

1. Deze zaak gaat over de betekenis van de techniekuitsluiting in het modellenrecht. Het arrest geeft voor het eerst uitleg aan art. 8(1) Gemeenschaps Modellenverordening (6/2002; hierna GModVo.) en dus indirect tevens aan art. 7(1) Gemeenschaps Modellenrichtlijn (98/71)) waarin staat dat een modelrecht niet geldt voor de uiterlijke kenmerken van een voortbrengsel die uitsluitend door de technische functie worden bepaald. Een dergelijk model kan worden nietigverklaard (art. 25(1)(b) GModVo.) en bij de beschermingsomvang van een model tellen dergelijke kenmerken niet mee. Dit belangrijke arrest geeft antwoord op de vragen of voor de beoordeling of er sprake is van uitsluitend door de technische functie bepaalde uiterlijke kenmerken van een model, doorslaggevend is of er alternatieve modellen zijn die dezelfde technische functie hebben, en verder, of bij de vaststelling van de technische functie uitgegaan moet worden van een objectieve waarnemer, of van iets of iemand anders.
2. De problematiek is best lastig, omdat het bij modellen nu eenmaal heel vaak gaat om voorwerpen die als gevolg van de gebruiksfunctie ervan voor een deel technisch/functioneel bepaald zijn. Een scheerapparaat moet nu eenmaal bepaalde functies vervullen en datzelfde geldt voor een grasmaaier. Het nieuwe visuele uiterlijk van dergelijke voorwerpen kan door een modelrecht worden beschermd, maar dat mag niet leiden tot monopolisering van techniek. Dat is de achtergrond van de techniekexcectie, die in deze zaak door het Landgericht Düsseldorf was toegepast; dit Landgericht had het model van een lascentreerpen nietig verklaard. Het Oberlandesgericht stelt de onderhavige prejudiciële vragen.
3. De beslissing van het Hof op het eerste hiervoor onder 1 genoemde vraagpunt gaat over een ook in de Nederlandse literatuur en rechtspraak bekend twistpunt. Twee leren staan tegenover elkaar en zij worden in navolging van A. Quaedvlieg in zijn dissertatie *Auteursrecht op Techniek* (Nijmegen, 1987) aangeduid als de resultaatgerichte of apparaatgerichte leer (termen overigens die ik altijd lastig uit elkaar heb kunnen houden, maar dat geldt voor meer juristen, zo hoor ik om mij heen). In de eerste leer geldt de techniekuitsluiting niet indien hetzelfde resultaat ook met een andere vormgeving kan worden verkregen (in internationaal verband spreken men van de *multiplicité des formes* of *multiplicity of forms*). In de tweede, de apparaatgerichte leer, is de techniekrestrictie reeds toepasbaar indien het voortbrengsel uitsluitend technisch is bepaald, los van eventueel bestaande alternatieven (ook wel causaliteitsleer genoemd). Het Hof kiest in navolging van de Advocaat-Generaal duidelijk voor de apparaatgerichte leer. Het was nog wel even spannend of het Hof deze weg zou opgaan. Weliswaar had het Hof voor de uitleg van de (overigens anders geformuleerde) techniekexcectie in het merkenrecht gekozen voor die apparaatgerichte leer (zie met name het arrest *Philips/Remington* (C-299/99), NJ 2003/481, m.nt. J.H. Spoor), maar de AG had in zijn conclusie in de eerstgenoemde zaak *obiter dictum* (randnrs. 36-38) bepleit dat de maatstaf in het modellenrecht minder streng zou moeten zijn. In de onderhavige zaak echter, komt het Hof tot het oordeel dat uit de systematiek (bewoordingen en context) en het doel van de bepaling volgt dat het bestaan van alternatieve modellen de techniekrestrictie niet opzij zet.
4. Dat de bewoordingen van de GModVo. volgens het Hof niet verwijzen naar het bestaan van alternatieven als factor is duidelijk (rov. 22). Wat de context betreft, wijst het Hof erop dat het bij modellen gaat om de verschijningsvorm van een voortbrengsel; die verschijningsvorm is het doorslaggevende element van een model (rov. 24) zonder dat deze noodzakelijkerwijs een esthetisch, op schoonheid gericht aspect heeft (rov. 23). Dit bevestigt volgens het Hof in rov. 26 dat bescherming niet geldt, als “*de noodzaak om aan een bepaalde technische functie van het betrokken voortbrengsel te voldoen*” (rov. 26) de enige factor is op grond waarvan de ontwerper voor een bepaald uiterlijk koos en “*andere overwegingen, met name met betrekking tot het visuele aspect van het voortbrengsel*” geen rol hebben gespeeld. Hier zit nog wel iets merkwaardigs in, te weten dat kennelijk ook *andere overwegingen* dan met betrekking tot het visuele aspect een rol kunnen spelen. Waarop zou het Hof hier doelen? Het kan zijn dat gedacht is aan modellen, waarvan het visuele aspect niet van belang is, zoals bij de textuur van een voortbrengsel die blijkens art 3 GModVo. onder de definitie van “model” valt. Hoe het ook zij, zolang maar duidelijk is dat niet slechts de technische noodzaak van (een kenmerk van) het model een rol speelde, geldt de techniekexcectie niet en is het model beschermd.
5. Naast de bewoordingen en de context wijst het Hof tenslotte naar het doel van de Verordening om zijn conclusie te rechtvaardigen dat voor de beoordeling of uiterlijke kenmerken van een voortbrengsel uitsluitend door de technische functie worden bepaald, nagegaan moet worden of die functie de enige factor is die bepalend

