

‘Plain packaging’ en de verenigbaarheid met het WTO-recht

Neeltje Janne Blok

Onder wetenschappelijke begeleiding van Dhr. Dylan Geraets

1. INLEIDING

Door de goedkeuring van de ‘Tobacco Plain Packaging Bill’ door het Australische parlement is een nieuw hoofdstuk geopend in het debat omtrent het reduceren van het aantal rokers door middel van politieke maatregelen tegen de tabakproducenten.¹ Reeds enkele jaren worden tabakproducenten onder vuur genomen door de wetgevende organen op nationaal en internationaal niveau. Reden hiervoor is om het tabakgebruik te ontmoedigen en hierdoor het aantal rokers te reduceren met het oog op het terugdringen van gezondheidsrisico’s.

De maatregelen hebben zich allereerst gericht op het verbieden van tabaksreclame in het openbaar en tevens werd tabaksreclame op sportevenementen via sponsoring verboden.² Het verbieden van tabaksreclame werd op internationaal niveau aangemoedigd door een kaderovereenkomst gesloten door de verdragspartijen van de Wereldgezondheidsorganisatie (hierna: WHO).³ Nu worden echter de tabaksproducten zelf geïsoleerd en wordt zo de tabakproducenten de manier ontnomen om het product te promoten door het uiterlijk van een pakje sigaretten. De wijze waarop men het aantal rokers wil reduceren en het beginnen van roken wil ontmoedigen gebeurt via de maatregel van ‘plain packaging’.

¹ Australische wet inzake de eisen die worden gesteld aan de verpakking van een pakje sigaretten: ‘Tobacco Plain Packaging Bill 2011’, iwt: 1 december 2012, <http://parlinfo.aph.gov.au/parlInfo/search/display/display.w3p;query=Id%3A%22legislation%2Fbi llhome%2F4613%22#billText>, laatst geraadpleegd op 10 december 2012

² Belgische wetgeving: wet 10 december 1997 betreffende het verbod op de reclame van tabaksproducten, *BS* 11 januari 1998, iwt: 1 januari 1999, 3737; Europese wetgeving: Richtlijn 2003/33/EG van het Europees Parlement en de Raad, 26 mei 2003 betreffende de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten inzake de reclame en sponsoring voor tabaksproducten, *Pb.L.* 20 juni 2003, afl. 152, 16; B. FREEMAN, S. CHAPMAN, M. RIMMER, ‘The case for the plain packaging of tobacco products’ (paper), 2007, p.5, <http://escholarship.org/uc/item/4rz0m70k#page-3>, laatst geraadpleegd op 10 december 2012

³ Kaderovereenkomst van 21 mei 2003 inzake de controle op tabak, ondertekend door België op 22 januari 2004, ratificatie op 1 november 2005 en inwerkingtreding op 30 januari 2006

In dit werk zal onder meer worden besproken wat ‘plain packaging’ inhoudt en welke bepalingen van het recht van de Wereldhandelsorganisatie (hierna: WTO) worden ingeroepen door tabakproducenten om ‘plain packaging’ tegen te gaan. Centraal staat de vraag naar de verenigbaarheid van ‘plain packaging’ van sigaretten met het WTO recht inzake intellectuele eigendomsrechten. Daarnaast wordt besproken of ‘plain packaging’ kan worden gezien als een belemmering van de internationale handel door het stellen van een technische vereiste aan een product.

1.1. DEFINITIE PLAIN PACKAGING

‘Plain packaging’ van sigaretten laat zich het beste vertalen als de vereiste van een neutraal uiterlijk van een pakje sigaretten. Het neutrale uiterlijk houdt in dat het pakje ontdaan wordt van de typerende kleuren, logo’s en symbolen van de tabaksproducent. De naam van de producent wordt in een door de wet bepaald lettertype en grootte op het pakje vermeld. Daarnaast bestaat het pakje grotendeels uit spreuken en foto’s die het gebruik moeten ontmoedigen.⁴

Tabakproducenten kunnen hun product niet meer promoten via reclame of sponsoring en zijn dus aangewezen op uiterlijk van het pakje zelf. Het design van een pakje sigaretten is een middel om het product te verkopen en bij potentiële rokers interesse te wekken om te beginnen met roken. Daarnaast wordt het uiterlijk van het pakje belangrijk geacht voor een tabaksproducent om zich te kunnen onderscheiden van andere producenten.⁵ Door de invoering van een uniform pakje kan een producent zich niet meer onderscheiden van andere producenten en dus is er hevig protest van de tabaksproducten tegen dergelijke maatregelen. Tabakproducenten zien dit als een schending van hun intellectuele eigendomsrecht en vrezen voor een waardedaling van hun handelsmerk.

1.2. ACTUALITEIT

Door de inwerkingtreding van de Australische ‘Tobacco Plain Packaging Bill 2011’ op 1 december 2012 is er voor het eerst een land dat een wettelijke

⁴ B. FREEMAN, S. CHAPMAN, M. RIMMER, ‘The case for the plain packaging of tobacco products’ (paper), 2007, p.8, <http://escholarship.org/uc/item/4rz0m70k#page-3>, laatst geraadpleegd op 10 december 2012

⁵ A. MITCHELL, “Australia’s movement to the plain packaging of cigarettes and it’s WTO compatibility”, *Asian Journal of WTO & International Health, Law & Policy* (hierna: *ASJWTO*) 2010, afl. 5, 409, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1667746, laatst geraadpleegd op 10 december 2012; A. ALEMANNI en E. BONADIO, “Do you mind smoking? Plain packaging of cigarettes under the TRIPS Agreement”, *John Marshall Review of Intellectual Property Law* 2011, afl. 10, nr. 3, p.459 en gepubliceerd op http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1751583, laatst geraadpleegd op 10 december 2012

reglementering invoert voor het uiterlijk van een pakje sigaretten. Reeds op 29 april 2010 kondigde het Australische ministerie van volksgezondheid aan dat deze wet ingevoerd zou worden en uitwerking zou hebben op 1 juli 2012. Deze inwerkingtreding is vertraagd doordat grote tabakproducenten als Philip Morris International en de British American Tobacco de wet hebben aangevochten bij het Hooggerechtshof van Australië. Op 15 augustus 2012 heeft het Hof uitspraak gedaan en geoordeeld dat de ‘Tobacco Plain Packaging Bill’ de grondwet niet schendt.⁶ Hiermee is de juridische strijd afgelopen en zijn de tabakproducenten in het ongelijk gesteld. Alle pakjes die voortaan in Australië worden verkocht, moeten voldoen aan de vereisten die in de wet worden gesteld.⁷

