijns inziens onjuist om de mogelijkheid open te laten dat een teken met een grote symbolische waarde als ieder ander teken kan inburgeren als merk zonder dat er nadere bezwaren tegen merkregistratie kunnen worden aangevoerd.

De merkenrechtelijke beoordeling van tekens met een grote symbolische waarde is immers eerder een kwestie van *absolute toelaatbaarheid* van een teken als merk dan van *deugdelijkheid* van een teken als merk.

Het terrein van de openbare orde is bij uitstek relevant vanwege de aard van tekens met een grote symbolische waarde als bedoeld in artikel 3 lid 2, onder *b* MRl. Tekens met een grote symbolische waarde dienen vrij te worden gehouden van merkregistratie omdat het, blijkens de door mij in de hoofdstukken 4 en 5 gesignaleerde incidenten, in de samenleving als onverteerbaar wordt ervaren dat de toepassing van dergelijke tekens voor persoonlijk gewin kan worden 'beloond' met het verkrijgen van een *exclusief recht* op zo'n teken.

Als absoluut ontoelaatbaar kunnen naar mijn mening worden aangemerkt tekens met een grote *positieve* symbolische waarde, voor zover het betreft nationale symbolen, inclusief nationale symbolen als het Nationaal Monument op de Dam en symbolen van het Koninklijk Huis, en religieuze symbolen (hoofdstuk 5, paragraaf 4.7.4.4). Daarnaast moeten naar mijn mening als absoluut ontoelaatbaar worden aangeduid tekens met een grote *negatieve* symbolische waarde (een portret van Adolf Hitler bijvoorbeeld).

In de behandelde problematiek van tekens met een grote symbolische waarde en het debat daarover in deze studie ligt de nadruk op symbolen met een positieve connotatie, die positieve elementen of bouwstenen vormen van een identiteit. Daarover valt meer (nieuws) te schrijven dan over de verzameling van 'duistere' tekens, die voor de samenleving als geheel een destructief karakter heeft en die overduidelijk in de sfeer van excessen valt.

Voor 'iconen' van cultuur en cultureel erfgoed, die op zichzelf evenzeer deel uitmaken van het domein van de tekens met een grote symbolische waarde, is in ons land een streven naar vrij houden van merkenrechtelijke occupatie niet reëel. Zulke occupatie is hier immers al langere tijd en op aanzienlijke schaal praktijk. Denk bij wijze van voorbeeld aan het merk Rembrandt voor penselen en andere schildersartikelen.

Wanneer tevens oppositie op absolute gronden mogelijk wordt gemaakt, zou de toets door het Benelux-merkenbureau betrekkelijk licht kunnen zijn. Daardoor zouden belanghebbenden in de samenleving en de markt immers zelf in staat zijn een vinger aan de pols te houden en zich (al in het inschrijvingsstadium) te roeren.

De bevoegdheid om de nietigheidsgrond naar het model van artikel 3 lid 2, onder *b* MRl in te roepen zou het beste óók voor het openbaar ministerie moeten worden opengesteld. Juist bij tekens met een grote symbolische waarde is immers niet ondenkbaar dat over (pogingen tot) monopolisering tumult ontstaat in de pers of Kamervragen worden gesteld. Het belang van een actiemogelijkheid vanuit de samenleving is duidelijk.

Een weigerings- en nietigheidsgrond in het BVIE opnemen naar het model van artikel 3 lid 2, onder *b* MRl zal in vóórkomende gevallen een instrument toevoegen aan nu reeds bestaande mogelijkheden voor weigering of nietigverklaring. Derde Rijk-vlaggen en -emblemen kunnen nu en in de toekomst aan de openbare orde en goede zeden worden getoetst. Voor vlaggen en wapens

van landen is reeds artikel 6*ter* UvP voorhanden en dat zal wel zo blijven. In situaties van misleidingsgevaar kan de voor die situaties bestaande grond worden toegepast.

De noodzaak resp. meerwaarde van een *zelfstandige* regeling van tekens met een grote symbolische waarde ligt (1) zowel praktisch als theoretisch in de integrale benadering van het onderwerp, (2) in de insluiting van de nu nog 'ongedekte' categorie religieuze symbolen, en (3) in het signaal van de wetgever dat het tegengaan van de merkenrechtelijke occupatie van symbolen mogelijk en wenselijk is en níet reeds afstuit op eventuele (bij gebreke van dat signaal alleszins begrijpelijke) rechterlijke twijfels over het 'eigenmachtig' verruimen van de uitleg van het begrip openbare orde, een nu eenmaal beladen en veel breder begrip (of juist niet?).

Deze argumenten klemmen des te meer omdat uit de parlementaire geschiedenis niet blijkt van sterke argumenten tégen het overnemen van artikel 3 lid 2, onder *b* MRl.

Ten behoeve van officiële *lagere-overheidstekens* zoals bedoeld in artikel 3 lid 2 onder *c* MRl wordt eveneens bepleit om de optionele richtlijngrond in het BVIE alsnog over te nemen, als absolute weigerings- en nietigheidsgrond.

In vergelijking met de grond voor tekens met een grote symbolische waarde speelt artikel 3 lid 2 onder *c* MRl, dat het mogelijk maakt om officiële aanduidingen die buiten de reikwijdte van artikel 6*ter* UvP vallen, zoals gemeentevlaggen, uit te sluiten van merkregistratie en -bescherming, in deze studie de tweede viool, maar dat mag niet verhullen dat de bepaling op zichzelf van aanzienlijke betekenis is. De tekens zijn nauw verwant met de in de Benelux vanwege de hogere hiërarchie wél categorisch van merkoccupatie en -exploitatie uitgesloten artikel 6*ter* UvP-tekens. Voor overheidsaanduidingen zou echter het officiële karakter bepalend moeten zijn en minder de plaats in de hiërarchie, zodat goed verdedigbaar is dat één lijn wordt getrokken.

Er zou geen bezwaar zijn om ook voor deze nieuwe BVIE-bepaling het openbaar ministerie bevoegd te maken de nietigheid in te roepen. Deze bevoegdheid zou de nieuwe bepaling bovendien in lijn brengen met de uitsluiting van artikel 6*ter* UvP-symbolen (hoofdstuk 5, paragraaf 4.8).

Omvangrijke, specifiek met de merkenrechtelijke context verband houdende vraagstukken doen zich ten aanzien van de verhouding tot de uitingsvrijheid niet voor.

De bepleite uitsluiting van monopolisering raakt een selecte verzameling tekens, zeker nu in mijn optiek culturele symbolen om hoofdzakelijk praktische redenen (met name de talrijke bestaande merkinschrijvingen) wél vatbaar kunnen blijven voor occupatie. Het ontzeggen van de mogelijkheid van merkenrechtelijke occupatie laat voorts onverlet de mogelijkheid van *gebruik* door de gewezen deposant resp. merkhouder. Hij kan binnen de in de hoofdstukken 2-4 getrokken grenzen het teken gewoon blijven gebruiken, net als ieder ander. Verdedigbaar is dus dat voor zover zich al een beperking van de uitingsvrijheid voordoet, die niet ontoelaatbaar zal zijn.

Voor het uitsluiten van tekens met een grote *negatieve* symbolische waarde komt hier nog een legitimatie bij die de toets van artikel 10 lid 2 EVRM zonder problemen doorstaat: het bewaken van de openbare orde door het tegengaan van maatschappijgevaarlijke provocaties, zoals uitingen van rassenhaat.

6 'Hermonopoliseren' werk als merk (hoofdstuk 6)

Een extensie ten opzichte van hoofdstuk 5 vormde het onderwerp van 'verlenging' van een auteursrecht via het merkenrecht, wanneer dat auteursrecht zeventig jaar na het overlijden van de maker wettelijk gaat eindigen of al geëindigd is. Een manier om (bijna) hetzelfde te zeggen is dat sprake is van 'hermonopolisering' van een werk als merk.

'Verlenging' of 'hermonopolisering' is niet uniek voor symbolen, maar kan zeer bekende werken raken die tevens als tekens met een grote (culturele) symbolische waarde kunnen worden beschouwd. Van zulke werken zijn er niet veel, omdat een werk zelden na betrekkelijk korte tijd de status van ongekende bekendheid en blijvende erkenning bereikt die redelijkerwijs nodig is om van een symbool te kunnen spreken.

'Verlenging' van auteursrechten wordt door een deel van de doctrine beschouwd als een verschijnsel dat onwenselijk is, bezien vanuit de vrijgave van werken na het verval van het auteursrecht. Bij gebrek aan duidelijkheid van de wetgever heeft onderwerp geleid tot intense discussies.

Mijn standpunt is dat 'verlenging' mág. De nadelige effecten van 'verlenging' voor derden die gehoopt hadden de als werk beschermde creatie na het verval van het auteursrecht zonder toestemming van de auteursrechthouder te exploiteren als merk, zijn niet uniek voor 'verlenging'. Er valt immers ook wel een andere, met zekerheid legitieme casus te bedenken waarin door de auteursrechthebbende gedurende de looptijd van zijn auteursrecht geëxploiteerde merkrechten dóórlopen na het verval van het auteursrecht (meer in hoofdstuk 6, par. 3.5).

Wat dan misschien nog rest is het (in het debat principiële) punt dat iemand überhaupt enige exclusieve positie van intellectuele eigendom behoudt ten aanzien van een bepaalde naam of afbeelding waarop reeds een recht van intellectuele eigendom rustte, terwijl het verval van dat laatste recht op zichzelf (wettelijk) dwingend en voor de rechthebbende onvermijdelijk was. Nu cumulatie van auteursrecht en merkenrecht in beginsel is toegestaan door de Hoge Raad en daarnaast ook de objectomschrijvingen en de inhoud van de rechtsbescherming van de beide systemen verschillen, kan dit – in mijn ogen niet onsympathieke – punt geen overtuigende aanleiding vormen voor het lanceren van juridisch weerwerk tegen 'verlenging'.

Een ander en bij de huidige stand van wetgeving voor de kwestie van 'verlenging' beslissend argument is het stilzwijgen in de kwestie van zowel de auteurswetgever als – voor de eventuele bestrijding van 'verlenging' vooral van belang – de merkenwetgever (MRl en BVIE), en dan met name het ontbreken van reële aanknopingspunten in de (verplichte en aanvullende)

limitatieve weigerings-/nietigheidgronden. Dit moet m.i. als een argument worden gelezen dat de handelwijze is toegestaan. *En passant* is daarmee tevens gegeven dat het op nationaal initiatief zoeken naar een ingang voor het bestrijden van het fenomeen 'verlenging' zich niet verdraagt met de Europees geharmoniseerde merkenrechtelijke weigerings- en nietigheidsgronden.

De merkinschrijving van een als werk beschermde voorstelling die tévens als een teken met een grote *culturele* symbolische waarde geldt, stuit naar mijn opvatting dus níet reeds af op de (voormalige) auteursrechtelijke bescherming. Deze opvatting sluit via een omweg aan op mijn eerdere opvatting in hoofdstuk 5 over merkenrecht, dat de monopolisering van tekens met een grote symbolische waarde merkenrechtelijk *absoluut ontoelaatbaar* is met uítzondering van symbolen van *culturele* aard.

7 Excursie naar het Duitse merkenrecht (hoofdstuk 7)

Duitsland biedt, zeker in vergelijking met Nederland, een rijk reservoir aan voorbeelden van incidenten, rechtspraak en literatuur over tekens met een grote symbolische betekenis. Mijn gedachte vooraf was dat we hopelijk ons voordeel konden doen met de ervaringen in Duitsland.

Het bleek dat er in Duitsland wel enkele verbindingen worden gelegd tussen de categorieën van tekens met een grote symbolische betekenis die ik eerder in hoofdstuk 5 onderscheidde, maar dat er toch in hoge mate sprake is van een verkaveld gebied. En dat niet alleen op het punt van de symboolcategorieën, maar ook op het punt van de invalshoeken.

De aandacht in het Duitse juridische debat gaat vooral uit naar cultureel erfgoed, dat wordt bezien vanuit de problematieken van *Markengrabbing* in het algemeen en *Re-Monopolisierung* in het algemeen. *Markengrabbing* is het verschijnsel dat ondernemende particulieren louter ten behoeve van de (verhoopte) licentieverlening, en veelal op aanzienlijke schaal en voor talloze waren of diensten, commercieel interessante namen en afbeeldingen als merk laten registreren. *Re-Monopolisierung* houdt in dat een door tijdsverloop (bijna of inmiddels) vervallen auteursrecht op een werk, door de (ex-)auteursrechthebbende of een derde wordt 'verlengd' door middel van een *merk*inschrijving. Deze invalshoeken vormen niet het centrale onderwerp in deze studie en dat bemoeilijkt de vergelijking van de situatie in Nederland met die in Duitsland.

De blik over onze oostgrens blijkt zicht te hebben gegeven op een discours met heel eigen dimensies. Daarbij geldt dat de voor Lidstaten optionele weigerings- en nietigheidsgrond over tekens met een grote symbolische betekenis in artikel 3 lid 2 onder *b* MRl ook in de MarkenG niet is overgenomen en in het Duitse debat tot op heden buiten beeld bleef.

In zoverre zou de conclusie kunnen luiden dat het Duitse debat *niet primair* over tekens met een grote symbolische betekenis gaat. Maar tegelijkertijd kan niet worden ontkend dat symbolen juist mede bij discussies over *Markengrabbing* en *Re-Monopolisierung* een belangrijke positie innemen, zij het soms als niet méér dan het lijdend voorwerp. Steeds weer blijken immers de

Duitse bezwaren uit te komen bij het object van registratie en bescherming: symbolen, met name van cultuurhistorische aard.

In de rede ligt dat in zulke symbolen de sleutel tot een uitweg uit de problematiek wordt gezocht. De Duitse merkenwetgever heeft in de aanloop naar de totstandkoming van nieuwe wetgeving in 2004 tegen (met name) *Markengrabbing* het signaal afgegeven dat de weigerings- en nietigheidsgrond van strijd met de *openbare orde/goede zeden* geschikt is om de problematiek van symbooloccupatie te ondervangen. De literatuur was daarover tot dan toe verdeeld, en de rechtspraak toonde zich gereserveerd. Hoe één en ander uitvalt in de toekomst, en vooral: of symbolen van cultuurhistorische aard ontoelaatbaar zullen worden geoordeeld, moet blijken.

Het ontoelaatbaar achten van symbolen van culturele aard zoals beroemde schilderijen zou trouwens vérder strekken dan mijn opvatting in hoofdstuk 5 (paragraaf 4.7.4.4) over de ontoelaatbaarheid van tekens met een grote symbolische betekenis. Culturele symbolen sloot ik daar om vooral praktische redenen, realiteitszin, van deze ontoelaatbaarheid uit.

De in 2004 geïntroduceerde wetgeving in artikel 8 lid 2 onder 10 Markengesetz (MarkenG) over het depot te kwader trouw is een regeling tegen onder meer *Markengrabbing* terzake van symbolen. Hieruit kan echter niet worden afgeleid dat reeds langs deze weg het probleem van het monopoliseren van symbolen uit de wereld zal zijn geholpen. Als gevolg van de harmonisatie werden de mogelijkheden voor rechtsverkrijging in de MarkenG verruimd, waarna tekens met een grote (culturele/cultuurhistorische) symbolische waarde juist door de activiteiten van 'Markengrabbers' onevenredig in het nauw raakten.

Markengrabbing maakte het probleem van de monopolisering van tekens met een grote symbolische waarde nog urgenter, zo stel ik vast, maar er is niets gedaan met de daarmee op een presenteerblaadje aangereikte *extra* reden om de positie van symbolen onder het huidige merkenrechtelijk systeem te verbeteren. Ook al is de potentie van artikel 3 lid 2 onder *b* MRl tot nu toe ook aan Duitsland voorbijgegaan, de wetgever heeft alvast wél aangegeven dat monopolisering van cultureel erfgoed door de rechter onder strijd met de openbare orde kan worden beoordeeld.

Wat kan Nederland leren uit de excursie naar het Duitse merkenrecht?

Het is nauwelijks nodig om te benadrukken dat de problematiek van symbooloccupatie, zo klein maar tegelijkertijd belangrijk en divers als het gebied is, in Nederland de kinderschoenen nog niet is ontgroeid. Een belangrijke stap die moet worden gemaakt is die van spreken van het alomvattende *publiek domein* waarin in principe merkenrechtelijke occupatievrijheid bestaat (namen of afbeeldingen van dieren, hemellichamen, planten *et cetera*) naar het probleemspecifieke gebied van de *tekens met een grote symbolische waarde*, waar die vrijheid niet behoort te bestaan.

Van Duitsland kunnen we leren dat het toe-eigenen van symbolen van cultureel erfgoed via het merkenrecht de gemoederen hoog kan doen oplo-

pen en de meningen onder juristen over denkbare oplossingsrichtingen verdeeld kan houden. Wat de nationale wetgever uiteindelijk vooral in beweging bracht was de imagoschade die de overheid had opgelopen door alle kritiek op het registratiebeleid van het merkenbureau.

Dit doet denken aan de affaire die in Nederland ontstond rond de inschrijving van het Benelux-merk Shiva voor pornografisch beeldmateriaal, toen bleek dat Shiva tevens een hindoegod is en gelovigen over het registratiebeleid van het Benelux-merkenbureau vielen. Naar verluidt heeft het Benelux-merkenbureau achteraf spijt gehad niet beter te hebben geweten, zodat men de aanvraag had kunnen weigeren. Als het op gevoeligheden rondom symbolen aan komt is een handvol incidenten voldoende voor het ontstaan van een negatief sentiment. Het is – met al die symbolen – moeilijk om er geen enkele keer naast te zitten, maar het belang van zo'n streven is groot.

Een aantal jaren van debat in de media en vakliteratuur en betrokkenheid van de hogere rechter en de (nationale) wetgever heeft Duitsland verschillende facetten van de problematiek doen inzien, maar leidde door een mengeling van de aard van de in de media belichte incidenten ('Kulturraub!') en rechtstraditie – zoals het traditioneel als een kwestie van strijd met de goede zeden beschouwen van de toelaatbaarheid van religieuze tekens – niet tot een integrale benadering van de verschillende typen van symbolen. Vergelijk de rubriceringen (i)-(iii) in paragraaf 1 van dit hoofdstuk 9.

Wat dan te denken, *gegeven* het ontbreken van een integrale benadering en het ontbreken van aandacht voor de mogelijkheden van artikel 3 lid 2 onder *b* MRl, van de Duitse (deel-)oplossingen tot nu toe? De oplossing om monopolisering van cultureel erfgoed onder de openbare orde-grond te beoordelen (gesuggereerd door de wetgever) en monopolisering van religie onder de goede zeden-grond (vaste Warenzeichengesetz-rechtspraak), kán afdoende zijn om die problematiek te gaan, maar dit berust op de veronderstelling dat de rechter deze routes daarvoor zal (blijven) aanwenden. Of de rechter dit zal doen hangt af van de vraag of hij zich in die opstelling zeker en vrij genoeg voelt, in het licht van het informele signaal van de wetgever, en van zijn eigen opvatting over het openbare orde- en goede zeden-begrip.

Voor nationale symbolen in de zin van artikel 6*ter* UvP (Staatssymbolen) is de situatie óók zonder een weigerings- en nietigheidsgrond naar het model van artikel 3 lid 2 onder *b* MRl helder. Voor presidentiële en *Kanzlei*-symbolen komt het dan echter weer aan op de openbare orde- en goede zeden-grond.

8 Monopolisering van symbolen als model (hoofdstuk 8)

Als de route naar merkenrechtelijke bescherming is afgesneden, dan is het ongerijmd dat een vlucht in het modellenrecht perspectief zou bieden. Deze gedachte is de aanleiding geweest voor het opnemen van hoofdstuk 8. In de Europese Modellenrichtlijn (ModRl) (en de Gemeenschapsmodellenverordening, GModVo) ontbreekt evenwel een variant op de facultatieve MRl-grond met betrekking tot tekens met een grote symbolische waarde (artikel 3 lid 2

onder *b* MRl). Alleen al om deze reden zou een overeenkomstige absolute nietigheidsgrond niet kunnen worden geïntroduceerd in het BVIE-modellenrecht. De 'parallelle' implementatie in het BVIE-modellenrecht zou ik anders graag hebben verdedigd.

Bij deze stand van zaken komt het noodzakelijkerwijs aan op de in het BVIE-modellenrecht thans bestaande nietigheidsgronden. Hierbij gaat het om (1) strijd met de openbare orde/goede zeden, die in het modellenrecht kan worden ingezet tegen de occupatie van modellen die een symbool bevatten. Daarnaast gaat het om (2) de nietigheidsgrond in artikel 6*ter* UvP, die kan worden ingeroepen tegen ongeautoriseerd gebruik van Staatswapens, vlaggen en emblemen. Voor buíten het bereik van artikel 6*ter* UvP vallende aanduidingen met een officieel karakter, zoals provinciewapens en emblemen van brandweer en politie, bepleit ik (3) het alsnog in het BVIE-modellenrecht implementeren van het gehéle facultatieve artikel 11 lid 2 onder *c* ModRl. Dit voorstel is analoog aan wat ik voor het BVIE-merkenrecht heb verdedigd.