- was voor die kenmerken, en dat in dit verband niet doorslaggevend is of er alternatieve modellen bestaan. Dat doel volgt uit overweging 10 van de Verordening waarin staat dat de technologische innovatie niet mag worden gehinderd (rov. 29-30). Als de techniekexceptie niet van toepassing zou zijn, alleen omdat er alternatieve vormen bestaan met dezelfde technische functie, zou een ondernemer al die verschillende vormen kunnen claimen, hetgeen de technische innovatie zeer zou bemoeilijken. Concurrenten zouden immers een voortbrengsel met bepaalde functionele kenmerken niet kunnen aanbieden of er zouden minder technische oplossingen mogelijk zijn. In de onderhavige zaak, zo blijkt uit de verwijzingsbeslissing, had de modelrechthouder 17 verschillende varianten van een lascentreerpen gedeponeerd. Zoals we direct nog zullen zien, kan het bestaan van alternatieve vormen wel een van de factoren zijn waarmee rekening kan worden gehouden bij de beoordeling of de uiterlijke kenmerken uitsluitend door een technische functie worden bepaald (zie hierna nr. 8).
6. Tot zover kan met deze beslissing van het Hof worden ingestemd. Van modelbescherming kan geen sprake zijn wanneer bij het ontwerp van het voortbrengsel alleen de technische functie een rol speelde. Zonder dat kan worden geëist dat er sprake is van esthetiek, moet er voor bescherming als model naast de uitsluitend technische aspecten, sprake zijn van niet uitsluitend technisch bepaalde vormgevingsaspecten.
 7. De tweede vraag waarop het Hof antwoord moest geven, is, of voor de beoordeling of er sprake is van uitsluitend door de technische functie bepaalde uiterlijke kenmerken, uitgegaan moet worden van de perceptie van een "objectieve waarnemer." Deze fictieve maatman is wel toegepast in beslissingen over vorderingen tot nietigverklaring van modellen die bij het Europees Bureau voor Intellectuele Eigendom zijn ingediend. Zoals de AG terecht opmerkt (randnr. 59), had de wetgever, wanneer hij van een persoon als een objectieve waarnemer wilde uitgaan, deze wel uitdrukkelijk genoemd, net zoals bij de bepaling van de algemene indruk die een model maakt ten opzichte van eerdere modellen, uitgegaan wordt van de uitdrukkelijk wel genoemde "geïnformeerde gebruiker" (zie art. 6 en 10 GModVo.). Het Hof volgt hem hierin en beslist dat niet moet worden uitgegaan van een objectieve waarnemer, maar dat rekening moet worden gehouden met alle relevante objectieve omstandigheden van het specifieke geval (rov. 36). De enige reden die hiervoor wordt gegeven, is het doel van de Verordening die met name is om een in alle lidstaten rechtstreeks geldend en beschermd gemeenschapsmodel in te voeren. Hoewel ik best kan instemmen met de toets van alle relevante objectieve omstandigheden, vind ik deze redengeving niet erg overtuigend.
 8. Aan wat voor omstandigheden moeten we denken? Het Hof noemt grotendeels in navolging van de AG en niet uitputtend allereerst: het aan de orde zijnde model (hetgeen nogal wiesdes is, zou ik zeggen) en verder de objectieve omstandigheden waaruit blijkt waarom is gekozen voor bepaalde uiterlijke kenmerken van het betrokken voortbrengsel. Wat dit laatste betreft, neemt het Hof niet de bewoordingen van de AG over die spreekt van de subjectieve bedoeling van de ontwerper. Kennelijk wilde het Hof elke vorm van subjectiviteit vermijden door te verwijzen naar objectieve omstandigheden waaruit de achtergrond van de gekozen kenmerken blijkt. Een verklaring van de ontwerper omtrent zijn bedoelingen, zal dus over het algemeen weinig gewicht in de schaal leggen.
 9. Voorts noemt het Hof gegevens met betrekking tot het gebruik van dat voortbrengsel of de vraag of er alternatieve modellen zijn waarmee dezelfde technische functie kan worden vervuld. Dat het gebruik van het voortbrengsel een rol speelt, lijkt logisch. De wijze waarop een voortbrengsel wordt gebruikt geeft immers een goede indruk over de functionaliteit ervan en dat kan helpen bij de vraag of er sprake is van technisch bepaalde eigenschappen. Neem bijvoorbeeld de ronde ondiepe deukjes in een golfbal (dimples); de vorm en de verdeling ervan beïnvloeden de luchtweerstand van de bal. Bij een aansteker in de vorm van een golfbal, speelt dit technische aspect helemaal niet. De tweede genoemde omstandigheid vind ik een stuk moeilijker toeepasbaar. Hoewel het bestaan van alternatieven (zie hiervoor naar aanleiding van de eerste vraag) nooit de enige factor mag zijn die bepalend is voor de vraag of een kenmerk uitsluitend technisch bepaald is, mag dit wel mede een rol spelen bij de vraag of er sprake is van uitsluitend door de technische functie bepaalde kenmerken. Maar hoe, is de vraag? Juist waar het Hof de doelstelling dat techniek niet kan worden gemonopoliseerd zo sterk voorop stelt, zou ik menen dat het oppassen geblazen is met het toch rekening houden met het bestaan van alternatieve technische vormen bij het oordeel of kenmerken uitsluitend door de technische functie worden bepaald.
 10. Verdedigd is (zie P.G.F.A. Geerts in Kort Begrip van het Intellectuele Eigendomsrecht, 13^e druk, nr. 227) dat hier de leer die het Hof Den Haag ontwikkelde in de *KOZ/Adinco*-zaak (29 maart 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:928) bij het kijken naar alternatieve vormen nog steeds geldt. Deze leer houdt, kort gezegd in, dat relevant is of een element met een

