

**Paper over de rechtmatigheid van
'Plain Packaging' en andere maatregelen met
betrekking tot standaardisering van
verpakkingen in Nederland**

Wouter Pors en Manon Rieger-Jansen

Bird & Bird

Den Haag, 28 mei 2013

Opgesteld voor Philip Morris Benelux BVBA ten behoeve van extern gebruik

Inleiding

Plain packaging

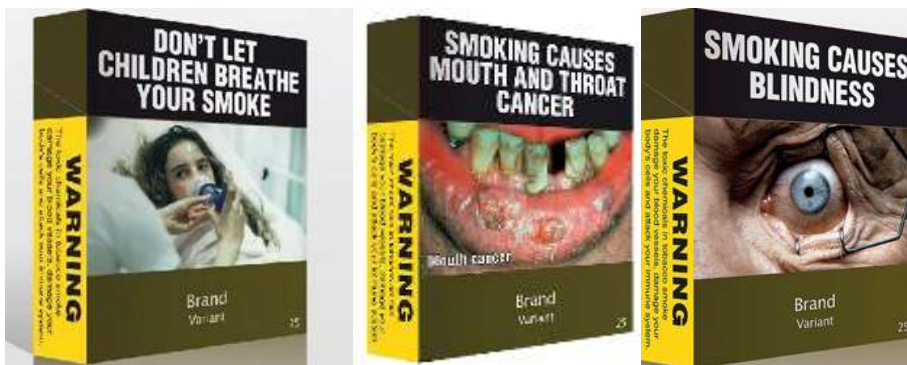
'Plain packaging' of 'generieke verpakking van sigaretten' verwijst naar regelgeving die alle vormen van branding, zoals handelsmerken, logo's, kleuren en grafische afbeeldingen, van tabaksproducten verbiedt en de verwijdering hiervan vereist. Er is geen standaarddefinitie van "plain packaging". Echter, in 2010 omschreef de Europese Commissie de term met de volgende woorden:

Plain or generic packaging would standardise the appearance of tobacco packaging. Manufacturers would only be allowed to print brand and product names, the quantity of the product, health warnings and other mandatory information such as security markings. The package itself would be plain coloured (such as white, grey or plain cardboard). The size and shape of the package could also be regulated.¹

In de impact analyse voor de nieuwe concept Richtlijn Tabaksproducten van 2012 is dit als volgt gedefinieerd:

Full standardisation of packages, including brand- and product names printed in a mandated size, font and colour on a given place of the package; standardised package colour; standardised size and appearance of the package; display of required (textual and pictorial) health warnings and other legally mandated product information, such as tax-paid stamps and marking for traceability and security purposes.²

De verpakking zou er bijvoorbeeld uit kunnen zien als deze bestaande voorbeelden uit Australië:



¹ EC Commissie, *Possible Revision of the Tobacco Products Directive 2001/27/EC: A Public Consultation* (DG SANCO 2010).

² EC Commissie, *"Commission staff working document, impact assessment, behorend bij 'Proposal for a Directive of the European Parliament and of the council on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning the manufacture, presentation and sale of tobacco and related products, 19 December 2012, SWD (2012) 452 Final."*

Plain packaging en andere maatregelen tot standaardisering van verpakkingen zoals bedoeld in dit paper leiden tot aantasting van intellectuele eigendomsrechten door middel van verplichte regelgeving voor verpakkingen van tabaksproducten. Dit paper gaat niet in op de wenselijkheid van gezondheidswaarschuwingen en andere wettelijk voorgeschreven productinformatie, zoals een banderol (accijnszegel) en markeringen voor traceerbaarheid en veiligheidsdoeleinden als zodanig, behalve wanneer zij van invloed zijn op de vrije uitoefening van intellectuele eigendomsrechten.

Plain packaging wordt momenteel door de regeringen van sommige landen beschouwd als een mogelijk middel om roken te beperken, met name onder jongeren en kinderen. Eind 2012 is plain packaging wetgeving geïntroduceerd in Australië, welke op 1 december 2012 in werking is getreden.

In Nederland heeft het Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport verschillende keren aangegeven dat het concept van plain packaging te ingrijpend is. De minister denkt niet dat plain packaging een goed idee is, aangezien sigaretten een legaal product zijn.³ Dit standpunt wordt toegejuicht. Hieronder wordt verder uiteengezet dat plain packaging onevenredig en ongerechtvaardigd is en nationaal, Europees en internationaal recht schendt.

Voorstel Tabaksproductenrichtlijn – Standaardiseringsmaatregelen voor verpakkingen

De Europese Commissie is van plan om nieuwe regels voor etikettering en verpakking te introduceren in artikel 7 – 13 van het voorstel voor een Directive on the manufacture, presentation and sale of tobacco and related products (Tabaksproductenrichtlijn, hierna: "TPR" – er is nog geen Nederlandstalige versie beschikbaar). Plain packaging als zodanig wordt in dit voorstel niet verplicht gesteld voor de lidstaten, hoewel de lidstaten niet worden belet om plain packaging te introduceren.

De volgende standaardiseringsmaatregelen worden echter wel verplicht gesteld onder de voorgestelde TPR, wat juridisch beschouwd neerkomt op volledige standaardisering van verpakkingen:

- De voor- en achterkant van een verpakkingseenheid en de buitenkant van de verpakking van tabaksproducten dient voor 75% te bestaan uit een gecombineerde gezondheidswaarschuwing, bestaande uit tekst en een foto, gepositioneerd aan de bovenkant van de verpakking.⁴ Dit voorstel zal hierna worden aangeduid als de 75% regel. Door het voorschrift van artikel 7 lid 3, dat deze waarschuwingen niet mogen worden onderbroken door bijvoorbeeld een banderol, prijsinformatie etc., is de resterende vrije ruimte mogelijk zelfs minder dan 25%;
- 50% van zijkanten van de verpakkingen van sigaretten dient te bestaan uit tekst waarschuwingen;

³ "Sigaretten zijn een legaal product, de Minister ziet daarom niets in plain packaging".

⁴ De regels zijn niet beperkt tot slechts een 75% regel, maar omvatten ook andere eisen. Al deze eisen worden gezamenlijk aangeduid als de 75% regel. De eis om 75% van een kant van de verpakking te gebruiken is op zichzelf reeds een inbreuk op intellectuele eigendomsrechten en fundamentele rechten, maar de overige eisen zijn dat ook, zoals wordt aangegeven in de "Draft opinion of the rapporteur of the Committee on Legal Affairs of 29 April 2013, 201/0366 (COD)", hierna aangeduid als de JURI opinie, pagina 18 – 19.

- Gestandaardiseerde afmetingen en vorm van de sigarettenverpakking (moet blokvormig zijn), andere vormen zijn niet toegestaan, zelfs niet indien beschermd als merk⁵;
- Breed verbod van productgerelateerde informatie op de verpakking, zelfs als dergelijke informatie juist is of als het element beschermd is als merk.
- Enkel verpakkingen met een 'flip top deksel' scharnierend aan de achterkant van de verpakking, om de verpakking te hersluiten, zijn toegestaan;
- Een verbod op innovatieve kenmerken, zoals smaken in filters en andere technische kenmerken (zie artikel 6 lid 5 van het TPR voorstel);
- Daarnaast bevat het TPR voorstel maatregelen die karakteriserende smaken en bepaalde additieven verbieden, waaronder menthol;
- Dunne sigaretten worden niet direct verboden, maar zullen worden beschouwd als misleidend en dus verboden zijn onder artikel 12 lid 2.⁶

Behalve merkrechten zullen deze voorgestelde maatregelen ook andere intellectuele eigendomsrechten aantasten. Voor zover de vorm van sigarettenverpakkingen wordt beperkt, wordt ook het gebruik van modelrechten voor de bescherming van dergelijke verpakkingen aangetast. Het gaat zelfs nog verder, nu ook een aantal technische innovaties van sigaretten, sigarettenfilters en sigarettenverpakkingen welke worden beschermd door middel van octrooirechten worden aangetast, nu dergelijke octrooien niet langer kunnen worden ingeroepen.

Het voorstel werd gepubliceerd op 19 december 2012.⁷

Artikel 7 lid 6 bepaalt dat de lidstaten de grootte van de gezondheidswaarschuwingen op geen enkele wijze mogen uitbreiden. Op grond van artikel 24 lid 3 en overweging 41 echter is het lidstaten wel toegestaan om verdere standaardiseringsmaatregelen voor verpakkingen te treffen, inclusief plain packaging. De TPR weerhoudt lidstaten er dus niet van om plain packaging te introduceren. Hoewel de verhouding tussen artikel 24 lid 3 en 24 lid 2 behoorlijk onduidelijk is, zou de bedoeling kunnen zijn dat dergelijke verdergaande beperkingen enkel geïntroduceerd mogen worden indien de Commissie ervan overtuigd is dat deze beperkingen een dringende noodzaak hebben in verband met de bescherming van de volksgezondheid. Dergelijke goedkeuring van de Commissie zal echter niet voorkomen dat de verplichtingen die de lidstaten hebben op grond van het internationale recht worden geschonden en zal ook niet voorkomen dat de rechter zal vaststellen dat sprake is van een dergelijke schending en deze zal verbieden. Wanneer plain packaging dus zou worden geïntroduceerd door de lidstaten volgens de procedure van artikel 24 lid 2 zou dit nog steeds kunnen worden tegengehouden door de rechter. Artikel 24 van het TPR voorstel vormt ook geen beperking voor de omvang van de bescherming die wordt geboden door EU Verordeningen en Richtlijnen die de intellectuele eigendomsrechten beschermen, wat betekent dat nationale wetgeving die plain packaging introduceert een schending oplevert van Europees en internationaal recht, ook al voldoet die aan de TPR. Als Nederland bijvoorbeeld gebruik zou willen maken van de mogelijkheid die wordt geboden door artikel 24, dan zou dit nog steeds schending opleveren van

⁵ Dit is een inbreuk op de intellectuele eigendomsrechten volgens de JURI opinie, pagina 22-24.