Voor de invulling van de begrippen openbare orde en goede zeden zijn in de modellenrechtelijke rechtspraak (*Bidtapijt*) en literatuur enige aanknopingspunten te vinden. Voorts kan er (materieel) een verband worden gelegd met de inhoud van de corresponderende begrippen in het MRl-/BVIE-merkenrecht. Ter vergelijking en nadere illustratie richtte ik de blik tevens kort op Duitsland. Het resultaat kwam in Nederlandse ogen aannemelijk zo niet herkenbaar over. Of de Nederlandse rechter de BVIE-modeloccupatie van symbolen *als regel* onder de openbare orde-grond zou willen toetsen, is de vraag, want het begrip is tot nu toe terughoudend uitgelegd.

In mijn visie dienen modellen met een grote negatieve symbolische waarde en daarnaast modellen met een grote positieve symbolische waarde voor zover het betreft nationale of religieuze symbolen categorisch te worden uitgesloten van BVIE-modelinschrijving, wegens strijd met de openbare orde/goede zeden resp. in vóórkomend geval strijd met artikel 6*ter* UvP.

Wat de modellen met een grote symboolwaarde betreft: onder nationale symbolen versta ik Staatswapens en andere kentekens in de zin van artikel 6*ter* UvP, alsmede nationale monumenten en bouwwerken en symbolen van het Koninklijk Huis. Een niet onder artikel 6*ter* UvP vallend kenteken van bijzonder algemeen belang (zie artikel 11 lid 2 onder *c* ModRl) zou eveneens een nationaal symbool kunnen zijn maar is dat niet per se. Symbolen van culturele aard kunnen met het oog op de realiteit, waarin onder andere kunst al regelmatig op een model wordt afgebeeld, buiten schot blijven. Deze criteria van absolute ontoelaatbaarheid liggen in het verlengde van de criteria in het merkenrechtelijke kader (hoofdstuk 5, paragraaf 4.7.4.4).

Een zwaarwegend argument om de inschrijving in het register van modellen met een grote symbolische waarde tegen te gaan, is dat het in de samenleving als zódanig onverteerbaar wordt ervaren dat de toepassing van productvormgeving met een grote symbolische waarde voor persoonlijk gewin kan worden 'beloond' met het verkrijgen van een exclusief recht. Niet-exclusief gebruik in commerciële (en niet-commerciële) context blijft vrij, binnen de grenzen van hetgeen in de hoofdstukken 2-4 werd besproken.

Een ander argument is meer 'klassiek' maar van niet minder gewicht: mede om maatschappelijke onvrede te voorkómen, moet de Staat niet meewerken aan de officiële publicatie van de registratie van tegen de openbare orde/goede zeden indruisende modellen. Dit geldt voor zowel symbolen met een negatieve connotatie als symbolen met een positieve connotatie.

9 Slotbeschouwing

In de beantwoording van de vraag hoe ons recht met symbolen omgaat en zou moéten gaan, is gebleken dat tekens met een grote *religieuze* symboolwaarde voor de meeste incidenten en pijnpunten zorgen. De titel MERK, GOD EN VERBOD sluit op deze bevinding aan. Deel II over monopolisering laat zien dat ons merkenrecht en modellenrecht op dit moment geen speciale aandacht geven aan *tekens* of *modellen met een grote symbolische waarde*, waaronder religieuze. Het is te wensen dat die speciale aandacht er wél komt en dat bijzondere symboolwaarde wordt vertaald in *ontoelaatbaarheid* als wettelijk exclusief merk of model.

Deel I over gebruiksbezwaren ten aanzien van symbolen laat onder andere zien dat een gedeelte van de problematiek zich niet met rechtshandhaving oplost. Weliswaar is in vergelijking met het strafrecht het meer flexibele *burgerlijk recht* naar zijn aard beter – en op zichzelf ook voldoende – geëquipeerd om te worden benut ten behoeve van aan symbolen verbonden belangen. Maar de kans is klein dat een uiterst impopulaire – zeer kritische of satirische – symbooluiting onrechtmatig zal worden verklaard, zeker als die een bijdrage vormt aan enig publiek debat. Hoewel ook het *signaal* dat van een civiele procedure uitgaat al waarde kan hebben voor de promotie van een belang, moet worden aanvaard dat het recht eenvoudigweg (lang) niet alle aan symboolgebruik klevende kwellingen en ongenoegens kan wegnemen.

Veel komt aan op alternatieven, zoals een goede informatievoorziening die gericht is op de herkenning van elkaars symbool. Men hoeft de waarde van een symbool niet te delen om de betekenis ervan voor een ander in te kunnen zien. In Nederland zouden met name mensen met een van origine niet-westerse achtergrond zich moeten proberen te richten op de verspreiding van kennis over hun symbolen, die hier relatief onbekend zijn. Wanneer bovendien iedereen die van een ander een zekere mate van begrip en respect vraagt voor de eigen symbolen, zich tegelijkertijd zélf ontvankelijk toont tegenover een ánder, dan kan er gaandeweg een meer volgroeide multiculturele samenleving ontstaan. De overheid kan in deze beweging een versterkende en in de richting van de meest onmondige gemeenschappen activerende rol spelen, zolang zij daarbij geen delen van de samenleving bevoorrecht ten opzichte van niet-gelovigen.

Lijst van verkort aangehaalde literatuur

Akkermans e.a. 1999
P.W.C. Akkermans, C.J. Bax & L.F.M. Verhey, *Grondrechten. Grondrechten en grondrechtsbescherming in Nederland*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999.

Albert 1997
F. Albert, noot bij de uitspraak van het Landsgericht München I van 8 januari 1997, *GRUR Int.* 1997, p. 833-836.

Alexy 1994
R. Alexy, *Theorie der Grundrechte* (Wissenschaft 582), Baden-Baden: Taschenbuch Suhrkamp 1994.

Alkema 1978
E.A. Alkema, *Studies over Europese Grondrechten*, Deventer: Kluwer 1978.

Alkema 1981
E.A. Alkema, *Schakelbepalingen* (intreerede UvA), 1981.

Alkema 1993
E.A. Alkema, 'Samenhang en verdieping van recht dankzij de rechten van de mens?', in: P.B. Cliteur & A.P.M.J. Vonken (red.), *Doorwerking van mensenrechten*, Groningen: Wolters-Noordhoff 1993, p. 1-23.

Althammer/(naam bewerker) 2000
W. Althammer, P. Ströbele & R. Klaka, *Markengesetz*, Köln: Carl Heymans 2000.

Anema 2000
J.T. Anema, 'Registratie, handel en kopersbedrog in de heraldiek', in: *Jaarboek van het Centraal Bureau voor Genealogie* (deel 54), Den Haag: Centraal Bureau voor Genealogie 2000, p. 149-170.

Asser/Hartkamp 2001 (4-II)
A.S. Hartkamp, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht – 4-II Verbintenissenrecht. Algemene leer der overeenkomsten*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001.

Asser/Hartkamp 2005 (4-II)
A.S. Hartkamp, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht – 4-II Verbintenissenrecht. Algemene leer der overeenkomsten*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001.

Asser/Hartkamp 2004 (4-I)
A.S. Hartkamp (m.m.v. C.H. Sieburgh), *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht – 4-I Verbintenissenrecht. De verbintenis in het algemeen*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2004.

Asser/Hartkamp 2002 (4-III)
A.S. Hartkamp, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht – 4-III Verbintenissenrecht. De verbintenis uit de wet*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2002.

Asser/Hartkamp 2006 (4-III)
A.S. Hartkamp, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht – 4-III Verbintenissenrecht. De verbintenis uit de wet*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2006.

Asser procesrecht/Veegens-Korthals Altes-Groen (2005)
D.J.Veegens (bewerkt door E. Korthals Altes & H.A. Groen), *Cassatie in burgerlijke zaken*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 2005.

Asser/Vranken 1995
J.B.M. Vranken, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht – Algemeen Deel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.

Asser/Vranken 2005
J.B.M. Vranken, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht – Algemeen Deel – Een vervolg*, Deventer: Kluwer 2005.

Baauw 2000
P. Baauw, 'Strafrecht en de schaduwzijden van 50 jaar EVRM: een impressie', *NJCM* (speciaal nummer 50 jaar Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens) 2000, p. 409-420.
Baelde 1935
R. Baelde, *Studiën over godsdienstdelicten* (diss. UL), Den Haag: Martinus Nijhoff 1935.
Barendrecht (diss.) 1992
J.M. Barendrecht, *Recht als model van rechtvaardigheid. Beschouwingen over vage en scherpe normen, over binding aan het recht en over rechtsvorming* (diss. UvT), Deventer: Kluwer 1992.
Barendt 2005
E. Barendt, *Freedom of speech*, Oxford: Oxford University Press 2005.
Bauer 1996
Bauer, 'Die Ware als Marke. Gedanken zur BGH-Entscheidung 'Füllkörper'', *GRUR* 1996, p. 319-321.
Baumbach/Hefermehl 1985
A. Baumbach, bewerkt door W. Hefermehl, *Warenzeichenrecht und internationales Wettbewerbs- und Zeichenrecht. Warenzeichengesetz, Pariser Verbandsübereinkunft, Madrider Herkunftsabkommen, Madrider Markenabkommen, Nizzaer Klassifikationsabkommen, Zweiseitige Abkommen*, München: C.H. Beck 1985.
Beier 1992
F.-K. Beier, 'Unterscheidungskraft und Freihaltebedürfnis. Zum Markenschutzfähigkeit individueller Herkunftsangaben nach § 4 WZG', *GRUR Int.* 1992, p. 243-250.
Beier 1995
F.-K. Beier, 'The development of Trademark Law in the last twenty-five years', *IIC* 1995, p. 769.
Beier 1997
Anmerkung bij de beslissing van 21 mei 1996, 24 W (pat) 235/94 (*ErgoPanel*), *GRUR Int.* 1997, p. 749-751.
Belinfante & De Reede 2005
A.D. Belinfante & J.L. de Reede, *Beginselen van het Nederlands staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2005.
Benkard 1993 (naam bewerker)
D. Asendorf e.a. (bew.), *Benkard. Patentgesetz. Gebrauchsmustergesetz*, München: Beck 1993.
Benkard 2006 (naam bewerker)
D. Asendorf e.a. (bew.), *Benkard. Patentgesetz. Gebrauchsmustergesetz*, München: Beck 2006.
Berlit 1997
W. Berlit, *Das neue Markenrecht*, München: C.H. Beck 1997.
Berlit 2003
W. Berlit, *Das neue Markenrecht*, München: C.H. Beck 2003.
Biesheuvel 1986
M.B.W. Biesheuvel, 'Een constitutioneel vraagstuk van den eersten rang', in: *Burgerlijk recht en grondrechten* (preadviezen Vereniging voor Burgerlijk Recht), Lelystad: Vermande 1986, p. 41-63.
Bodenhausen 1968
G.H.C. Bodenhausen, *Guide to the application of the Paris Convention for the protection of industrial Property, as revised at Stockholm in 1967*, Geneva: BIRPI 1968.
Boeckh 2001
Thomas Boeckh, 'Markenschutz an Namen und Bildnissen realer Personen', *GRUR* 2001, p. 29-38.
Bongard 1964
W. Bongard, 'Kaloderma. Hearing in Gelee. Ein Unternehmen befragt 3045 Verbraucher und lernt daraus', in: *Fetische des Konsums. Portraits klassischer Markenartikel*, Hamburg: Nannen 1964, p. 139-147.

Boukema 1966
C.A. Boukema, *Civielrechtelijke samenloop* (diss. UL),-Zwolle:-Tjeenk Willink-1966.
Mon. Nieuw BW A-21 (Boukema)
C.A. Boukema, *Samenloop* (Monografieën Nieuw-BW A-21), Deventer: Kluwer 1992.
Brandi-Dohrn 1994
M. Brandi-Dohrn, 'Die kommende Neuordnung des Kennzeichenrechts: das Markenreformgesetz', *Betriebsberater* 1994/25 (Beilage 16), p. 10-11.
Braun 1995
A. Braun, *Précis des Marques*, Brussel: Larcier 1995.
Braun 2004
A. Braun (avec la collaboration de E. Cornu), *Précis des Marques*, Bruxelles: Larcier 2004.
Van den Brink 2000
V. van den Brink, *De rechtshandeling in strijd met de goede zeden* (diss. UvA), Den Haag: Boom 2002.
Brinkhof 1992
J.J. Brinkhof, 'De vergelijking van merk en teken', *BIE* 1992 (60), p. 191.
Brinkhof 1994
J.J. Brinkhof, 'Wat is een merk?' in: F. Gotzen (ed.) *Algemene problemen van merkenrecht*, Brussel: Bruylant 1994 (7), bijdrage nr. I, p. 11-34.
Brinkhof 2000
J.J. Brinkhof, 'Het Gerecht van Eerste Aanleg over inburgering van een gemeenschapsmerk', *BIE* 2000, p. 163.
Brinkhof 2000a
J.J. Brinkhof, 'Verlenging auteursrechtelijke bescherming van modellen', *BIE* 2000, p. 231.
Brinkhof 2001
J.J. Brinkhof, 'Verstrekkende uitspraak van het HvJEG in de Baby-dry zaak', *BIE* 2001, p. 344-345.
Brunner 1979
C.J.H. Brunner, *Beginselen van samenloop* (serie Privaatrechtelijke begrippen, deel 7), Alphen aan den Rijn: H.D. Tjeenk Willink 1979.
Brunner 1984
C.J.H. Brunner, *Beginselen van samenloop* (serie Privaatrechtelijke begrippen, deel 7), Arnhem: Gouda Quint 1984 (2e druk).
Busse/Starck 1990
R. Busse, bewerkt door J. Starck, *Warenzeichengesetz: nebst Pariser Verbandsübereinkunft und Madrider Abkommen; Kommentar*, Berlin: De Gruyter 1990.

Chemerinsky 2002
E. Chemerinsky, *Constitutional law. Principles and policies*, New York: Aspen 2002.
Cohen Jehoram 1982
H. Cohen Jehoram, 'Dik Trom geannoteerd', *NJB* 1982, p. 50-51.
Cornish/Llewelyn 2003
W. Cornish & D. Llewelyn, *Intellectual Property: patens, copyright, trade marks and allied rights*, London: Sweet & Maxwell 2003.
Cornish 1993
W.R. Cornish, 'Intellectual property', *Yearbook of European Law* 1993, p. 485-496.

Daalder 1999
E.J. Daalder, 'Belangenorganisaties, de door hen behartigde belangen en het andere belang', in: A.G. Castermans e.a. (red.), *De Landsadvocaat, voor deze: opstellen voor J.L. de Wijkerslooth*, Den Haag: Boom 1999, p. 53-61.
Davies 2002
G. Davies, *Copyright and the public interest*, Londen: Sweet & Maxwell 2002.
Van Delft-Baas 1982
M. van Delft-Baas, *Reclame mag maar er zijn grenzen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1982.

Dessemontet 2000
F. Dessemontet, *Intellectual property law in Switzerland*, Den Haag: Kluwer 2000.
Van Dijk 1973
W. van Dijk, *Merkenrecht in de Benelux-landen. De teksten van de Benelux-Merkenwet en andere statuten, met aantekeningen door W. van Dijk*, Amsterdam: Merkenbureau Van der Graaf & Co 1973.
Van Dijk & Van Hoof 1990
P. van Dijk & G.J.H. van Hoof, *De Europese Conventie in theorie en praktijk*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1990.
Van Dijk e.a. 2006
P. van Dijk e.a., *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen: Intersentia 2006.
Dommering e.a. 2000
E. Dommering e.a. (red.), *Informatierecht. Fundamentele rechten voor de informatiesamenleving*, Amsterdam: Otto Cramwinkel 2000.
Donnelly 2003
J. Donnelly, *Universal human rights in theory and practice*, Londen: Cornell University Press 2003.
Dreier 2001
Th. Dreier, 'Balancing proprietary and public domain interests: Inside or outside of property rights?', in: R. Dreyfuss, D. Zimmerman, H. First (red.), *Expanding the boundaries of intellectual property. Innovation policy for the knowledge society*, Oxford: Oxford University Press 2001, p. 305.
Drucker Bodenhausen Wichers Hoeth 1966
W.H. Drucker & G.H.C. Bodenhausen, bewerkt door L. Wichers Hoeth, *Kort begrip van het recht betreffende de industriële en intellectuele eigendom*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1966.
Drucker Bodenhausen Wichers Hoeth 1984
W.H. Drucker & G.H.C. Bodenhausen, bewerkt door L. Wichers Hoeth, *Kort begrip van het recht betreffende de intellectuele eigendom*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1984.
Dworkin 1977
R. Dworkin, 'Taking rights seriously', Cambridge Massachussets: Harvard University Press 1977.

Eeckman 1994
P. Eeckman, 'Nietigheid en verval van het merk' in: F. Gotzen (ed.) *Algemene problemen van merkenrecht*, Brussel: Bruylant 1994 (7), bijdrage nr. X, p. 213-242.
Eichman 1995
H. Eichman, 'Die dreidimensionale Marke im Verfahren vor dem DPA und dem BPatG', *GRUR* 1995, p. 184-197.
Eichmann/v.Falckenstein 1997
H. Eichmann & R. von Falckenstein, *Geschmacksmustergesetz. Gesetz über den rechtlichen Schutz von Mustern und Modellen*, München: Beck 1997
Eichmann/v.Falckenstein 2005
H. Eichmann & R. von Falckenstein, *Geschmacksmustergesetz. Gesetz über den rechtlichen Schutz von Mustern und Modellen*, München: C.H. Beck 2005
Eisenführ 1994
G. Eisenführ, ''Dos', 'quattro', 'UHQ' – ein Schwanengesang?', *GRUR* 1994, p. 340-344.
Eisenführ/Schennen 2003 (Eisenführ)
G. Eisenführ & D. Schennen, *Gemeinschaftsmarkenverordnung*, Keulen: Carl Heymans 2003.
Ekey/Klippel 2003 (naam bewerker)
F.L. Ekey & D. Klippel (bearb. von A. Bender e.a.), *Heidelberger Kommentar zum Markenrecht: MarkenG, GMV und Markenrecht ausgewählter ausländischer Staaten*, Heidelberg: Müller 2003.
Elders 1986
J.L.M. Elders, 'Een integratieve benadering', in: *Burgerlijk recht en grondrechten* (preadviezen Vereniging voor Burgerlijk Recht), Lelystad: Vermande 1986, p. 7-40.

Van Empel/Geerts 1999
G. van Empel & P.G.F.A. Geerts, *Bescherming van de intellectuele eigendom*, Deventer: Kluwer 1999.
Van Empel/Geerts 2005
G. van Empel & P.G.F.A. Geerts, *Bescherming van de intellectuele eigendom*, Deventer: Kluwer 2005.
Evrard/Péters 2000
J.J. Evrard & P. Péters, *La défense de la marque Benelux*, Bruxelles: Larcier 2000.

Fekkes 1968
J. Fekkes, *De God van de je tante, ofwel het Ezel-proces van Gerard Kornelis van het Reve* (Floret-reeks), Amsterdam: De Arbeiderspers 1968.
Fezer 1986
K.-H. Fezer, 'Markenschutz durch Wettbewerbsrecht – Anmerkungen zum Schutzumfang des Subjektiven Markenrechts', *GRUR* 1986, p. 485-494.
Fezer 1997
K.-H. Fezer, *Markenrecht. Kommentar zum Markengesetz, zur Pariser Verbandsübereinkunft und zum Madrider Markenabkommen. Dokumentation des nationalen, europäischen und internationalen Kennzeichenrechts*, München: C.H. Beck 1997.
Fezer 2001
K.-H. Fezer, *Markenrecht. Kommentar zum Markengesetz, zur Pariser Verbandsübereinkunft und zum Madrider Markenabkommen. Dokumentation des nationalen, europäischen und internationalen Kennzeichenrechts*, München: C.H. Beck 2001.
Fezer 2005
K.-H. Fezer, *Markenrecht. Kommentar zum Markengesetz, zur Pariser Verbandsübereinkunft und zum Madrider Markenabkommen. Dokumentation des nationalen, europäischen und internationalen Kennzeichenrechts*, München: C.H. Beck 2005.
Frenk 1994
N. Frenk, *Kollektieve akties in het privaatrecht* (diss. UU), Deventer:-Kluwer,-1994.
Füllkrug 1994
D. Füllkrug, 'Spekulationsmarken. Eröffnet der Wegfall des Geschäftsbetriebes die Möglichkeit, Formalrechte zu mißbrauchen?', *GRUR* 1994, p. 679-688.
Füllkrug 1995
D. Füllkrug, 'Spekulationsmarken und ihre Löschung', *WRP* 1995, p. 378-384.

Gielen 2006
Ch. Gielen, *Kort begrip van het Benelux merkenrecht*, Den Haag: Kluwer 2006.
Gielen/Wichers Hoeth 1992
L. Wichers Hoeth (bew. door Ch. Gielen), *Merkenrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992.
Gielen/Wichers Hoeth 2000 (Klos): *zie* Kort begrip 2000
Goldstein 1997
P. Goldstein, *Copyright, patent and related state doctrines*, New York: The Foundation Press 1997.
Götting 2001
H.-P. Götting, 'Persönlichkeitsmerkmale von verstorbenen Personen der Zeitgeschichte als Marke', *GRUR* 2001, p. 615-623.
Griffiths 2002
D. Griffiths, 'Beslissen zonder belangenafweging: een andere benadering van civiele geschillen over publicaties', *NJB* 2002, p. 833 e.v.
Griss 2001
I. Griss, 'Absolute Eintragungshindernisse – Allgemeine Kriterien', *MarkenR* 2001 (10), pp. 425-430.
Groenendijk 1981
C.A. Groenendijk, *Bundeling van belangen bij de burgerlijke rechter* (diss. RU), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1981.

