

ANNE FRANK IS VAN MIJ

Caspar van Woensel*

Twee stichtingen strijden om de hegemonie over *Anne Frank*-merken. Goede-doelenclubs of niet, op hun gekissebis over wie de nagedachtenis van Anne Frank mag propageren, zit niemand te wachten. Hun conflict is wel een uitgelezen aanleiding om te discussiëren over heikle onderwerpen. Zo is het vreemd dat bekende boektitels als *Het Achterhuis* na de periode van auteursrechtelijke bescherming opnieuw van een gebruiksmonopolie kunnen worden voorzien – als merk. En we hebben het hier over een beroemde persoon uit de vaderlandse geschiedenis, in dit geval tevens een symbool van de Holocaust. Wat doen claims op het alleenrecht daar eigenlijk? De auteur voelt steeds meer voor een ‘witte lijst’ met tekens die vrij dienen te blijven van merkpretenties. Daar knapt de samenleving van op.

1 Inleiding

Van wie is Anne Frank? Eerst was zij van niemand – het Nederlands staatsburgerschap heeft zij althans nooit gekregen – en als Duits joods meisje was zij op de vlucht voor de autoriteiten van haar eigen land. Later werd zij van iedereen, een waar icoon, in Nederland en daarbuiten. Via haar dagboek en haar onderduikadres in Amsterdam kregen generaties een beeld van het leven van een joods kind in de oorlog.

Anne Frank stierf in maart 1945. Lang geleden? In vreedstijd wel, een mensenleven geleden. Maar om ons heen herinnert nog van alles aan de Tweede Wereldoorlog: de Staat restitueerde het afgelopen decennium een lange rij kunstvoorwerpen aan joodse eigenaren, in het Rotterdamse plaveisel markeert sinds 2009 een keten van lampen het bombardement, en herdenken gebeurt nog overal, tegenwoordig soms in aanwezigheid van de voormalige vijand.

En Anne Frank, zij herinnert ons aan de oorlogsperiode – haar naam en portretfoto's, het Achterhuis met de draaiende boekenkast, het dagboek. Een bekend gezicht onder de duizenden slachtoffers. Hoe weerloos je als mens bent tegenover ideologisch staatsgeweld. Mensenrechten en kinderrechten komen via Anne Frank dichtbij. Anne Frank is het beroemd geworden verhaal van een joods meisje dat zich moest verschuilen, een dagboek schreef, en verraden werd.

Het beeld dat wij van Anne Frank hebben, is met zorg geconstrueerd. Anne Franks vader en de stichting die de exploitatierechten op het dagboek verkreeg, hebben de nagedachtenis verwoed uitgedragen. Het dagboek is aangepast aan een breed lezerspubliek en is miljoenen keren verkocht. Het

Achterhuis werd een belangrijke publiekstrekker en werd verbouwd om de grote groepen aan te kunnen. Documentaires, lesmateriaal en fotoboeken verschenen. De nagedachtenis van Anne Frank groeide uit tot een ‘industrie van het goede doel’.

In dit veld opereren twee prominenten: het Anne Frank Fonds, een Zwitserse stichting die na de oorlog is opgericht door de vader van Anne Frank en die het dagboek exploiteert, en de met dit Fonds niet verwante Anne Frank Stichting, die het Achterhuis exploiteert.

Deze twee stichtingen kwamen in het recente verleden meermaals met elkaar in aanvaring, bijgestaan door hun advocaten en adviseurs. Op het eerste gezicht is het dagboek van Anne Frank inzet van hun onenigheid.¹ Maar wie beter kijkt, ziet twee respectabele goede-doelenorganisaties strijden om de hegemonie over de nagedachtenis van Anne Frank.²

De nagedachtenis van Anne Frank groeide uit tot een ‘industrie van het goede doel’