⁶ Dit is een inbreuk op de intellectuele eigendomsrechten volgens de JURI opinie, pagina 22.

⁷ *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning the manufacture, presentation and sale of tobacco and related products 2012/0366 (COD)*

nationaal, Europees en internationaal recht, zoals in dit paper verder zal worden toegelicht.

De standaardiseringsmaatregelen in het TPR voorstel leiden tot beperkingen en verboden op het gebruik van ingeschreven merken, octrooien en mogelijk modelrechten die van gelijke werking zijn als de beperkingen die het gevolg zijn van plain packaging. Op basis van het TPR voorstel wordt onder meer de exploitatie van alle vormmerken verboden, net als merkrechten die verwijzen naar smaken of bepaalde productomschrijvingen. De vrijheid om beeldmerken te gebruiken wordt ook uitgesloten of beperkt, in het bijzonder voor beeldmerken die een portretvormig vrij deel nodig hebben op de voor- of achterkant van de verpakking van sigaretten, aangezien slechts een landschapsvormig gedeelte van 25% beschikbaar zal zijn aan de onderkant van de verpakking om het beeldmerk weer te geven. Deze ruimte zal nog verder worden beperkt door andere verplichte informatie, zoals een banderol. Alle modelrechten voor sigarettenverpakkingen welke niet blokvormig zijn kunnen ook niet langer worden geëxploiteerd. Hetzelfde geldt voor bepaalde geöctrooierde technologieën.

De voorgestelde maatregelen schenden nationaal, Europees en internationaal recht. Op een zelfde wijze zou de invoering van plain packaging op EU niveau, dan wel door afzonderlijke lidstaten, zoals Nederland, een schending opleveren van nationaal, Europees en internationaal recht.

Bovendien moet worden opgemerkt dat er een concept rapport is van de rapporteur van het *Committee on the Environment, Public Health and Food Safety*, Linda McAvan, waarin wordt voorgesteld om nog veel verstrekkender maatregelen te introduceren in de TPR, waaronder verplichte introductie van plain packaging (voorgestelde artikelen 12, lid 2a, 2b en 3). Dat voorstel is volledig in strijd met de juridische verplichtingen van de Europese Unie en haar lidstaten, zoals wordt besproken in de discussie over plain packaging in dit paper.⁸

Dit paper behandelt bepaalde juridische knelpunten van zowel de invoering van het TPR voorstel in de Europese Unie, de implementatie hiervan door de lidstaten en de juridische knelpunten van de invoering van plain packaging, alles gezien vanuit het perspectief van het intellectuele eigendomsrecht.

Intussen zijn ook andere bezwaren naar voren gebracht. Het *Committee on Legal Affairs of the European Parliament* heeft aangevoerd dat sommige maatregelen niet gebaseerd kunnen worden op artikel 114 VWEU, aangezien deze niet kunnen worden beschouwd als het verbeteren van de voorwaarden voor de instelling en de werking van de interne markt, bijvoorbeeld het verbod op menthol- en dunne sigaretten, en dat het TPR voorstel dus zelfs in strijd zou zijn met artikel 168 VWEU.⁹ Dit gaat echter de reikwijdte van dit paper te buiten, wat zich richt op aspecten van het intellectuele eigendomsrecht.

Niettemin zou dit inderdaad kunnen betekenen dat de Europese Commissie en de lidstaten niet rechtmatig kunnen vertrouwen op de Richtlijn als een instrument dat op basis van argumenten van volksgezondheid de vrije uitoefening van intellectuele eigendomsrechten beperkt, indien dat instrument geen voldoende juridische grondslag heeft in het VWEU; in dat geval zou de rechter de TPR en de implementatie daarvan immers kunnen aanmerken

⁸ *Draft report of the rapporteur of the Committee on the Environment, Public Health and Food Safety of 10 April 2013, 2012/0366(COD)*, hierna: McAvan Rapport.

⁹ JURI opinie, pagina 3.

als een onrechtmatige inmenging in de bescherming van intellectuele eigendomsrechten, wat een beoordeling van die inmenging zou vereenvoudigen.

Omwille van een duidelijke evaluatie van de aspecten met betrekking tot intellectuele eigendomsrechten zullen we in dit paper echter aannemen dat alle maatregelen van het TPR voorstel wel voldoende basis zouden hebben in het recht van de Europese Unie.

Samenvatting

Een analyse van de gevolgen van plain packaging laat duidelijk zien dat het invoeren van plain packaging-maatregelen en andere standaardiseringsmaatregelen uit het TPR voorstel aanzienlijke risico's met zich meebrengt. In het bijzonder:

Plain packaging vormt een aanval op merken, die een averechts effect heeft op de volksgezondheid

Het wordt algemeen erkend dat merkproducten voor een hogere prijs verkocht kunnen worden dan generieke of merkloze producten. Echter, invoering van plain packaging-regels zou er feitelijk toe leiden dat tabaksproducten er uniform en gestandaardiseerd uitzien. Een gevolg hiervan is dat de tabaksindustrie het merkrecht (en modelrecht) niet langer kan gebruiken om te concurreren op basis van de reputatie van haar merken. Integendeel zal Plain packaging vermoedelijk leiden tot een lagere sigarettenprijs. Dit kan de consumptie van sigaretten vervolgens doen toenemen en de risico's voor de volksgezondheid vergroten. Andere serieuze beperkingen van het gebruik van (de communicatiefunctie van) merken, zoals voorgesteld in het TPR voorstel, zullen vermoedelijk een gelijk effect hebben.

Plain packaging en de verdere standaardiseringsmaatregelen uit het TPR voorstel zullen de illegale handel vergroten

Gestandaardiseerde tabaksverpakkingen maken de productie van namaaktabaksproducten veel gemakkelijker en minder kostbaar. Het wordt simpeler om de verpakking na te maken, goedkoper om namaak te produceren en moeilijker om namaakproducten te herkennen. Plain packaging brengt daarom extra kosten mee voor grens- en productcontroles en vormt een prikkel voor illegale handelaren. Dit is in strijd met de initiatieven om namaak en illegale handel in sigaretten te beperken. Het probleem wordt nog verergerd waar het TPR voorstel bepaalde soorten sigaretten verbiedt, wat vermoedelijk zal leiden tot illegale handel van buiten de EU.

Plain packaging zal de mogelijkheden van tabaksfabrikanten om te innoveren en producten met verlaagd risico te ontwikkelen tenietdoen

Wanneer tabaksfabrikanten niet langer in staat zijn om extra voordeel te behalen uit hun kostbare tabaksmerken en zij geconfronteerd worden met felle prijsconcurrentie op de tabaksmarkt, zal er minder ruimte zijn om te investeren in producten met verlaagd risico. Het TPR voorstel maakt het zelfs onmogelijk om investeringen in innovatie, die worden beschermd door octrooien, terug te verdienen, aangezien toepassing van deze technologie wordt verboden door de

maatregelen van de TPR. Dit geldt voor zowel technologie van verpakkingen als van sigaretten zelf.

Plain packaging en de 75% regel zijn niet gebaseerd op feiten

Er is geen geloofwaardig bewijs dat plain packaging of de 75% regel of andere standaardiseringsmaatregelen de algehele tabaksconsumptie zouden verminderen of jongeren ervan zouden weerhouden te gaan roken. Het tegenovergestelde is waar. De verschillende studies die tot dusver zijn uitgevoerd tonen aan dat plain packaging een nutteloze maatregel is in het gevecht tegen verslaving en aan roken gerelateerde ziektes die daaruit voortvloeien.

Plain packaging en het TPR voorstel schenden nationaal, Europees en internationaal recht

Aangezien plain packaging het gebruik van merken duidelijk uitsluit en belemmert, komt plain packaging in conflict met beginselen van nationaal en Europees merkenrecht. Plain packaging en andere standaardiseringsmaatregelen zoals voorgesteld in het TPR voorstel vormen een ontneming van eigendom en schenden het fundamentele recht op eigendom en het recht van vrijheid van meningsuiting zoals vastgelegd in het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie. Plain packaging en het TPR voorstel zijn tevens strijdig met de verplichtingen die de Europese Unie en Nederland hebben op grond van internationale verdragen, in het bijzonder het TRIPS-verdrag, het Verdrag van Parijs tot bescherming van de industriële eigendom en de Overeenkomst inzake Technische Handelsbelemmeringen (TBT), die nationale markerings- of etiketteringseisen regelt. Schending van deze internationale verdragen kan de geloofwaardigheid van de Europese Unie en Nederland op internationaal niveau aanzienlijk aantasten. Het roept vraagtekens op bij de intentie van de Europese Unie en Nederland om zorg te dragen voor de bescherming van intellectuele eigendom en het verlagen van barrières om handel te drijven in lijn met de internationale verplichtingen die Nederland en de Europese Unie hebben.

Gebrek aan geloofwaardig bewijs

Er is geen geloofwaardig bewijs dat plain packaging leidt tot vermindering van de tabaksconsumptie of dat het zou leiden tot een vermindering van het aantal mensen (in het bijzonder jongeren) die beginnen met roken.

Uitgevoerde studies bewijzen slechts dat mensen de voorkeur geven aan een merkverpakking als ze de keuze hebben tussen merkproducten en producten in een generieke verpakking. Dit is geen enkel bewijs voor de bewering dat deze mensen minder snel een tabaksproduct zullen kopen indien sigaretten enkel verkocht zouden worden in minder aansprekende plain packaging.