Het zijn echter niet alleen de tabakproducenten die de wet aanvechten, maar ook bepaalde landen. Oekraïne, Honduras en de Dominicaanse Republiek hebben inmiddels een klacht neergelegd tegen Australië bij het Orgaan voor Geschillenbeslechting van de WTO.⁸ In alle procedures hebben er reeds consultaties plaatsgevonden, maar deze hebben tot nog toe niets opgeleverd. Daarnaast hebben in alle procedures de eisende verdragspartijen om een samenstelling van een panel verzocht. Enkel voor het geschil tussen Oekraïne en Australië is er reeds een panel samengesteld door het Orgaan voor Geschillenbeslechting op 28 september 2012.

1.3. GERELATEERDE WETGEVING

De landen die een klacht hebben neergelegd tegen Australië baseren zich voornamelijk op de schending van twee overeenkomsten van het WTO-recht. Vooreerst wordt er een schending ingeroepen van bepaalde artikelen van de Overeenkomst inzake de Handelsaspecten van de Intellectuele Eigendom⁹

⁶ Hooggerechtshof Australië 15 augustus 2012, *British American Tobacco vs. Commonwealth of Australia* en *JT International SA vs. Commonwealth of Australia*, <http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/HCA/2012/43.html>, laatst geraadpleegd op 10 december 2012

⁷ Art. 18-25 van de ‘Tobacco Plain Packaging Bill 2011’, iwt: 1 december 2012, http://parlinfo.aph.gov.au/parlInfo/search/display/display.w3p;db=LEGISLATION;id=legislation%2Fbills%2F4613_aspassed%2F0005;query=Id%3A%22legislation%2Fbills%2F4613_aspassed%2F0001%22;rec=0, laatst geraadpleegd op 10 december 2012

⁸ WT/DS434/11: “Klacht van Oekraïne tegen Australië”, http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds434_e.htm, laatst geraadpleegd op 10 december 2012; WT/DS435/16: “Klacht van Honduras tegen Australië”, http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds435_e.htm, laatst geraadpleegd op 10 december 2012; WT/DS441/15: “Klacht van de Dominicaanse Republiek tegen Australië”, http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds441_e.htm, laatst geraadpleegd op 10 december 2012

⁹ Overeenkomst van 15 april 1994 te Marrakech inzake de handelsaspecten van de intellectuele eigendom (hierna: TRIPS), *Pb.L.*, 336, 23 december 1994, inst. W. 23 december 1994 (*B.S.* 23

(“*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*”) en daarnaast van de Overeenkomst inzake de technische handelsbelemmeringen¹⁰ (“*Agreement on Technical Barriers to Trade*”).

In het volgende deel zal eerst aandacht worden besteed aan de ingeroepen schending van de bepalingen van het TRIPS- Akkoord en daarna van het TBT-Akkoord.

2. TRIPS

Het TRIPS is een overeenkomst gesloten in het kader van de WTO en voorziet in bepalingen met betrekking tot de bescherming van het intellectuele eigendomsrecht. Er wordt in de overeenkomst een evenwicht tot stand gebracht tussen enerzijds het belang om de intellectuele eigendomsrechten te beschermen en, anderzijds te voorkomen dat deze beschermingsmaatregelen een belemmering of verstoring van de internationale handel veroorzaken.¹¹ De leden van de WTO zijn door de bepalingen van het TRIPS verplicht om in een minimale bescherming te voorzien van de intellectuele eigendomsrechten.¹² Door de inschrijving van artikel 2 van het TRIPS zijn automatisch de bepalingen geïncorporeerd van het Verdrag van Parijs betreffende de bescherming van intellectuele eigendom.¹³ Het TRIPS en het Verdrag van Parijs bepalen dat de leden van de WTO moeten voorzien in een systeem van registratie van handelsmerken waarbij er minimum vereisten worden gesteld aan een handelsmerk om zich te kunnen laten registreren.¹⁴

januari 1997). Overeenkomst maakt deel uit als bijlage 1C van de op 15 april 1994 te Marrakech ondertekende overeenkomst tot oprichting van de Wereldhandelsorganisatie

¹⁰ Akkoord betreffende de technische handelsbelemmeringen (hierna: TBT- Akkoord), *Pb.L.*, 336, 23 december 1994, opgenomen als bijlage 1A van de op 15 april 1994 te Marrakech ondertekende overeenkomst tot oprichting van de Wereldhandelsorganisatie.

¹¹ J. WOUTERS, *Internationaal recht in kort bestek: van co-existentie en coöperatie naar integratie van Staten*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 305

¹² A. ALEMANNI en E. BONADIO, “Do you mind smoking? Plain packaging of cigarettes under the TRIPS Agreement”, *John Marshall Review of Intellectual Property Law* 2011, afl. 10, nr. 3, 459 en gepubliceerd op http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1751583, laatst geraadpleegd op 10 december 2012

¹³ Verdrag van Parijs van 20 maart 1883 tot bescherming van de industriële eigendom, herzien te Brussel op 14 december 1900, te Washington op 2 juni 1911, te 's-Gravenhage op 6 november 1925, te Londen op 2 juni 1934, te Lissabon op 31 oktober 1958 en te Stockholm op 14 juli 1967, ondertekend te Stockholm op 14 juli 1976, inst. W. 26 september 1974 (*B.S.* 29 januari 1975), bekr. 31 oktober 1974, iwtb 12 februari 1975, 828 *UNTS* 306

¹⁴ A. MITCHELL, “Australia’s movement to the plain packaging of cigarettes and it’s WTO compatibility”, *ASJWTO* 2010, afl. 5, 414