2 Zeggenschap over het dagboek

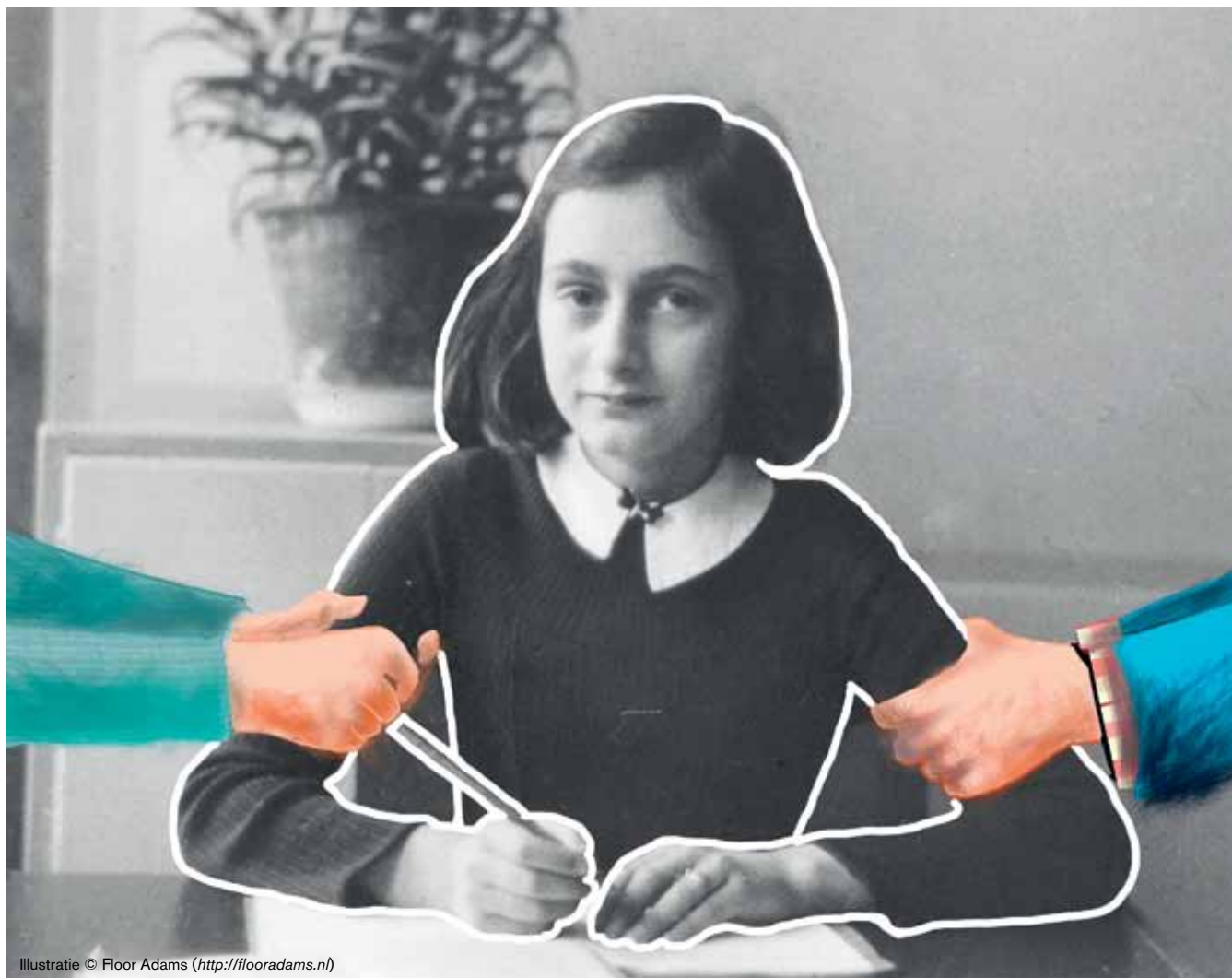
Op het dagboek rust nu nog auteursrecht, maar dat gaat binnenkort veranderen. Vanaf 2015 mag iedereen die dat wil het werk zonder toestemming van het Zwitserse Anne Frank Fonds uitgeven. Zonder dit ‘verveelvoudigingsrecht’ zullen de verkoopcijfers van dit Fonds mogelijk inzakken.³ Een voorzienbaar

* Mr.dr. C.P.L. van Woensel is docent en onderzoeker aan de Universiteit Leiden. In 2007 promoveerde hij op het onderwerp *Merk, God en Verbod. Oneigenlijk gebruik en monopolisering van tekens met een grote symbolische waarde*.

1 Een ander recent geschil – het tekent de conflictueuze sfeer – tussen het Anne Frank Fonds en de Anne Frank Stichting was niet gerelateerd aan intellectuele eigendom, maar betrof een bruikleenovereenkomst (Rechtbank Amsterdam 25 juli 2012, LJN: BY3928).

2 Na het afsluiten van deze bijdrage verscheen een stuk in de krant over *Anne Frank*-merken, van de hand van Bas Kist, ‘Listig behoud van ‘Het Achterhuis’’, *NRC Handelsblad* 29 maart 2013, p. 24.

3 Art. 13 jo 1 Auteurswet (Aw). Art. 1 Aw definieert het uitsluitend recht; art. 10 Aw noemt belangrijke voorbeelden van ‘werken’ die vatbaar zijn voor auteursrecht, zoals boeken en geschriften.



Illustratie © Floor Adams (<http://flooradams.nl>)

4 Art. 37 lid 1 Aw bevat de hoofdregel omtrent de duur. Een merkrecht wordt verleend voor 10 jaar, met de mogelijkheid van verlenging, zo volgt uit art. 2.9 lid 1 en 3 Benelux Verdrag intellectuele eigendom (BVIE). Merkdepots in Nederland zijn geldig in het Benelux-gebied, zo volgt uit (art. 1.16 en) art. 2.2 BVIE.

5 Onder meer: Beneluxmerk met inschrijvingsnummer 700932, depotdatum 28 november 2001, op naam van Uitgeverij Kluitman Alkmaar B.V. Voorbeeld beschreven in C.P.L. van Woensel, *Merk, God en Verbod* (diss. Leiden), Amstelveen: deLex 2007, p. 345-347.

6 Uit art. 2.1 lid 1 BVIE volgt dat 'tekens' een 'merk' kunnen zijn als ze vatbaar zijn voor grafische voorstelling én kunnen dienen ter onderscheiding van waren of diensten van een bepaalde onderneming. Ongeschikte tekens worden niet ingeschreven, zo volgt uit art. 2.11 lid 1 sub a en b jo 2.1 lid 1 en 2 BVIE.

gevolg van het aflopen van de bescherming is in elk geval dat de controle over de publicatie niet langer bij het Anne Frank Fonds ligt.