Nog geen enkele regering heeft ter ondersteuning van een plain packaging-voorstel geloofwaardig bewijs naar voren gebracht dat voldoende is om de invoering van dergelijke wetgeving gerechtvaardigd en proportioneel te maken, zoals is vereist op grond van internationaal recht, zoals hieronder besproken zal worden. De vorige Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (Klink) gaf reeds in 2010 aan:

Vanuit gezondheidsperspectief ben ik van mening dat voor plain packaging nog onvoldoende wetenschappelijk bewijs beschikbaar is. Het standpunt van Nederland inzake plain packaging is dan ook niet gewijzigd en dit standpunt is op meerdere momenten in de voorbereidende fase van de Raadsaanbeveling ingebracht.¹⁰

In dit opzicht ontbreekt in het McAvan Rapport enig bewijs ter staving van de door haar voorgestelde overweging 22a, waarin wordt gesteld zonder enige onderbouwing wordt gesteld dat bewijs zou aantonen dat gestandaardiseerde verpakkingen bijzonder effectief zouden om jongeren te ontmoedigen om te beginnen met roken.

In 2011 bevestigde de huidige Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (Schipper) dat plain packaging maatregelen te ver zouden gaan in de context van een ontmoedigingsbeleid.

Ten aanzien van plain packaging bevestig ik dat ik die beleidsmaatregel te verstrekkend vind in het kader van ontmoedigingsbeleid. Ik zal aan de Europese Commissie laten weten dat ik die beleids optie niet zal steunen.¹¹

De Nederlandse regering staat niet alleen in haar oordeel over plain packaging. Soortgelijke verklaringen zijn uitgegeven door andere EU-regeringen en door de Zweedse regering:

Zweden is van mening dat tot op heden empirisch bewijs ontbreekt dat aantoont welke invloed gestandaardiseerde tabaksverpakkingen hebben op de volksgezondheid.¹²

¹⁰Brief d.d. 11/1/2011 van het Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport aan de Vereniging Nederlandse Kerftabakindustrie.

¹¹Brief d.d. 17 december 2010 van het Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport aan het Platform Verkooppunten Tabak.

¹²Mededeling van het Zweedse Ministerie van Sociale Zaken/Volksgezondheid aan DG SANCO d.d. 2 september 2010.

Ook de Europese Commissie heeft gekozen voor een minder strenge optie dan plain packaging "given the current lack of real life experience in the EU".¹³

Maar afgezien van het ontbreken van geloofwaardig bewijs met betrekking tot plain packaging geldt dat er ook geen bewijs bestaat voor de effectiviteit van (grote afbeeldingen met betrekking tot) gezondheidswaarschuwingen.

In een zaak over de voorgestelde invoering van gezondheidswaarschuwingen in de VS vond het *United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit* dat¹⁴:

"the FDA did not provide a shred of evidence – much less the "substantial evidence" required (...) showing that graphic warnings will "directly advance" its interest in reducing the number of Americans who smoke."

en

"the study did not purport to show that the implementation of large graphic warnings has actually led to a reduction in smoking rates."

Wij zijn niet bekend met enig bewijs van de effectiviteit van het reguleren van de vorm van verpakkingen of de smaak van sigaretten en ook niet van een verbod op toepassing van innovatieve technieken.

Illegale handel/namaak

Niet alleen is er geen geloofwaardig bewijs dat de verstrekkende maatregel van plain packaging en de maatregelen van de TPR daadwerkelijk effect zou hebben op het terugdringen van het aantal rokers, plain packaging en bedoelde maatregelen brengen bovendien serieuze nadelen met zich voor wat betreft de bestrijding van de illegale handel in sigaretten.

De illegale handel in sigaretten is al een enorm probleem in de huidige situatie waarbij de verpakking van tabaksproducten niet beperkt is door een plain packaging maatregel. Recente EU Douane-statistieken over 2011 tonen dat sigaretten in de top 3 staan (met 18%) van het totaal aantal artikelen dat door de Europese Douanes wordt aangehouden, wat neerkomt op 91.245 gevallen bestaande uit 115 miljoen artikelen.¹⁵

De omvang van het probleem wordt bevestigd door informatie van het Nederlandse Ministerie van Financiën. De Fiscale Inlichtingen- en Opsporingsdienst (FIOD) en de douane hebben in 2009 meer dan 209 miljoen illegale sigaretten onderschept en in beslag genomen:

¹³EC Commissie, *Commission staff working document, impact assessment, accompanying the document Proposal for a Directive of the European Parliament and of the council on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning the manufacture, presentation and sale of tobacco and related products, 19 December 2012, SWD (2012) 452 Final*, pagina 95 en 96.

¹⁴United States Court of Appeal for the District of Columbia Circuit, 24 August 2012, R.J. Reynolds et al vs. Food & Drug Administration. De Amerikaans regering heeft geen hoger beroep ingesteld.

¹⁵Rapport van de Europese Commissie (DG TAXUD) over de handhaving door de EU Douane van intellectuele eigendomsrechten – Resultaten aan de EU-grens - 2011

“Als alle onderschepte sigaretten en tabak op de Nederlandse markt gebracht waren, zou de Nederlandse schatkist meer dan 36 miljoen euro zijn misgelopen”¹⁶

Los van de belastingfraude wordt ook vaak inbreuk gemaakt op de merkrechten van fabrikanten. Van meer dan 105 miljoen sigaretten (51 procent) kon met zekerheid worden vastgesteld dat het om namaak ging. Bij 98 procent van de meer dan 47 miljoen sigaretten die bestemd waren voor Nederland was het duidelijk dat ze namaak merkproducten waren.

“Het opsporen van illegale sigaretten blijft een belangrijke prioriteit voor FIOD en de douane. Door controles aan te scherpen en de samenwerking met sigarettenfabrikanten en andere EU-lidstaten te verbeteren, wil de overheid deze vorm van fraude terugdringen.”¹⁷

Plain packaging zou het probleem van namaaksigaretten dramatisch vergroten, in plaats van bij te dragen aan de oplossing ervan. Het zou leiden tot gestandaardiseerde verpakkingen met enkel de merknaam in een standaardlettertype en informatie over de productinhoud en gezondheidswaarschuwingen. Alle verpakkingen worden dus uniform, wat namaak vergemakkelijkt. Dit omdat het gemakkelijker wordt om de verpakking na te maken, goedkoper om namaak te produceren en moeilijker om namaak te herkennen.

Beperkingen voor de vormgeving van verpakkingen zoals het verplicht stellen van blokvormige verpakkingen hebben vermoedelijk hetzelfde effect.

Plain packaging en de verdere standaardiseringsmaatregelen zouden ook de illegale handel in merkproducten, hetzij namaak hetzij gekocht in het buitenland, aanmoedigen. Aangezien merkproducten de klassieke merkervaring bieden, zullen consumenten die de keuze hebben tussen dure originele sigaretten in neutrale verpakking en goedkopere smokkel en namaaksigaretten in merkverpakking, waarschijnlijk de voorkeur geven aan illegale goederen boven originele sigaretten in plain packaging.

Ten gevolge hiervan zou plain packaging enorme kosten voor de Nederlandse regering meebrengen in de zin van misgelopen belastingen en extra investeringen in de strijd tegen namaaktabaksproducten. Dit is strijdig met de prioriteit van de Nederlandse regering om de namaak- en illegale handel in sigaretten terug te dringen.

Het TPR voorstel verbiedt bepaalde sigaretten, zoals menthol sigaretten. Dit brengt het risico met zich mee van meer illegale handel. Zoals Advocaat-Generaal Geelhoed reeds overwoog in de zaak UK vs Bat met betrekking tot de geldigheid van de huidige TPR¹⁸:

“het is alleszins aannemelijk dat een illegale markt ontstaat van sigaretten die in de Europese Unie verboden zijn, maar daarbuiten wel verkrijgbaar.”

¹⁶Website van de Nederlandse regering: <http://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/invoer-en-douane/sigarettenvangsten>

¹⁷Website van de Nederlandse regering: <http://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/invoer-en-douane/sigarettenvangsten>

¹⁸ EU HvJ 10-12-2002, C-491/01, UK vs Bat, paragraaf 158.

Schending van nationaal en Europees recht, waaronder Europese grondrechten

Naast het gebrek aan bewijs van een gunstig effect op de volksgezondheid en het vergemakkelijken van illegale handel door plain packaging, gaat plain packaging onmiskenbaar in tegen het doel en de strekking van nationaal en Europees recht. Plain packaging heeft betrekking op het verwijderen van branding, merken en logo's van de productverpakking. Dit belemmert de tabaksindustrie in feite om beeld- en kleurmerken te gebruiken. Elk van deze merken vormt een apart eigendomsrecht zoals beschermd door artikel 1 van het Eerste Protocol bij het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM, dat hieronder besproken zal worden). De enige optie die overblijft, is het gebruik van merknamen als traditionele woordmerken. Echter, zelfs het gebruik van deze basismerken wordt aangetast door de extra verplichting om een gestandaardiseerd lettertype te gebruiken.

Het TPR voorstel heeft een gelijksoortig effect, omdat het de mogelijkheden van de tabaksindustrie inperkt om merken, modelrechten en octrooien te exploiteren, waaronder vormmerken en beeldmerken die portretvormig zijn of die onleesbaar zouden worden wanneer zij worden beperkt tot maximaal 25% van de hoogte van een sigarettenverpakking. Hoewel dergelijke beperkingen door middel van een Europese richtlijn zouden worden ingevoerd, zouden ze niettemin een schending opleveren van nationale wetten van intellectuele eigendom, evenals van Richtlijnen en Verordeningen van de Europese Unie op het gebied van de intellectuele eigendom. Daarom zouden dergelijke beperkingen niet lichtvaardig door het Europese parlement geaccepteerd moeten worden, zonder goede grondslagen en solide bewijs van de effectiviteit, ook al kunnen ze niet door het Hof van Justitie van de Europese Unie op basis van schending van het recht van de Europese Unie buiten werking kunnen worden gesteld. Waar dergelijke beperkingen een schending opleveren van internationale grondrechten kan daartegen in rechte worden opgetreden kan de implementatie door de lidstaten door de rechter worden geblokkeerd.