technische functie slechts op een beperkt aantal manieren kan worden vormgegeven, hetzij omdat slechts een beperkt aantal alternatieve technische oplossingen voor een bepaalde technische functie voorhanden is, hetzij omdat slechts een beperkt aantal (reële) vormgevingsalternatieven voor dezelfde technische oplossing bestaat. Ik denk dat we deze leer (ontwikkeld vóór het onderhavige *Doceram/Ceramtec*-arrest) niet tot uitgangspunt moeten nemen. Deze is ontwikkeld vanuit de opvatting dat de (thans aanvaarde) apparaatgerichte leer niet geldt, althans zo begrijp ik dat arrest (zie met name rov. 12 van het *KOZ/Adinco*-arrest, waarin de opvatting die in rov. 11 is weergegeven, inhoudend dat elk kenmerk dat in hoofdzaak door een technische functie wordt bepaald van bescherming is uitgesloten, ook al zou dat technisch effect ook door een alternatieve vormgeving kunnen worden verkregen, wordt verworpen). Het arrest bouwt dus voort op een nu juist door het Europese Hof verlaten uitgangspunt, zodat we ons beter niet langer op dat arrest zouden moeten baseren.

11. Al met al acht ik het *Doceram/Ceramtec*-arrest juist, zij het met de vraagtekens die ik hiervoor plaatste en die ongetwijfeld wel weer tot nieuwe beslissingen aanleiding zullen geven.
12. Het arrest is ook geannoteerd door H.C.H. van Gaal, L. Kroon, T. Cohen Jehoram en E.F. Brinkman in BIE 2018/15.

Ch. Gielen