2.1. REGISTRATIE EN HET GEBRUIK VAN EEN HANDELSMERK

De tabaksproducenten argumenteren op basis van bepalingen van het TRIPS dat indien een handelsmerk is geregistreerd, er ook een recht op gebruik van het handelsmerk is ontstaan. Dit recht op het gebruik van het geregistreerde handelsmerk wordt gebaseerd op art. 2.1 en art.15.4 van het TRIPS. In art. 2.1 wordt bepaald dat de artikelen 1 – 12 en artikel 19 van het Verdrag van Parijs moeten worden nageleefd door de verdragspartijen van het TRIPS. Bijgevolg is art. 6 *quinquies* van het Verdrag van Parijs geïncorporeerd in het TRIPS. Art. 6 *quinquies* bepaalt dat indien aan bepaalde voorwaarden is voldaan, de verdragspartijen de registratie van een handelsmerk moeten toestaan.¹⁵ Auteurs die verdedigen dat er een recht op gebruik moet worden gelezen in dit artikel, doen dit op een verschillende wijze. Er zijn auteurs die van mening zijn dat een recht op gebruik expliciet¹⁶ wordt toegekend in art. 6 *quinquies* (B) en anderen suggereren dat er een impliciet¹⁷ recht op gebruik volgt uit de lezing van het artikel.¹⁸ Echter heeft art. 6 *quinquies* enkel betrekking op de registratie en geldigheid van een handelsmerk en niet op het gebruik van een handelsmerk.¹⁹ De auteurs A. MITCHELL en T. VOON stellen terecht dat ‘plain packaging’ geen afbreuk doet aan de mogelijkheid om een handelsmerk te laten registreren.²⁰ Door ‘plain packaging’ wordt enkel het recht op gebruik van een handelsmerk op het pakje sigaretten verboden, maar in geen enkele bepaling van zowel het

¹⁵ M. DAVISON, ‘The legitimacy of plain packaging under international intellectual property’ (paper), 2012, p.3, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2009115, laatst geraadpleegd op 10 december 2012

¹⁶ Memorandum van Lalive voor Philip Morris International Management SA, *Why plain packaging is in violation of WTO Members’ International Obligations under TRIPS and the Paris Convention*, 23 juli 2009, p.7, http://www.smoke-free.ca/plain-packaging/documents/industry-responses/LALIVE_Analysis_23_July_2009.pdf, laatst geraadpleegd op 10 december 2012

¹⁷ Rapport van Daniel Gervais voor Japan Tobacco International, *Analysis of the compatibility of certain tobacco product packaging rules with the TRIPS Agreement and the Paris Convention*, 30 november 2010, p.21, <http://www.smoke-free.ca/trade-and-tobacco/Resources/Gervais.pdf>, laatst geraadpleegd op 10 december 2012

¹⁸ M. DAVISON, ‘The legitimacy of plain packaging under international intellectual property’ (paper), 2012, p.3, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2009115, laatst geraadpleegd op 10 december 2012

¹⁹ A. ALEMANNI en E. BONADIO, “Do you mind smoking? Plain packaging of cigarettes under the TRIPS Agreement”, *John Marshall Review of Intellectual Property Law* 2011, afl. 10, nr. 3, p. 471 en gepubliceerd op http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1751583, laatst geraadpleegd op 10 december 2012

²⁰ T. VOON en A. MITCHELL, “Implications of WTO Law for plain packaging of tobacco products” in A. MITCHELL, T. VOON en J. LIBERMAN (eds.), *Public health and plain packaging of cigarettes: legal issues*, Cheltenham, Edward Elgar, 2012, p.6 en tevens gepubliceerd op http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1874593, laatst geraadpleegd op 10 december 2012

Verdrag van Parijs als in het TRIPS wordt een recht op het effectieve gebruik van dit handelsmerk toegestaan indien het handelsmerk is geregistreerd.²¹

De auteurs die van mening zijn dat er een recht op het gebruik van een handelsmerk in de bepalingen van het TRIPS staat geschreven, impliciet of expliciet, beroepen zich ook op een schending van art. 15.4 van het TRIPS. Art. 15.4 neemt integraal de bepaling van art. 7 van het Verdrag van Parijs over. Het artikel bepaalt dat de aard van het product of dienst niet kan verhinderen dat het handelsmerk kan worden geregistreerd. Op basis hiervan stellen de auteurs dat de tabakproducenten door ‘plain packaging’ geen gebruik meer kunnen maken van hun handelsmerk en dat deze beperking de registratie en het gebruik van het handelsmerk verhindert.²² Conclusie: art. 15.4 TRIPS wordt geschonden. Echter deze redenering kan niet worden bijgetreden, omdat deze redering enkel stand houdt indien men aanneemt dat een recht op registratie ook een recht op gebruik zou impliceren. Dit recht op gebruik van een handelsnaam wordt door een rapport van LALIVE verdedigd door het argument dat een recht op registratie zonder het recht op gebruik, geen enkele economische betekenis kan hebben.²³ Daarnaast wordt verondersteld dat het geen nut heeft om een recht op registratie toe te kennen als de eigenaar van het handelsmerk het merk niet kan gebruiken.²⁴ Deze argumenten kunnen niet worden aangenomen, omdat er wel degelijk een verschil bestaat tussen het recht op registratie en het recht op gebruik. Zoals A. ALLEMANNO en E. BONADIO terecht opmerken kan aan een handelsmerk ook economische waarde toekomen, zonder dat het merk wordt gebruikt.²⁵

Uit de artikelen 2.1 en 15.4 mag dus niet worden afgeleid dat eenmaal het handelsmerk geldig is geregistreerd, er ook een recht op het gebruik is toegekend. Daarnaast heeft ‘plain packaging’ geen invloed op de registratie

²¹ A. MITCHELL, “Australia’s movement to the plain packaging of cigarettes and it’s WTO compatibility”, *ASJWTO* 2010, afl. 5, 416

²² A. ALEMANNNO en E. BONADIO, “Do you mind smoking? Plain packaging of cigarettes under the TRIPS Agreement”, *John Marshall Review of Intellectual Property Law* 2011, afl. 10, nr. 3, p. 467 en gepubliceerd op http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1751583, laatst geraadpleegd op 10 december 2012