De TPR maatregelen zouden gevolgen hebben voor alle portretvormige Gemeenschapsmerken en Benelux merkrechten van Philip Morris. Ze zouden ook gevolgen hebben voor bepaalde octrooirechten van Philip Morris, waaronder octrooien die van kracht zijn in Nederland, zoals Europese octrooien EP 1 889 550 B1 (Art. 6 TPR) en EP 1 626 916 B9 (Art. 13 lid 2 TPR).

Strijd met Europees en Benelux merkenrecht

Het geharmoniseerd EU-merkenrecht, zoals geïmplementeerd in de Benelux in het Benelux Verdrag inzake de Intellectuele Eigendom, beschermt merkrechten zodat de functies van een merkrecht, zoals aanvaard in recente jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJEU), kunnen worden uitgeoefend. Zoals het HvJEU heeft benadrukt, is merkenrecht in de EU niet alleen bedoeld om de wezenlijke functie van het merk te beschermen, namelijk de herkomst van de waren of diensten te waarborgen voor consumenten, maar ook de andere functies van handelsmerken te beschermen, in het bijzonder de functie die de kwaliteit van de betreffende waren of diensten garandeert en de communicatie- investerings- of reclamefunctie.¹⁹ In deze context onderstreept het HvJEU

¹⁹ HvJEU 18 juni 2009, zaak C-487/07, L'Oréal/Bellure, para. 58.

uitdrukkelijk dat de exclusieve merkrechten zoals gegarandeerd onder geharmoniseerd EU-merkenrecht toegekend worden

*om de merkhouder de mogelijkheid te bieden, zijn specifieke belangen als houder van dat merk te beschermen, dat wil zeggen zeker te stellen dat het merk zijn wezenlijke functies kan vervullen...*²⁰

Plain packaging verstoort deze kernfuncties van merken. Doordat plain packaging de tabaksindustrie de mogelijkheid ontnemt om logo's, kleuren en andere figuratieve elementen te gebruiken, holt het de facto alle merkrechten met betrekking tot beeld- en kleurmerken uit. Deze merken kunnen eenvoudigweg niet langer één van de beschermde merkfuncties vervullen. Voor de tabaksindustrie is dit nog ingrijpender aangezien deze onderscheidingskenmerken sinds de instelling van het tabaksreclameverbod de belangrijkste manier van communiceren met de consument vormen.²¹

Ook de resterende mogelijkheid om merknamen te gebruiken in een gestandaardiseerd lettertype op tabaksverpakkingen holt de beschermde functies van de betrokken woordmerken uit. Als ze gepresenteerd worden in een gestandaardiseerd lettertype wordt het vermogen van merknamen om tabaksproducten duidelijk te onderscheiden aanzienlijk aangetast. Voor consumenten die met plain packaging geconfronteerd worden, wordt de merknaam die verbonden is aan een bepaald tabaksproduct op een manier gepresenteerd waarbij deze niet zijn functies kan vervullen op de wijze die door de (Europese) regelgeving wordt beoogd. Het woordmerk kan zich immers niet kan onderscheiden van de andere (verplichte) informatie op het pakje en de bijkomende karakteristieke grafische kenmerken kunnen niet worden gebruikt. In plaats hiervan wordt het woordmerk zo weergegeven dat dit hetzelfde lijkt als concurrerende merken. Het zal voor consumenten uitermate moeilijk zijn om het ene merk van het andere te onderscheiden. Met deze onmogelijkheid om een merk te herkennen, zal de prijs van het product een beslissende factor worden voor de aankoopbeslissing van consumenten.

De merken kunnen dientengevolge onmogelijk een bepaalde productkwaliteit garanderen. Bovendien kunnen zij niet langer een investerings- of communicatiefunctie vervullen. Volgens de Europese Commissie zou plain packaging vooral de onderscheidingsmogelijkheden van de merken voor premium brands en brands met een hoge marge beperken.²² Momenteel is er geen basis in de wetgeving van de Europese Unie voor een plain packaging-verplichting.

Het merkenrecht is op Europees niveau geharmoniseerd via de Eerste Merkenrichtlijn. Nationaal merkenrecht (of, in het geval van de Benelux, regionaal merkenrecht) moet worden uitgelegd en toegepast in overeenstemming met de tekst en doelstellingen van de Merkenrichtlijn. Dit betekent dat bij een dergelijke toepassing en uitleg de functies van het merk zoals geïdentificeerd door het HvJEU moeten worden gerespecteerd. Een nationale

²⁰ HvJEU, *ibid.*, para. 58.

²¹ Het cruciale belang van merkcommunicatie is erkend door de Europese Commissie in zaak no. COMP/M.4581, overweging (68). Soortgelijke punten worden gemaakt door Spyros Maniatis en Anselm Kamperman Sanders, "A quixotic raid against the tobacco mill", *European Intellectual Property Review* 1997, 237.

²² EC Commissie, *Commission staff working document, impact assessment, accompanying the document Proposal for a Directive of the European Parliament and of the council on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning the manufacture, presentation and sale of tobacco and related products, 19 December 2012, SWD (2012) 452 Final*, pagina 95.

wet die plain packaging voorschrijft, waardoor de houder van een merkrecht wordt beperkt in de uitoefening van de functies van het merk, zou dan ook in botsing komen met de doelstellingen van de Merkenrichtlijn. Bovendien zou dergelijke nationale wetgeving in strijd zijn met artikel 34 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie²³ (VWEU), terwijl daarvoor in dit geval geen rechtvaardiging bestaat op grond van artikel 36 VWEU²⁴, onder meer omdat niet voldaan is aan de proportionaliteitstoets aangezien er geen bewijs is van een positief effect op de volksgezondheid. Een plain packaging-verplichting onder nationaal recht is dus in strijd met het doel van de Merkenrichtlijn en zou diensgevolge dus ook een schending kunnen betekenen van het beginsel van Gemeenschapstrouw zoals vastgelegd in artikel 4 lid 3 van het Verdrag betreffende de Europese Unie. Dit beginsel geeft een verplichting voor de Lidstaten om geen nationale wetgeving aan te nemen welke in strijd zou zijn met het doel en de intentie van de Europese instrumenten, in dit geval de Verordening inzake het Gemeenschapsmerk en de Merkenrichtlijn.

Voor zover plain packaging wetgeving Gemeenschapsmerken zou treffen, zou deze een schending kunnen vormen van de eerste zin van artikel 14 lid 1 van de Verordening inzake het Gemeenschapsmerk. Dit artikel bepaalt dat de rechtsgevolgen van Gemeenschapsmerken uitsluitend door deze verordening worden beheerst. Lid twee bepaalt dat de omvang van de bescherming feitelijk mag worden uitgebreid via vorderingen gebaseerd op het nationale recht inzake oneerlijke concurrentie, maar er is geen bepaling die beperking van de rechtsgevolgen van een Gemeenschapsmerk in nationale wetgeving toestaat. De functies van het merk zoals aanvaard door het HvJEU moeten worden beschouwd als rechtsgevolgen als bedoeld in artikel 14 van de Verordening. Dergelijke nationale wetgeving zou dus ook ingaan tegen het doel van de Gemeenschapsmerkverordening en kan ook daarom worden beschouwd als een schending. Bovendien zou het introduceren van plain packaging wetgeving in individuele lidstaten een schending opleveren van het unitaire karakter van het Gemeenschapsmerk, zoals beschermd onder artikel 1 lid 2 van de Verordening inzake het Gemeenschapsmerk.

Het ondermijnende effect van deze systematische aantasting van de merkfuncties dient niet te worden onderschat. Gezien de uitholling van alle beschermde merkfuncties wordt de tabaksindustrie in feite beroofd van haar merkrechten. Deze rechten worden in feite onteigend.

Voor de maatschappij als geheel betekent dit dat de industrie zich niet langer kan beroepen op merkcommunicatie om te kunnen concurreren op de tabaksmarkt. Er is echter wel bewijs dat plain packaging zal leiden tot lagere prijzen van sigaretten omdat dan de enige haalbare manier om te concurreren de nettoprijs voor belasting is. Aangezien de prijs de allerbelangrijkste factor is voor het aantal rokers, gaat de consumptie van tabaksproducten – en hiermee verbonden gezondheidsrisico's – waarschijnlijk aanzienlijk stijgen. In de

²³ Artikel 34 VWEU: “Kwantitatieve invoerbeperkingen en alle maatregelen van gelijke werking zijn tussen de lidstaten verboden” waarbij opgemerkt wordt dat onder “alle maatregelen van gelijke werking” ook verpakkingseisen kunnen vallen.

²⁴ Artikel 26 VWEU: “De bepalingen van de artikelen 34 en 35 vormen geen beletsel voor verboden of beperkingen van invoer, uitvoer of doorvoer, welke gerechtvaardigd zijn uit hoofde van bescherming van de openbare zedelijkheid, de openbare orde, de openbare veiligheid, de gezondheid en het leven van personen, dieren of planten, het nationaal artistiek historisch en archeologisch bezit of uit hoofde van bescherming van de industriële en commerciële eigendom. Deze verboden of beperkingen mogen echter geen middel tot willekeurige discriminatie noch een verkapt beperking van de handel tussen de lidstaten vormen”.