Zo'n verlies van controle over wat er met het dagboek gebeurt, is waarschijnlijk wat het Anne Frank Fonds zorgen baart. De situatie is typerend voor uitgevers van na lange tijd nog steeds populaire boeken: tegen het einde van de beschermingsduur (zeventig jaar na de dood van de maker) vragen zij een merkrecht aan op de boektitel, in de hoop of veronderstelling dat met dat recht nog iets (of veel) van de 'monopoliepositie' kan worden gered.⁴

Een merkrecht ten aanzien van de boektitel moet er dan voor zorgen dat het boek niet zomaar overal door eenieder (commercieel) kan worden uitgegeven. Een voorbeeld hiervan is Dik Trom – de naam van de hoofdpersoon van de gelijknamige kinderboekenserie is tevens een geregistreerd merk voor boeken, kleurboeken en stripboeken.⁵ De houder van dit merk is de uitgever van de Dik Trom-boeken.

Het is niet gegeven dat een dergelijke opzet slaagt. Een merk is namelijk iets anders dan een auteursrechtelijk 'werk': volgens de wet moet een merk vóór alles geschikt zijn om het product van een bepaalde aanbieder te onderscheiden.⁶ Je moet er als consument een fabrikant of dienstverlener in zien.

Dik Trom zou daarom wel een onderscheidende merknaam kunnen zijn voor actieve jeugdvakanties, maar niet voor alles wat rechtstreeks met de kinderboekenserie te maken heeft.

Uitgevers van na lange tijd nog steeds populaire boeken vragen tegen het einde van de beschermingsduur een merkrecht aan op de boektitel, in de hoop of veronderstelling dat met dat recht nog iets (of veel) van de 'monopoliepositie' kan worden gered

Toch heeft de uitgever van de Dik Trom-boeken een merkrecht verleend gekregen. Deze bijzonderheid vindt haar oorsprong in de tijd dat merkregistratie pleegde te geschieden zonder inhoudelijke toets. Dat is later veranderd, met een 'poortwachtersrol' voor de instantie die met de registratie is belast.

Parlementariërs namen hiertoe het voortouw en stelden (in de jaren 80 van de vorige eeuw) vragen aan de toenmalige vakminister. Bij die gelegenheid bleek dat de wetsgeschiedenis geen uitsluitel gaf over 'opvolgende' merkbescherming van boektitels en romanfiguren, waarbij de uitbater van de auteursrechten zich tegen het einde van de beschermingsperiode verzekert van merkrechten op die boektitels en romanfiguren.⁷

Het vakministerie wenste de toelaatbaarheid van 'Dik Trom-gevallen' aan de rechter over te laten. In de Dik Trom-zaak zelf, maar ook later, kwam het niet tot een rechterlijke uitspraak over die toelaatbaarheidsvraag. Het dagboek van Anne Frank speelde toen geen rol in de discussie.

3 'Opvolgende' merkbescherming op een boektitel?

In de wetsgeschiedenis en de rechtspraak is geen zonneklaar antwoord te vinden op de vraag of 'opvolgende' merkbescherming mag, of juist moet worden tegengegaan. In de juridische literatuur is men verdeeld: de één verdedigt de vrijheid van uitgevers en andere exploitanten; de ander toont reserve over de bredere implicaties van 'verlenging' van een door tijdsverloop geëindigd auteursrecht. Een dilemma dat zo eindeloos kan blijven bestaan.

Voor 'opvolgende' merkbescherming zie ik eigenlijk geen rechtvaardiging.⁸ De huidige Auteurswet verleent de maker, en diens nabestaanden en exploitanten zoals uitgeverijen, een sterke mate van zeggenschap voor zeer lange duur (het leven van de maker plus zeventig jaar). Een comfortabele uitgangspositie. Maatschappelijke en concurrentieoverwegingen zijn gedurende die tijd al met al ondergeschikt. Juist daarom is goed verdedigbaar dat pogingen om die exclusieve positie te verlengen een halt zouden worden toegeroepen. Aan de Auteurswet komt in dat geval zogenaamde 'negatieve reflexwerking' toe ten opzichte van het merkenrecht: als door tijdsverloop het auteursrecht op bijvoorbeeld boektitels en personages eindigt, dan mag geen nieuwe exclusieve aanspraak worden gevestigd met behulp van merkrechten, omdat het auteursrecht is geëindigd.⁹ Dit is een norm die zou moeten meewegen bij de beoordeling van bekende boektitels als *Het Achterhuis*.¹⁰

Voor 'opvolgende' merkbescherming zie ik geen rechtvaardiging. De huidige Auteurswet verleent de maker, en diens nabestaanden en exploitanten, een sterke mate van zeggenschap voor zeer lange duur. Een comfortabele uitgangspositie

4 Geweigerde merkregistratie

Het huidige Benelux-Bureau voor de Intellectuele Eigendom (BBIE) weigerde eind 2011 de woordmerken *Het dagboek van Anne Frank* en *Het Achterhuis*.¹¹ Op dit moment loopt een beroepsprocedure

van de deposant in verband met deze weigeringen.¹² Een publieke toelichting geven het BBIE en de deposant niet; wel is bekend op welke gronden de namen zijn geweigerd.¹³ Het volgende laat zich omtrent de ingeroepen gronden raden.