²³ Memorandum van Lalive voor Philip Morris International Management SA, *Why plain packaging is in violation of WTO Members’ International Obligations under TRIPS and the Paris Convention*, 23 juli 2009, p.8, http://www.smoke-free.ca/plain-packaging/documents/industry-responses/LALIVE_Analysis_23_July_2009.pdf, laatst geraadpleegd op 10 december 2012

²⁴ A. ALEMANNNO en E. BONADIO, “Do you mind smoking? Plain packaging of cigarettes under the TRIPS Agreement”, *John Marshall Review of Intellectual Property Law* 2011, afl. 10, nr. 3, p. 468 en gepubliceerd op http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1751583, laatst geraadpleegd op 10 december 2012

²⁵ A. ALEMANNNO en E. BONADIO, “Do you mind smoking? Plain packaging of cigarettes under the TRIPS Agreement”, *John Marshall Review of Intellectual Property Law* 2011, afl. 10, nr. 3, p. 468 en gepubliceerd op http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1751583, laatst geraadpleegd op 10 december 2012

van een handelsmerk en bijgevolg wordt art. 6 *quinquies* van het Verdrag van Parijs en art. 15.4 van het TRIPS niet geschonden.²⁶ In art. 17 en art.20 van het TRIPS wordt bepaald dat op het gebruik van een handelsmerk beperkingen mogen worden gesteld. In het volgende onderdeel wordt daar nader op ingegaan.

2.2. BEPERKINGEN OP HET GEBRUIK VAN EEN HANDELSMERK

In art. 16 van het TRIPS wordt enkel een *negatief* recht op het gebruik van een handelsmerk toegekend.²⁷ Hiermee wordt bedoeld dat de houder van een geregistreerd handelsmerk het exclusieve recht heeft om anderen van het gebruik uit te sluiten, tenzij de houder hiervoor zijn toestemming geeft.²⁸ Hieruit kan niet worden afgeleid dat een houder van een geregistreerd handelsmerk tevens een *positief* recht zou hebben om het handelsmerk te gebruiken.²⁹ Deze stelling is ook belangrijk in het licht van art. 17 van het TRIPS. Art. 17 bepaalt dat er door de verdragspartijen beperkingen mogen worden gesteld aan de rechten die worden verleend door het geregistreerde handelsmerk. Deze beperkingen moeten een afweging zijn tussen enerzijds de belangen van de houder van het handelsmerk en anderzijds de belangen van derden. ‘Plain packaging’ kan echter niet worden gezien als een beperking van de rechten van de houder van het handelsmerk, omdat er geen recht op het

²⁶ A. MITCHELL, “Australia’s movement to the plain packaging of cigarettes and it’s WTO compatibility”, *ASJWTO* 2010, afl. 5, 416

²⁷ T. VOON en A. MITCHELL, “Implications of WTO Law for plain packaging of tobacco products” in A. MITCHELL, T. VOON en J. LIBERMAN (eds.), *Public health and plain packaging of cigarettes: legal issues*, Cheltenham, Edward Elgar, 2012, p.10 en tevens gepubliceerd op http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1874593, laatst geraadpleegd op 10 december 2012

²⁸ Bevestigd in een panelrapport: *European Communities – Protection of Trademarks and Geographical Indications for Agricultural Products and Foodstuff, Complaints by Australia*, WTO Doc WT/DS290/R (goedgekeurd op 20 april 2005), nr.7.602, http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/290radd3_d_e.pdf, laatst geraadpleegd op 10 december 2012; T. VOON en A. MITCHELL, “Implications of WTO Law for plain packaging of tobacco products” in A. MITCHELL, T. VOON en J. LIBERMAN (eds.), *Public health and plain packaging of cigarettes: legal issues*, Cheltenham, Edward Elgar, 2012, p.8 en tevens gepubliceerd op http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1874593, laatst geraadpleegd op 10 december 2012

²⁹ A. ALEMANNO en E. BONADIO, “Do you mind smoking? Plain packaging of cigarettes under the TRIPS Agreement”, *John Marshall Review of Intellectual Property Law* 2011, afl. 10, nr. 3, p. 465 en gepubliceerd op http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1751583, laatst geraadpleegd op 10 december 2012; S. EVANS, J. BOSLAND, “Plain packaging of cigarettes and constitutional property rights” in A. MITCHELL, T. VOON en J. LIBERMAN (eds.), *Public health and plain packaging of cigarettes: legal issues*, Cheltenham, Edward Elgar, 2012, p.5 en tevens gepubliceerd op http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1916424, laatst geraadpleegd op 10 december 2012

gebruik wordt toegekend door art. 16 TRIPS.³⁰ De tabakproducenten kunnen zich dus niet op art. 17 van het TRIPS baseren om een ongeldige beperking van hun rechten aan te tonen.

Art. 20 van het TRIPS is de bepaling die stelt dat verdragspartijen het gebruik van een handelsmerk niet op een ongerechtvaardigde manier kan worden bezwaard door het stellen van bijzondere vereisten aan dit gebruik. Volgens de tabakproducenten wordt deze bepalingen geschonden, omdat ‘plain packaging’ het gebruik van hun handelsmerk bezwaard. Sterker nog, het zou het gebruik van hun handelsmerk helemaal uitsluiten.³¹ Zoals T. BODEWIG opmerkt wordt door ‘plain packaging’ het gebruik van het logo van de tabaksproducent verboden, indien dit logo tevens de naam van het merk bevat.³² Daarnaast kan de producent zijn naam niet meer gebruiken op de manier waarop het handelsmerk geregistreerd staat, want het gebruik wordt beperkt door een strikte reglementering inzake de vermelding van het merk op het pakje.³³ Het gebruik van het handelsmerk dient om de onderlinge pakjes sigaretten van de verschillende producenten te kunnen onderscheiden en dit wordt door ‘plain packaging’ onmogelijk gemaakt.³⁴ Daarom ben ik het met P. JOHNSON eens wanneer hij stelt dat door ‘plain packaging’ een handelsmerk niet meer gebruikt kan worden voor zijn oorspronkelijke functie, namelijk door het gebruik van een handelsmerk zich kunnen onderscheiden van andere producenten die hetzelfde product op de markt verhandelen.³⁵