Grosheide 1986
F.W. Grosheide, *Auteursrecht op maat. Beschouwingen over de grondslagen van het auteursrecht in een rechtspolitieke context* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1986.
Grosheide 1991
F.W. Grosheide, 'Auteursrecht, mediarecht en siermodellenrecht', in: *Kroniek van het privaatrecht over 1990*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991, bijdrage nr. XIII, p. 116-124.
Grosheide 1998
F.W. Grosheide, 'Zwakke werken', in: *Intellectuele Eigenaardigheden*, Deventer: Kluwer 1998, p. 121-135.
Grosheide 1998a
F.W. Grosheide, Annotatie Hof Amsterdam 6-8-1998 (*Bisdom Utrecht/Stichting Beeldrecht*), *IER* 1998/8, p. 283-286.
Grosheide 2000
F.W. Grosheide, 'Misbruik van Intellectuele Eigendom', *BIE* 2000/afl. 7, p. 235-238.
Grosheide 2000a
F.W. Grosheide, 'Durchsetzung von Urheberrechten im Wege einstweiliger Mabnahmen', *GRUR Int.* 2000, afl. 4, p. 310-324.

Handboek EVRM 1
J. Vande Lanotte & Y. Haeck, *Handboek EVRM. Deel 1. Algemene beginselen*, Antwerpen: Intersentia 2005.
Handboek EVRM 2-I
J. Vande Lanotte & Y. Haeck (red.), *Handboek EVRM. Deel 2. Artikelsgewijze commentaar* (volume 1), Antwerpen: Intersentia 2004.
Handboek EVRM 2-II
J. Vande Lanotte & Y. Haeck (red.), *Handboek EVRM. Deel 2. Artikelsgewijze commentaar* (volume 2), Antwerpen: Intersentia 2004.
Hartkamp 2000
A.S. Hartkamp, 'Europese mensenrechten en nationaal dwingend recht – De Nederlandse rechter en het EVRM', *NJCM* (speciaal nummer 50 jaar Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens) 2000, p. 23-35.
Hartlief 2003
T. Hartlief, 'Het recht op smartengeld: burgerwacht of schaamlap. Enkele opmerkingen over smartengeld in het licht van de functies van het aansprakelijkheidsrecht', in: E.M. Hoogervorst e.a. (red.), *Doel en effect van civielrechtelijke sancties* (BW-krant jaarboek 19), Deventer: Kluwer 2003, p. 119-137.
Heil 1981
G. Heil, 'Die absolute Schutzunfähigkeit bei Warenzeichen', *GRUR* 1981, p. 699-706.
Hellwig 1990
F. Z. Hellwig, 'Acquisition of trademark rights under the trademark law revision act of 1988', *TMR* (80) 1990.
Helm 1996
H. Helm, 'Die bösglaubige Markenanmeldung', *GRUR* 1996, p. 593-601.
Heringa & Zwart 1991
A.W. Heringa & T. Zwart, *De Nederlandse Grondwet*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991.
Hill 2005
J. Hill, 'Putting Religious Symbolism in Context: A Linguistic Critique of the Endorsement Test', Michigan Law Review, Vol. 104, p. 491, 2005.
Holzhauer 2002
R.W. Holzhauer, *Inleiding intellectuele rechten*, Den Haag: Boom 2002.
Hugenholtz 1989
P.B. Hugenholtz, *Auteursrecht op informatie. Auteursrechtelijke bescherming van feitelijke gegevens en gegevensverzamelingen in Nederland, de Verenigde Staten en West-Duitsland. Een rechtsvergelijkend onderzoek* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1989.
Hugenholtz 2000
P.B. Hugenholtz, 'Over cumulatie gesproken', *BIE* 2000/7, p. 240-242.

De Hullu 2006
J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2006 (3e druk).
Ilzhöfer 2000
V. Ilzhöfer, *Patent-, Marken- und Urheberrecht. Leitfaden für Ausbildung und Praxis*, München: Franz Vahlen 2000.
Ingerl/Rohnke 1994
R. Ingerl & Ch. Rohnke, 'Die Umsetzung der Markenrechts-Richtslinie durch das deutsche Markengesetz', *NJW* 1994, p. 1247-1255.
Ingerl/Rohnke 1998
R. Ingerl & Ch. Rohnke, *Markengesetz. Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen*, München: C.H. Beck 1998.
Ingerl/Rohnke 2003
R. Ingerl & Ch. Rohnke, *Markengesetz. Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen*, München: C.H. Beck 2003.

Kerly's 1986
T.A. Blanco White, R. Jacob, *Kerly's Law of trade marks and trade names*, London: Sweet & Maxwell 1986.
Klaka 1996
R. Klaka, 'Schutzunfähigkeit der dreidimensionalen Benutzungsmarke nach § 4 Nr. 2 MarkenG', *GRUR* 1996, p. 613-618.
Klinkert/Schwab 1999
F. Klinkert & F. Schwab, 'Markenrechtlicher Raubbau an gemeinfreien Werken – ein richtungweisendes 'Machtwort' durch den Mona Lisa-Beschluss des Bundespatentgerichts?', *GRUR* 1999, p. 1067-1074.
Klinkert/Schwab 1999a
F. Klinkert & F. Schwab, 'Signaturmarken: Ein Phänomen zwischen Urheberrecht, Persönlichkeitsrecht und Markenrecht', in: C.O. Lenz, W. Thieme, F. Graf von Westphalen (red.), *Beiträge zum deutschen und europäischen Recht* (Gündisch-bundel), Keulen: Heymanns 1999, p. 35-50.
Komen/Verkade 1970
A. Komen & D.W.F. Verkade, *Het nieuwe Merkenrecht*, Deventer: Kluwer 1970.
Van der Kooij & Mulder 1996
P.A.C.E. van der Kooij & S.J.A. Mulder, *Hoofdzaken Mededingingsrecht*, Deventer: Kluwer 1996.
Kort Begrip 2000
Ch. Gielen & N. Hagemans (red.), *Kort begrip van het intellectuele eigendomsrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 2000.
Kottenhagen en Kottenhagen-Edzes 1988
R.J.P. Kottenhagen & P.A. Kottenhagen-Edzes, 'Gebondenheid aan precedenten bij conflictbeslechting buiten de rechterlijke macht om', in: H.J. Snijders e.a. (red.), *Overheidsrechter gepasseerd: conflictbeslechting buiten de overheidsrechter om*, Arnhem: Gouda Quint 1988, p. 381-391.
Kraan 2004
K.J. Kraan, 'Het Koninkrijk der Nederlanden', in: *Het staatsrecht van de landen van de Europese Unie*, L. Prakke & C.A.J.M. Kortmann (red.), Deventer: Kluwer 2004, p. 559-620.
Kunz-Hallstein 1990
H. P. Kunz-Hallstein, 'Europäisierung und Modernisierung des deutschen Warenzeichenrechts. Fragen einer Anpassung des deutschen Markenrechts an die EG Markenrichtlinie', *GRUR Int.* 1990, p. 747- 759.
Kunz-Hallstein 1992
H.P. Kunz-Hallstein, 'Perspektiven der Angleichung des nationalen Markenrechts in der EWG', *GRUR Int.* 1992, p. 81-91.
Kunze 2004
J.M. Kunze, *Das neue Geschmacksmusterrecht*, Keulen: Bundesanzeiger 2004.

Kur 1997
A. Kur, 'Die Harmonisierung der europäischen Markengesetze. Resultate – offene Fragen – Harmonisierungslücken', *GRUR* 1997 p. 241
Kur 1998
G. Schricker, E.-M. Bastian & F. Albert (Herausgeber), mit einer Einführung von A. Kur, *Die Neuordnung des Markenrechts in Europa: Textsammlung; Europäisches und internationales Markenrecht; Markengesetze der Mitgliedstaaten der EU*, Baden-Baden: Nomos 1998, p. 7-60.

Laddie e.a. 2000
H. Laddie e.a., *The Modern Law of Copyright and Designs*, Londen: Butterworths 2000 (2e van 3 delen).
Lawson 2000
R.A. Lawson, '50 EVRM in vogelvlucht', *NJCM* (speciaal nummer 50 jaar Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens) 2000, p. 3-22.
Von Lewinski 1992
S. von Lewinski, 'EC proposal for a Council Directive harmonizing the term of protection of copyright and certain related rights', *IIC* 1992, p. 785-806.
Liakopoulos 2000
Th. Liakopoulos, *Industrial Property*, Athene: Sakkoulas 2000.
Liebau 2000
S. Liebau, *Gemeinfreiheit und Markenrecht. Möglichkeiten einer Remonopolisierung von urheberrechtlich gemeinfreien Werken und Lichtbildern sowie Bildnissen und Namen historischer Persönlichkeiten mit Hilfe des Markenrechts* (diss. Berlijn), Aachen: Shaker Verlag 2000.
Lindenbergh 1998
S.D. Lindenbergh, *Smartengeld* (diss. UL), Deventer: Kluwer 1998.
Lindenbergh 2003
S.D. Lindenbergh, 'Doeleinden en effecten van civielrechtelijke sancties', in: E.M. Hoogervorst e.a. (red.), *Doel en effect van civielrechtelijke sancties* (*BWKJ* 19), Deventer: Kluwer 2003, p. 9-20.
Van Lingen 2002
N. van Lingen, *Auteursrecht in hoofdlijnen*, Groningen: Martinus Nijhoff 2002 (5e druk).
v. Linstow 1999
B. v. Linstow, 'Ist die Offensivmarke ein absolutes Schutzhindernis? Fragen zu § 50 Absatz 1 Nr. 4 MarkenG', *MarkenR* 3/1999, p. 81-83.

Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding (Van Maanen)
J. Spier e.a., *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 2006.
Macdonald 1993
R. St. J. Macdonald, 'The margin of appreciation', p. 83-124, in: R. St. J. Macdonald e.a. (ed.), *The European system for the protection of human rights*, Dordrecht: Martinus Nijhoff 1993.
Martens 1998
S.K. Martens, 'Incorporating the European Convention: the role of the judiciary', *EHRLR* 1998, afl. 1, p. 5-14.
Marx 1997
C. Marx, *Deutsches und Europaïsches Markenrecht: Handbuch für die Praxis*, Neuwied: Luchterhand 1997, nrs. 67-94, p. 23-32.
März 1997
M. März, *Der Schutz von eintragungsfähigen Marken nach dem neuen Markengesetz*, München: VVF 1997.
Massa & Vanderbeeken 2002
Ch.-H. Massa & P. Vanderbeeken. 'Het Gemeenschapstopmodel', *BMMB* 2002, afl. 2, p. 46-57.
De Meij 1995
J.M. de Meij, *Uitingsvrijheid*, Amsterdam: Otto Cramwinkel 1995.

De Meij e.a. 2000
J.M. de Meij e.a., *Uitingsvrijheid. De vrije informatiestroom in grondwettelijk perspectief*, Amsterdam: Otto Cramwinkel 2000 (3e druk).
Meister 1995
H.E. Meister, 'Praktische Erfahrungen mit dem neuen Markengesetz', *WRP* 1995, p. 1005-1014.
Mom 1995
G.J.H.M. Mom, 'Goede zeden en openbare orde in het intellectuele eigendomsrecht', *IER* 1995/ 3, p. 93-102.
Von Mühlendahl 1989
A. v. Mühlendahl, 'Das künftige Markenrecht der Europäischen Gemeinschaft', *GRUR Int.* 1989, p. 353-362.

Nieuwenhuis 1997
J.H. Nieuwenhuis, *Confrontatie & compromis: recht, retoriek en burgerlijke moraal*, Deventer: Kluwer 1997 (2e druk).
Nieuwenhuis 2001
J.H. Nieuwenhuis, 'Ambitieus aansprakelijkheidsrecht', in: R.J. van den Bergh e.a., *Aansprakelijkheid: gronden en grenzen*, Deventer: Kluwer 2001.
Nieuwenhuis 2006
J.H. Nieuwenhuis, 'Hinkelspel rond de boom der kennis van goed en kwaad', in: *Vooruit met het recht. Wat geldt in de rechtswetenschap als vooruitgang?*, J.H. Nieuwenhuis & C.J.J.M. Stolker (red.), Den Haag: Boom 2006, p. 1-18.
Van Nispen 1988
C.J.J.C. van Nispen, 'De kinderjaren van de collectieve actie', in: M.B.W. Biesheuvel e.a., *Verdediging van collectieve belangen via de rechter*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 3-13.
NLR
T.J. Noyon, G.E. Langemeijer & J. Remmelink, *Het Wetboek van Strafrecht*, voortgezet door A.J.A. van Dorst, J.W. Fokkens en A.J.M. Machielse, Deventer: Gouda Quint (losbladig; supplementen art. 147, 147*a* WvS januari 2000, art. 429*bis*, 435*b*, 435*c* en 435*d* WvS september 2004, art. 137*c* en 137*e* WvS augustus 2005).
Nooteboom 1994
E.C. Nooteboom, 'Merkbescherming in Europa' in: F. Gotzen (ed.) *Algemene problemen van merkenrecht*, Brussel: Bruylant 1994 (7), bijdrage nr. VII, p. 159-172.
Nordemann 1996
W. Nordemann, A. Nordemann en J.B. Nordemann, *Wettbewerbs- und Markenrecht*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 1996.
Nordemann 1997
W. Nordemann, 'Mona Lisa als Marke. Re-Monopolisierung gemeinfreien Geistesgutes mit Hilfe des Markenrechts', *WRP* 1997, p. 389-392.
Nordemann 1998
W. Nordemann, *Urheberrecht. Kommentar zum Urheberrechtsgesetz und zum Urheberrechtswahrnehmungsgesetz*, Stuttgart: W. Kohlhammer 1998.

Overeem 1977
R. Overeem, *Ontoelaatbare reclame* (Studiepockets privaatrecht 16), Zwolle: Tjeenk Willink 1977.
Osenberg 1996
R. Osenberg, 'Markenschutz für urheberrechtlich gemeinfreie Werkteile', *GRUR* 1996, p. 101-104.

Phillips & Simon 2004
J. Phillips and I. Simon, 'No marks for Hitler: a radical reappraisal of trade mark use and political sensitivity', *EIPR* 2004, p. 327-330.

Plooy 1986
J. Plooy, *Strafbare godslastering*, Amsterdam: Buijten & Schipperheijn 1986.
Prebensen 1998
S. Prebensen, 'The Margin of appreciation and articles 9, 10 and 11 of the Convention', *HRLJ* 1998, Vol. 19, nr. 1, p. 13-17.

Quaedvlieg 2004
A.A. Quaedvlieg, 'Eigen karakter, technische functie en specialiteit in het nieuwe modellenrecht', *BIE* 2004, p. 529-534.
Quaedvlieg 2006
A.A. Quaedvlieg, 'De redelijk speciale universaliteit van de modellenrichtlijn', *BIE* 2006, p. 406-411.

Raas diss. 2000
R.P. Raas, *Het Benelux merkenrecht en de Eerste Merkenrichtlijn: overeenstemming over verwarring?* (diss. UL), Den Haag: Boom 2000.
Raz 1988
J. Raz, *The Morality of Freedom*, Oxford: Clarendon Press 1988.
Rechtshandeling en overeenkomst (Van Dam) 2004
J.Hijma e.a., *Rechtshandeling en overeenkomst*, Deventer: Kluwer 2004.
Rechtspraak Intellectuele eigendom 2005
P.G.F.A. Geerts, P.A.C.E. van der Kooij & A.A. Quaedvlieg (red.), *Rechtspraak Intellectuele eigendom*, Den Haag: Sdu 2005.
Rehbinder 2001
M. Rehbinder, *Urheberrecht. Ein Studienbuch*, München: C.H. Beck 2001.
Remmelink 1996
J. Remmelink, *Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 1996.
Reurich 2005
L. Reurich, *De articulatie van gedragsnormen. Deel II: vaagheid van normen* (diss. UL), Deventer: Kluwer 2005.
Reve 1971
G.K. van het Reve, *Vier pleidooien*, Amsterdam: Athenaeum 1971.
Ricketson 1987
S.Ricketson, *The Berne Convention for the Protection of Literary Works: 1886-1986*, Deventer: Kluwer 1987.
Ricketson 1992
S. Ricketson, 'The copyright term', *IIC* 1992, p. 753-785.
Rieken 2006
Ch. Rieken, 'Die Eventmarke. Eine neue Markenform zur rechtlichen Absicherung des Sponsoring und Merchandising', *MarkenR* 10/2006, p. 439-445.
De Roo 1970
E.J. de Roo, *Godslastering. Rechtsvergelijkende studie over blasfemie en andere religiedelicten* (diss. RUG), Deventer: Kluwer 1970.
Rosier 1997
Th.E. Rosier, *Vrijheid van meningsuiting en discriminatie in Nederland en Amerika* (diss. VU), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1997.
Rosier 2000
Th. Rosier, 'Tolerantie en religie. Over de zaak Van Dijke en de visie van het EHRM inzake godslastering', *RM Themis* 2000/1, p. 3-14.
Ruijsenaars 1997
H.E. Ruijsenaars, *Character Merchandising. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum Schutz der Vermarktung fiktiver Figuren* (diss. UL), München: V. Florentz 1997.

Sambuc 1997
Th. Sambuc, 'Das Freihaltebedürfnis beschreibender Angaben und der Ware selbst nach dem Markengesetz', *GRUR* 1997, p. 403-408.
Sampaio 1995
José de Sampaio, 'New Portugese Trademark Law', *Trademark World* June/July 1995, p. 45-46.
Schokkenbroek 1998
J. Schokkenbroek, 'The basis, nature and application of the margin-of-appreciation doctrine in the case-law of the European Court of Human Rights', *HRLJ* 1998, afl. 19, nr. 1, p. 30-36.
Schrage 1989
E.J.H. Schrage, 'Dwaling bij kunstaankopen', in: W.M.J. Russel (red.), *De regelen der kunst. Drie opstellen over de verhouding tussen kunst en recht*, Amsterdam: VU Uitgeverij 1989, p. 11-46.
Schreurs 2001
W. Schreurs, *Geschiedenis van de reclame in Nederland*, Utrecht: Het Spectrum 2001.
Schricker 1970
G. Schricker, *Gesetzesverletzung und Sittenverstoss*, München: Beck 1970.
Schuijt 1993
G.A.I. Schuijt, 'Thorgeir Thorgeirson' *AA* 1993, p. 687-693.
Schuijt 1998
G.A.I. Schuijt, 'Tolerantie gevraagd', *Mediaforum* 1998/11-12, p. 317.
Schut 1997
G.H.A. Schut, *Onrechtmatige daad* (Studiepockets privaatrecht 21), Deventer: Kluwer 1997.
Seifert 2000
F. Seifert, 'Markenschutz und urheberrechtliche Gemeinfreiheit', *WRP* 2000, afl. 9, p. 1014-1019.
Sieburgh 2000
C.H. Sieburgh, *Toerekening van een onrechtmatige daad* (diss. RUG), Deventer: Kluwer 2000.
Sloot 2000
B.P. Sloot, 'De controverse over de duur van de Amerikaanse auteursrechtelijke bescherming en haar betekenis voor het Nederlandse auteursrecht', *BWKJ* 16 (2000), p. 97-129.
Smith 1998
C.E. Smith, *Feit en rechtsnorm* (diss. UL), Maastricht: Shaker 1998.
Snijders 1973
W. Snijders, 'Samenloop van wetsbepalingen in het nieuwe B.W.', in: J.F. Glastra van Loon, R.A.V. van Haersolte & J.M. Polak (red.), *Speculum Langemeijer*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1973, p. 453-471.
Speyart 1996
H.M.H. Speyart, 'Het gewijzigde voorstel van de Europese Commissie voor de modellenrichtlijn', *BIE* 1996, p. 222-231.
Speyart 2004
H.M.H. Speyart, 'Kinderkapperstoelverhuizer (m/v) gezocht', *IER* 2004, nr. 40, p. 183.
Spoor *IEC*
J.H. Spoor, in: J.J. Brinkhof, F.W. Grosheide, J.H. Spoor (red.), *Tekst & Commentaar* (losbl.), *Vuga Elsevier*, Me-II.
Spoor/Verkade/Visser 2005
J.H. Spoor, D.W.F. Verkade & D.J.G. Visser, Auteursrecht. Auteursrecht, naburige rechten en databankenrecht, Deventer: Kluwer 2005.
Stein 1993
P.A. Stein, 'Misbruik van auteursrecht', *Informatierecht/AMI* 1993/7, p. 123-127.
Steinbeck 2005
A. Steinbeck, 'Albertus Magnus als Marke', *JZ* 2005, afl. 11, p. 552-558.
Stolker 1993
C.J.J.M. Stolker, 'De politieke rol van de rechter in het burgerlijk recht', in: M.G. Rood e.a. (red.), *Rechters en politiek*, p. 53-83.

Ströbele 1999
P. Ströbele, 'Die Eintragungsfähigkeit neuer Markenformen', *GRUR* 1999, p. 1041-1050.

Treudler 2000
R. Treudler, 'Die unredliche Markenanmeldung. Bewertung von abzulehnenden Markenanmeldungen', *MarkenR* 6/2000, p. 193-201.
Troller 1983
A. Troller, *Immaterialgüterrecht. Patentrecht, Markenrecht, Muster- und Modellrecht, Urheberrecht, Wettbewerbsrecht*, Basel: Verlag Helbing & Lichtenhahn 1983 (band I) en 1985 (band II).
Tsoutsanis 2003
A. Tsoutsanis, *Domeinnaamgeschillen: inbreuk, onrechtmatige daad of kwade trouw? Stand van zaken-onderzoek voor een geschillenregeling in het .nl-domein*, ITeR-reeks deel 58, Den Haag: *Sdu* 2003.
Tsoutsanis 2005
A. Tsoutsanis, *Het merkdepot te kwader trouw* (diss. UL), Deventer: Kluwer 2005.