RAND Survey “Assessing the Impacts of Revising the Tobacco Products Directive”, uitgevoerd in opdracht van het Directoraat Generaal voor Gezondheids- en consumenten bescherming (DG Sanco), wordt tegen deze achtergrond uitdrukkelijk gesteld:

With possibly less or no space on the pack to display brand logos and recognisable graphical features, it will become difficult for tobacco companies to sustain their brands and sell their products at a premium rate...Currently, highly branded cigarettes are sold with considerably higher margins than unbranded cigarettes. If the brand attraction cannot be maintained, the tobacco market may become more commoditised, and profit margins (but also prices) would drop, having varied impacts on tobacco manufacturers

In Nederlandse vertaling:

Met mogelijk minder of geen ruimte op het pakje om merklogo's en herkenbare grafische kenmerken af te beelden zal het moeilijk worden voor tabaksbedrijven om hun merken staande te houden en hun producten te verkopen tegen een hoge prijs...Vandaag de dag worden grote merksigaretten tegen aanzienlijk hogere marges verkocht dan merkloze sigaretten. Indien de aantrekkingskracht van merken niet in stand gehouden kan worden, kan het zijn dat de tabaksmarkt uniformer wordt, en winstmarges (maar ook prijzen) zakken, wat uiteenlopende gevolgen kan hebben voor tabaksfabrikanten.²⁵

Het is duidelijk dat dit niet alleen geldt voor plain packaging, maar ook voor de 75% regel.

Het ondermijnende effect op de winstmarges zal in het bijzonder het vermogen van de industrie aantasten om te innoveren en producten met een verlaagd risico te ontwikkelen. Tabaksproducenten die niet langer in staat zijn om extra voordelen te behalen uit hun waardevolle tabaksmerken en die geconfronteerd worden met felle prijsconcurrentie op de tabaksmarkt, wordt het onmogelijk gemaakt te investeren in producten met een verlaagd risico.

Ten slotte moet, met betrekking tot de uitholling van de merkfuncties, in overweging worden genomen dat de eerste overweging van Richtlijn 2004/48/EG, de zogenoemde Handhavingsrichtlijn, duidelijk maakt dat onder EU-recht voor de totstandbrenging van de interne markt, de beperkingen van het vrije verkeer en de verstoringen van de mededinging moeten worden opgeheven, terwijl tegelijkertijd een gunstig klimaat voor innovatie en investeringen moet worden geschapen.

In deze context is de bescherming van de intellectuele eigendom een wezenlijk element voor het tot stand komen van de interne markt. De bescherming van de intellectuele eigendom is niet alleen belangrijk voor de bevordering van innovatie en creativiteit, maar ook voor de ontwikkeling van de werkgelegenheid en het verbeteren van het concurrentievermogen. Het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft deze belangrijke waarborg van het EU-recht in meer detail uitgewerkt door de intellectuele

²⁵Zie de RAND Survey, *Assessing the Impacts of Revising the Tobacco Products Directive*, zoals gepresenteerd in september 2010 en waarvoor opdracht is gegeven door DG SANCO, 152, die waarschuwt voor een vercommercialisering ten gevolge van de verloren merkwaarde. Vgl. Hana Ross en IV Frank Joseph Chaloupka “The effect of cigarette prices on youth smoking” (2003) 12 Health Economics 217.

eigendomsrechten af te bakenen op basis van het specifieke onderwerp van bescherming. In het geval van merken heeft dit geleid tot de vaststelling van verschillende beschermde merkfuncties. Echter, indien de bescherming van deze functies onnodig belemmerd wordt, bijvoorbeeld door plain packaging, dan wordt deze op Europees niveau zorgvuldig gecreëerde balans verstoord.

Met betrekking tot Benelux merken geldt dat, als één van de lidstaten van de Benelux plain packaging wetgeving zou invoeren, dit eveneens in strijd zou zijn met de doelstellingen van de Merkenrichtlijn zoals hierboven beschreven. Het verbod om een merkrecht te gebruiken in een van de Benelux landen als gevolg van nationale plain packaging regels zou ook in strijd zijn met artikel 1 lid 2 van de Verordening voor het Gemeenschapsmerk, dat het unitaire karakter van een Gemeenschapsmerk benadrukt. Bovendien is plain packaging wetgeving strijdig met de functies van het merkenrecht die zijn erkend door het HvJEU - welke ook gelden voor Beneluxmerken - en zou het invoeren plain packaging wetgeving dus ook in botsing komen met die merkfuncties en met de harmonisatie van het merkenrecht op Benelux niveau. Hoewel het Benelux Verdrag inzake de Intellectuele Eigendom geen specifieke bepalingen bevat die beperking van de rechtsgevolgen en functies van Beneluxmerken door nationale wetgeving van een individuele Benelux lidstaat verbieden, geldt dat dergelijke wetgeving strijdig zou zijn met de doelstellingen van het verdrag, zoals verder onderstreept door de Merkenrichtlijn en de jurisprudentie van het HvJEU. Het aannemen van plain packaging regelgeving in één van de Beneluxlanden zou in strijd zijn met het unitaire karakter van het Benelux merkenrecht.

Al het bovenstaande geldt ook met betrekking tot de 75% regel, aangezien een dergelijke beperking de exploitatie van beeldmerken die niet goed kunnen worden weergegeven op het overblijvende deel op de voor- en achterkant onmogelijk maakt.

Inbreuk op grondrechten

Gezien de uitholling van merkrechten moet ook worden bedacht dat plain packaging en de 75% regel het fundamentele eigendomsrecht aantasten, zoals beschermd door artikel 1 van het Eerste Protocol bij het Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens (EVRM) en artikel 17 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie, dat juridisch bindend is geworden onder het Verdrag van Lissabon.²⁶ Het recht op het ongestoord genot van eigendom en het recht om rechtmatig verkregen eigendom te bezitten, te gebruiken en over te dragen, zoals gegarandeerd door deze juridische instrumenten, omvat ook merkrechten en zakelijke goodwill.

In de impact assessment van het TPR voorstel is opgemerkt dat de Commissie heeft gekeken naar fundamentele rechten en dat volgens de Commissie het TPR voorstel een aantal grondrechten raakt, meer specifiek artikel 8, 11, 16 en 17 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie. Uiteraard dient het Europese Parlement geen Richtlijn vast te stellen die negatieve gevolgen heeft voor deze grondrechten.

Op nationaal niveau garandeert de Nederlandse Grondwet in lijn met deze Europese grondrechten in artikel 14 het recht van eigendom. De regering en het parlement zijn gehouden de Grondwet na te leven bij het aannemen van wetgeving. Een verplichting tot plain packaging zou dan ook in strijd met de Grondwet zijn, tenzij de industrie gecompenseerd zou worden voor de gevolgen van deze verplichting.

²⁶ Zie ook JURI opinie, pagina 4.

Bovendien dient de Nederlandse wetgeving op grond van artikel 94 van de Grondwet uiteraard wel in overeenstemming te zijn met artikel 1 van het eerste Protocol bij het EVRM en artikel 17 Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie, hetgeen door de rechter getoetst kan worden. De rechter zal dan ook toetsen aan deze Europese grondrechten en zal op die basis plain packaging wetgeving wegens strijd met die grondrechten onverbindend kunnen verklaren, dan wel daaraan de werking ontnemen. Aangezien het EVRM voor gaat op EU Richtlijnen geldt hetzelfde indien een dergelijke nationale wet de implementatie is van een Richtlijn, zoals de TPR.

Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft geoordeeld dat een ingeschreven merk een eigendomsrecht is in de zin van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM.²⁷ Verder heeft het Europees Hof geoordeeld dat ook zakelijke goodwill beschermd wordt onder artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM.²⁸ Hetzelfde zou gelden voor de toepassing van artikel 17 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie, dat in lid 2 zelfs expliciet bepaalt dat de intellectuele eigendom zal worden beschermd.²⁹ Aangezien plain packaging en de standaardiseringsmaatregelen uit het TPR voorstel de geregistreerde merkrechten van de tabaksindustrie uithollen door systematisch alle beschermde merkfuncties te doorkruisen, maken plain packaging en het TPR voorstel inbreuk op deze fundamentele bescherming van de eigendom. De JURI opinie voegt hier aan toe dat er geen rechtvaardiging voor de 75% eis lijkt te bestaan en dat dit zelfs in strijd is met de *WHO Framework Convention on Tobacco Control* (hierna: FCTC) regels, die een omvang van slechts 30% als minimum voorschrijven en een maximum adviseren van 50%. Er is ook sprake van schending van de bescherming van octrooien en modelrechten.

Met betrekking tot beeld- en kleurmerken vormt plain packaging duidelijk een onteigening. Ook de verschillende beperkingen op het gebruik van woordmerken dragen de facto bij aan onteigening.³⁰ Aangezien er geen geloofwaardig bewijs is dat plain packaging een positief effect heeft op de volksgezondheid, kunnen deze inbreuken op het recht op ongestoord genot van eigendom niet gerechtvaardigd worden. Het nagestreefde gezondheidsdoel zou waarschijnlijk beter bereikt kunnen worden met minder beperkende maatregelen, zoals onderwijscampagnes en gezondheidswaarschuwingen van een redelijk formaat. De ongerechtvaardigde onteigening van tabaksmerkhouders zal echter leiden tot schadeclaims op basis van de fundamentele eigendomsrechten.³¹

Aangezien plain packaging bovendien elke mogelijkheid uitsluit voor houders van tabaksmerken om hun productverpakking te gebruiken voor communicatie van hun merk, maakt het ook inbreuk op het fundamentele recht op vrijheid van meningsuiting van artikel 10 EVRM en artikel 11 Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie. Volgens vaste rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens strekt deze vrijheid zich ook uit tot commerciële uitingen en omvat zij onder meer berichten

²⁷*Anheuser-Busch v Portugal* (2007) 45 EHRR 36, para. 72 en 78.