³⁰ A. MITCHELL, “Australia’s movement to the plain packaging of cigarettes and it’s WTO compatibility”, *ASJWTO* 2010, afl. 5, 417

³¹ Memorandum van Lalive voor Philip Morris International Management SA, *Why plain packaging is in violation of WTO Members’ International Obligations under TRIPS and the Paris Convention*, 23 juli 2009, p.10, http://www.smoke-free.ca/plain-packaging/documents/industry-responses/LALIVE_Analysis_23_July_2009.pdf, laatst geraadpleegd op 10 december 2012

³² T. BODEWIG, “Use restrictions on trademarks under article 20 TRIPS” in J. DREXL, R. HILTY, L. BOY, C. GODT en B. REMICHE (eds.), *Technology and competition: contributions in honour of Hanns Ullrich*, Brussel, Larcier, 2009, 18

³³ Voorbeeld: zie art. 20 en art. 21 van de Australische “Tobacco Plain Packaging Bill 2011”, <http://parlinfo.aph.gov.au/parlInfo/search/display/display.w3p;query=Id%3A%22legislation%2FbiIlhome%2F4613%22#billText>, laatst geraadpleegd op 10 december 2012; T. BODEWIG, “Use restrictions on trademarks under article 20 TRIPS” in J. DREXL, R. HILTY, L. BOY, C. GODT en B. REMICHE (eds.), *Technology and competition: contributions in honour of Hanns Ullrich*, Brussel, Larcier, 2009, 18

³⁴ T. BODEWIG, “Use restrictions on trademarks under article 20 TRIPS” in J. DREXL, R. HILTY, L. BOY, C. GODT en B. REMICHE (eds.), *Technology and competition: contributions in honour of Hanns Ullrich*, Brussel, Larcier, 2009, 17

³⁵ P. JOHNSON, “Trade marks without a brand: the proposals on ‘plain packaging’ of tobacco products”, *European Intellectual Property Review (E.I.P.R.)* 2012, 34(7), 466

‘Plain packaging’ van sigaretten kan dus worden gezien als een bijzondere vereiste die de wet stelt aan het gebruik van een handelsmerk.³⁶ Daarnaast kan het opleggen van de vereiste van een neutraal pakje met daarop gezondheidswaarschuwingen worden gezien als een bijzondere vereiste om een specifiek doel te bereiken, namelijk het ontmoedigen van tabaksgebruik.³⁷ Echter om van een schending van art. 20 van het TRIPS te kunnen spreken, moet deze bijzondere vereiste het gebruik ongerechtvaardigd bezwaren.³⁸ Hiermee wordt bedoeld dat het niet meer kunnen gebruiken van het geregistreerde handelsmerk, door een gerechtvaardigd doel kan worden verantwoord.³⁹ Indien er dus van een gerechtvaardigd doel kan worden gesproken, worden de tabakproducenten in het ongelijk gesteld en zal er geen schending van art. 20 TRIPS kunnen worden vastgesteld. De partijen die een klacht tegen Australië hebben ingediend bij het Orgaan voor Geschillenbeslechting van de WTO, moeten bewijzen dat de maatregelen een ongerechtvaardigd doel nastreven. Daarnaast moeten deze landen aantonen dat de maatregelen niet kunnen worden gerechtvaardigd door het doel wat Australië probeert te bereiken met ‘plain packaging’.⁴⁰ Dit houdt een verschuiving in van de bewijslast, namelijk de landen die een klacht hebben ingediend moeten aantonen dat ‘plain packaging’ geen effect heeft op het tabaksgebruik. De opdracht voor Australië is dat zij het aannemelijk moeten maken dat ‘plain packaging’ een positief effect kan hebben op de vermindering van het tabaksgebruik en zodoende het doel van de maatregel rechtvaardigen.

In art. 8.1 van het TRIPS wordt bepaald dat verdragspartijen noodzakelijke wetten mogen opstellen die onder andere de volksgezondheid beschermen, maar deze wetten moeten in overeenstemming zijn met de bepalingen van het

³⁶ A. ALEMANNI en E. BONADIO, “Do you mind smoking? Plain packaging of cigarettes under the TRIPS Agreement”, *John Marshall Review of Intellectual Property Law* 2011, afl. 10, nr. 3, p. 464 en gepubliceerd op http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1751583, laatst geraadpleegd op 10 december 2012; P. JOHNSON, “Trade marks without a brand: the proposals on ‘plain packaging’ of tobacco products”, *European Intellectual Property Review (E.I.P.R.)* 2012, 34(7), 466

³⁷ P. DE CARVALHO, *The TRIPS Regime of Trademarks and Designs*, Kluwer Law International, 2011, p.442

³⁸ A. MITCHELL, “Australia’s movement to the plain packaging of cigarettes and its WTO compatibility”, *ASJWTO* 2010, afl. 5, 418

³⁹ T. BODEWIG, “Use restrictions on trademarks under article 20 TRIPS” in J. DREXL, R. HILTY, L. BOY, C. GODT en B. REMICHE (eds.), *Technology and competition: contributions in honour of Hanns Ullrich*, Brussel, Larcier, 2009, 21

⁴⁰ T. BODEWIG, “Use restrictions on trademarks under article 20 TRIPS” in J. DREXL, R. HILTY, L. BOY, C. GODT en B. REMICHE (eds.), *Technology and competition: contributions in honour of Hanns Ullrich*, Brussel, Larcier, 2009, 24; T. VOON en A. MITCHELL, “Implications of WTO Law for plain packaging of tobacco products” in A. MITCHELL, T. VOON en J. LIBERMAN (eds.), *Public health and plain packaging of cigarettes: legal issues*, Cheltenham, Edward Elgar, 2012, p.15 en tevens gepubliceerd op http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1874593, laatst geraadpleegd op 10 december 2012