Ulmer 1980
E. Ulmer, *Urheber- und Verlagsrecht*, Berlijn: Springer 1980.

Vanhees 2006
H. Vanhees, *Het Beneluxmodel*, Gent: Larcier 2006.
Mon. Privaatrecht (Verheij)
A.J. Verheij, *Onrechtmatige daad* (Monografieën Privaatrecht 4), Deventer: Kluwer 2005.
Verbruggen 2001
J. Verbruggen, 'Merkenrecht functioneel bekeken', *IRDI* 2001, p. 96.
Verbruggen 2002
J. Verbruggen, 'Baby-Dry – The origin function 'revisited'', *GRUR Int.* 2002, p. 213.
Verkade 1982
D.W.F. Verkade, 'Het werk als merk, en het merk als werk', *Auteursrecht/AMR* 1982, nr. 5, p. 141-144.
Verkade 1985
D.W.F. Verkade, *Ongeoorloofde mededinging*, Tjeenk Willink: Zwolle 1985.
Verkade 1990
D.W.F. Verkade, *Intellectuele eigendom, mededinging en informatievrijheid* (oratie UL), Deventer: Kluwer 1990.
Mon. Nieuw BW B-49 (Verkade)
D.W.F. Verkade, *Misleidende reclame* (Monografieën Nieuw-BW B-49), Deventer: Kluwer 1992.
Verkade 1996
D.W.F. Verkade, '(Dis)harmonie op het gebied van de intellectuele eigendom', *AA* 1996, p. 339-346.
Verkade 1998
D.W.F. Verkade, 'The cumulative effect of copyright law and trademark law: which takes precedence?', in: J.J.C. Kabel en G.J.H.M. Mom, *Intellectual property and information law* (Cohen Jehoram-bundel), Den Haag: Kluwer 1998, p. 69-76.
Verkade 1999
D.W.F. Verkade, 'Europese Hof neemt *Freihaltebedürfnis* ernstig in geografische *Chiemsee*-zaak', *BIE* 1999, p. 195-196.
Verkade 1999a
D.W.F. Verkade, 'Rechtbank Breda maakt Euro royalty-vrij, maar niet in alle opzichten', *BIE* 1999, p. 235-236.
Verkade 2000
D.W.F. Verkade, 'Neue Markenformen: ein Beitrag aus den Benelux-Staaten', *GRUR Int*. 2000, p. 304.

Visser 1997
D.J.G. Visser, *Auteursrecht op toegang. De exploitatierechten van de auteur in het tijdperk van digitale informatie en netwerkcommunicatie* (diss. UL), Den Haag: VUGA 1997.
Vosenberg 1969
Th. Vosenberg, *The meaning and the grounds of unregistrability of trademarks* (diss.), Athene: 1969.

Wandtke/Bullinger 1997
A. Wandtke & W. Bullinger, 'Die Marke als urheberrechtlich schutzfähiges Werk', *GRUR* 1997, p. 573-580.
Wandtke/Bullinger 1999
A. Wandte & W. Bullinger, *Fallsammlung zur Urheberrecht*, Weinheim: Wiley 1999.
Wiarda 1999
G.J. Wiarda (bewerkt door T. Koopmans), *Drie typen van rechtsvinding*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999 (4e druk).
Wichers Hoeth 1982
L. Wichers Hoeth, 'Samenloop tussen merkenrecht en auteursrecht. Een kwestie van dubbel behoren?', in: *Naar behoren. Doorwerking van maatschappelijke behoorlijkheid in het recht en verschuiving in opvattingen omtrent juridisch behoren* (Jubileumbundel van het Juridisch Gezelschap Amsterdam), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1982, p. 137-143.
Van der Wiel 2003
B.T.M. van der Wiel, 'Samenhang bij samenloop', in: T. Hartlief, Jac. Hijma & L. Reurich (red.), *Coherente instrumenten in het contractenrecht* (*BWKJ* 19), Deventer: Kluwer 2003, p. 1-12.
Wissink 2000
M.H. Wissink, *Richtlijnconforme interpretatie van burgerlijk recht* (diss. UL), Deventer: Kluwer 2001.
Van Woensel 2005
C.P.L. van Woensel, 'Führer wines at your local store: legal means against commercial exploitation of intolerable portrayals', *EIPR* 2005, afl. 2, p. 37-42.
Wuesthoff 1955
Wuesthoff, 'Was sind eintragbare Warenzeichen?', *GRUR* 1955, p. 7 e.v.

Rechtspraakregister

Nederlandse rechtspraak

Hoge Raad

HR 31 januari 1919, *NJ* 1919, p. 161, W10365, m.nt. Mff (*Lindenbaum/Cohen*) | *4:* 3.2.2.2
HR 18 maart 1920, *NJ* 1920, p. 479-482 (*Schippers/Schieland*) | *6:* 1.2
HR 6 juni 1932, *NJ* 1932, p. 1162-1164, m.nt. WP | *3:* 4.3.2
HR 3 juni 1935, *NJ* 1936, 6, m.nt. T. | *3:* 4.3.1
HR 23 mei 1938, *NJ* 1939, 11 | *3:* 2.4.2
HR 29 april 1940, *NJ* 1940, 831 | *3:* 3.3.1
HR 19 juni 1942, *NJ* 1942, 557, p. 841 m.nt. vdZ (*Permant*) | *5:* 5.4.3
HR 28 juni 1946, *NJ* 1946, 712 (*Van Gelder/Van Rijn*) | *6:* 2.4
HR 28 oktober 1948, *NJ* 1949, 169, *BIE* 1949, nr. 4, p. 18-25, m.nt. vdM | *5:* 5.1; *5:* 5.2
HR 28 oktober 1948, *BIE* 1949, p. 24 | *5:* 5.1
HR 5 juni 1951, *NJ* 1951, 521 (*N.V. Zwitserse Wasinrichting en Ververij Rijswijk*) | *3:* 4.4.1
HR 26 juni 1953, *NJ* 1954, 90 m.nt. PhANH (*Hyster Krane*) | *8:* 2.2
HR 28 juni 1957, *NJ* 1957, 514 m.nt. LEHR (*Erba/Amsterdamsche Bank*) | *6:* 1.2
HR 6 maart 1959, *NJ* 1959, 349 m.nt. HB (*Meinen/Nefkens*) | *6:* 1.2
HR 2 april 1968, *NJ* 1968, 373 m.nt. Bronkhorst (*Reve* of *Ezelproces*) | *3:* 2.4.4; *3:* 5.2.2; *3:* 5.3.2
HR 11 juni 1968, *NJ* 1968, 297 (*J.R.T.* of *Rode Kruis-brieven*) | *3:* 4.3.1
HR 22 juni 1973, *NJ* 1973, 386, m.nt. ARB (*Fluoridering*) | *4:* 3.4.2
HR 15 juni 1976, *NJ* 1976, 551, m.nt. ThWvV (*Glimmerveen*) | *3:* 3.2.2.1
HR 15 mei 1979, *NJ* 1979, 484 (*'Gebruik maken' van Rode Kruis-teken*) | *3:* 4.3.1
HR 24 juni 1983, *NJ* 1984, 801, m.nt. MS (*Gemeenteraadslid*) | *2:* 5.3; *4:* 3.3.1; *4:* 3.4.3.1; *4:* 3.4.3.2
HR 1 juli 1983, *NJ* 1984, 360, m.nt. MS (*Landelijke Specialisten Vereniging*) | *4:* 4.1; *4:* 2.2.3
HR 27 januari 1984, *NJ* 1984, 803 m.nt. CJHB (*VARA/Vereniging Leading Success People*) | *4:* 3.4.3.2
HR 26 juni 1984, *NJ* 1985, 40 (*Johann Georg G.*) | *3:* 3.2.1
HR 5 oktober 1984, *NJ* 1985, 445, m.nt. LWH (*Stichting Zonder Recht of Titel*) | *4:* 4.1; *4:* 4.5
HR 8 maart 1985, *NJ* 1986, 437, m.nt. CJHB (*Herrenberg/Parool*) | *2:* 5.3; *4:* 3.4.3.2
HR 19 maart 1985, *NJ* 1985, 688, m.nt. 'tH (*Pieter ter H.*) | *3:* 3.3.2
HR 29 maart 1985, *NJ* 1985, 591, m.nt. LWH (*Bendien/Verwet*) | *4:* 2.5
HR 29 november 1985, *NJ* 1987, 880 (*Screenoprints*) | *6:* 2.4
HR 11 februari 1986, *NJ* 1986, 689, m.nt. 'tH (*Van Gogh I*) | *3:* 3.2.2.3; *3:* 3.2.1
HR 27 juni 1986, *NJ* 1987, 743, m.nt. WHH (*Nieuwe Meer*) | *4:* 2.2.3; *4:* 4.1; *4:* 4.3; *4:* 4.5
HR 27 juni 1986, *NJ* 1987, 191 m.nt. vNH (*Nautic/Decca*) | *6:* 3.1
HR 9 januari 1987, *NJ* 1987, 928, m.nt. EAA (*Edamse Bijstandmoeder*) | *2:* 5.2; *2:* 5.3
HR 13 februari 1987, *NJ* 1987, 899, m.nt. EAA (*Beelen c.s./Van der Linde*) | *2:* 7.2; *2:* 5.2
HR 5 juni 1987, *RvdW* 1987, 135 (*Goeree*) | *2:* 5.2
HR 22 september 1987, *NJ* 1988, 300 (*Nellie M.*) | *3:* 3.2.2.3
HR 27 oktober 1987, *NJ* 1988, 538, m.nt. ThWvV (*Florentine Sophie H.*) | *3:* 3.3.2
HR 15 januari 1988, *NJ* 1988, 376 (*Screenoprints*) | *8:* 2.2
HR 18 oktober 1988, *NJ* 1989, 476, m.nt. GEM (*Lubbert Geert G.*) | *3:* 3.3.2
HR 11 december 1990, *NJ* 1991, 313 m.nt. 'tH (*Van Gogh II*) | *3:* 3.2.2.3; *3:* 3.2.1
HR 4 januari 1991, *NJ* 1991, 608 m.nt. DWFV (*Van Dale/Romme*) | *6:* 2.4
HR 14 juni 1991, *NJ* 1992, 393, m.nt. DWFV (*NIVAK/NGA*) | *8:* 4.4.3

HR 31 mei 1991, *NJ* 1992, 391, m.nt. DWFV(*Borsumij/Stenman* of *Raamuitzetter*) | *8:* 2.2
HR 14 juni 1991, *NJ* 1992, 393, m.nt. DWFV, *BIE* 1993, p. 213 (*NIVAK/NGA* of *NIVAK*) | *3:* 4.2.2; *4:* 2.5; *5:* 4.7.2
HR 18 december 1992, *NJ* 1994, 139, m.nt. MS (*Kuunders*) | *4:* 4.1; *4:* 4.4
HR 1 juli 1992, *NJ* 1993, 450 m.nt. HJS (*Alpha-hulpverleners* of *Alpha-hulpen*) | *4:* 4.2; 4: 4.5
HR 3 december 1993, *NJ* 1994, 375 (*Medezeggenschapsraad*) | *4:* 4.2
HR 21 januari 1994, *NJ* 1994, 473, m.nt. DWFV (*Ferdi E.*) | *2:* 5.3
HR 2 september 1994, *NJ* 1995, 369, m.nt. HJS (*Consumentenbond/Nuts Ziektekostenverzekering)* | *4:* 4.1, *4:* 4.5
HR 21 oktober 1994, *NJ* 1996, 346, m.nt. CJHB, *NJ*CM 1995, p. 420, m.nt. Verhey, *AB* 1995, 393, m.nt. Drupsteen (*Rails)* | *4:* 3.3.1; *4:* 3.3.2.4; *4:* 6.2.2.2; *4:* 6.3.2
HR 2 december 1994, *NJ* 1996, 246, m.nt. DWFV (*ABN Amro/Coopag*) | *4:* 4.1; *4:* 2.2.3
HR 6 januari 1995, *NJ* 1995, 422, m.nt. EJD (*Parool/Van Gasteren*) | *2:* 4.3; *2:* 5.3; *4:* 6.3.3
HR 21 februari 1995, *NJ* 1995, 452, m.nt. Sch (*Zwart hakenkruis op een rode armband*) | *3:* 3.2.2.3
HR 10 maart 1995, *NJ* 1995, 670 m.nt. DWFV (*Kinderkapperstoel*) | *8:* 3.4
HR 20 oktober 1995, *NJ* 1996, 682 m.nt. J.H. Spoor (*Dior/Evora*) | *6:* 3.3; *6:* 2.1
HR 26 april 1996, *NJ* 1996, 728, m.nt. EAA (*Rasti Rostelli*) | *2:* 5.2; *2:* 7.2
HR 21 maart 1997, *NJ* 1998, 207, *LJN* AA4945 (*Eco Swiss China Time/Benetton*) | *5:* 4.7.4.3
HR 2 mei 1997, *NJ* 1997, 661, m.nt. DWFV (*Discodanser*) | *2:* 5.2; *2:* 7.2; *2:* 7.3
HR 5 december 1997, *NJ* 1998, 524, m.nt. DWFV (*Route 66 I*) | *5:* 5.1; *5:* 5.4; *5:* 5.4.1; *5:* 5.4.2
HR 6 februari 1998, *NJ* 1998, 569 m.nt. DWFV (*BMW/Blok*) | *6:* 3.1
HR 8 mei 1998, *NJ* 1998, 888 (*Boterenbrood e.a./MeesPierson*), m.nt. Ma en DWFV | *4:* 2.2.1
HR 15 januari 1999, *NJ* 1999, 665, m.nt. DWFV (*Luiers II,* of *Procter & Gamble/Kimberly Clark II*) | *4:* 6.2.2.2.
HR 5 maart 1999, *NJ* 2000, 306, m.nt. DWFV (*Route 66 III*) | *5:* 4.7.4.4; *5:* 5.4.2; *5:* 5.6
HR 16 april 1999, *NJ* 1999, 697, m.nt. P.B. Hugenholtz (*Batco/Doucal II* of *Bigott/Doucal II)* | *6:* 3.5; *6:* 1.2
HR 3 september 1999, *NJ* 1999, 718 (*Kritisch Faunabeheer/Koninklijke Nederlandse Jagersvereniging*) | *4:* 4.5
HR 5 maart 1999, *NJ* 2000, 306, m.nt. DWFV (*Route 66 III*) | *5:* 4.1; *5:* 4.6.4; *5:* 4.6.5; *5:* 5.1
HR 16 april 1999, *NJ* 1999, 697 m.nt. P.B. Hugenholtz (*Batco/Doucal II* of *Bigott/Doucal II*) | *6:* 1.1; *6:* 3.1
HR 9 januari 2001, *NJ* 2001, 203 (*Van Dijke*) | *3:* 3.2.1; *3:* 5.3.3
HR 9 januari 2001, *NJ* 2001, 204, m.nt. JdH (*A. van der W)* | *3:* 3.2.1; *3:* 5.3.3
HR 22 juni 2001, *NJ* 2002, 103, m.nt. DWFV (*Van A tot Zink*) | *5:* 4.6.4
HR 9 oktober 2001, *LJN* ZD2776 (*Danslessen*) | *3:* 5.3.3
HR 19 april 2002, *NJ* 2002, 298 (*Schieving-Nijstad/Groeneveld*) | *5:* 5.6
HR 14 juni 2002, *NJ* 2003, 689, m.nt. HJS (*Nederlandse Vakbond van Varkenshouders/Staat*) | *4:* 4.2
HR 14 juni 2002, *NJ* 2003, 112 (*Bramer/Hofman Beheer*) | *6:* 1.2
HR 15 november 2002, *NJ* 2003, 48 (*AVO/Petri Beheer*) | *6:* 1.2
HR 5 november 2002, *LJN* AE8821 (*'Wir wollen Beweise'*) | *3:* 3.3.2
HR 19 april 2005, *LJN* AR 7262, (*verfbom tegen gouden koets)* | *3:* 5.3.3

Gerechtshoven

Hof Amsterdam 30 oktober 1980, *NJ* 1981, 422, *NJCM* 1980, p. 374-384, m.nt. J.A. Peters (*Boycot Outspan Aksie*) | *2:* 5.2; *4:* 5.5.1; *4:* 5.6.1; *4:* 6.4.2
Hof Amsterdam 27 mei 1982, *NJCM* 1982, p. 246-255, m.nt. J.A. Peters (*Medisch Komittee Palestina*) | *4:* 5.6.1; *4:* 6.4.3
Hof 's-Hertogenbosch, 22 september 1982, *NJ* 1984, 600 (*Prentbriefkaart*) | *3:* 3.3.2
Hof Amsterdam 8 december 1989, kenbaar uit HR 11 december 1990, *NJ* 1991, 313, m.nt. 't H (*Van Gogh II*) | *3:* 5.3.3
Hof Arnhem 16 januari 1990, *NJ* 1990, 470 (*Stinissen*) | *4:* 4.5
Hof Amsterdam 29 juli 1993, *NJ* 1996, 346, *Mediaforum* 1993-9, p. B82-B83 (*Rails)* | *4:* 3.3.2.3
Hof Leeuwarden 26 januari 1995, *NJ* 1995, 388, (*Boomsma*) | *2:* 3.2; *3:* 5.3.3

Hof Amsterdam 20 februari 1996, *Mediaforum* 1996/4, p. B57 (*Holman*) | *3:* 5.3.3
Hof Amsterdam 18 april 1996, *NJ* 1998, 633 (*Route 66 II*) | *5:* 4.6.3; *5:* 4.6.4, *5:* 4.6.5; *5:* 5.1; *5:* 5.5
Hof Leeuwarden 12 juni 1996, *NJ* 1998, 524 m.nt. DWFV (*Route 66 I*) | *5:* 5.1; *5:* 5.4; *5:* 5.4.1; *5:* 5.4.2
Hof Amsterdam 5 juni 1997, *KG* 1997, 210, *BIE* 1998, nr. 23, p. 103 (*Kritisch Faunabeheer/Actief Faunabeheer*) | *4:* 4.5
Hof Leeuwarden 3 september 1997, *NJ* 2000, 306, m.nt. DWFV | *5:* 4.7.4.4; *5:* 5.1; *5:* 5.6
Hof 's-Gravenhage 27 mei 1999, *BIE* 1999, nr. 71, p. 248-255, *IER* 1999, nr. 32, p. 173-179, m.nt. Gielen; arrest tevens opgenomen in HR 13 juli 2001, *NJ* 2001, 614 | *5:* 4.5
Hof 's-Gravenhage 9 juni 1999, *LJN* AF5469 (*Van Dijke*) | *3:* 5.3.3
Hof 's-Hertogenbosch 19 april 2001, *IER* 2001, nr. 45, p. 244-246 | 5: 4.6.3; *5:* 5.1; *5:* 5.7
Hof Amsterdam 25 oktober 2001, *DomJur* 2001, nr. 125 (*Staat/Amstel Meer Land*) | *5:* 6
Hof 's-Hertogenbosch 5 november 2002, *NJ* 2003, 612 (*X/De Limburger*) | *2:* 5.3
Hof Amsterdam 20 februari 2003, *DomJur* 2003, nr. 170 (*Staat/De Kreek II*) | *5:* 6
Hof Arnhem 4 november 2003, *IER* 2004/afl. 2, nr. 31, p. 155-158 (*Easy Drain Afvoergoot*) | *8:* 3.3; *8:* 3.4
Hof Amsterdam 9 september 2004, *IER* 2005/afl. 2, nr. 26, p. 121-123 (*Simba/Hasbro*) | *8:* 2.2
Hof Amsterdam 19 november 2004, *IER* 2005, nr. 30 (*Philips/Gilette*) | *4:* 6.2.2.3
Hof 's-Gravenhage 30 juni 2005, rolnr. 03/1648 (*Van den Luitgaarden/Staat*) | *4:* 4.7.2; *4:* 4.7.3
Hof Amsterdam 8 september 2005, *IER* 2006/afl. 1, nr. 6, p. 18-22 (*Klompslof 'Cloggy' I*) | *8:* 2.2
Hof 's-Hertogenbosch 27 september 2005 *LJN*-AU5199 (*ontkrachten rectificatie in toegevoegd commentaar*) | *4:* 2.2.3; *4:* 6.2.2.3
Hof Amsterdam 15 juni 2006, *LJN*-AX8850 (*Deurwaarderszegel*) | *5:* 4.7.2
Hof Amsterdam 30 november 2006, rolnr. 04/213 (*Agni/Shiva Entertainment*) | *4:* 3.3.3.1