²⁸*Van Marle v Netherlands* (1986) 8 EHRR 483

²⁹ HvJEU, arrest van 5 oktober 2010, zaak C-400/10 PPU, J. McB/L.E., para. 53.

³⁰ Europees Hof voor de Rechten van de Mens, *Sporrong and Lonnroth vs. Zweden* (1982) 5 EHRR 35, para. 63.

³¹ artikel 17(1) Handvest van de EU en artikel 14(1) Grondwet erkennen beide expliciet een recht op eerlijke compensatie voor het verlies van eigendom ten gevolge van onteigening.

overgebracht via productverpakkingen.³² De tabaksindustrie zou beroofd worden van dit grondrecht in het geval van plain packaging.

Bovendien zouden consumenten in het geval van plain packaging worden gehinderd om productgerelateerde informatie te ontvangen die wordt overgebracht door tabaksfabrikanten. Het recht om informatie te ontvangen wordt echter ook expliciet gegarandeerd in artikel 10 EVRM en artikel 11 Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie. Het ontnemen van dit recht van consumenten vormt een verdere schending van het fundamentele recht op vrijheid van meningsuiting en informatie. Verder dient men in overweging te nemen dat plain packaging inbreuk maakt op de keuzevrijheid van consumenten en hun recht op zelfbeschikking. Met een uniforme presentatie van sigaretten in neutrale pakjes wordt het consumenten onmogelijk gemaakt een geïnformeerde keuze voor hun favoriete tabaksproduct te maken.

Op grond van artikel 94 van de Nederlandse Grondwet, vinden nationale wetten die niet verenigbaar zijn met bepalingen uit internationale verdragen geen toepassing. De bepalingen van het EVRM kunnen derhalve rechtsreeks ingeroepen worden tegen nationale plain packaging wetgeving, zelfs als deze de implementatie van EU Richtlijnen betreft. In een dergelijk geval zou de nationale wetgeving desalniettemin in stand kunnen worden gelaten wanneer deze in overeenstemming is met een andere bepaling uit het EVRM en die bepaling voor zou gaan boven de bepaling welke tegen plain packaging zou worden ingeroepen. Het is vaste Nederlandse rechtspraak dat, in het geval van een conflict tussen het recht beschermd onder artikel 10 EVRM en een ander grondrecht beschermd door het EVRM, de rechter een eerlijke balans dient te vinden tussen de bescherming van de rechten in kwestie.

In dit geval zou de Staat kunnen beweren dat zij in het belang handelt van de rechten zoals beschermd door artikel 2 (recht op leven) of 8 EVRM (recht op eerbiediging van privé-, familie- en gezinsleven). Deze beide rechten zijn zeer breed geïnterpreteerd door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens, waarbij is aangenomen dat zij tevens volksgezondheidskwesties bestrijken. Echter, er is een beoordelingsmarge voor de individuele landen bij de handhaving van deze bepalingen, inhoudende dat zij geen carte blanche verschaffen om reclame voor tabak te beperken. In een zaak tegen Duitsland oordeelde de Commissie in 1998 dat, gezien het feit dat Duitsland de reclame voor tabaksproducten al beperkt had, roken verboden had in bepaalde publieke ruimtes en een publieke informatiecampagne voerde, het achterwege laten van een algemeen verbod op reclame voor tabaksproducten geen schending was van artikel 2 en 8 EVRM.³³ Een dergelijke afweging geldt uiteraard niet alleen voor reclame maar ook voor branding en merkcommunicatie. Dit betekent dat, gezien de gelijksoortige maatregelen die Nederland al heeft genomen, er geen inbreuk is op artikel 2 en 8 EVRM door het weglaten van de invoering van plain packaging.

Zelfs indien een rechtstreekse afweging zou moeten worden gemaakt tussen de belangen die beschermd worden door artikel 10 enerzijds en artikel 2 en 8 EVRM anderzijds, zou gezien het feit dat er geen afdoende bewijs bestaat dat plain packaging positieve effecten op de volksgezondheid heeft, in dit geval artikel 2 EVRM en artikel 8 EVRM niet opwegen tegen de bescherming die aan de industrie wordt toegekend door artikel 10 EVRM. Artikel

³² Europees Hof voor de Rechten van de Mens, *Markt Intern vs. Duitsland* (1989) 12 EHRR 161, para. 26; *Casafo Coca vs. Spanje* (1994) 18 EHRR 1, para. 35; *Jacobowki vs. Duitsland* (1994) 19 EHRR 64, para. 26. In dit opzicht biedt artikel 10 EVRM een bredere bescherming dan artikel 7 lid 4 van de Grondwet.

³³ European Commission of Human Rights 16-4-1998, No 32165/96, *Wöckel vs Germany*.

2 en 8 EVRM zouden nationale plain packaging wetgeving dus niet beschermen tegen een schending van artikel 10 EVRM.

Gezien het beschreven ondermijnende effect op de bedrijfsactiviteiten van tabaksfabrikanten, vormt plain packaging ook een inbreuk op de vrijheid van ondernemerschap zoals gegarandeerd in artikel 16 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie. Zoals hierboven uiteengezet is tabaksverpakking één van de zeer weinige overgebleven mogelijkheden voor een tabaksfabrikant om productinformatie over te brengen, reclame te maken voor zijn product en om dit product te onderscheiden van dat van concurrenten. De ondermijning van dit overblijvende communicatiekanaal belemmert de bedrijfsactiviteiten van gevestigde tabaksfabrikanten.

De voorgestelde andere standaardiseringsmaatregelen, waaronder de 75% regel, zullen ook in strijd komen met de grondrechten op eigendom en vrijheid van ondernemerschap, omdat het zal leiden tot ernstige beperkingen of zelfs verboden op het gebruik van de intellectuele eigendomsrechten van de tabaksindustrie.

In 2002 heeft het Europese Hof van Justitie de huidige richtlijn geëvalueerd en de evenredigheid van de huidige gezondheidswaarschuwingen beoordeeld.³⁴ Het Hof heeft de huidige gezondheidswaarschuwingen toelaatbaar geacht, omdat deze:

"de producenten van die producten voldoende ruimte laat om er andere gegevens, in het bijzonder die betreffende hun merken, op aan te brengen." (para 132)

Op basis hiervan overwoog het Hof met betrekking tot het grondrecht van eigendom:

149 Wat voorts de geldigheid van de richtlijn vanuit het oogpunt van het eigendomsrecht betreft, zij eraan herinnerd, dat volgens de rechtspraak van het Hof dat recht tot de algemene beginselen van gemeenschapsrecht behoort, doch geen I - 11597 ARREST VAN 10. 12. 2002 — ZAAK C-491/01 absolute gelding heeft aangezien het in het kader van zijn functie in de maatschappij moet worden gezien. Het gebruik van het eigendomsrecht kan dus aan beperkingen worden onderworpen, voorzover die beperkingen daadwerkelijk beantwoorden aan doeleinden van algemeen belang die de Gemeenschap nastreeft, en niet een in verhouding tot het nagestreefde doel onevenredige en onduldbare ingreep vormen waardoor de aldus gewaarborgde rechten in hun kern worden aangetast (zie met name arresten van 11 juli 1989, Schröder, 265/87, Jurispr. blz. 2237, punt 15; 5 oktober 1994, Duitsland/Raad, C-280/93, Jurispr. blz. I-4973, punt 78, en 29 april 1999, Standley e.a., C-293/97, Jurispr. blz. I-2603, punt 54)

150 (...) artikel 5 van de richtlijn [beperkt] enkel het recht van de producenten van tabaksproducten om de ruimte op bepaalde kanten van sigarettenverpakkingen of verpakkingseenheden van tabaksproducten te gebruiken om er hun merken op aan te brengen, zonder afbreuk te doen aan het wezen van hun merkrecht, (...) Zo gezien vormt artikel 5 van de richtlijn een evenredige beperking van het gebruik van het eigendomsrecht, die verenigbaar is met de door het gemeenschapsrecht aan dat recht toegekende bescherming.

Dit betekent dat, hoewel het HvJEU overwoog dat de toenmalige gezondheidswaarschuwingen (30% voorkant en 40% achterkant) geen afbreuk deden aan

³⁴ HvJEU, 10-12-2002, C-491/01, UK vs Bat

het wezen van het merk, dit duidelijk wel het geval kan zijn als deze waarschuwingen worden uitgebreid naar 75%, zeker indien er geen bewijs is van een significant gezondheidseffect van een dergelijke uitbreiding ten opzichte van de huidige situatie. De Advocaat-Generaal had er in deze zaak in ieder geval reeds op gewezen dat het wezen van het merk zou worden aangetast als "normaal gebruik niet langer mogelijk was".

De 75% regel vormt in feite een onteigening van de beeldmerken die praktisch gezien niet meer kunnen worden gebruikt op een sigarettenverpakking en van vormmerken die een andere vorm beschermen dan een blokvorm. Met 75% gezondheidswaarschuwingen op de voor- en achterkant in combinatie met de andere standaardiseringsmaatregelen is het normale gebruik van de merkrechten niet langer mogelijk. Dit betekent dat het TPR voorstel disproportioneel is en in strijd met het grondrecht op eigendom. Hetzelfde geldt voor modelrechten en octrooien die niet langer kunnen worden benut onder de TPR.

Compensatie

Een schending van de grondrechten, zoals het recht van eigendom en het feit dat plain packaging en het TPR voorstel de facto zullen leiden tot de onteigening van diverse merkrechten, modelrechten en octrooien van de tabaksindustrie, kan leiden tot aanzienlijke schadeclaims van de tabaksindustrie tegen zowel de Europese Unie als Nederland. De Europese Unie kan aansprakelijk worden gesteld voor compensatie voor de vaststelling van de TPR en Nederland zal aansprakelijk zijn voor de implementatie ervan.