Bekend is dat het Anne Frank Fonds de auteursrechten op het beroemde dagboek beheert en initiatieven 'in de geest van Anne Frank' ontplooit.¹⁴ Met de aangevraagde merknamen onderscheidt het Anne Frank Fonds zich in het economisch verkeer niet: wie ziet in *Het dagboek van Anne Frank* en *Het Achterhuis* merktekens van een bepaalde onderneming? De beoogde merknamen deden zo niet wat een merknaam wettelijk moet doen: kunnen dienen als onderscheidingsteken.¹⁵

Met de aangevraagde merknamen onderscheidt het Anne Frank Fonds zich in het economisch verkeer niet: wie ziet in *Het dagboek van Anne Frank* en *Het Achterhuis* merktekens van een bepaalde onderneming?

Bovendien waren de woordmerken door het Anne Frank Fonds aangevraagd voor films, tijdschriften, theateropvoeringen en meer. *Het Achterhuis* en *Het dagboek van Anne Frank* dekten zo potentieel de lading: films, tijdschriften en theateropvoeringen over Anne Frank. Het is alsof een bloemenbezorgservice de naam 'Bloemenbezorgservice' als haar merk zou kiezen – hoe uitgekiend misschien ook in commerciële zin, merkenrechtelijk kan het niet. Een beoogd merk moet meer doen dan slechts de door het merk gedekte waren of diensten beschrijven.¹⁶

De 'negatieve reflexwerking' van de Auteurswet, die ik hierboven noemde, speelt bij de weigeringen op het oog geen rol. Ook al dringt de parallel met de Dik Trom-kwestie zich op bij de titel *Het Achterhuis*, het merkenbureau kon volstaan met andere gronden.

Moeten namen en portretten van personen van historische betekenis niet geheel van merkregistratie worden uitgesloten?

5 Symbool van de Holocaust en *Person der Zeitgeschichte*

Is hiermee alles besproken aan deze zaak? Nee. Anne Frank is een symbool van de Holocaust. Moeten we 'haar' om die reden niet buiten het merkregister houden? En Anne Frank heeft daarnaast ook een historische betekenis. In het Duitse juridische discours spreekt men van een *Person der Zeitgeschichte*.¹⁷ Moeten namen en portretten van personen van historische betekenis niet geheel van merkregistratie worden uitgesloten? Het BBIE is ongetwijfeld bekend met de verschillen-

7 Bedoeld is de wetsgeschiedenis van (de voorlopers van) de Aw en in mindere mate het BVIE. Lees de kritische observaties in: H. Cohen Jehoram, 'Dik Trom geannoteerd', *NJB* 1982, p. 50-51; D.W.F. Verkade, 'Het werk als merk, en het merk als werk', *Auteursrecht/AMR* 1982-5, p. 141-144. In algemene zin is samenloop van auteurs- en merkenrecht door de Hoge Raad toegestaan; o.m. HR 16 april 1999, *NJ* 1999, 697 m.nt. Hugenholtz, r.o. 3.9 (*Batco/Doucal II*).

8 Dit is een gewijzigd inzicht ten opzichte van mijn dissertatie.

9 Ik verwijs voor uitleg van de term 'negatieve reflexwerking' naar D.W.F. Verkade, *Ongeoorloofde mededinging*, Zwolle: Tjeenk Willink 1986, p. 30 e.v.

10 Voor het Duitse recht neemt S. Liebau, *Gemeinfreiheit und Markenrecht* (diss. Berlin), Aken: Shaker 2000, p. 28 een overeenkomstig standpunt in.

11 *Het dagboek van Anne Frank*, Beneluxdepot 1129129, depotdatum 13 juli 2011; *Le Journal d'Anne Frank*, Beneluxdepot 1247668, depotdatum 15 mei 2011; *Het Achterhuis*, Beneluxdepot 1229126, depotdatum 22 juli 2011. Bij het Hof van Beroep in Brussel loopt nog een beroepszaak tegen de weigeringen; de behandeling wordt verwacht in mei 2013.

12 Bij het Hof van Beroep te Brussel (stand 21 maart 2013).

13 Persoonlijke navraag bij het BBIE en de vertegenwoordiger van de deposant, juni 2012.

14 Zie www.annefrank.ch, zoek op *Aufgaben & Zweck* (laatst geraadpleegd op 21 maart 2013).

15 Art. 2.11 lid 1 sub b BVIE; zie ook de herkomst- en identificatiefunctie van merken die in rechtspraak van het Europese Hof van Justitie vaak wordt genoemd.

16 Art. 2.11 lid 1 sub c BVIE.

17 Liebau 2000, p. 25.

de opinies. Maar het bureau heeft de *Anne Frank*-depots niet afgekeurd wegens strijdigheid met de openbare orde of goede zeden, een andere, principiële weigeringsgrond in onze merkenwet.¹⁸ De vraag: willen we bepaalde merken wel?, heeft het bureau niet hardop gesteld en beantwoord. Of het registratiebureau dat zou moeten doen is in het vakgebied omstreden – het woord activisme valt al snel.

Maar wat doen we dan, als maatschappij, met merkaanvragen op historisch belangrijke, of historisch beladen, tekens? De rechter krijgt hoogst zelden de gelegenheid zich uit te spreken in dergelijke merkenzaken, dus hoe reëel is het om het probleem aan de rechter te laten? Want een probleem is het, of beter gezegd: een gemeenschappelijke zorg – misschien wel een beetje zoals monumentenzorg.