Rechtbanken

Rb. Almelo 13 juni 1933, *NJ* 1934, p. 107 | *3:* 2.4.4; *3:* 2.5
Rb. Amsterdam 20 december 1934, *NJ* 1934, p. 1713 | *3:* 2.4.2
Rb. 's-Gravenhage 20 januari 1959, *BIE* 1959, afl. 8/9, p. 109 | *5:* 4.7.2
Rb. Amsterdam 23 juni 1965, *NJ* 1965, 282 | *3:* 2.4.2
Rb. Amsterdam 1 mei 1980, *NJCM* 1980, p. 216-222 m.nt. J.A. Peters | *4:* 6.4.2
Rb. 's-Gravenhage 11 december 1981, *BIE* 1983/afl. 8, nr. 75, p. 228-229 | *8:* 4.4.1
Pres. Rb. Amsterdam 6 februari 1992, *BIE* 1992, nr. 100, p. 390- 391, m.nt. vNH | *5:* 5.1; *5:* 5.3
Pres. Rb. Amsterdam 26 november 1992, *KG* 1993, 39 (ook *Mediaforum* 1993-1, p. B14-B15) | *4:* 3.3.2.2
Pres. Rb. Zwolle 3 juni 1996, < www.domjur.nl > (*Flevonet.nl*) | *5:* 6
Pres. Rb. Amsterdam 29 augustus 1996, < www.domjur.nl > (*xxlink.nl*) | *5:* 6
Pres. Rb. Amsterdam 20 september 1996, *IER* 1996, afl. 6, p. 227 (*Ouders.nl*) | *5:* 6
Pres. Rb. Amsterdam 20 februari 1997, *KG* 1997, 87 (*Kritisch Faunabeheer/Wetenschappelijk Onderzoek Faunabeheer*) | *4:* 4.5
Rb. 's-Gravenhage 6 oktober 1998, *Mediaforum* 1998/11-12, nr. 53 | *3:* 5.3.3
Rb. Breda 11 mei 1999, *BIE* 1999, nr. 75, p. 262-264 (*Euro*), met comm. Verkade op p. 235-236 | *5:* 4.6.3; *5:* 4.6.5; *5:* 5.1; *5:* 5.7; *5:* 5.7.2; *5:* 5.7.3
Pres. Rb. Leeuwarden 20 maart 2000, *LJN*-AA5178, *Mediaforum* 2000/5, nr. 33, p. 174-178 (*Bayer/Ziek van Bayer*) | *4:* 6.3.3
Rb. Utrecht 12 april 2001, *KG* 2001, 170 (*Staat/Stichting Jongeren Milieu Producties*) | *4:* 2.6
Pres. Rb. Amsterdam 2 augustus 2001, *KG* 2001, 212 (*Shiva*) | *4:* 3.3.1; *4:* 3.3.3.1
Rb. Haarlem 1 oktober 2002, *IER* 2003, nr. 8, p. 43-46, noot Kabel (*ESA/Etos*) | *5:* 4.7.2
Vzr. Rb. Dordrecht 27 november 2002, *LJN*-AF1299 (*De Dordtenaar/Van Maren*) | *4:* 6.2.2.3
Vzr. Rb Utrecht 16 juli 2003, *IER* 2003, nr. 8, p. 38-42, m.nt. MdCB (*Prinsesmaxima.com*) | *5:* 4.7.2; *5:* 4.7.4.2; *5:* 4.7.4.4; *5:* 6
Rb. Amsterdam 1 oktober 2003, zaaknr. 248973 (*Agni/Shiva Entertainment*) | *4:* 3.3.3.1
Rb. Breda 28 juli 2004, *NJF* 2004, 524 (*Dometic/Thetford*) | *4:* 2.2.1
Vzr. Rb. 's-Gravenhage 15 maart 2005, *NJF* 2005, 194, *LJN* AT0303 (*Submission Part I*) | *4:* 3.3.5.1; *4:* 3.4.2; *4:* 6.3.3

Vzr.-Rb. Utrecht 12 juli 2005, *LJN*-AT9075 (*Dyson/Philips*) | *4:* 6.2.2.3
Vzr.-Rb. Breda 18 augustus 2005, *LJN*-AU1044 (*Bisdom Breda/Van der Velden Uitvaartverzorging*) | *4:* 6.2.2.3
Rb. Utrecht 7 september 2005, *NJF* 2005, 438 (*X/Groeivermogen*) | *4:* 2.2.1
Vzr. Rb. Haarlem 6 oktober 2005, *NJF* 2005, 432 (*KPN/Pretium*) | *2:* 5.3
Rb. 's-Hertogenbosch 16 februari 2006, *NJF* 2006, 265 (*Kulzer/Biomet*) | *4:* 2.2.1

Reclame Code Commissie

RCC 25 juni 1974, nr. 1 (*Homoseksuelen*) | *4:* 5.6.1; *4:* 6.4.2
RCC 23 september 1975, nr. 2A, *NJ* 1976, 369 | *4:* 5.5.1; *4:* 5.6.1
RCC 19 april 1977, nr. 4 (*Actie Namibië*) | *4:* 5.6.1; 4: 6.4.4
RCC 7 december 1981, dossier 2750 | *4:* 6.4.3
RCC 26 mei 1992, *IER* 1992/5, nr. 39, p. 149-154 (*Stervende AIDS-patiënt Benetton*) | *4:* 5.6.1
RCC 3 februari 1993, 92.7549C, *RCC* 1993/120 Deel I (*Hemelpoort*) | *4:* 5.6.1; *4:* 5.6.1
RCC 16 februari 1993, 92.7544, *RCC* 1993/123 Deel I (*Gregoriaans gezang*) | *4:* 5.6.1
RCC 15 maart 1993, 92.7553, *RCC* 1993/129 Deel I (*Elfde Gebod*) | *4:* 5.6.1
RCC 28 april 1993, 93.7621I, *RCC* 1993/145 Deel I (*Onbevlekt ontvangen*) | *4:* 5.6.1
RCC 1 juni 1993, 93.7637, *RCC* 1993/153 Deel I (*De herdertjes lagen bij nachte*) | *4:* 5.6.1
RCC 11 augustus 1993, 93.7752, *RCC* 1993/138 Deel II (*Een hemels idee*) | *4:* 5.6.1
RCC 28 januari 1994, 93.7870, *RCC* 1994/23(*Jehova's Getuigen*) | *4:* 5.6.1; *4:* 6.4.4
RCC 7 maart 1994, 93.7990, *RCC* 1994, nr. 66 (*Jezus Christus in Rio*) | *4:* 5.4.3.1; *4:* 5.6.1
RCC 5 juli 1994, 94.8172A, *RCC* 1994, nr. 214 (*By God You Will Feel Him*) | *4:* 5.4.3.1; *4:* 5.6.1
RCC 9 maart 1995, 95.8539, *RCC* 1995/125 (*Getverderre*) | *4:* 5.6.1
RCC 15 mei 1995, 95.8680A, *RCC* 1995, nr. 197 (*Onze paasboodschap*) | *4:* 5.4.3.4; *4:* 5.6.1; 4: 5.6.1
RCC 7 juni 1995, 95.8691, *RCC* 1995, nr. 220 (*Lam met doornen kroon*) | *4:* 5.4.3.5; *4:* 5.6.1
RCC 18 juli 1995, 95.8722, *RCC* 1995/279 (*Mijn God*) | *4:* 5.6.1
RCC 6 november 1995, 95.8834, *RCC* 1995/386 (*The family that prays together*) | *4:* 5.6.1
RCC 22 december 1995, 95.8999, *RCC* 1995, nr. 463 (*Twijfel niet. Hij is er*) | *4:* 5.6.1
RCC 28 maart 1996, 885/96.9017, *RCC* 1996/142 (*Biecht en de verleiding van een nieuwe keuken*) | *4:* 5.6.1
RCC 11 juni 1996, 96.9122, *RCC* 1996/171 (*De achtste dag*) | *4:* 5.6.1
RCC 1 november 1996, *IER* 1997/1, nr. 1, p. 12-13 (*HIJ Mannenmode*) | *4:* 5.6.1
RCC 12 november 1996, 96.9380, *RCC* 1996/358 (*Scheppingsverhaal*) | *4:* 5.6.1
RCC 16 december 1996, 96.9465F, *RCC* 1996, nr. 403 (*All about Eve*) | *4:* 5.4.3.1; *4:* 5.6.1
RCC 13 maart 1997, 97.0043, *RCC* 1997, nr. 80 (*Jezus, wat gaat het toch snel*) | *4:* 5.4.3.1; *4:* 5.6.1
RCC 1 april 1997, *IER* 1997/4, nr. 43, p. 154-155 (*Larry Flynt*) | *4:* 5.4.3.5; *4:* 5.6.1
RCC 16 september 1997, 97.0241, *RCC* 1997/266 (*Christelijk lied*) | *4:* 5.6.1
RCC 23 december 1997, 97.0494C, *RCC* 1997, nr. 399 (*Je Zus komt ook!*) | *4:* 5.4.3.1; *4:* 5.6.1
RCC 7 december 1998, RCC 1998, 504 (*Biecht en hypotheek*) | *4:* 5.6.1
RCC 3 februari 1998, 965/97.0360, *RCC* 1998/47 (*Sissi*) | *4:* 5.6.1
RCC 19 mei 1998, 98.0139, *RCC* 1998, nr. 194 (*Hollands kaasmeisje*) | *4:* 5.5.1; *4:* 5.6.1
RCC 6 juli 1998, 98.0228B, *RCC* 1998, nr. 292 (*Sinterklaas*) | *4:* 5.4.2; 4: 5.6.1
RCC 24 september 1998, 98.0320, *RCC* 1998, nr. 381 (*Maria in Spijkerbroek*) | *4:* 5.4.3.2; *4:* 5.6.1
RCC 7 december 1998, 98.0496, *RCC* 1998, nr. 504 (*Biecht en hypotheek*) | *4:* 5.4.3.3; *4:* 5.6.1
RCC 28 mei 1999, 99.0151, *RCC* 1999, nr. 202 (*Priester met voetbalbeker*) | 4: 5.4.3.3; *4:* 5.6.1
RCC 26 augustus 1999, *IER* 2000/1, nr. 11, p. 45-47 (*Ode over AIDS*) | *4:* 5.6.1; 4: 6.4.4
RCC 10 november 1999, 1065/99.0234, *RCC* 1999/417 (*Voetballer loopt over water*) | *4:* 5.6.1
RCC 8 december 1999, 99.0434A, *RCC* 1999/447 (*Bidden en de Heer vragen*) | *4:* 5.6.1
RCC 9 december 1999, 99.0384, RCC 1999/454 (*Sinner*) | *4:* 5.6.1
RCC 7 maart 2000, 1082/99.0277, *RCC* 2000/196 (*Holy Chicken*) | *4: 5.6.1*
RCC 21 juni 2000, 00.0200, *RCC* 2000, nr. 241 (*Voor een absoluut Oranjegevoel*) | *4:* 5.4.2; *4:* 5.6.1
RCC 4 juli 2000, 00.0231, *RCC* 2000/264 (*Paradijs*) | *4:* 5.6.1
RCC 1 november 2000, 00.0424B, *RCC* 2000, nr. 413 (*Alles is te huur zelfs god*) | *4:* 5.4.3.1; *4:* 5.6.1
RCC 17 november 2000, 00.0440, *RCC* 2000/437 (*Christus-houding*) | *4:* 5.6.1

RCC 13 december 2000, 00.0484B/C/D, *RCC* 2000, nr. 496 (*KRO Het gevoel dat je wilt delen*) | *4:* 5.4.3.2; *4:* 5.6.1
RCC 8 oktober 2001, 01.0406, *RCC* 2001, nr. 406 (*Halleluja*) | *4:* 5.4.3.3; *4:* 5.6.1
RCC 9 oktober 2001, 01.0415 (*Hoofdduivel)* | *4:* 5.6.1
RCC 2 november 2001, 01.0545B (*Cover HP/De Tijd*) | *4:* 5.6.1
RCC 2 november 2001, 01.0545C (*Moslim Informatie Centrum of Cover HP/De Tijd)* | *4:* 5.5.3; *4:* 5.6.1; *4:* 6.4.4
RCC 16 september 2003, dossier 03.0347 (*Ganesh MTV*) | *4:* 5.4.3.6; *4:* 5.6.1
RCC 13 oktober 2003, dossier 03.0377A/B (*Stationsevangelisatie*) | *4:* 5.5.2; *4:* 5.6.1
RCC 13 mei 2005, dossiers 05.0186A/B/C (*Hand of God*) | *4:* 5.4.3.7; *4:* 5.6.1

College van Beroep (Stichting Reclame Code)

CvB 6 april 1976 | *4:* 6.4.2
CvB 11 maart 1982, 2750 | *4:* 5.6.1; *4:* 6.4.3
CvB 20 juli 1993, 755/93.7649B, *RCC* 1993, nr. 43 (*Kerkelijk tafereel*) | *4:* 5.4.3.3; *4:* 5.6.1
CvB 3 februari 1998, *RCC* 1998, nr. 47 (*Sissi*) | *4:* 5.4.3.3
CvB 29 mei 2000, *RCC* 2000, nr. 196 (*Holy Chicken*) | *4:* 5.4.3.6; *4:* 5.6.1
CvB 17 april 2003, 03.0019 (*Maria met konijn*) | *4:* 5.6.1
CvB 20 mei 2005, dossier 1369/05.0185A (*Europese Grondwet*) | *4:* 5.5.3; *4:* 5.6.1
CvB 14 september 2005, dossier 1372/05.0166 (*Animal Welfare*) | *4:* 5.5.3; *4:* 5.5.4; *4:* 5.6.1

Supranationale rechtspraak

Europse Hof voor de Rechten van de Mens

(uitspraken zonder vindplaatsvermelding zijn geraadpleegd op < www.echr.coe.int >.)

EHRM 23 juli 1968, zaaknrs. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64 (*Belgian linguistic legislation*) | *2:* 3.3.1
EHRM 18 juni 1971, nr. 2832/66, 2835/66 en 2899/66 (*De Wilde, Ooms & Versyp*) | *2:* 3.2
EHRM 7 december 1976, *NJ* 1978, 236, (*Handyside)* | *2:* 3; *2:* 3.2; *4:* 3.3.2.5; *4:* 3.4.4
EHRM 8 juni 1976, *NJ* 1978, 223, (*Engel*) | *2:* 3.3.2
EHRM 7 december 1976, *NJ* 1978, 236, (*Handyside*) | *2:* 3.3.1
EHRM 18 januari 1978 (*Ierland/Groot-Brittannië*) | *2:* 2
EHRM 26 april 1979, *NJ* 1980, 146 (*Sunday Times*) | *2:* 1.1; *2:* 3.2; *2:* 3.3.2; *4:* 6.3.1
ECRM 5 mei 1979, nr. 7805/77 (*Scientology/Zweden*) | *2:* 7.2; *2:* 7.3
EHRM 22 oktober 1981, nr. 7525/76 (*Dudgeon*) | *2:* 3.2; *3:* 5.2.2
EHRM 25 maart 1983, nr. 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75 en 7136/75 (*Silver*) | *2:* 3.2
EHRM 28 november 1984, *NJ* 1986, 4, m.nt. EAA en EAAL (*Rasmussen*) | *2:* 3.3.2
EHRM 25 maart 1985, *NJ* 1987, 900 (*Barthold*) | *2:* 3.2
EHRM 8 juli 1986, *NJ* 1987, 901 (*Lingens*) | *2:* 3.3.2; *2:* 6.6.1
EHRM 26 oktober 1988, nr. 10581/83 (*Norris*) | *3:* 5.2.2
EHRM 24 mei 1988, *NJ* 1991, 685, m.nt. EAA (*Müller*) | *2:* 3.2; *2:* 3.3.1; *2:* 3.3.2; *2:* 6.1; *2:* 7.2; *3:* 5.3.2; *4:* 3.3.2.4
EHRM 26 oktober 1988, nr. 10581/83 (*Norris*) | *2:* 3.2; *2:* 6.4.2
EHRM 20 november 1989, *NJ* 1991, 738, m.nt. EAA (*Markt Intern*) | *2:* 2; *2:* 3.2; *2:* 7.2; *2:* 7.3
EHRM 28 maart 1990, *NJ* 1991, 739, m.nt. EAA (*Groppera Radio*) | *2:* 7.3
EHRM 24 april 1990, nr. 7/1989/167/223 (*Kruslin)* | *2:* 3.2; 4: 6.3.1
EHRM 24 april 1990, nr. 4/1989/164/220 (*Huvig*) | *2:* 3.2
EHRM 23 mei 1991, *NJ* 1992, 456, m.nt. EJD (*Oberschlick I*) | *2:* 3.1; *4:* 3.3.2.4
EHRM 23 mei 1992, *NJCM* 1993, 423-428, m.nt. JvdV (*Thorgeir Thorgeirson*) | *3:* 5.3.3
EHRM 25 juni 1992, *NJ* 1987, 901 (*Lingens*) | *2:* 6.6.2

EHRM 29 oktober 1992, nr. 64/1991/316/387-388 (*Open Door & Dublin Well Woman*) | *2:* 3.3.2; *2:* 6.4.2
EHRM 24 februari 1994, *NJ* 1994, 518, m.nt. EJD (*Cassado Coca*) | *2:* 7.2; 2: 7.3
EHRM 23 juni 1994, *NJ* 1995, 365, m.nt. EJD (*Jacubowski*) | *2:* 3.3.2; *2:* 7.4; *4:* 6.2.1
EHRM 20 september 1994, *NJ* 1995, 366, m.nt. EJD (*Otto-Preminger Institut*) | *2:* 3.1; *2:* 3.2; *2:* 6.1; *2:* 6.3; *3:* 5.3.2; *4:* 4.4
EHRM 23 september 1994, NJ 1995, 387, m.nt. EJD en Kn (*Jersild*) | *2:* 6.1; *2:* 6.5; *3:* 3.3.1; *3:* 5.3.3
EHRM 9 februari 1995, *NJCM* 1995, p. 480, m.nt. De Meij (*Bluf!*) | *3:* 5.3.1
ECRM 20 februari 1995, *NJCM* 1996, p. 368 (*IJspeerd/Nederland*) | *2:* 7.3
EHRM 13 juli 1995, *NJ* 1996, 544, m.nt. EJD (*Miloslavski*) | *2:* 3.2
EHRM 25 november 1996, *NJ* 1998, 359, m.nt. EJD (*Wingrove*) | *2:* 3.2; *2:* 3.3.1; *2:* 6.1; *2:* 6.3.2; *2:* 6.4; *3:* 5.2.2; *3:* 5.3.2; *4:* 3.3.3.1
EHRM 24 februari 1997, *NJ* 1998, 360, m.nt. EJD (*De Haes en Gijsels*) | *2:* 3.1; *2:* 6.6.2; *3:* 3.2.1; 3: 5.3.3
EHRM 25 augustus 1998, *NJ* 1999, 712, m.nt. EJD (*Hertel*) | *2:* 3.3.2; *2:* 7.3; *2:* 7.4
EHRM 25 november 1999, *NJ* 2001, 63-65 (m.nt. EJD onder *NJ* 2001, 63) (*Nilsen en Johnsen*) | *2:* 3.2
EHRM 31 juli 2000, nr. 35765/97, (*A.D.T.*) | *2:* 3.2; *3:* 5.2.2
EHRM 28 juni 2001, *NJ* 2002, 181, m.nt. EJD (*Tierfabriken*) | *2:* 5.2
EHRM 5 november 2002, nr. 38743/97 (*Demuth*) | *2:* 7.4
EHRM 10 juli 2003, *NJ* 2005, 177, m.nt. EJD (*Murphy*) | *2:* 3.3.2; *2:* 6.3.2; *2:* 6.5.1
EHRM 28 oktober 2003, zaaknr. 39657/98, *Mf* 2004, nr. 1, m.nt. G. Kemper (*Steur*) | *4:* 6.4.4
EHRM 4 december 2003, *NJ* 2005, 176, m.nt. EJD (*Gündüz*) | *2:* 3.3.2; *2:* 6.2.2; *2:* 6.3.2; *2:* 6.5.1
EHRM 24 juni 2004, 59320/00, *Mf* 2004, nr. 27, p. 252, m.nt. Schuijt (*Caroline von Hannover*) | *2:* 6.5.2
EHRM 21 december 2004, nr. 61513/00 (*Busuioc*) | *2:* 3.2
EHRM 13 september 2005, nr. 42571/98 (*I.A./Turkije*) | *3:* 5.3.2; *3:* 5.3.3
EHRM 10 november 2005, nr. 44774/98 (*Leyla Ahin*) | *3:* 5.3.2
EHRM 25 januari 2007, nr. 68354/01 (*Vereinigung Bildender Künstler*) | *2:* 6.1; *3:* 5.3.2

Hof van Justitie van de EG

(uitspraken zonder vindplaatsvermelding zijn geraadpleegd op < www.curia.eu.int >.)