TRIPS. Art. 8 van het TRIPS mag dus niet worden geïnterpreteerd als een uitweg om alle mogelijke maatregelen te nemen om de volksgezondheid te beschermen en hierdoor het TRIPS te schenden.⁴¹ De bescherming van de volksgezondheid wordt echter wel genoemd als een mogelijke rechtvaardiging voor het stellen van beperkingen aan de intellectuele eigendomsrechten. De verdragspartij moet aantonen dat de maatregel noodzakelijk is om de volksgezondheid te beschermen en daarnaast dat de maatregel geen afbreuk doet aan de bepalingen en bedoeling van het TRIPS.⁴² De Doha- verklaring⁴³ kan als hulpmiddel worden gebruikt om aan te tonen dat een verdragspartij het recht heeft om maatregelen te nemen die de volksgezondheid beschermen en zodoende geen afbreuk doet aan de intellectuele eigendomsrechten.⁴⁴ Het land waartegen een klacht wordt ingediend bij het Orgaan voor Geschillenbeslechting van de WTO kan zich baseren op dit recht om de beperkingen aan het gebruik van het handelsmerk te rechtvaardigen. Het panel dat wordt samengesteld naar aanleiding van een klacht zal een afweging moeten maken tussen enerzijds de verplichting van de bescherming van de intellectuele eigendomsrechten en anderzijds de beoogde bescherming van de volksgezondheid. Of de volksgezondheid als gerechtvaardigd doel mag dienen om het verbod van het gebruik van een handelsmerk op een pakje sigaretten te verantwoorden, hangt dus af van de vraag naar de proportionaliteit van de getroffen maatregel.⁴⁵

De ultieme rechtvaardiging voor het stellen van een beperking op het gebruik van een handelsmerk op een pakje sigaretten zou het bewijs zijn dat een dergelijke maatregel wel degelijk effect heeft op de volksgezondheid. Helaas zijn dit soort onderzoeken nog niet mogelijk, omdat Australië het eerste land is dat ‘plain packaging’ heeft ingevoerd als maatregel voor het ontmoedigen van

⁴¹ A. MITCHELL, “Australia’s movement to the plain packaging of cigarettes and it’s WTO compatibility”, *ASJWTO* 2010, afl. 5, 419; A. ALEMANNIO en E. BONADIO, “Do you mind smoking? Plain packaging of cigarettes under the TRIPS Agreement”, *John Marshall Review of Intellectual Property Law* 2011, afl. 10, nr. 3, p. 472 en gepubliceerd op http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1751583, laatst geraadpleegd op 10 december 2012

⁴² A. ALEMANNIO en E. BONADIO, “Do you mind smoking? Plain packaging of cigarettes under the TRIPS Agreement”, *John Marshall Review of Intellectual Property Law* 2011, afl. 10, nr. 3, p. 472 en gepubliceerd op http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1751583, laatst geraadpleegd op 10 december 2012

⁴³ Ministeriële Verklaring van 14 november 2001 te Doha inzake TRIPS en de volksgezondheid, WT/MIN(01)/DEC/2

⁴⁴ A. ALEMANNIO en E. BONADIO, “Do you mind smoking? Plain packaging of cigarettes under the TRIPS Agreement”, *John Marshall Review of Intellectual Property Law* 2011, afl. 10, nr. 3, p. 473 en gepubliceerd op http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1751583, laatst geraadpleegd op 10 december 2012

⁴⁵ T. BODEWIG, “Use restrictions on trademarks under article 20 TRIPS” in J. DREXL, R. HILTY, L. BOY, C. GODT en B. REMICHE (eds.), *Technology and competition: contributions in honour of Hams Ullrich*, Brussel, Larcier, 2009, 22

het tabaksgebruik. Het is afwachten op een eerste rapport van het panel dat is samengesteld door een klacht van Oekraïne tegen Australië om te kunnen vaststellen of een maatregel om de volksgezondheid te beschermen, de bescherming van de intellectuele eigendomsrechten kan overtreffen.

3. TBT-AKKOORD

Het TBT- Akkoord (“*Agreement on Technical Barriers to Trade*”) is een overeenkomst betreffende de technische reguleringen en standaarden die een verdragspartij aan producten kan stellen.⁴⁶ Een verdragspartij kan bepaalde eisen stellen aan het product zelf of aan de manier waarop een product wordt geproduceerd. Het mogelijke doel van dergelijke regulering wordt opgesomd in art. 2.2 van het TBT-Akkoord. In deze niet-limitatieve opsomming wordt onder andere vermeld dat de bescherming van de volksgezondheid een legitieme doelstelling is om bepaalde eisen te stellen aan een product. De vereisten die aan een bepaald product worden gesteld in een land van de verdragspartij(en), kunnen worden gezien als een belemmering van de handel en zelfs gekwalificeerd worden als discriminerend ten aanzien van buitenlandse gelijkaardige producten.⁴⁷

In art.13.1 van het TBT-Akkoord wordt bepaald dat een comité wordt opgericht dat toezicht zal houden op de implementatie van de bepalingen van het TBT-Akkoord. Daarnaast moet een verdragspartij verplicht de andere verdragspartijen op de hoogte brengen wanneer het de intentie heeft om een bepaalde vereiste aan een product te stellen.⁴⁸ Deze notificatie gebeurt in de vorm van een mededeling aan de andere verdragspartijen en legt uit waarom de genomen maatregel is getroffen en wat de argumenten zijn die de maatregel verantwoorden. Deze mededeling is slechts verplicht indien de voorgestelde maatregel een effect heeft op de internationale handel en indien er geen internationale standaard bestaat of indien de technische regulering niet in overeenstemming is met een relevante internationale standaard.⁴⁹ Australië heeft de andere verdragspartijen op de hoogte gebracht van het voornemen om een regulering betreffende een pakje sigaretten in te voeren door een notificatie op 8 april 2011. In deze notificatie wordt verwezen naar de voorgenomen

⁴⁶ Akkoord betreffende de technische handelsbelemmeringen, *Pb.L.*, 336, 23 december 1994, opgenomen als bijlage 1A van de op 15 april 1994 te Marrakech ondertekende overeenkomst tot oprichting van de Wereldhandelsorganisatie

⁴⁷ J. WOUTERS, *Internationaal recht in kort bestek: van co-existentie en coöperatie naar integratie van Staten*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 302; P. VAN DEN BOSSCHE, *The law and policy of the World Trade Organization: text, cases and materials*, Cambridge, Cambridge university press, 2008, 805

⁴⁸ Art. 2.9 TBT-Akkoord

⁴⁹ P. VAN DEN BOSSCHE, *The law and policy of the World Trade Organization: text, cases and materials*, Cambridge, Cambridge university press, 2008, 825

wetgeving en naar de argumenten die Australië hanteert om een dergelijke wetgeving in te voeren.⁵⁰

Het TBT-Akkoord is van toepassing op vereisten die als een technische regulering kunnen worden aangemerkt. In het eerste onderdeel zal dus worden uitgelegd hoe een technische regulering wordt gedefinieerd en tevens of ‘plain packaging’ kan worden gekwalificeerd als een technische regulering. In het tweede onderdeel wordt het art. 2.2 van het TBT-Akkoord besproken en uitgelegd wat de implicaties zijn voor ‘plain packaging’.