Wat doen we als maatschappij, met merkaanvragen op historisch belangrijke, of historisch beladen, tekens?

6 Oppositie (bezwaar) door de competitie

De Anne Frank Stichting stelde bij het BBIE oppositie in tegen het merkdepot van het Anne Frank Fonds. Dit bezwaar tegen de voorgenomen merkregistratie laat zich begrijpen in het licht van de eigen belangen (en eigen merken, zie hierna in 7) van de Stichting. De Stichting legt zich toe op het beheer van het voormalige woonhuis van de familie Frank en het gedachtegoed van Anne Frank.¹⁹ De Anne Frank Stichting wilde met haar protest vast voorkomen dat het Zwitserse Fonds met merkaanspraken in Nederland activiteiten van de Stichting zou kunnen (ver)hinderen.

Wat moeten ze bij het BBIE wel niet hebben gedacht van de twee ideële organisaties die met elkaar in de clinch liggen over het erfgoed van Anne Frank? Zelfs als we enig begrip hebben voor de opstelling van de beide stichtingen – in deze tijd beschermt iedereen zijn rechten en gaan we zakelijk met elkaar om – dan nog is de confrontatie van deze twee organisaties die zich bekommeren om het erfgoed van Anne Frank onverkwikelijk. Met hun adviseurs nemen zij stelling en zij schuwen de gang naar de rechter niet. Wat moet de samenleving daarvan vinden? Van het Fonds en de Stichting mag gezien hun maatschappelijke positie meer *standing* worden verwacht.

Zelfs als we enig begrip hebben voor de opstelling van de beide stichtingen dan nog is de confrontatie van deze twee organisaties die zich bekommeren om het erfgoed van Anne Frank onverkwikelijk

7 Oudere merken Anne Frank

Het mag nu lijken alsof onlangs voor het eerst een merk is aangevraagd in verband met Anne Frank, maar dat is niet het geval. *Anne Frank*-merken bestonden al, geregistreerd vanaf de jaren 80 van de vorige eeuw en allen op naam van de Anne Frank Stichting.²⁰ Het Benelux-merkenregister telt nu vier merken *Anne Frank*, naast een Europees merkrecht op de naam *Anne Frank*. Ook is *Anne Frank Zeitung* ingeschreven als Benelux-merk van de Anne Frank Stichting.

Het BBIE keurde de meer recentelijk door het Fonds gedeponeerde merknamen af, zoals we hierboven zagen. En dat terwijl een al meer dan 25 jaar geleden geregistreerd *Anne Frank*-merk voor 'Het geven van voorlichting over de geschiedenis van de familie Frank, het dagboek "het Achterhuis" en over het Achterhuis zelf' niet voldoet aan de elementaire eisen (onderscheidend vermogen, niet-beschrijvend).²¹ Hoe valt dat te rijmen?

Materieel gesproken niet. Dit heeft weer te maken met de vroegere praktijk om een merk te registreren zonder inhoudelijke toets. Toen die praktijk veranderde, is omwille van de rechtszekerheid de grote voorraad niet getoetste merken in het register blijven staan. Een deel van die merkrechten is inmiddels vervallen, bijvoorbeeld omdat de merkhouders zijn rechten niet heeft verlengd. Voor de andere oude merken geldt dat alleen de rechter zich daar nog over kan uitspreken, als hij in een zaak daartoe de gelegenheid krijgt.

Bij het huidige BBIE-toetsingsbeleid maken *Anne Frank*-depots bijna geen kans.²² Zouden verzoeken om inschrijving van *Anne Frank* voor producten of diensten omtrent het leven van Anne Frank het BBIE nu voor het eerst bereiken, dan zouden die verzoeken vrijwel zeker het lot delen van *Het Achterhuis* en *Het dagboek van Anne Frank*.²³ Bekende historische persoonlijkheden – hun namen, handtekeningen en portretten – bezitten immers op voorhand geen onderscheidingskracht als merk. Ze zijn wel bekend, maar niet in relatie tot een onderneming.²⁴

Bij het huidige BBIE-toetsingsbeleid maken *Anne Frank*-depots bijna geen kans. Bekende historische persoonlijkheden – hun namen, handtekeningen en portretten – bezitten immers op voorhand geen onderscheidingskracht als merk

8 Dit waait wel over?

Een storm in een glas water, dus, de *Anne Frank*-merken? Dat zou een te snelle conclusie zijn. Deze keer zijn het twee stichtingen die verward zijn in een strijd om het erfgoed van Anne Frank, de volgende keer is het een dispuut om een andere naam van maatschappelijk belang. In het verleden is in Nederland gestreden om onder andere de woord-

¹⁸ Strijd met de openbare orde of goede zeden is geregeld in art. 2.11 lid 1 sub e jo 2.4 aanhef en sub a BVIE.

¹⁹ Oppositie is in bepaalde gevallen mogelijk, op grond van art. 2.14 BVIE.

²⁰ Benelux-merken: de oudste inschrijving heeft nummer 403509, depotdatum 27 november 1984; de meest recente inschrijving heeft nummer 701906, 19 november 2001.

²¹ Informatie ontleend aan Benelux-inschrijvingsnummer 151445, depotdatum 21 januari 1987.

²² Dit beleid is gestoeld op de wetgeving en de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie. Het BBIE gebruikt voorts gepubliceerde richtlijnen met betrekking tot het weigeren van merken.