HvJEG 23 mei 1978, 102/77, *NJ* 1979, 336, m.nt. LWH, r.ov. 7 (*Hoffmann-La Roche*) | *5:* 4.2.1
HvJEG 20 januari 1981, gevoegde zaken 55/80 en 57/80, *NJ* 1982, 111 m.nt. LWH (*Musik-Vertrieb Membran/GEMA*) | *6:* 2.1
HvJEG 20 oktober 1993, gevoegde zaken C-92/92 en C-326/92, *Jur.* 1993, p. I-5145, *AMI* 1994, p. 91 m.nt. Feenstra en Krawczyk (*Phil Collins*) | *6:* 2.7
HvJEG 4 november 1997, C-337/95, *NJ* 2001, 132 (*Dior/Evora*) | *6:* 1.2; *6:* 2.1; *6:* 3.1
HvJEG 11 november 1997, C-349/95, *NJ* 1999, 216, m.nt. DWFV (*Loendersloot*) | *5:* 4.2.1
HvJEG 16 juli 1998, C-210/96, *NJ* 2000, 374 (m.nt. DWFV onder *NJ* 2000, 375) (*Gut Springenheide*) | *4:* 2.2.1
HvJEG 23 februari 1999, C-63/97, *NJ* 2001, 134 | *6:* 1.2
HvJEG 4 mei 1999, gevoegde zaken C 108/97 en 109/97 (*Chiemsee*) | *7:* 2.3.4.3; *7:* 3.2.2
HvJEG 14 september 1999, C-375/97, *NJ* 2000, 376, m.nt. DWFV (*General Motors/Yplon*) | *5:* 2.4.4
HvJEG 13 september 2001, C-89/99, *NJ* 2002, 90, m.nt. DWFV | *5:* 5.6
HvJEG 9 oktober 2001, C-377/98, (*Richtlijn Biotechnologie*) | *5:* 4.7.4.1
HvJEG 25 oktober 2001, C-112/99, *NJ* 2002, 142 (*Toshiba/Katun*), m.nt. DWFV | *4:* 2.2.1
HvJEG 18 juni 2002, C-299/99, *NJ* 2003, 481, m.nt. JHS, *IER* 2002, nr. 42, p. 251-262, noot Grosheide (*Philips/Remington*) | *5:* 4.2.1; *5:* 4.7.4.2; *7:* 3.1
HvJEG 12 december 2002, C-273/00, *NJ* 2003, 600, m.nt. JHS, *IER* 2003, nr. 21, p. 109-113, m.nt. Gielen (Sieckmann) | *5:* 2.4.1; *5:* 4.6.2
HvJEG 9 januari 2003, C-292/00 *IER* 2003, nr. 25, p. 126-130, noot Gielen, *BIE* 2003, nr. 81, p. 484-487 (*Davidoff/Gofkid*) | *5:* 2.4.4

HvJEG 6 mei 2003, C-104/01, *IER* 2003, nr. 50, p. 247-252, noot Gielen, *BIE* 2004, nr. 50, p. 305-340, noot Quaedvlieg, (*Libertel*) | *5:* 2.4.1; *5:* 5.4.3
HvJEG 24 juni 2004, C-49/02, *IER* 2004, nr. 90, p. 395-398, noot Gielen, *BIE Actualiteiten* 2004, p. 275-277, noot Quaedvlieg (*Heidelberger Bauchemie*) | *5:* 2.4.1
HvJEG 27 november 2003, C-283/01, *IER* 2004, p. 33 (*Shieldmark*) | *5:* 2.4.1
HvJEG 23 oktober 2003, C-408/01, *IER* 2004, nr. 13, p. 53-58, noot Kabel, *BIE* 2004, nr. 24, p. 162-167, noot Steinhauser (*Adidas/Fitnessworld*) | *5:* 2.4.4
HvJEG 27 november 2003, C-283/01, *IER* 2004, nr. 7, p. 33-37 (*Shieldmark*) | *5:* 4.7.4.4
HvJEG 4 mei 1999, gevoegde zaken C-108 en 109/97, *NJ* 2000, 269, m.nt. Verkade (tevens noot in *BIE* 1999, p. 195-196) (*Chiemsee*) | *5:* 4.2.1; *5:* 4.4.2
HvJEG 23 oktober 2003, C-191/01 P, *IER* 2004, nr. 12, p. 51-53, noot Gielen (*Doublemint*) | *5:* 4.2.1
HvJEG 12 februari 2004, C-265/00 (*Biomild*) | *5:* 4.2.1
HvJEG 12 februari 2004, C-363/99, *IER* 2004, nr. 22, noot Gielen (*Postkantoor*) | *5:* 4.2.1
HvJEG 19 september 2002, C-104/00 P (*Companyline*) | *7:* 3.1
HvJEG 20 september 2001, *NJ* 2002, 139 (*Baby-Dry*) (m.nt. DWFV onder HvJEG 4 oktober 2001, *NJ* 2002, 140 (*Bravo*)) | *5:* 4.2.1
HvJEG 12 februari 2004, C-218/01 (*Henkel*) | *5:* 4.2.1; *5:* 4.7.4.2
HvJEG 25 maart 2004, C-71/02, *IER* 2004, nr. 83, p. 353-357 (*Karner/Troostwijk*) | *2:* 7.4
HvJEG 29 april 2004, C-456/01 P en C-457/01 P (*Henkel*) | *5:* 4.2.1
HvJEG 17 maart 2005, C-228/03 (*Gilette/LA-Laboratories*) | *5:* 2.4.4
HvJEG 12 januari 2006, C-173/04 P (*SiSi-Werke*) | *5:* 4.2.1; *5:* 4.2.3
HvJEG 8 april 2003, C-53/01 en C-55/01, *IER* 2003, nr. 48, p. 241-245, noot HMHS, *BIE* 2004, nr. 19, p. 122-127 (*Linde*) | *5:* 4.2.3
HvJEG 12 januari 2006, C-361/04 P (*Picasso/Picaro*), *GRUR* 2006, p. 237-240, met comm. DJGV in *BIE* 2006, p. 71-73 | *5:* 4.2.3

Benelux-gerechtshof

BenGH 22 mei 1987, *NJ* 1987, 881 m.nt. LWH (*Screenoprints*) | *6:* 2.4
BenGH 16 juni 1995, *NJ* 1995, 745, m.nt. DWFV (*Polyglot*) | *5:* 5.4.3
BenGH 20 december 1996, *NJ* 1997, 313, m.nt. DWFV (*Europabank*) | *5:* 4.7.1
BenGH 16 december 1998, *NJ* 2001, 133, *BIE* 1999, p. 297 m.nt. Ste (*Dior/Evora*) (m.nt. Spoor onder HvJEG 23 februari 1999, C-63/97, *NJ* 2001, 134) | *6:* 1.2

Buitenlandse rechtspraak

België

Hof van Beroep te Brussel 3 november 1983, *BIE* 1983/afl. 8, nr. 75, p. 228-229 | *8:* 4.4.2

Duitsland

Bundesgerichtshof

BGH *GRUR* 1955, p. 421 e.v. (*Forellenzeichen*) | *7:* 2.3.2
BGHZ 10, p. 232 | *8:* 4.2.2
BGHZ 42, p. 12-13 | *8:* 4.2.2
BGH *NJW* 72, p. 1414 | *8:* 4.2.2
BGH 18 september 1963, *GRUR* 1964, p. 137 (*Schweitzer*) | *7:* 3.3.3
BGH 22 mei 1968, *GRUR* 1968, p. 694 (*Polyestra*) | *7:* 2.3.4.2
BGH *GRUR* 1982, p. 383 (*Zahl 17*) | *7:* 2.3.4.2

BGH 17 mei 1984, *GRUR* 1984, p. 813 (*Indorektal*) | *7:* 2.3.4.2
BGH 27 mei 1993, I ZB 7/91 (BPatG), *GRUR* 1993, p. 746 (*Premiere*) | *7:* 2.3.4.2
BGH *GRUR* 1995, p. 595 (*Buschengrapscher)* | *8:* 4.2.2
BGH *WRP* 1998, p. 493 (*Bonus*) | *7:* 3.2.2
BGH *GRUR* 1998, p. 814 (*Change*) | *7:* 3.2.2
BGH *GRUR* 2001, p. 242 (*Classe E*) | *7:* 2.3.1

Reichsgericht

RGZ 169, p. 245 | *8:* 4.2.2

Bundespatentgericht

BPatGE 46, p. 228 | *8:* 4.2.2
BPatGE *Mitt.* 83, p. 156 (*Schoasdreiber*) | *8:* 4.2.2
BPatG 17 mei 1968, *BPatG Mitt.* 1968, 192 (*Mosaic*) | *7:* 3.3.4.2
BPatG 9 maart 1973 – 24 W (pat) 195/72, *BPatGE* 15, nr. 46, p. 230-237 (*Marie Celeste*) | *7:* 3.3.4.2
BPatG *Mitt.* 1981, p. 122 (*Posthorn*) | *7:* 3.3.5
BPatG 16 januari 1986, *BPatGE* 28, nr. 16, p. 41-43 (*Coran*) | *7:* 1.2; *7:* 3.3.4.2
BPatG 7 juli 1992 – 24 W (pat) 278/89, *GRUR* 1992, p. 607-609 (*Fleur charme*) | *7:* 2.3.4.2
BPatG 2 november 1993, *GRUR* 1994, p. 377 (*Messias*) | *7:* 1.2; *7:* 3.3.4.2
BPatG 18 mei 1995, *GRUR* 1995, p. 592-595 (*Busengrapscher*) | *7:* 3.3.4.1
BPatG 14 november 1995 – 24 W (pat) 206/94, *GRUR* 1996, p. 408 (*Cosa Nostra*) | *7:* 3.3.3; *7:* 3.3.4.1
BPatG 22 november 1995, 26 W (pat) 188/94 (*Vital & Fit*) | *7:* 2.3.4.2
BPatGE 25 november 1997, 24 W (*pat*) 188/96, *Mitt.* 1998, p. 306-308; *GRUR* 1998, p. 1021-1023 (*Mona Lisa*) | *7:* 1; *7:* 3.2; *7:* 3.4.2
BPatG 2 maart 2004 – 24 W (pat) 36/02 (*Lady Di*) | *7:* 3.4.2
BPatG 28 september 2004, *GRUR* 2005, p. 679 (*Bundesfarben*) | *7:* 3.3.5
BPatGE 9 november 2005, 29 W (pat) 147/03, *GRUR* 2006, nr. 9, p. 333-338 (*Marlene Dietrich*) | *7:* 1.2; *7:* 1.3; *7:* 3.1; *7:* 3.2
BPatG 7 december 2006, 32 W (pat) 140/04 (*Pinocchio*) | *7:* 1.5; *7:* 3.3.4.3

Oberlandesgerichte

OLG Dresden 4 april 2000, zaaknrs. 3504/99, 3565/99 en 3611/99 (naar de oplopende nummers: *Bach I-III*), *NJW* 2001, p. 615-618, *ZUM* 2000, p. 759-763, *OLGR Dresden* 2001, p. 18-20 | *7:* 1; *7:* 3
OLG München 26 juli 2001, *GRUR-RR* 2002, p. 12-15 en LG München I 15 november 2000, *GRUR Int.* 2001, p. 247-251 (*Mozart*) | *7:* 1.2; *7:* 2.3.2; *7:* 3.2

Landgerichte

Landgericht Hamburg *BPatG Mitt.* 1990, p. 196 (*BP-Card*) | *7:* 3.3.5
LG München I, 8 januari 1997, *GRUR Int.* 1997, p. 835 m.nt. F. Albert (*Chiemsee I en II*) | *7:* 2.4.3.2

Griekenland

Rb. Athene (sector bestuursrecht), zaaknr. 10720/1997 | *5:* 3.4
Rb. Athene (sector bestuursrecht), zaaknr. 4051/98 | *5:* 3.4

Trefwoordenregister

A
Aanstoot *zie* aanstootgevend
Aanstootgevend(heid) | *1*; *4:* 3; *4:* 5; *4:* 7
Agni *zie* hindoe
Ajippo | *5:* 5.7.3
Algemeen belang *zie* maatschappelijk(e) belang(en)
Algemene indruk (modellenrecht) *zie* model-begrip
Alleenrecht *zie* registerexclusiviteit
Alternativiteit (samenloop) | *6:* 1.1; *6:* 1.2
Artikel 6*ter* UvP-symbolen *zie* symbolen, nationaal
Auteursrecht
- schets van het - | *6:* 2
- 'verlenging' van - *zie* 'verlenging'
- naast modellenrecht | *8:* 2.2

B
Bach zie Johann Sebastian Bach
Bach-Jahr | *5:* 4.6; *7:* 1.1
Bach-Stadt Leipzig | *5:* 4.6; *7:* 1.1
Belangenorganisatie(s) | *4:* 2.3; *4:* 3.3.3; *4:* 3.4.7; *4:* 4
Belediging
- strafbare belediging | *3:* 1; *3:* 3.1; *3:* 3.2.1; *3:* 5.2.3; *3:* 5.3.4; *3:* 6
- onrechtmatige belediging | *4:* 1; *4:* 3.3; *4:* 3.4
- discriminerende belediging *zie* strafbare belediging *of* onrechtmatige belediging

België | *5:* 2.3.3; *5:* 4.7.4.1; *8:* 4.4
Benelux(-recht) | *1:* 4; *5:* 2; *5:* 4.7.4.1; *8:* 2
Benelux-Bureau voor de Intellectuele Eigendom | *5:* 2; *6:* 2.2; *6:* 4.2
Benelux-Merkenwet | *5:* 2.3.3
Benelux-Verdrag voor de Intellectuele Eigendom | *5:* 2.3.3; *8:* 2; *8:* 4
Beoordelingsmarge (EVRM) | *2:* 3.3; *2:* 7.4; *2:* 8; *3:* 5.3.2; *3:* 5.3.3; *4:* 6.2
Beoordelingsruimte *zie* beoordelingsmarge
Bescherming | *1:* 3; *2*; *3*; *4:* 1.1; *4:* 3.5; *5:* 2.2; *9:* 9
Beschrijvend karakter | *5:* 4.3; *5:* 4.4; *7:* 3.2
Beschrijvendheid *zie* beschrijvend karakter
Bevel (civielrechtelijk) *zie* sancties
Bidtapijt | *8:* 4.4
Blijf van m'n Lijf zie Rails
Blasfemie | *2:* 3.2.ii; *2:* 6.3; *2:* 6.4
Boycot Outspan Aksie | *4:* 6.4
Bundesrat | *7:* 3.4
Bundesregierung | *7:* 3.4
Burgerlijk recht *zie* handhaving

C
Chiemsee | *5:* 4.4; *5:* 5.7; *7:* 2.3.4; *7:* 3.2.2
Chilling effect | *4:* 1.3; *4:* 3.3.5; *4:* 6.4.2
Chocolademeisje *zie Dresdner Schokoladenmädchen*
Churchill | *5:* 5.2
Coherentie | *6:* 1.1; *6:* 3
Collectieve actie | *4:* 2.3; *4:* 3.3.3; *4:* 3.4.7; *4:* 4; *4:* 7
Collectief merk | *5:* 2.4.3; *5:* 4.7.4.4
College van Beroep (Nederlandse Reclame Code) *zie* Reclame Code Commissie
Commercieel gebruik
– van tekens als merk | *5* ; *7*
– *zie* uiting, commerciële
Commerciële uiting *zie* uiting, commerciële
Commissie van Acht | *5:* 3.8
Coran | *7:* 1.2; *7:* 3.3.4
Cosa Nostra | *7:* 3.3.4
Criminaliteit | *7:* 3.3.4
Cultureel erfgoed | *1:* 1; *5:* 3.7.4; *7:* 1; *7:* 3.2; *7:* 3.3.4.3; *7:* 3.4; *9:* 7
Culturele symbolen *zie* symbolen
Cumulatie (samenloop) | *6:* 1.1; *6:* 1.2

D
Denemarken (*zie ook Mohammed cartoons*) | *2:* 6.5; *4:* 3.4
Denkbeeld *zie* uiting, reclame, ideëel
Depot
– algemeen | *5:* 2; *8:* 2
– te kwader trouw | *5:* 4.6; *5:* 5.6.3; *5:* 5.7.3; *7:* 3.4
Deugdelijkheid | *5:* 4; *5:* 5; *5:* 8; *7:* 3.2
Deutsches Marken- und Patentamt | *7*
Dialoog | *4:*1.3; *4:* 4.7; *9:* 9
Dik Trom | *6:* 3.4
Discriminatie *zie* belediging
Discriminerende belediging *zie* belediging | *3:* 1
Doeldoorkruising (auteursrecht) | *6:* 3.3; *6:* 3.5
Doen of nalaten in strijd met de maatschappelijke betamelijkheid *zie* onrechtmatigheid, categorieën van -
Doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht *zie* onrechtmatigheid, categorieën van-
Domeinnaam | *5:* 6
Dresdner Schokoladenmädchen | *7:* 1.2; *7:* 3.4.1
Duits discours (merkenrecht) | *7:* 1; *7:* 3; *9:* 7
Duitsland | *7*; *9:* 7
Durchsetzung (inburgering) | *7:* 3.2
Duur | *5:* 2.4.2; *6:* 1.1; *6:* 2.6; *6:* 2.7
Duurverlenging | *6:* 2.7

E
Eigen karakter *zie* model-begrip
Erkenning | *4:* 3.2.3; *4:* 7
ESA/Etos | *5:* 4.7.3
Euro | *5:* 5.7
Exclusiviteit
– samenloop | *6:* 1.1; *6:* 1.2
– merkenrechtelijke | *5* ; *7*
– modellenrechtelijke | *8*
– Register- | *5* ; *7* ; *8*
Exploitatie
Exploitatierechten | *6:* 1.1; *6:* 2.5; *6:* 3.5
Ezelproces | *3:* 2; *3:* 2.4.4; *3:* 5.3.2

F
Facultatief *zie* optioneel
Freihaltebedürfnis | *5:* 4.4; *7:* 1; *7:* 2; *7:* 3.2
Freihalteinteresse zie Freihaltebedürfnis
Freizeichen | *7:* 2; *7:* 3.2
Freizeichenliste | *7:* 2.3.2
Führerwijn | *4:* 3.3; *5:* 4.7.4.3; *6:* 1.4
Fundamentele rechten
– algemeen | 2: 1.1
– horizontale werking van - | *2:* 5.1
– botsing van - | *2:* 5.3

G
Gebruik
– gebruiksfunctie (modellenrecht) *zie* gebruikstoepassing
– gebruikstoepassing (modellenrecht) *zie* model-begrip
– oneigenlijk | *6:* 3.4
– onrechtmatig | *8:* 5
– misbruik
– verbod van | *1:* 1.1; *1:*1.2; *1:* 1.3; 4: 1.1; *4:* 3.2.3; *4:* 3.4.6; *5:* 4.7.4.3
Gebruikelijk geworden tekens | *5:* 4.3; *7:* 3.2.3
Geldige reden | *5:* 4.6
Geloofsopvatting | *4:* 1.1; *4:* 3.4; *4:* 4.7; *4:* 6.4.4; *5:* 4.7.4.4
Gemeenschapsmerk | *5:* 2
Gemeenschapsmerkenverordening | *5:* 2.3.4
Gemeenschapsmodel | *8:*1; *8:* 2
Gemeenschapsmodellenverordening | *8:*1; *8:* 2
Geografische herkomstaanduiding *zie Chiemsee*
Geschäftsbetrieb-vereiste | *7:* 1.1; *7:* 1.4; *7:* 2.3; *7:* 3.4.3
Geschiedenis | *1* ; *5:* 4.7.4.4
Gevaar van misleiding *zie* misleidingsgevaar
Gezichtspunten | *4:* 3.4.3
Gezichtspuntencatalogus *zie* gezichtspunten
Gezichtspuntenlijst *zie* gezichtspunten
Godsbegrip *en* godsbeeld | *3:* 2; *3:* 2.3; *3:* 2.4.4
Godsdienst | *3:* 3.2.2.4; 3: 5.2.2; *5:* 6
Godsdienstvrijheid | *1:* 2 ; *3:* 6.3.2; *4:* 6.4.4
Godslastering *zie* smalende godslastering
Goede zeden | *2:* 6.2.1; *4:* 4.7.4.1; *7:* 3.3.3; *8:* 4
Gott ist ein Popstar | *7:* 3.3.4
Griekenland | *5:* 3.2; *5:* 3.4; *5:* 3.7.2
Groepsactie *zie* collectieve actie
Grondrechten *zie* fundamentele rechten

H
Hakenkruis | *3:* 4.4.2; *4:* 3.3.4
Handelsreclame *zie* uiting - commerciële
Handhaving
– plaats en betekenis in de problematiek | *1:* 2; *1:* 3; *9:* 1; *9:* 9
– strafrechtelijk | *3*
– civielrechtelijk | *4*
Harmonisatie (Europees)
– van nationaal merkenrecht | *5:* 2; *7:* 2
– van nationaal modellenrecht | *8:* 2
Herkomstfunctie (merkenrecht) | *5:* 2; *5:* 4; *7:* 3.2; *7:* 3.4.3
'Hermonopolisering' | *6:* 1; *6:* 3.5
Hindoe(-belangen) | *4:* 3.3.3; *4:* 4.7

Hinterhaltsmarke | *5:* 4.6.2
Hitlerwijn *zie Führerwijn*
Hoheitszeichen zie symbolen, nationaal

I
Identiteit | *1:* 1; *4:* 3.4; *4:* 4.4; *4:* 7; *5:* 3.3
Implementatie
– van richtlijnen | *5:* 2.3; *6:* 2.7; *7:* 2; *8:* 2.2
– van een specifieke richtlijnbepaling | *5:* 4.8; *5:* 8; *8:* 4.3; *8:* 6
Inbreuk op een recht *zie* onrechtmatigheid, categorieën van
Inburgering | *5:* 2.4.1; *5:* 4.5
Industriële eigendomsrecht | *1:* 2; *1:* 1.4; *5:* 2.2
Intellectuele eigendomsrecht(en) | *5:* 2.2
Italië | *5:* 3.7.3

J
Jacubowski | *4:* 6.2
Jersild | *2:* 6.5
Johann Sebastian Bach | *7:* 1.2; *7:* 3.2

K
Kenbaarheid *zie* motivering
Kennzeichnungsrecht | *7:* 2
Klachtinstantie *zie* Reclame Code Commissie
Koninklijk Huis | *5:* 4.7.2; *5:* 4.7.4.4; *8:* 4.2.3
Krenking | *3:* 2.2; *3:* 2.5; *3:* 2.6; *3:* 4.4.2
Kwade trouw *zie* depot, te kwader trouw
Kwetsend *en* kwetsing | *1; 4:* 3; *4:* 3; *4:* 5; *4:* 7