3.1. KWALIFICATIE TECHNISCHE REGULERING

De tabaksproducenten en verdragspartijen die van mening zijn dat de vereiste van ‘plain packaging’ van sigaretten de bepalingen van het TBT-Akkoord schenden, moeten eerst beargumenteren of de vereiste van ‘plain packaging’ kan worden gekwalificeerd als een technische regulering. In Annex 1.1 van het TBT-Akkoord wordt een definitie gegeven van een technische regulering.⁵¹ Daarnaast zijn er twee rapporten waarin de Vaste Beroepsinstantie (“*Appellate Body*”) van de WTO uitleg geeft omtrent de definitie van de technische regulering en de afwegingen die bepalen of de maatregel een technische regulering betreft.⁵² In het rapport van de Vaste Beroepsinstantie inzake de kwestie *EC- Asbestos* wordt voornamelijk uitleg gegeven over de interpretatie van de gebruikte termen in Annex 1.1 van het TBT-Akkoord. De maatregel moet betrekking hebben op een of meerdere producteigenschappen die objectief bepaalbaar zijn, zoals de verschijning, de hoedanigheid of een ander onderscheidend kenmerk van een product. In dezelfde bepaling worden ook

⁵⁰ WTO, *Committee on Technical Barriers to Trade: Notification by Australia*, WTO Doc G/TBT/N/AUS/67 (8 april 2011), http://www.wto.org/english/news_e/news11_e/tbt_15jun11_e.htm, laatst geraadpleegd op 10 december 2012; T. VOON en A. MITCHELL, “Implications of WTO Law for plain packaging of tobacco products” in A. MITCHELL, T. VOON en J. LIBERMAN (eds.), *Public health and plain packaging of cigarettes: legal issues*, Cheltenham, Edward Elgar, 2012, p.20 en tevens gepubliceerd op http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1874593, laatst geraadpleegd op 10 december 2012

⁵¹ Authentieke tekst van de definitie, Annex 1.1 TBT-Akkoord: “*Technical Regulation - Document which lays down product characteristics or their related processes and production methods, including the applicable administrative provisions, with which compliance is mandatory. It may also include or deal exclusively with terminology, symbols, packaging, marking or labelling requirements as they apply to a product, process or production method*”.

⁵² Rapport van de Vaste Beroepsinstantie, *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, WTO Doc WT/DS135/AB/R (5 april 2001), p. 26 en p.27, [http://www.worldtradelaw.net/reports/wtoab/ec-asbestos\(ab\).pdf](http://www.worldtradelaw.net/reports/wtoab/ec-asbestos(ab).pdf), laatst geraadpleegd op 10 december 2012; Rapport van de Vaste Beroepsinstantie, *European Communities- Trade Description of Sardines*, WTO Doc WT/DS231/AB/R (23 oktober 2002), p.43 en p.44, [http://www.worldtradelaw.net/reports/wtoab/ec-sardines\(ab\).pdf](http://www.worldtradelaw.net/reports/wtoab/ec-sardines(ab).pdf), laatst geraadpleegd op 10 december 2012

enkele voorbeelden genoemd die tot de specifieke producteigenschappen behoren.

De verpakking van een product wordt ook gerekend tot een specifieke producteigenschap. Het rapport stelt vast dat indien de maatregel exclusief betrekking heeft op de verpakking van een product, er ook kan worden gesproken van een technische regulering in het licht van het TBT-Akkoord.⁵³ Daarnaast is het belangrijk dat het om een identificeerbaar product of categorie van producten gaat. Dit volgt logischerwijze uit de vereiste dat het tevens om een maatregel moet gaan die afdwingbaar is. Een product dat in de maatregel wordt geïdentificeerd moet kunnen worden geïdentificeerd, anders kan de regelgeving niet worden afdwongen.⁵⁴ Als laatste vereiste wordt gesteld dat de technische regulering verplicht wordt gesteld in de wetgeving en dat deze verplichting afdwongen kan worden via een sanctie.

In het andere rapport van de Vaste Beroepsinstantie betreffende *EC- Sardines* wordt deze interpretatie bevestigd en een drie-stappen test voorgeschreven om te bepalen of een maatregel een technische regulering inhoudt. De voorwaarden om te kunnen spreken van een technische regulering zijn: (1) de maatregel moet betrekking hebben op een identificeerbaar product of groep van producten, (2) de maatregel moet betrekking hebben op specifieke producteigenschappen en (3) de nakoming van de maatregel is verplicht.⁵⁵

Deze drie-stappen test kunnen we toepassen op ‘plain packaging’ van sigaretten om uit te maken of de gestelde vereiste kunnen worden gekwalificeerd als een technische regulering in het licht van het TBT-Akkoord. Indien we de Australische wetgeving als voorbeeld nemen voor een maatregel inzake de eisen die worden gesteld aan het uiterlijk van een pakje sigaretten, dan kan er worden geconcludeerd dat aan alle vereisten is voldaan en er sprake is van een technische regulering. Het betreft een identificeerbare groep van producten, namelijk alle tabakproducten worden door de wetgeving geïdentificeerd. Daarnaast heeft de maatregel betrekking op de verpakking van het product en

⁵³ Rapport van de Vaste Beroepsinstantie, *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, WTO Doc WT/DS135/AB/R (5 april 2001), p. 26 para.67, [http://www.worldtradelaw.net/reports/wtoab/ec-asbestos\(ab\).pdf](http://www.worldtradelaw.net/reports/wtoab/ec-asbestos(ab).pdf) , laatst geraadpleegd op 10 december 2012