In artikel 17 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie wordt expliciet verwezen naar de noodzaak van compensatie in geval van ontneming, net als in de Nederlandse Grondwet. Het recht op compensatie ingeval van onteigening is ook bevestigd in de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens.³⁵

Het HvJEU heeft uitdrukkelijk erkend dat merken ook een monetaire functie, dat wil zeggen een investeringsfunctie, hebben welke wordt beschermd door de Merkenrichtlijn en de Merkenverordening. De daadwerkelijke waarde van een merk kan zeer hoog zijn, zoals blijkt uit transacties inzake de overdracht van merkrechten.³⁶ Octrooien vertegenwoordigen aanzienlijke investeringen en het HvJEU heeft aanvaard dat de houder in staat moet worden gesteld om deze investeringen terug te verdienen, wat zelfs heeft geresulteerd in specifieke EU wetgeving in de life sciences en agrarische sector, de Verordeningen betreffende de Aanvullende Beschermingscertificaten. Een inbreuk op het recht van eigendom zou dus, zelfs in het onwaarschijnlijke geval dat het gerechtvaardigd zou zijn, leiden tot aanzienlijke schadeclaims.

Schending van internationaal recht

Nederland is partij bij het Unieverdrag van Parijs, net als de overige EU lidstaten. Hoewel de Europese Unie niet direct gebonden is zal implementatie in nationale wetgeving van een Richtlijn die inbreuk maakt op het Unieverdrag van Parijs worden beschouwd als een inbreuk van het betreffende land op dat verdrag. In Nederland betekent dit dat de nationale rechter zulke schendingen kan veroordelen.

³⁵ Er is een uitzondering voor situaties waarin onteigening een rechtmatig doel is van de wet zelf, zoals bij de confiscatie van opbrengsten van misdrijven, maar dergelijke uitzonderingen zijn hier niet van toepassing.

³⁶ In augustus 2012 is het IKEA merkrecht overgedragen voor 9 miljard Euro.

Zowel Nederland als de Europese Unie zijn lid van de Wereldhandelsorganisatie en daarom gebonden aan haar overeenkomsten, waaronder het Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPs-verdrag) en de Overeenkomst inzake Technische Handelsbelemmeringen (TBT).³⁷

De bepalingen uit het Unieverdrag van Parijs en het TRIPs-verdrag kunnen ingeroepen worden tegen Staten die de verdragen ondertekend hebben, waaronder de Europese Unie, en in alle Benelux-landen in rechtsverhoudingen tussen private partijen in zaken met betrekking tot merkrechten, op grond van artikel 4.7 van het Benelux Verdrag inzake de Intellectuele Eigendom. Artikel 94 van de Grondwet, zoals hierboven reeds genoemd, bepaalt dat Nederlandse wettelijke voorschriften geen toepassing vinden indien deze toepassing niet verenigbaar is met eenieder verbindende bepalingen van internationaal recht. Dit geldt ook voor nationaal recht dat is geïmplementeerd op grond van Richtlijnen van de Europese Unie. Bovendien zal de rechter oordelen dat dergelijke Richtlijnen zelf in strijd komen met het toepasselijke internationaal recht. Indien invoering van plain packaging en de andere TPR maatregelen wordt overwogen, dient de verenigbaarheid met internationale bepalingen dan ook gegarandeerd te zijn.

Bovendien voorziet de WTO in de mogelijkheid van een directe procedure op grond van schending van haar overeenkomsten door een van haar leden, waaronder de Europese Unie, voor de WTO-panels.

Wetgeving die plain packaging, de 75% regel en de overige maatregelen van het TPR voorstel, verplicht zou stellen zou strijdig zijn met de verplichtingen die Nederland heeft onder het Unieverdrag van Parijs en die de Europese Unie en Nederland hebben onder het TRIPs-verdrag. Meer in het bijzonder zullen plain packaging en de overige maatregelen van het TPR voorstel in strijd zijn met artikel 7 en 10bis van het Unieverdrag van Parijs en de artikelen 15 lid 4, 17, 20, 26 en 27 van het TRIPs-verdrag. Bovendien zijn deze maatregelen onverenigbaar met artikel 2 lid 2 van de Overeenkomst inzake Technische Handelsbelemmeringen.

Artikel 7 Unieverdrag van Parijs en artikel 15 lid 4 TRIPs-verdrag

Artikel 7 van het Unieverdrag van Parijs en artikel 15 lid 4 van het TRIPs-verdrag bepalen beide dat

de aard van de waar, waarop het handelsmerk moet worden aangebracht, kan in geen geval een beletsel vormen voor de inschrijving van het merk.

Deze bepaling omvat, als logisch gevolg van de inschrijving van een handelsmerk, de verplichting om toe te staan dat een handelsmerk gebruikt wordt op een legaal product.³⁸ De enige gronden voor weigering van inschrijving van een handelsmerk worden uiteengezet in artikel 6 *quinquies* (B) van het Unieverdrag van Parijs. Terwijl deze bepaling toestaat dat de inschrijving van een handelsmerk geweigerd wordt wanneer het strijdig is met de goede zeden of de openbare orde, is het duidelijk dat de weigering van inschrijving van handelsmerken op deze gronden slechts verband houdt met de aard van het merk zelf of wanneer het merk gebruikt zal worden op een immorele of misleidende manier. Noch

³⁷ Annex 1 C of the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT).

³⁸ Zoals hierboven aangegeven is de legaliteit van tabaksproducten erkend door de Nederlandse Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport toen zij zei "Sigaretten zijn een legaal product, de Minister ziet daarom niets in plain packaging".

het ruime verbod van product gerelateerde elementen in artikel 12 lid 1 van het TPR voorstel, noch plain packaging en de 75% regel kunnen worden toegestaan op grond van artikel 6*quinquies* (B) van het Unieverdrag van Parijs.³⁹

Aangezien tabaksmerken legaal ingeschreven kunnen worden in lijn met artikel 6*quinquies* van het Unieverdrag van Parijs, kunnen zij ook legaal gebruikt worden op grond van artikel 7 van het Unieverdrag van Parijs en artikel 15 lid 4 TRIPs-verdrag. Plain packaging maakt inbreuk op deze internationale bescherming van inschrijving en gebruik, doordat de tabaksindustrie in feite wordt beroofd van het gebruik van beeld- en kleurmerken, zelfs als de inschrijving van deze merken niet geweigerd kan worden.

Artikel 10bis Unieverdrag van Parijs

Plain packaging zou in strijd zijn met artikel 10bis van het Unieverdrag van Parijs dat verbiedt:

“alle daden, welke ook, die verwarring zouden kunnen verwekken door onverschillig welke middel ten opzichte van de inrichting, de waren of de werkzaamheid op het gebied van nijverheid of handel van een concurrent”

Plain packaging zou ertoe leiden dat alle verpakkingen van tabaksproducten uniform worden. Als alle verpakkingen er hetzelfde uitzien zullen consumenten niet meer in staat zijn het ene merk van het andere te onderscheiden. Dit zal een serieus gevaar voor verwarring opleveren, zoals is verboden door artikel 10bis Unieverdrag van Parijs.

Artikel 17 TRIPs-verdrag

Verdere conflicten met internationaal merkenrecht vloeien voort uit het TRIPs-verdrag. Artikel 17 TRIPs –verdrag staat de vaststelling toe van “beperkte uitzonderingen” op de op een handelsmerk verleende rechten, mits deze uitzonderingen rekening houden met de legitieme belangen van de houder van het handelsmerk en van derden. Terwijl de bepaling ruimte laat voor het stellen van bepaalde grenzen aan merkrechten, valt plain packaging duidelijk buiten de reikwijdte van artikel 17. Zoals hierboven besproken holt plain packaging de merkrechten van de tabaksindustrie uit en worden alle beschermde merkfuncties doorkruist. Zoals expliciet aangetekend door een WTO Panel bij de interpretatie van artikel 17 TRIPs-verdrag, zijn deze functies ook relevant op internationaal niveau:

De functie van handelsmerken kan onder verwijzing naar artikel 15.1 begrepen worden als het onderscheiden van waren of diensten van ondernemingen in het handelsverkeer. Elke merkhouder heeft een legitiem belang in het bewaren van de onderscheidendheid, of vermogen om te onderscheiden, van zijn merk, zodat het die functie kan uitvoeren. Dit omvat zijn belang om zijn eigen merk te gebruiken in verband met de relevante goederen en diensten van zichzelf en geautoriseerde ondernemingen. Rekening houdend met dat legitieme belang zal ook rekening gehouden dienen te worden met het belang van de merkhouder in de economische

³⁹ Annette Kur “Restrictions under Trademark Law as Flanking Maneuvers to Support Advertising Bans” (1992) *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 31, 41; Alberto Alemanno and Enrico Bonadio “Do You Mind My Smoking?: Plain Packaging of Cigarettes under the TRIPs Agreement” (2011) 10 *John Marshall Review of Intellectual Property Law* 450, 470.