L
Laagdrempelig *zie* Reclame Code Commissie
Lagere overheden | *5:* 3.6; *5:* 4.7.3.2; *5:* 4.8
Levensovertuiging | *3:* 3.2.2.4; *5:* 3.7.4
Licentie | *5:* 2.2; *5:* 4.6; *5:* 5.6.4
Licentievrijheid | *5:* 2.2; *5:* 4.6.5
Limitatief | *5:* 3.1; *5:* 4.1; *5:* 4.7.3; *6:* 3.5
Louter beschrijvend karakter *zie* beschrijvend karakter
Louter gebruikelijk karakter *zie* gebruikelijk geworden tekens
Luxemburg | *5:* 2.3.3; *5:* 4.7.4.1

M
Maatschappelijk debat *zie* publiek debat
Maatschappelijk(e) belang(en) | *3:* 5.3.4; *3:* 6; *4:* 3.4; *4:* 4.4; *4:* 4.5; *5:* 3.7.4; *5:* 4.7.2; *5:* 4.7.4; *5:* 5.7.3; *5:* 6
Maatschappelijk *issue zie* politiek
Maatschappelijke betamelijkheid *zie* zorgvuldigheidsnorm
Maatschappelijke onvrede | *4:* 3; *5:* 4.7.4.4; *8:* 6; *9:* 7
Margin of appreciation zie beoordelingsmarge
Marginale toetsing (in het kader van het EVRM) | *2:* 3.3.3
Markengesetz zie Markenrecht
Markengrabbing | *5:* 4.6.2; *7:* 1.4; *7:* 3.4
Markenrecht | *7*; *9:* 7
Markenraub | *7:* 1.4; *9:* 7
Marlène Dietrich | *7:* 1.2; *7:* 3.2
Maxima *zie* prinses Maxima
Mededinging, ongeoorloofde | *2:* 7.4
Medisch Komitee Palestina | *4:* 6.4

Mengvorm | *5:* 4.6
Meningsuiting, vrijheid van *zie* uitingsvrijheid
Mensenrechten *zie* fundamentele rechten
Merk | *1;* 5; *6*; *7*; *9*
Merkenrecht
– plaats in deze studie | *1*
– schets van het - | *5:* 2
– in Duitsland | *7:* 2
Merkenkaping | *5:* 4.6; *5:* 6
Merkenrichtlijn | *5:* 2.3.2
Merkenspeculatie | *5:* 4.6; *5:* 5.6.4
Minderheden | *3:* 3.4.7
Misbruik
– omschrijving | *1:* 3
– van recht *c.q.* van bevoegdheid | *5:* 4.6; *7:* 1.4; *7:* 3.2
– strafbaarstelling van - | *3:* 4.2.1
– verbod van *zie* sancties
Misleidende reclame | *3:* 4.2.2; *4:* 2
Misleidingsgevaar | *5:* 2; *5:* 4.7.2; *5:* 5.7.3; *5:* 4.8
Model | *1:* 1.4; *8*
Model-begrip | *8:* 3
Model met een grote symbolische waarde | *8*; *9:* 9
Modellenrecht
– plaats in deze studie | *1:*4; *8:* 1
– schets van het - | *8:* 2
Mohammed cartoons | *3:* 5.3.3; *4:* 1.3; *4:* 3.4
Mona Lisa | *7:* 1.2; *7:* 3.2
Moraal | *2:* 3.3.3; *2:* 6; *2:* 6.4; *3:* 5.2.4
Moraalkwestie *zie* moraal
Moslimorganisatie *zie* belangenorganisatie
Mozart zie Wolfgang Amadeus Mozart
Motivering
– van beslissingen | *4:* 5.6; *4:* 5.7
– kenbaarheid | *4:* 5.6; *4:* 5.7; *4:* 6.4; *4:* 6.5
– precedentwaarde | *4:* 5.6; *4:* 5.7
– aan de hand van de vereisten volgens artikel 10 lid 2 EVRM *zie* uitingsvrijheid, artikel 10 lid 2 EVRM
Müller | *2:* 6.2; *3:* 5.3.2
Multiculturalisme | *3:* 6; *4:* 3.3; *4:* 3.4

N
Nachtwacht | *5:* 5.3
Nationale monumenten (*zie ook* symbolen, nationaal) | *1:* 1; *5:* 4.7.4.4; *8:* 4.2.3
Nederlandse Reclame Code *zie* Reclame Code Commissie
Nietigheid | *5:* 2; *8:* 2.2
Nietigheidsgronden
– algemeen; bestaande gronden | *5:* 2
– (deels) nieuwe gronden | *5:* 4.8; *7:* 3.4; *8:* 4.3
Nietigverklaring *zie* nietigheid
Nieuwheid *zie* model-begrip
Nieuwheidsschadelijk *zie* nieuwheid
NIVAK | *4:* 2.5; *5:* 4.7.2; *8:* 4.4.3
Non-merken | *5:* 4.7.4.3

O
Obsceniteit | *2:* 6.2; *7:* 3.3.4
Occupatie

- algemeen | *1*
- werk als merk (samenloop) | *6:* 1.1; *6:* 1.3
- symbool als merk | *5:* 1; *5:* 4.7.4
- symbool als model | *8:* 1; *8:* 4.2.3
- vrijheid | *5:*4.1; *5:* 4.6

Officiële aanduidingen *zie* officiële symbolen
Officiële goedkeuring | *5:* 4.7.4.1; *5:* 4.7.4.4; *8:* 4.2.3; *9:* 7
Officiële symbolen *zie* symbolen
Onderscheidend vermogen | *5:* 4.2; *5:* 5.7.3; *7:* 3.2
Onderscheidingskracht *zie* onderscheidend vermogen
Ondeugdelijkheid *zie* deugdelijkheid
Oneerlijke mededinging *zie* mededinging, ongeoorloofde
Oneigenlijk gebruik
- omschrijving | *1:* 3
- van artikel 6*ter* UvP-symbolen | *8:* 4.3
- zorgvuldigheidsnorm ten aanzien van – *zie* zorgvuldigheidsnorm

Ongeoorloofde mededinging *zie* mededinging, ongeoorloofde
Onrechtmatigheid
- van misleidende commerciële uitingen | *4:* 2
- van niet-misleidende commerciële uitingen | *4:* 3
- van niet-commerciële uitingen | *4:* 3
- categorieën van onrechtmatigheid | *4:* 3.2; *4:* 6.3

Onrust *zie* maatschappelijke onvrede
Onvrede *zie* maatschappelijke onvrede
Onzorgvuldigheid *zie* zorgvuldigheidsnormen
Openbaar ministerie | *3:* 4.4.2; *3:* 6; *5:* 2.4.5; *5:* 4.8
Openbare orde
- in het strafrecht | *3:* 1; *3:* 2.6; *3:* 3.1; *3:* 4; *3:* 5.2.4; *3:* 5.3.4
- in het merkenrecht | *5:* 4.5; *5:* 4.7; *5:* 5.2; *5:* 5.7.3; *6:* 3.4; *7:* 3.3; *7:* 3.4; *8:* 4; *9:* 7
- in het modellenrecht | *8:* 1; *8:* 4

Oppositie | *5:* 2.4.5; *5:* 4.8
Optioneel | *5:* 3.1; *5:* 3.3; *5:* 3.6; *5:* 4.7.3
Opvattingen van geloof *zie* geloofsopvatting
Opvattingen van moraal *zie* moraal
Otto-Preminger-Institut | *2:* 6.3; *3:* 5.3.2
Overleg *zie* dialoog

P

Parallelle merk- en werkexploitatie | *6:* 1.1; *6:* 3.5; *7:* 1.5
Persoonlijkheidsrecht | *6:* 2.5
Persoonlijke levenssfeer | *2:* 5.2
Persoonlijkheidsrechten | *4:* 3.2.2
Perversiteit | *5:* 4.7.4.3
Politiek | *4:* 3.4
Polyglot-leer | *5:* 5.4
Portugal | *5:* 3.2
Post mortem auctoris (*pma*) | *6:* 2.7
Precedentwaarde *zie* motivering
Prinses Maxima | *5:* 4.7.2; *5:* 5.2; *5:* 6
Privaatrechtelijk misleidingsverbod *zie* misleidende reclame
Prioriteitsregel | *5:* 2.4.2; *5:* 4.6
Procter & Gamble/Kimberly Clark | *4:* 6.2; *4:* 6.5
Profaan *en* profaniserend | *1*; *4:* 3; *4:* 5; *4:* 7
Proportionaliteit | *2:* 3.2.iv; *2:* 3.3.1; *2:* 6.4; *2:* 8; *4:* 6.2.2
Protestcommercie | *4:* 3.4.4
Provoceren *en* provocatie | *4:* 3.3.2; *4:* 3.4.3.3; *5:* 7
Pr-probleem | *7:* 3.4.3

Publicatie | *3:* 3.2.1; *4:*5.6.3; *8:* 4.2.1; *8:* 4.2.3
Publiek debat | *3:* 5.3.3; *3:* 5.3.4; *4:* 6.4
Publiek domein | *5:* 4.1; *5:* 4.6; *5:* 4.7.4.4; *5:* 5.6; *6:* 1; *6:* 3.4; *6:* 3.5
Publieksevenement | *5:* 4.6

R
Rails | *4:* 3.3; *4:* 6.3.2
Ras (belediging wegens -) | *2:* 6.5; *3:* 3.2.1; *3:* 3.2.2.1
Rechtsbescherming *zie* bescherming
Rechtsbijstand | *4:* 4.8
Rechtshandhaving *zie* handhaving
Rechtspersoonlijkheid *zie* collectieve actie
Rechtsverkrijging | *5:* 2; *6:* 2; *8:* 2
Reclame *zie* uiting, reclame-
Reclame Code Commissie | *4:* 2.4; *4:* 6.4
Reclame-uiting *zie* uiting
Reflexwerking (samenloop) | *6:* 1.2; *6:* 3.5
Registerexclusiviteit *zie* exclusiviteit
Religie *zie* geloofsopvatting
Re-Monopolisierung | *7:* 1.5
Reve *zie Ezelproces*
Rode Kruis(-teken) | *3:* 4.3; *3:* 5.2.4
Route 66 I | *5:* 5.4
Route 66 II | *5:* 4.6; *5:* 5.5; *5:* 5.6.4; *7:* 1.4
Route 66 III | *5:* 4.1; *5:* 4.7.4.4; *5:* 5.6

S
Samengesteld teken | *5:* 4.7.4.2
Samenloop (van auteursrecht en merkenrecht) | *6:* 1.1; *6:*1.2; *6:* 3.5
Sancties (civielrechtelijk) | *4:* 3.2.3; *4:* 3.4.6; *4:* 4.6; *4:* 5
Saoedisch Staatswapen zie Bidtapijt
Schokoladenmädchen zie Dresdner Schokoladenmädchen
Scientology | *2:* 7.2; *2:* 7.3
Sectorgebonden uitleg (modellenrecht) *zie* specialiteitsbeginsel
Seks *zie* obsceniteit
Sentiment | *5:* 3.8; *7:* 3.4.2; *9:* 7
Shiva | *4:* 3.3; *4:* 7; *5:* 4.7.4.4; *9:* 4; *9:* 7
Signaturmarke | *7:* 1.3
Smalende godslastering | *3:* 1; *3:* 2; *3:* 2.5; *3:* 2.6; *3:* 5.2.2; *3:* 6
Soortnamen *zie* gebruikelijk geworden tekens
Spanje | *5:* 3.2
Specialiteitsbeginsel *en* specialiteitsleer | *8:* 3; *8:* 4
Speculatieve merkregistratie | *5:* 4.6; *7:* 1.1; *7:*1.4
Spekulationsmarke zie speculatieve merkregistratie
Spotprenten *en* spotprentenconflict | *3:* 5.3.3; *4:* 3.4.1
Stationsevangelisatie | *4:* 5.5; *4:* 6.4.4
Stichting Internet Domeinnamen | *5:* 6
Strafbare belediging *zie* belediging
Strafrecht *zie* handhaving
Subjectieve bedoeling (van de verdachte/dader) *en* subjectieve intentie | *3:* 2.4.2; *3:* 2.4.4; *3:* 3.2.2.3; *3:* 5.3.2
Submission | *4:* 3; *4:* 6.3.3; *4:* 3.3.5; *4:* 6.3.3
Substituutnormen | *4:* 5.6.4
Symbool
- begrip algemeen | *1:* 1
- begrip in het merkenrecht ('tekens met een grote symbolische waarde') | *5:* 1; *5:* 3; *5:* 4.2; *5:* 4.7.4.7; *5:* 8

- rubricering | *1:* 1; *4:* 1.1; *5:* 3.3; *5:* 4.7.4; *5:* 4.8; *5:* 8; *8:* 4.2.3; *8:* 6
- nationaal, inclusief artikel 6*ter* UvP-symbolen – Staatssymbolen | *4:* 5.4.2; *5:* 3.5; *5:* 3.7.3; *5:* 3.7.4; *5:* 4.7.3; *5:* 4.7.4.4; *6:* 1.1; *7:* 3.3.5; *8:* 4.2.3; *8:* 4
- cultureel | *4:* 5.4.2; *5:* 3.7.3; *5:* 3.7.4; *5:* 4.7.4.4; *6:* 1.1; *6:* 3.5; *7:* 3.3.4.3; *7:* 3.4; *8:* 4.2.3; *8:* 4.4.3; *9:* 7
- historisch | *1:* 1; *5:* 3.7.4; *5:* 4.7.4.4; *7:* 3.3.5
- officiële symbolen (met name aan artikel 6*ter* UvP verwante symbolen) | *3:* 1; *3:* 4.1; *3:* 5.2.4; *3:* 5.3.4; *5:* 3.1; *5:* 4.7.4.4; *7:* 3.3.5; *8:* 4.2.3; *8:* 4.3
- religieus | *4:* 5.4.3; *4:* 3.3.3; *4:* 3.4; *5:* 3.2; *5:* 3.7.2; *5:* 3.7.4; *5:* 4.7.4.4; *5:* 6; *6:* 1.1; *8:* 4.2.3
- met een positieve connotatie | *3:* 3.2.2.2; *3:* 6; *5:* 4.7.4.4; *5:* 4.8; *5:* 5.6; *5:* 8; *6:* 1.3; *8:* 4.2.3; *8:* 6
- met een negatieve connotatie | *3:* 3.2.2.3; *3:* 6; *5:* 4.7.4.3; *5:* 6; *5:* 8; *6:* 1.1; *6:* 1.4; *8:* 4.2.3; *8:* 6

Swastika | *4:* 3.3.4; *5:* 4.7.4.3

T

Taalkundige uitleg | *5:* 3.3

Teken
- algemeen | *1:* 1; *5:* 2.4
- relatie tot waren of diensten | *5:* 4.7.4.2

Teken met een grote symbolische waarde *zie* symbool

Toelaatbaarheid *zie* ontoelaatbaarheid

Toestemmingskwestie | *5:* 4.7.4.5

Toewijzing *zie* sancties

Trafficking zie depot, te kwader trouw

U

Uiting
- inhoud | *3:* 1
- culturele | *2:* 6; *2:* 8; *4:* 3.4.4
- politieke of journalistieke | *2:* 6.5
- reclame- | *4:* 2; *4:* 5.3
  - ideëel (en politiek) | *4:* 2.6; *4:* 5.5; *4:* 6.4
  - commercieel | *4:* 2; *4:* 5; *4:* 5.4
  - commerciële | *2:* 7; *2:* 8; *4:* 2; *4:* 3.4.4; *4:* 6.2
- niet-commerciële | *4:* 2.6

Uitingsvrijheid
- algemeen | *1:* 1; *3:* 5.1; *3:* 6; *4:* 1.1; *4:* 6.1
- schets begrip | *2*
- artikel 10 EVRM
  - in het auteursrecht | *6:* 2.6; *6:* 3.2
  - in het burgerlijk recht | *4:* 3.4.4; *4:* 6.1; *4:* 6.2.1; *4:* 6.4
  - in het merkenrecht | *5:* 7
  - in het modellenrecht | *8:* 1; *8:* 5
  - in het strafrecht | *3:* 3.3.1; *3:* 5.1; *3:* 5.3
- artikel 10 lid 2 EVRM
  - toepassing door EHRM | *2:* 6; *2:* 7.3
  - voorzien bij wet | *4:* 6.3
  - in het strafrecht | *3:* 1; *3:* 3.3.1; *3:* 5; *3:* 6
  - in het burgerlijk recht | *4:* 3.3.2; *4:* 6
  - in het merkenrecht | *5:* 7
  - in het modellenrecht | *8:* 1

Uitputtend *zie* limitatief

Unieverdrag of UvP | *5:* 2; *5:* 3.5

urheberrechtliche Gemeinfreiheit | *7:* 1.5

V
Van Gogh (Theo) | *3:* 5.3.3
Van Gogh-jaar (schilder) | *5:* 4.6
Van Gogh Museum | *5:* 4.6
Verbod *zie* sancties
Verenigd Koninkrijk | *2:* 6.4
Verklaring van recht *zie* sancties
Verklaring voor recht *zie* verklaring van recht
'Verlenging' auteursrecht | *6*
Verspreiding(sdelict) | *3:* 2.5; *3:* 3.3.1
Verval | *5:* 2.4.6; *6*
Voldoende belang | *4:* 1.2
Voortbrengsel *zie* model-begrip
Voorzien bij wet *zie* uitingsvrijheid, artikel 10 lid 2 EVRM
Vrijheid van meningsuiting *zie* uitingsvrijheid
Vrouwenmishandeling *zie Rails*
Vrouwonvriendelijk *zie Rails*
Vuistregel(s) | *4:* 3.4.3; *4:* 5.6.2
Vulgair *en* vulgariserend | *1; 4:* 3; *4:* 5; *4:* 7

W
Warenzeichengesetz zie Warenzeichenrecht
Warenzeichenrecht | *7:* 2; *7:* 3.3; *9:* 7
Weigering | *5:* 2; *8:* 2.2
Weigeringsgronden
– algemeen; bestaande gronden | *5:* 2
– nieuwe gronden | *5:* 4.8; *7:* 3.4
Werk (auteursrecht) | *6*
Wettelijke plicht (burgerlijk recht) *zie* doen of nalaten in strijd met wettelijke plicht
Wijn | *4:* 3.3.4; *5:* 4.7.4.3; *7:* 3.3.4
Wingrove | *2:* 6.4; *3:* 5.2.2; *3:* 5.3.2
Wolfgang Amadeus Mozart | *7:* 1.2; *7:* 3.2

Z
Zelfcensuur
– in het strafrecht | *3:* 1
– in het burgerlijk recht | *4:* 1.3
Zelfregulering | *4:* 2.4; *4:* 3.3.1
Zelfreguleringsmechanismen *zie* zelfregulering
Zorgvuldigheid *zie* zorgvuldigheidsnorm
Zorgvuldigheidsnorm | *4:* 3.2.2; *4:* 3.4; *4:* 6.3; *4:*
Zwitsers eergevoel *zie* Zwitserland
Zwitsers Wapen *zie* Zwitserland
Zwitserland | *2:* 6.2; *2:* 7.4; *3:* 4.3; *3:* 4.4.1; *3:* 4.4.2; *3:* 5.2.4; *3:* 5.3.4

Summary

Symbols and the law

Questions and definitions

This thesis is concerned with the legal framework surrounding the improper use and monopolization of signs with a high symbolic value – or symbols. Central questions are: how does Dutch law look upon signs that many of us regard as essential – or 'sacred' – in our personal lives or our society, and: does this law presently stand where it should?

The book discerns between (i) national and international symbols, (ii) cultural and historical symbols, (iii) religious symbols. These are functional and to some extent overflowing categories that, in the analysis, will for pragmatic reasons often be reduced to national, cultural and religious symbols. Examples are: the Dutch national flag and national monument (ad i), famous paintings like *The Nightwatch* by Rembrandt and leading historical figures such as naval hero Michiel de Ruyter (ad ii), and the signs of the Cross or the Crescent (ad iii). The Netherlands being a multicultural society, it hosts a great variety of signs with a high symbolic value in the various meanings discussed. Most of these signs have a positive connotation, but there are symbols, such as those claimed by the Nazi's, that have a distinctly negative meaning for large numbers of people.

Improper use and monopolization

The study deals with two main groups of issues that to a large extent make up the relationship between symbols and the law: (1) questions surrounding the rules for their *use* – including legal responses to their *improper use* –, and (2) questions with regard to their *monopolization*. A general treatment of the law of use and misuse logically will have to precede an account of questions concerning monopolization and exclusive exploitation. The book's structure follows naturally from this basic division: Part I (the Chapters 2 to 4) deals with the use of signs – including symbols – while Part II (Chapters 5 to 8) is concerned with claims to the monopolization and exclusive exploitation of symbols through intellectual property rights. Both parts together, it is hoped, tell one story about assertions of right – and wrong – with regard to symbols.

Freedom of expression

Concerns over the relationship between, on the one hand, the two main topics of use and monopolization and, on the other hand, the fundamental right to freedom of expression, are the subject of special attention throughout this study. The potential limiting effect on freedom of expression of legal instruments that regulate the use of symbols is a topic that should be treated with circumspection, given freedom of expression's status as a fundamental right. A special chapter (Chapter 2) is therefore dedicated to a description of the general contours of freedom of expression, while specific issues are addressed throughout Part I (primarily) and Part II.