²³ 't *Achterhuis* is (wel) een geschikt beeldmerk voor onderhouds- en schildersdiensten; Benelux-inschrijvingsnummer 740341, depotdatum 24 september 2003, op naam van 't Achterhuis Historische Bouwmaterialen B.V.

²⁴ Bij oude merken, van voor de inhoudelijke toets, kan dat – door gebruik in het economisch verkeer – soms anders zijn: velen hebben bijvoorbeeld wel gehoord van *Churchill*-sigaren.

en/of beeldmerken De Nachtwacht, Euro, (hindoe-god) Shiva en Michiel de Ruyter; in Duitsland om Johann Sebastian Bach, het *Schokolademädchen* – een soort 'Zeeuws meisje' – en de Mona Lisa.²⁵

Tijdens het schrijven van deze bijdrage barstte een storm los over een claim op de merknaam *Allah*, door een Amsterdamse kunstenaar die er brood in ziet.²⁶ Deze merkaanvraag is door het BBIE geweigerd omdat de naam Allah als merk onderscheidend vermogen ontbeert.²⁷ Een vraag is: mag een symbool ook een merk zijn? Ook een Belg claimt nu naar verluidt een '*Allah*-merk'.²⁸

Het Europese Hof van Justitie komt er niet vaak aan te pas als het om symbolen als merk gaat, maar in de zaak *Yaqub/OHIM* is nu aan de orde of de naam 'Atatürk' in strijd is met de merkenrechtelijke openbare orde of goede zeden.²⁹ Of mag de naam van de grondlegger van de moderne Turkse staat toch op deodorant, petjes en bierflesjes prijken?³⁰ Het registratiebureau voor Gemeenschapsmerken in Alicante, Spanje vond in elk geval van niet, en de Turkse regering steunt deze weigering.

Zoals de kaarten nu liggen, voel ik veel voor een 'witte lijst' van namen en afbeeldingen die vrij dienen te blijven van merkpretenties

9 Voorstel: een 'witte lijst'

Zoals de kaarten nu liggen, voel ik veel voor een 'witte lijst' van namen en afbeeldingen die vrij dienen te blijven van merkpretenties. Het vestigen van een monopolierecht op een naam als Anne Frank of een portretfoto, acht ik respectloos en onethisch. Het enkele feit dat er in ons land aanzienlijke groepen mensen zijn die zich in hun – nationale, religieuze en culturele – identiteit aangetast kunnen voelen als gevolg van de aanspraak op het alleenrecht, is voldoende reden voor merkweigering. De commerciële vrijheid van de teleurgestelde merkaanvrager moet daarvoor wijken.

Anne Frank is van mij, net zoveel als van ieder ander. Wat hebben 'eigendomsclaims' daarbij te zoeken? Namen en afbeeldingen die we uit overwegingen van algemeen belang het liefst 'vrij' zouden laten, zouden het heel goed doen op zo'n witte lijst – iets waarvoor het BBIE (of een derde, een soort Klankbordgroep) best een voorzet kan geven.³¹ Een variant op het blauw-witte schildje aan de gevel van onze belangrijkste rijksmonumenten.

Zo'n witte lijst bestaat nog niet en in het Europees geharmoniseerde merkenrecht kun je als land niet snel meer iets op eigen houtje doen.³² Met name niet als het gaat om de voorwaarden voor registratie.³³ De problematiek waar we het hier over hebben is echter gedekt door de voor EU-lidstaten als optie ter beschikking staande bepaling over 'tekens met een grote symbolische waarde'.³⁴ Deze bepaling zou nieuw zijn in ons nationale merkenrecht en geeft een geschikt handvat om claims op namen en afbeeldingen met een grote symbolische waarde af te weren.³⁵

De in vergelijking generieke openbare-ordebepaling is hier nu al beschikbaar, maar blijkt voor het BBIE al jaren een politiek gevoelig instrument, zonder

duidelijke inkadering. Toen ik een jaar of vijf geleden al eens pleitte voor het overnemen van de optionele bepaling over tekens met een grote symbolische waarde, trof ik bij de wetgever begrip, maar ook terughoudendheid om onze merkenwet (een verdrag met de Beneluxlanden) te wijzigen.³⁶ Maar het kán dus wel. De wetgever wachtte toen op meer incidenten: die dienen zich nu aan.

In Duitsland bestond vroeger de *Freizeichenliste*, een vondst uit het oude Duitse merkenrecht. Het was een 'reservaat' van tekens die vrij van merkrechten werden gehouden

10 Een 'blacklist' voor symbolen

In Duitsland bestond vroeger de *Freizeichenliste*, een vondst uit het oude Duitse merkenrecht. Het was een 'reservaat' van tekens die vrij van merkrechten werden gehouden.³⁷ De lijst was lang en ook algemene, generieke aanduidingen stonden erop. Het Duitse merkenbureau publiceerde periodiek een bijgewerkte versie en er ging een enorm gezag van uit.