*waarde van zijn merk die voortvloeit uit de reputatie die het geniet en de kwaliteit die het aanduidt.*⁴⁰

In het licht van deze verduidelijking kan plain packaging niet geacht worden een beperkte uitzondering te zijn in de betekenis van artikel 17 TRIPs-verdrag. Dit wordt bevestigd door een verdere overweging van het WTO Panel dat stelt dat de term “beperkte uitzondering”

*op zichzelf een beperkte afwijking inhoudt, één die niet het stelsel van regels ondermijnt waaruit deze voortkomt. De toevoeging van het woord “beperkt” benadrukt dat de uitzondering eng moet zijn en slechts een kleine vermindering van rechten toestaat. De beperkte uitzonderingen zijn van toepassing “op de rechten op een handelsmerk verleende rechten”. Zij zijn niet van toepassing op de set van alle handelsmerken of alle merkhouders. Dienovereenkomstig is het feit dat het slechts een paar handelsmerken of merkhouders aantast irrelevant voor de vraag of een uitzondering beperkt is. De vraag is of de uitzondering op de rechten toegekend door een handelsmerk beperkt is.*⁴¹

Gezien deze extra uitleg gegeven door het WTO Panel is er geen basis voor het verdedigen van plain packaging op de grond dat dit een toelaatbare beperkte uitzondering vormt onder artikel 17 TRIPs-verdrag. Door tabaksmerken van alle functies te beroven gaat plain packaging ver buiten de grenzen gesteld in artikel 17 TRIPs-verdrag. Aan het belang van de tabaksindustrie om haar handelsmerken te gebruiken voor tabaksproducten wordt daardoor immers volledig voorbijgegaan.

In feite betekent deze overweging ook dat de 75% regel niet toelaatbaar is waar deze er toe leidt dat het gebruik van portretvormige beeldmerken praktisch onmogelijk wordt.

In de JURI opinie is terecht opgemerkt dat iedere maatregel die de FCTC standaard van 50% te boven gaat een schending van TRIPs oplevert, in het bijzonder omdat de FCTC regels niet terzijde geschoven kunnen worden.⁴²

Artikel 20 TRIPs

Een verder conflict met het internationale recht bestaat op grond van artikel 20 TRIPs-verdrag. Deze bepaling maakt duidelijk dat het gebruik van een handelsmerk in het handelsverkeer

Niet op ongerechtvaardigde wijze mag worden bemoeilijkt door bijzondere vereisten, zoals het gebruik te zamen met een ander handelsmerk, gebruik in een bijzondere vorm of gebruik op een wijze die afbreuk doet aan het vermogen tot het onderscheiden van de waren of diensten van de ene onderneming van die van andere ondernemingen.

In tegenstelling tot deze bepaling leggen plain packaging, de 75% regel en de andere standaardiseringsmaatregelen de verplichting op aan de tabaksindustrie om merknamen “in een bijzondere vorm” te gebruiken. Aangezien een gestandaardiseerd lettertype gebruikt dient te worden en figuratieve, beeld- en kleurelementen uitgesloten zijn, of in het geval van de 75% regel de grootte en positie van het merk beperkt wordt, zonder

⁴⁰WTO Panel 15 maart 2005, document WT/DS174/R, para. 7.664, online beschikbaar via www.wto.org.

⁴¹ WTO Panel 15 maart 2005, document WT/DS174/R, para. 7.650.

⁴² JURI opinie, pagina 18.

rechtvaardiging op grond van wetenschappelijk onderzoek, benadelen plain packaging en de 75% regel bovendien het vermogen van het handelsmerk “om de goederen en diensten te onderscheiden”. Merkherkenning wordt tot een minimum beperkt vanwege de strenge beperkingen op het gebruik van “brand identifiers”.

Derhalve kunnen plain packaging en de 75% regel niet gerechtvaardigd worden onder artikel 20 TRIPs-verdrag. Zij schenden deze internationale bepaling door niet minder dan twee ongerechtvaardigde bijzondere eisen op te leggen die expliciet genoemd en ontoelaatbaar geacht worden in artikel 20 TRIPs-verdrag.

In deze context kan niet gesteld worden dat het nadeel dat wordt toegebracht aan de tabaksindustrie wordt gerechtvaardigd door het algemeen belang, zoals de bescherming van de volksgezondheid. Aangezien er geen bewijs is voor voordelige effecten van plain packaging op de volksgezondheid, wordt de tabaksindustrie belast met ineffectieve verplichtingen die geen enkel publiek belang dienen. Zoals hierboven aangegeven kan plain packaging zelfs leiden tot prijsconcurrentie en lagere prijzen op de markt voor tabaksproducten. Dit, op zijn beurt, zal de tabaksconsumptie en de risico's voor de volksgezondheid bevorderen.

Artikel 26 TRIPs

Artikel 26 TRIPs is de parallelle bepaling voor modelrechten van artikel 17, omdat het bepaalt dat:

De Leden kunnen voorzien in beperkte uitzonderingen op de bescherming van tekeningen en modellen van nijverheid, mits deze uitzonderingen niet op onredelijke wijze strijdig zijn met de normale exploitatie van beschermde tekeningen en modellen van nijverheid en niet op onredelijke wijze de legitieme belangen van de eigenaar van de beschermde tekening of het beschermde model schaden, rekening houdend met de legitieme belangen van derden.

Deze bepaling zou dus op eenzelfde wijze worden geschonden door het vereiste om alleen blokvormige verpakkingen te gebruiken, wat geen enkel bewezen effect heeft.

Artikel 27 TRIPs

Artikel 27 TRIPs bepaalt niet enkel dat een octrooi kan worden aangevraagd, maar ook dat:

Octrooirechten [kunnen] worden genoten zonder onderscheid op grond van de plaats van uitvinding, het gebied van de technologie en op grond van het feit dat produkten worden ingevoerd of in eigen land worden vervaardigd.

De enige toelaatbare beperking die van belang is voor de onderhavige situatie is vastgelegd in lid 2:

De Leden kunnen van octrooieerbaarheid uitsluiten uitvindingen waarvan het beletten van de commerciële toepassing op hun grondgebied noodzakelijk is ter bescherming van de openbare orde of de goede zeden, met inbegrip van de bescherming van het leven of de gezondheid van mensen, dieren of planten of ter vermijding van ernstige schade voor het milieu, mits deze uitsluiting niet slechts plaatsvindt omdat de exploitatie door de nationale wetgeving is verboden.

Ook hier wordt de eis gesteld dat een dergelijke beperking noodzakelijk is ter bescherming van het leven of de gezondheid, wat concreet bewijs vereist om die noodzaak aan te tonen. Een dergelijke noodzaak en bewijs ontbreken, wat betekent dat ook deze bepaling wordt geschonden.

Artikel 2(2) TBT

Los van conflicten met internationale verplichtingen op het gebied van de bescherming van de intellectuele eigendom schendt plain packaging internationale verplichtingen van Nederland met betrekking tot het vermijden van technische handelsbelemmeringen. De vrijheid van WTO-Leden op dit gebied wordt geregeld in de Overeenkomst inzake technische handelsbelemmeringen voor wat betreft de voorbereiding, aanneming en toepassing van technische regels. Deze regels worden omschreven als documenten waarin

de productkenmerken of de daarmee verbonden processen en productiemethoden die hiermee verbonden zijn, met inbegrip van de toepasselijke administratieve bepalingen, waarvan de naleving verplicht is. Het kan ook geheel of ten dele betrekking hebben op terminologie, symbolen, verpakking, markering of etiketteringsvereisten, zoals zij van toepassing zijn op een product, proces of productiemethode.⁴³

Hiermee valt plain packaging binnen de reikwijdte van de Overeenkomst inzake technische handelsbelemmeringen. Tegen deze achtergrond is Nederland verplicht om ervoor te zorgen, overeenkomstig artikel 2 lid 2 TBT,

dat technische regels niet voorbereid, aangenomen of toegepast worden met de mogelijkheid of met het doel om onnodige obstakels te vormen voor de internationale handel.

Plain packaging en de TPR maatregelen zijn dergelijke onnodige obstakels. Naar alle waarschijnlijkheid zal invoering er toe leiden dat de verkoop van merksigaretten vermindert terwijl de gehele tabaksconsumptie niet zal verminderen. Met een vermindering van de verkoop, zal ook de invoer van tabak voor gebruik in merkproducten en invoer van merktabaksproducten zelf verminderen. Daarom hebben plain packaging en de TPR maatregelen een aanzienlijk negatieve invloed op de handel in merkproducten. Zoals hiervoor aangegeven ontbreekt bovendien geloofwaardig bewijs voor positieve effecten van plain packaging en de TPR maatregelen op de volksgezondheid. Met andere woorden, plain packaging en veel van de andere maatregelen uit het TPR voorstel zijn onnodige obstakels in de zin van artikel 2 lid 2 TBT. Met de invoering van dergelijke regels zouden de Europese Unie en Nederland de verpakings-, markerings- en etiketteringseisen onder de Overeenkomst inzake Technische Handelsbelemmeringen schenden.

Schade aan de internationale reputatie van Nederland en de Europese Unie

Wanneer de verschillende schendingen van internationaal recht in ogenschouw worden genomen, dient hieraan toegevoegd te worden dat, indien plain packaging-regels en de nieuwe TPR ingevoerd zouden worden, de geschetste schendingen de internationale reputatie van de Europese Unie en van Nederland aanzienlijk zouden schaden. Strijd met het TRIPs-verdrag en de Overeenkomst inzake Technische Handelsbelemmeringen kunnen leiden tot Dispute Settlement Procedures tegen Nederland voor de Wereldhandelsorganisatie. Strijd met de het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie, de Merkenrichtlijn en de Verordening inzake het Gemeenschapsmerk kunnen leiden tot procedures tegen Nederland bij het Europees Hof van Justitie en de

⁴³ Zie Overeenkomst inzake Technische Handelsbelemmeringen, Bijlage 1, 1.

nationale rechter. Strijd met het EVRM en het 1ste Protocol bij het EVRM kunnen leiden tot procedures tegen Nederland bij het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en eveneens bij de nationale rechter. De onteigening van merkhouders kan ook twijfel oproepen over de bereidheid van Europese en Nederlandse wetgevers om de bescherming van intellectuele eigendom te bewaken – een cruciale meerwaarde voor de Europese en Nederlandse industrie en voor economische groei, waarvan de bescherming van fundamenteel belang is voor de Europese Unie en Nederland zelf.