In the Dutch constitutional setting, Article 10 of the European Convention on Human Rights is the principal determinant of freedom of expression. Analysis of this provision and the accompanying case law of the European Court of Human Rights in Chapter 2 gives rise to three main observations. First, the commercial or non-commercial nature of expressions has a significant impact on the degree of protection afforded. Second, when it comes to expressions with a cultural dimension (such as films), governmental interferences based on the protection of morals or religious sentiments are often accorded an extensive degree of leeway. This has significant implications for the regulation of the use of symbols, as questions surrounding their improper use largely play out precisely in this area of morals and religion. Finally, the manner in which this leeway is framed conceptually, through use of the doctrine of the *margin of appreciation*, is relevant. The opacity of many applications of this doctrine leave national authorities with few clues as to how they should evaluate – in conformity with Convention demands – interferences with expressions based on asserted violations of moral standards.

Part I: Improper use

Questions and definitions

Part I of this study focuses on the range of objections that governments or (groups of) citizens might assert the use of symbols by others, for example in commercials or in journalism, leaving aside – for the moment – all issues of monopolization or exclusivity. These objections are grouped under the heading (assertions of) *misuse* or *improper* use. The qualifications of misuse and improper use of symbols are reserved in this study for applications that may be experienced as misleading or offensive by a large number of people. As misuse is considered to be a stronger variety of improper use, one that presupposes malicious intent, the text generally employs *improper* use as the overarching category.

The definition of the key concept of improper use – above – indicates that *the perspective of the offended party* is regarded as central in this study, not because concern for this party's protection is intrinsically weightier than that

for speakers' freedom, but because the feelings of objection that arise on this side are the source for legal action and thus potential legal problems. Point of departure for this book is that signs with a high symbolic value do exist and that these signs – and the value they embody – will often be closely related to an identity. It is from these identities that people and communities derive interests, values and assertions of right. The overarching research question for Part I, therefore, is: to what extent do criminal law (Chapter 3) and private law (Chapter 4) offer *opportunities to act* against forms of improper use of symbols? Sub-questions relate both to differentiations *in the way* these opportunities to act are framed – for example: differences in possibilities for legal action depending on the nature of the symbols involved –, and to the normatively desirable *balance* between the protection of identities implicated in the use of symbols and that of the countervailing fundamental right to freedom of expression.

Improper use and the criminal law

Action against improper use of symbols is possible on the basis of several provisions of the Dutch Penal Code. The relevant articles concern blasphemy and blasphemous libel, discriminatory defamation of a group (hate speech) – both *misuse* in the study's vocabulary – and the misuse and improper use of symbols with a public order character (symbol of the Red Cross, national emblem). The relevance of the existence of criminal law remedies to improper use of symbols must not only be seen to lie in the discouraging effect these remedies (supposedly) exert, but also in the opportunities they grant to public authorities to act in certain significant cases of improper use. In practice, criminal law has, until now, played a role almost exclusively with regard to symbols with a negative connotation, such as Nazi-emblems.

Both the Dutch criminal law provisions as such, and their application hitherto, do not seem to violate essential elements of the freedom of expression. Judicial practice does, however, show room for improvement when it comes to the actual testing of the limiting-conditions of Article 10 paragraph 2 of the European Convention.

Improper use and private law

With regard to the regulation of the use of symbols through private law, one of the main observations presented in Chapter 4 was that use regarded as offensive can be banned on the basis of Article 6:162 Civil Code; the Code's central provision for the law of delicts. Judicial interdictions of use and declaratory judgments especially reveal themselves to be suitable sanctions. Private law, therefore, in a role complementary to – but independent of – criminal law, is able to both *remedy* injustice resulting from the improper use of symbols and to offer official *recognition* to parties offended in their identity by such use.

Study of judicial decisions show that judgments generally acknowledge the hurtful effects of improper symbol use, reinforcing the recognition function of legal responses.

Examples discussed in this Chapter include that of legal action against the use of the name *Shiva*, the Hindu Deity of chastity, in commercials for erotic dvd's (Chapter *4:* 3.3.3). Detailed analysis of this case and others like it offered a clear picture of the range elements relevant for decisions on tortious liability. Four main factors could be discerned. First, commercial use *per se* of religious symbols is not a sufficient condition for sanction. Second, it is important whether or not a sign has multiple meanings, some of which are not symbolic in the sense discussed here. Third, knowledge of the symbolic nature of a sign on the part of the user is a relevant factor. Finally, decisions distinguish between whether the allegedly offensive *use* of a sign draws on its symbolic meaning or not. In the *Shiva* case, these factors – Shiva is also a common name for girls (factor 2), the user was unaware of the name's religious meaning (factor 3), and only the name and not an image of the Deity was used on the dvd's (factor 4) – lead to a decision that no tortious liability for improper use could be accepted. An elaborate list of ten factors or 'viewpoints', developed in Chapter *4:* 3.4.3.3 may assist judges in similar cases in the future.

It seems likely that coming years will witness an increase in the volume of private law litigation in which protection is sought for interests and values attached to symbols, in particular when it comes to religious symbols. Principal cause for this likely increase, which may remain modest in size but might still occasion significant social conflict, is increased multiculturalism in The Netherlands. In this respect, the Civil Code's provision for *collective* action (Article 3:305*a* Civil Code) has proved – and will continue to prove – to be a significant additional legal instrument, especially with regard to religious symbols, as it is likely that more and more actions against improper use of symbols will be organized expressions of collective resentment.

A final dimension of the regulation of the use of symbols in private law consists of the framework for self-regulation under supervision of the *Reclame Code Commissie* (the Dutch advertising standards authority, RCC). Principal attraction of the complaints procedure before the RCC is that it is easily accessible and cheap. Most cases on the improper use of symbols brought before the RCC, deal with religious symbols. Study of the Commission's decisions shows that complaints are not often upheld (Chapter *4:* 5).

Important drawbacks of the present RCC system are, firstly, that decisions are not easily accessible, and secondly, that many of the decisions studied fail to reveal what were – for the Commission – determining factors or crucial differences and similarities with other cases. The study suggests improvements on both counts.

The relationship between private law regulation of the use of symbols and the fundamental right to freedom of expression is discussed throughout Chapter 4. Although the main conclusion is that current case law does not intrude excessively upon the freedom of expression, some concern is voiced over the way courts verify conformity with paragraph 2 of Article 10 of the Convention, leading to the suggestion that courts test systematically and explicitly in all cases whether the conditions of this provision are met.

Part II: Monopolization

Questions and definitions

Supposing that the use of a symbol is unobjectionable from the point of view of the regulatory framework developed in Part I, is it justifiable to allow a commercial operator to claim an *exclusive* right to the use of the Hindu Deity of chastity as a brand name for erotic dvd's, of the name Jesus as a trademark for jeans, or of the image of Vermeer's *Milkmaid* as a dairy brand? Concerns for the appropriate balance – given the special symbolic nature of all of these signs – between the interests of individual commercial agents on the one hand and those of society generally on the other, lead to the central research question for Part II: how does monopolization of symbols relate to the needs and feelings that they arouse in people for whose identity they are important? Answering this general question requires specific attention to ways in which monopolization of symbols may be *excluded*. In this regard, finding out whether the nature of symbols – national, cultural or religious – has an impact on the possibilities for such exclusion, is an essential task.

Monopolization is defined as occupation through trademark law (Chapters 5 to 7) or through the law of designs (Chapter 8). Point of departure for this investigation is The Netherlands, which means that the focus is on legislation and case law relevant for this jurisdiction. Both for national trademarks and national designs, Benelux law is in force in The Netherlands, this Benelux law being, however, largely a reflection of rules harmonized at the European level. Part II reserves a special place for a provision of the European Trademark Directive 89/104 that aims to exclude 'signs of high symbolic value' from occupation.

One topic with an intimate relation to the theme of monopolization is the question of whether, with regard to symbols, 'prolongation' of a *copyright* that has lapsed or is about to lapse, through registration as a *trademark*, carrying with it a longer term of withholding from the public domain, is acceptable. This topic is dealt with separately in Chapter 6. Finally, an excursion to the trademark law of Germany, a jurisdiction in which much more experience with regard to the occupation of symbols is available than in The Netherlands, is carried out in Chapter 7.

Monopolization through trade mark law

The European Trade Mark Directive contains an optional ground for refusal or nullity for 'signs of high symbolic value' (Article 3, paragraph 2, sub b). This specific provision has been implemented in the national trade mark laws of a great number of Member States, but not in those of the Benelux countries. This is regrettable but not irreversible. This study suggests the adoption of a provision along the lines of Article 3, paragraph 2, sub b of the Directive in the Benelux Treaty on Intellectual Property, the successor to the Benelux Trade Mark Law.

From the perspective of trade mark law, the *acceptability* of symbols as a trade marks, rather than concern over their *suitability*, is the central issue. Signs of high symbolic value should be kept free from registration as trade marks. A principal argument against registration of symbols as trade marks is the fact that important segments of society may find it unacceptable that not only should signs with a high symbolic value be used for commercial purposes but on top of that be rewarded through *grants of exclusivity*. The incidents described in the Chapters 4 and 5 clearly show the degree of objection felt in society.

It is argued that registration as trade marks of symbols with a high *positive* symbolic value of a *national* or *religious* character should be absolutely prohibited. The same goes, the study argues, for signs with a high *negative* symbolic value (think of a portrait of Adolf Hitler). Contrastingly, where 'icons' of *culture* and cultural heritage are concerned, defending an absolute prohibition of registration would clearly be unrealistic, given the long tradition of occupation of such symbols (think of the brand-name *Rembrandt* for painters' apparel).

In the absence of a specific ground for exclusion along the lines of the one found for 'signs of high symbolic value' in the Trade Mark Directive, trade mark practice in The Netherlands has tended to follow a patchwork of approaches to deal with objections to the registration of symbols. Commonly used routes have been to evaluate what are in fact objections to registration of the symbol *per se* in terms of concerns over the *suitability* of the sign as a trade mark, or to assess these concerns in the context of broader grounds for refusal or nullity such as *public order* and *decency*.

This study argues that a coherent, integral approach is necessary. Such an approach would, both in theory and practice, (a) reflect the underlying unity of the concerns over the monopolization of symbols, (b) allow for the inclusion of presently 'uncovered' categories of symbols (religious symbols and some types of national symbols), and (c) give a welcome signal that legal action against the occupation of symbols through trade mark law is desirable and possible and need not be blocked by concerns over judicial creativity in broadening (or narrowing?) the essentially controversial notion of public order. All these arguments have additional force in the absence of any references to clear arguments against adoption of the required exclusion clause in the legislative history of the relevant provisions.

With regard to official signs of *lower (regional) governmental bodies*, as mentioned in Article 3, paragraph 2, sub c of the Directive, this study develops a similar argument for implementation of this optional ground as an absolute ground for refusal and nullity in the Benelux Treaty on Intellectual Property. These signs are closely related to those of higher (national) governments mentioned in Article 6*ter* of the Paris Convention, that are in fact categorically excluded from occupation or exploitation as trade marks. For all governmental signs it is argued that their official nature and not their hierarchical position should be determinative of their protected status.

The analysis of the limits to monopolization of symbols through trade mark law, finally, has not revealed any significant specific concerns in relation to the freedom of expression.

'Re-monopolization' of a work as a trade mark

'Prolongation' of copyright protection through registration as a trade mark is regarded by a number of doctrinal writers as an undesirable phenomenon. A lack of guidance from legislation in this area has led to intense academic discussion. The position adopted in this book, put briefly, is that 'prolongation' should be allowed. Crucial support for this view comes from the fact that not only (national) legislation on copyright, but especially (European and Benelux) legislation on trade marks is silent on the topic, leaving the relevant authorities with no points of reference whatsoever with regard to the question of how blocking 'prolongation' should be squared with the *limitative* grounds for refusal or nullity contained in this legislation. The absence of legal instruments suitable for stopping 'prolongation' of a copyright as a trade mark must, in my view, be seen as indicating that the practice is permitted. The fact that such instruments are omitted in *European* legislation, in addition, should be taken as an indication that *national* initiatives to block 'prolongation' will be incompatible with European harmonization efforts.

An excursion into German trade mark law

German trade mark theory and practice offers a rich reservoir of illustrations of incidents, case law and literature on signs with a high symbolic value. The German debate focuses on cultural heritage and adopts the perspectives of *Markengrabbing* and *Re-Monopolisierung*.

Markengrabbing denotes the practice whereby individuals register large numbers of commercially interesting names or images exclusively for purposes of (hoped for) licensing. *Re-Monopolisierung* refers to the registration as a trade mark of a work for which copyright protection has expired or is about to expire. Discussions on these two topics reveal a *discourse* with a character all of its own. Interestingly enough from a comparative perspective, the omission in *German* trade mark law of the optional European exclusion ground

for 'signs of high symbolic value', although substantively similar to the legal situation in the Benelux discussed above, has not occasioned a separate debate. Concluding that the German debate therefore is not concerned primarily with signs of high symbolic value, however, would be to ignore that it is precisely these signs that occupy a central place in discussions on *Markengrabbing* and *Re-Monopolisierung*. Time and again, German objections can be traced to the *object* of protection: symbols, primarily those with significance for cultural heritage.

Several years of debate in the media and in academic literature, together with involvement of the higher courts and the (national) legislator, have brought out a German perspective on various facets of the problems surrounding monopolization of symbols. A combination of the nature of the incidents reported in the media – '*Kulturraub!*' – and elements of legal culture and tradition – the fact that the permissibility of the use of religious symbols has traditionally been assessed under standards of *decency* –, however, have not resulted in a integral approach to the different types of symbols. It may be questioned however, whether the dual approach of regarding the monopolization of *cultural heritage* as an issue of *public order* (a solution suggested informally by the German legislator) and assessing monopolization of *religious symbols* under standards of *decency* (standard case-law on the *Warenzeichengesetz*) will be stable in the long term. All depends on whether the courts will feel sufficiently comfortable with an approach that depends for much of its force on an informal suggestion of the legislator and that arguably is at odds with the courts' own general construction of the concepts of public order and public decency.

Monopolization through the law of designs

Where the route to trade mark protection is cut off, it would be inappropriate for the law of designs to offer an alternative. The European Design Directive (as well as the Community Design Regulation) does not, however, include an optional ground for refusal of designs of high symbolic value along the lines of the one contained in the Trade Mark Directive. This fact alone means that a corresponding absolute ground for nullity can not be introduced in the law of designs in the Benelux Treaty on Intellectual Property; a solution that I would otherwise have defended with enthusiasm.

This state of the legislative framework means that the currently existing grounds for nullity in the Benelux Treaty are all-important. This study argues that designs with a high *negative* symbolic value as well as designs with a high positive value insofar as they are of a *national* or *religious* character, should all be categorically excluded from Benelux design registration, on grounds of violation of public order, public decency, or –whenever applicable – Article 6*ter* of the Paris Convention. National symbols, in this perspective, are national emblems and heraldry in the meaning of Article 6*ter*, as well as national monuments, buildings and symbols relating to the institution of the

Head of State. A design not covered by Article 6*ter*, but which is 'of particular public interest' (Article 11, paragraph 2, sub c Design Directive), may be a national symbol, but this will not necessarily be so. Excluding cultural symbols from protection is unrealistic given the fact that such symbols, such as artistic expressions, are currently often and without objection portrayed on designs. Both the plea for categorical exclusion and the distinction between national and religious symbols on the one hand and cultural symbols on the other reflect the criteria developed above with regard to trade marks.

A weighty argument against registration of symbols as designs is the fact that important segments of society may find it unpalatable that use of designs with a high symbolic value for commercial purposes should be rewarded with the grant of an exclusive right. Another 'classic' but no less weighty concern stems from the objection against official publication by the State of the registration of designs that offend public order or standards of public decency.

Non-exclusive use – both commercially and non-commercially – remains possible within the confines of the legal framework for use set out in Part I.

Curriculum vitae

Caspar van Woensel (1976) studeerde van september 1994 tot januari 2001 Nederlands recht aan de Universiteit Leiden (burgerlijk recht en ondernemingsrecht). Na zijn afstuderen deed hij bij de afdeling burgerlijk recht van deze universiteit een half jaar onderwijservaring op. Per september 2001 startte hij met zijn proefschrift, bij de toenmalige afdeling Auteurs- en informatierecht. Van begin 2003 tot half 2005 was hij werkzaam als universitair docent burgerlijk recht. Sinds december 2006 is hij universitair docent bij de sectie Intellectuele eigendomsrecht van de afdeling Ondernemingsrecht.

In de boekenreeks van het E.M. Meijers Instituut voor Rechtswetenschappelijk Onderzoek van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden, zijn in 2006 en 2007 verschenen:

MI-100 J.H. Nieuwenhuis & C.J.J.M. Stolker (red.), *Vooruit met het recht. Wat geldt in de rechtswetenschap als vooruitgang?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, ISBN 90 5454 741 3

MI-104 E.C.C. Punselie, *Voor een pleegkind met recht een toekomst*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2006, ISBN 90 13 03328 8

MI-105 A. Hendriks, *In beginsel. De gezondheidsrechtelijke beginselen uitgediept,* (oratie Leiden), Leiden: NJCM-boekerij 2006, ISBN 90 6750 046 1

MI-106 T. Barkhuysen, *Eenheid en coherentie van rechtsbescherming in de veellagige Europese rechtsorde,* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 2006, ISBN 90 1303 568 X

MI-107 N.J.H. Huls & Z.D. Laclé, *Meer macht voor de consument?*, Deventer: Kluwer 2006, ISBN 90 5454 697 2

MI-108 W. Zwalve, *Simplex et perpetuum. Beschouwingen over eigendom en tijd,* Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, ISBN 90 54547 12 X

MI-109 T.J. de Graaf, *Exoneraties in (ICT-)contracten tussen professionele partijen,* Deventer: Kluwer 2006, ISBN 90 1303 660 0

MI-110 N. Jungmann, *De Wsnp: bedoelde en onbedoelde effecten op het minnelijk traject*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2006, ISBN 90 8728 004 1

MI-111 R. van Alebeek, *The Immunity of States and their Officials in the Light of International Criminal Law and International Human Rights Law*, (diss. Leiden) 2006

MI-112 J.H. Gerards, *Belangenafweging bij rechterlijke toetsing aan fundamentele rechten* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 2006, ISBN 90 13 03837 9

MI-113 W. Huisman, L.M. Moerings en G. Suurmond (red.), *Veiligheid en recht. Nieuwe doelwitten en strategieën*, Boom Juridische uitgevers 2006, ISBN 90 5454 732 4

MI-114 A.C. Rijkers & H. Vording (red.), *Vijf jaar Wet IB 2001*, Deventer: Kluwer 2006, ISBN 90 13 03851 4

MI-115 T. Barkhuysen, W. den Ouden & Y.E. Schuurmans (red.), *Het model Tak: Verhoogde rechtsbescherming in het bestuursrecht?*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2006, ISBN 90 1303 852 2

MI-116 Y.E. Schuurmans (red.), *Bewijzen en beslissen*, Deventer: Kluwer 2006, ISBN 90 1303 756-9

MI-117 H.J.Th.M. van Roosmalen, *Overheidsaansprakelijkheid in Engeland en Nederland*, (diss. Leiden), Den Haag: Sdu 2007, ISBN 978 90 12 11846 0

MI-118 R.W.J. Crommelin, *Het aanvullen van de rechtsgronden*, (diss. Leiden), Alphen aan den Rijn: Kluwer 2007, ISBN 978 90 13 04635 9

MI-119 L.A.R. Siemerink, *De overeenkomst van Internet Service Providers met consumenten*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2007, ISBN 90 13 04357 7

MI-120 I.S.J. Houben, K.J.O. Jansen, P. Memelink, J.H. Nieuwenhuis & L. Reurich (red.), *Europees contractenrecht. Techniek en moraal*, Deventer: Kluwer 2007, ISBN 90 13 04036 5

MI-121 S. Hillebrink, *Political Decolonization and Self-Determination. The Case of the Netherlands Antilles and Aruba*, (diss. Leiden) 2007, ISBN 978 90 9021470 2

MI-122 B.W. Schermer, *Software agents, surveillance, and the right to privacy: a legislative framework for agent-enabled surveillance*, (diss. Leiden) 2007, Leiden: Leiden University Press 2007, ISBN 978 90 8728 021 5

MI-123 C.G. Breedveld-de Voogd, *Vorm, vrijheid en gebondenheid bij de koop van een woning*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, ISBN 978 90 5454 412 8

MI-124 T. Barkhuysen, W. den Ouden & T. Steyger (red.), *Europees recht effectueren. Algemeen bestuursrecht als instrument voor de effectieve uitvoering van EG-recht*, Deventer: Kluwer 2007, ISBN 978 90 13046 28 1

MI-125 A.C. Beunen, *Protection for databases, The European Database Directive and its effects in the Netherlands, France and the United Kingdom*, (diss. Leiden), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, ISBN 978 90 5850 267 4

MI-126 Z. Deen-Racsmány, *Active Personality and Non-extradition of Nationals in International Criminal Law at the Dawn of the Twenty-first Century: Adapting Key Functions of Nationality to the Requirements of International Criminal Justice*, (diss. Leiden), Leiden: Leiden University Press

MI-127 C.P.L. van Woensel, *MERK, GOD EN VERBOD. Oneigenlijk gebruik en monopolisering van tekens met een grote symbolische waarde*, (diss. Leiden), Amstelveen: Uitgeverij deLex 2007, ISBN 978 90 8692 010 5

MI-128 J.A.J. Peter, *Levering van roerende zaken*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2007, ISBN 978 90 13043 81 5

Zie voor de volledige lijst van publicaties: www.law.leidenuniv.nl/onderzoek