Dat lijkt op waar we het vandaag over hebben. Zo ook een voorstel voor een Europese 'zwarte lijst' van namen van beroemde historische figuren, plaatsen en gebeurtenissen. Het voorstel was afkomstig van Jeremy Phillips, die er enige jaren geleden voor pleitte, nadat hij had ontdekt dat Italiaanse wijnproducenten goede zaken deden met speciale dictatorwijnen.³⁸

Dat perspectief is juist in verband met Anne Frank treffend en wrang: het verheerlijkende gebruik van afbeeldingen van Adolf Hitler en Benito Mussolini op de goed verkopende rode wijnen stuitte Phillips tegen de borst. Of het nu was als merk, of in reclameuitingen. Joodse organisaties protesteerden tegen het afbeelden van hakenkruizen op de verkoopwaar. *Anne Frank*-merken waren in die discussie niet in beeld.

Het was in juridisch opzicht een spannend voorstel, veel breder dan merkenrecht alleen, waarvan ik nu denk: dat had Phillips goed gezien. De uitvoeringsmoeilijkheden van het aanleggen van een lijst blijven weliswaar, maar hoe reguleer je anders wat je eigenlijk categorisch buiten het merkenregister wilt laten? In verschillende landen leeft het onderwerp; kun je dan niet beter over het onderwerp spreken en handvatten formuleren?

11 Kaders formuleren

Tot op zekere hoogte gebeurt dat al, dat overleggen op Europees niveau. In een Europese merkenzaak, over de aanvraag van een Gemeenschapsmerk, is als volgt gemotiveerd:

'Signs which severely offend the religious sensitivities of a substantial group of the population are also best kept off the register, if not for moral reasons, at least for reasons of public policy, namely the risk of causing public disorder. Few would question that signs which appear to glorify terrorism or offend the victims of terrorism should not be registered: see, for example, Case R 176/2004-2 BIN LADEN.'³⁹

25 Deze en andere voorbeelden zijn beschreven in Van Woensel 2007, hoofdstukken 5 en 7.

26 'God mag, maar Allah niet', *RTL* 8 januari 2013, www.rtl.nl (laatst geraadpleegd op 21 maart 2013).

27 'Discussie weigering beeldmerk Allah - Merk, God en verbod? Update', *IE Forum* 9 januari 2013 www.ie-forum.nl (laatst geraadpleegd op 21 maart 2013).

28 'Na Amsterdammer wil ook Belg "Allah" als merk', *Het Parool* 12 januari 2013 www.parool.nl (laatst geraadpleegd op 21 maart 2013).

29 Zaak T-580/12 (*Yaqub/BHIM*), *PbEU* 16 maart 2013, afl. C 79, p. 21; laatst geraadpleegd op www.eur-lex.europa.eu op 21 maart 2013. Er is een beroep gedaan op art. 52 lid 1 sub a jo. art. 7 lid 1 sub b (gebrek aan onderscheidend vermogen) en f (strijd met openbare orde of goede zeden) van de Gemeenschapsmerkenverordening Nr. 207/2009.

30 Vrije vertaling van de aangevraagde klassen 3, 25, 32 (Overeenkomst van Nice, 10e editie).

31 De advocaat-generaal Ruiz-Jarabo Colomer ging niet zover als het voorstellen van een witte lijst, maar zijn beroemde verzoeking verdient vermelding: '(...) er bestaat een zeker algemeen belang bij de bescherming van namen van grote kunstenaars – die een universeel erfgoed vormen – tegen de onverzagbare en mercantilistische hebzucht, om te voorkomen dat hun oeuvre door trivialisering beschadigd raakt.' Conclusie van 8 september 2005 in zaak C-361/04P (*Picasso/Picaro*), onder nr. 69, laatst geraadpleegd op www.curia.europa.eu op 21 maart 2013.

32 Intellectuele eigendomsrechten hebben territoriale gelding.

33 Die voorwaarden raken namelijk de werking van de interne markt.

34 De optionele bepaling over tekens met een grote symbolische waarde en met name religieuze symbolen is neergelegd in art. 3 lid 2 onder b van de Eerste Richtlijn van de Raad van 21 december 1988 betreffende de aanpassing van het merkenrecht der Lidstaten (89/104/EEG), thans vervangen door de gecodificeerde versie: 2008/95/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 oktober 2008 betreffende de aanpas-

35

36

37

38

39

40

41

42

sing van het merkenrecht der lidstaten.

- 35 Andere bestaande, maar casus-specifieke mogelijkheden zijn: landen, vlaggen en staatswapens in art. 6ter Unieverdrag 1883 (jo. 2.4 aanhef en onder a BVIE) en het Rode Kruis-symbool in het Wetboek van Strafrecht.
- 36 Beschreven in: C.P.L. van Woensel, 'See you on God-Tube? Culturele, nationale en religieuze symbolen als merk', AA 2008-5, p. 246-255 (AA20080246).
- 37 Van Woensel 2007, p. 370-372.
- 38 J. Phillips & I. Simon, 'No marks for Hitler. A radical reappraisal of trade mark use and political sensitivity', *European Intellectual Property Review* 2004, p. 327-330.
- 39 BHIM Grote Kamer van beroep 6 juli 2006, zaak R 495/2005-G, 'Screw you'.
- 40 Zie ook nader Van Woensel 2007, p. 289-296 met een inkadering van religieuze symbolen en nationale symbolen zoals landsvlaggen. Ik schreef toen ook over beroemde schilderijen, namen en handtekeningen, zij het terughoudender, omdat er in die sfeer al merkregistraties vergeven zijn. In deze opinie laat ik mij niet weerhouden door de realiteit van het merkregister op dat punt, omdat we vooruit zouden moeten kijken.
- 41 Van Woensel 2007, p. 244-249; zie ook A. Kur & Th. Dreier, *European Intellectual Property Law*, Cheltenham: E. Elgar 2013, p. 186.
- 42 Bundespatentgericht 31 juli 2012, zaak 27 W (pat) 511/12, geraadpleegd op *dejure.org* (21 maart 2013).
- 43 Misbruik althans oneigenlijk gebruik van merkbevoegdheid, namelijk gebruik met geen ander doel dan derden op afstand te houden na het verval van het auteursrecht en ze in die zin te schaden.

Hierin is dus verwezen naar de openbare orde en opvattingen van moraal.⁴⁰ Van de EU-landen sluit ongeveer de helft bekende figuren in de vaderlandse geschiedenis, of symbolen van culturele, nationale of religieuze betekenis, uit van het merkenrecht.⁴¹ Deze landen varen een eigen koers onder de paraplu van de genoemde optionele Europese bepaling over tekens met een grote symbolische waarde of via hun openbare orde- of goede zedenbepalingen, die ze dan dus (vaak al in de wet zelf) nader inkleuren.

Ten aanzien van tekens met een sterke negatieve connotatie wordt het snelst overeenstemming bereikt. Hakenkruizen mogen in geen enkel Europees land een commercieel onderscheidingsteken (merk) zijn. De kans is groot dat dit ook geldt voor andere synoniemen voor geweld en terreur. Zo oordeelde het *Bundespatentgericht*, de hoogste Duitse merkenrechter, dat het woord *Massaker* (bloedbad) geen merk mag zijn:

'Zeichen, die menschenverachtende Inhalte transportieren, die Opfer von Grausamkeiten in einen ihrem Andenken unwürdigen Kontext stellen, sind nicht als Marke schutzfähig.'⁴²

Het valt toe te juichen dat het merkenbureau *Anne Frank*-depots weert, ondanks dat dit bureau hiervoor op dit moment omwegen moet maken en kritiek te verduren krijgt vanwege oudere registraties

12 Conclusie

Het vestigen van een monopolierecht op een naam als *Anne Frank* of een portretfoto, acht ik respectloos en onethisch. Op een witte lijst van tekens die om redenen van algemeen belang vrij dienen te blijven van merkrechten kunnen in ieder geval worden bijgeschreven historische persoonlijkheden en symbolen van de Holocaust. In de persoon van *Anne Frank* komen beide typen symbolen samen. Historische persoonlijkheden dragen wezenlijk bij aan onze samenleving en 'leven' in ons als cultureel erfgoed. Symbolen van de Holocaust, zoals bijvoorbeeld ook hakenkruizen, roepen in ons deel van de wereld een bijzondere sensitiviteit op in verband met de Tweede Wereldoorlog.

Het valt toe te juichen dat het merkenbureau *Anne Frank*-depots weert, ondanks dat dit bureau hiervoor op dit moment omwegen moet maken en kritiek te verduren krijgt vanwege oudere registraties, die niet zomaar ongedaan gemaakt kunnen worden. Het introduceren van de Europese weigeringsgrond met betrekking tot tekens met een grote symbolische waarde zou het handvat bij uitstek bieden – en verdient dus aanbeveling. De samenleving knapt ervan op als symbolen niet worden 'uitgevent'. Over 20 jaar zullen we er blij om zijn.

De sector toont zich tot nu toe niet erg gevoelig voor de zorgen van 'buiten'. Een vaste tegenwerping is dat het merkenrecht niet-commercieel gebruik vrij laat. Maar wie ziet er naar uit om 'zijn' symbool te moeten verdedigen tegenover een merkhouders die meent dat bepaald gebruik wél onder het alleenrecht valt? En willen we onze merkenwet wel beschikbaar stellen voor gebruiksmonopolies op cultureel erfgoed? Burgers en maatschappelijke organisaties die daar anders over denken hebben thans, ook nog eens, geen ingang in de registratieprocedure en kunnen dus niet rechtstreeks invloed uitoefenen. Maar het merkenbureau schrikt wel van alle *tweets*, dus wat nu? We moeten het bureau helpen.

Iedereen ziet dat het een truc is om de titel langer 'in eigendom' te houden

Tot slot geven de *Anne Frank*-depots nog aanleiding om iets te zeggen over wetssystematiek. Het zou zuiverder zijn als bekende boektitels zoals *Het Achterhuis* bij het aflopen van de auteursrechtelijke beschermingsduur niet opnieuw worden 'gemonopoliseerd'. Om de zoveel tijd probeert een exploitant een bekende boektitel tot een merk te maken, rond het moment dat het auteursrecht van rechtswege eindigt. Het is in mijn ogen niet erg zinvol om te bediscussiëren of het iets kan worden met zo'n merk: iedereen ziet dat het een truc is om de titel langer 'in eigendom' te houden, en dat telt. De boektitel kan dan worden geweigerd wegens strijd met de merkenrechtelijke openbare orde, en in een directe confrontatie met een concurrent kan artikel 3:13 lid 2 BW uitkomst bieden.⁴³ Ook hier geldt: wat zal het merkenbureau het spannend vinden. We weten allemaal dat daarna rechters het laatste woord hebben, zie ze als partner in de rechtsontwikkeling.