⁵⁴ P. VAN DEN BOSSCHE, *The law and policy of the World Trade Organization: text, cases and materials*, Cambridge, Cambridge university press, 2008, 810; Rapport van de Vaste Beroepsinstantie, *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, WTO Doc WT/DS135/AB/R (5 april 2001), p. 26 para.70, [http://www.worldtradelaw.net/reports/wtoab/ec-asbestos\(ab\).pdf](http://www.worldtradelaw.net/reports/wtoab/ec-asbestos(ab).pdf) , laatst geraadpleegd op 10 december 2012

⁵⁵ Rapport van de Vaste Beroepsinstantie, *European Communities- Trade Description of Sardines*, WTO Doc WT/DS231/AB/R (23 oktober 2002), p.44 para 176, [http://www.worldtradelaw.net/reports/wtoab/ec-sardines\(ab\).pdf](http://www.worldtradelaw.net/reports/wtoab/ec-sardines(ab).pdf), laatst geraadpleegd op 10 december 2012

dit wordt in Annex 1.1 van het TBT-Akkoord gekwalificeerd als een specifieke producteigenschap. In de Australische wetgeving worden strafsancities bepaald voor de handelaren en verkopers die niet voldoen aan de gestelde eisen inzake de verpakking van de tabakproducten.

3.2. TOEPASSING ART. 2.2 VAN HET TBT-AKKOORD

Er kan dus worden gesteld dat ‘plain packaging’ van sigaretten als een technische regulering moet worden beschouwd. Vanwege deze kwalificatie als een technische regulering zijn de bepalingen van het TBT-Akkoord van toepassing. De tabakproducenten en landen die het oneens zijn met de Australische wetgeving beargumenteren dat de wetgeving inzake ‘plain packaging’ het art. 2.2 van het TBT-Akkoord schendt. In art. 2.2 wordt gestipuleerd dat een verdragspartij geen technische regulering mag voorbereiden, goedkeuren of toepassen met het oog op of creëren van een onnodige belemmering van de internationale handel. Tevens mag een technische regulering de handel niet meer belemmeren dan noodzakelijk om het beoogde doel te bereiken, rekening houdend met de risico’s die niet-naleving met zich meebrengen.

Tussen art. 2.2 van het TBT-Akkoord en art. XX van de GATT⁵⁶ (“*The General Agreement on Tariffs and Trade*”) bestaat een overeenkomst, namelijk beide artikelen voorzien in een mogelijkheid om de bescherming van volksgezondheid in te roepen als rechtvaardiging voor bepaalde maatregelen die de internationale handel kunnen belemmeren. Echter bestaat er ook een belangrijk verschil tussen beide bepalingen inzake de verdeling van de bewijslast. In art. 2.2 van het TBT-Akkoord wordt een verplichting afgeleid die erin bestaat dat een verdragspartij moet kiezen voor de maatregel die de handel het minst beperkt dan noodzakelijk om het beoogde doel te bereiken. Een tabakproducent of land dat beargumenteert dat een wetgeving betreffende ‘plain packaging’ van sigaretten art. 2.2 van het TBT-Akkoord schendt, moet bewijzen dat het land niet gekozen heeft voor de maatregel die gerechtvaardigde doel op een minst belemmerende wijze voor de handel bereikt. Art. 2.2 van het TBT-Akkoord legt de bewijslast dus in handen van de partij die het oneens is met de regelgeving inzake ‘plain packaging’.⁵⁷ De tabakproducent of het land wat een schending aanvoert van art. 2.2 van het

⁵⁶ Algemene Overeenkomst betreffende tarieven en handel (GATT), ondertekend op 30 oktober 1947 te Genève, GATT 1947 maakt een onderdeel uit van GATT 1994 en als bijlage 1A toegevoegd bij de WTO-overeenkomst, iwt: 1 januari 1948, 55 UNTS 194

⁵⁷ T. VOON en A. MITCHELL, “Implications of WTO Law for plain packaging of tobacco products” in A. MITCHELL, T. VOON en J. LIBERMAN (eds.), *Public health and plain packaging of cigarettes: legal issues*, Cheltenham, Edward Elgar, 2012, p.22 en tevens gepubliceerd op http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1874593, laatst geraadpleegd op 10 december 2012

TBT-Akkoord moet aantonen het beoogde doel, namelijk de bescherming van de volksgezondheid, ook op een andere wijze kan worden bereikt dan via de wetgeving inzake ‘plain packaging’. In art. XX (b) van de GATT wordt de exceptie van bescherming van de volksgezondheid genoemd als mogelijke rechtvaardiging van de schending van een van de beginselen van de overeenkomst. Er moet door de klacht indienende partij dus eerst een schending van een van de bepalingen van de GATT worden aangetoond. De verwerende partij kan zich daarna pas beroepen op de vermelde excepties in art. XX van de GATT en ligt de bewijslast dus in handen van de verwerende partij om aan te tonen dat een schending kan worden gerechtvaardigd in het licht van de bescherming van de volksgezondheid.⁵⁸

De bescherming van de volksgezondheid wordt in zowel art. 2.2 van het TBT-Akkoord als in art. XX van de GATT genoemd als een rechtvaardiging voor maatregelen die een beperking van de internationale handel inhouden. Het panel dat wordt geconfronteerd met dergelijke argumenten moet een afweging maken tussen het beginsel inzake vrijhandel en de beleidskeuzes die verdragspartijen kunnen maken.⁵⁹ Er zal dus een proportionaliteitstoets moeten worden toegepast om te oordelen of de maatregel inzake ‘plain packaging’ van sigaretten in verhouding is met het doel om de volksgezondheid van een land te beschermen.

4. WHO: FCTC

De Wereldgezondheidsorganisatie (WHO) is net als de Wereldhandelsorganisatie (WTO) een onderdeel van de Verenigde Naties (VN). Binnen het kader van de WHO wordt er naar gestreefd om een algemene verbetering van de gezondheidssituatie te bestendigen. De FCTC⁶⁰ (“*Framework Convention on Tobacco Control*”) is het eerste internationale verdrag dat tot stand is gekomen binnen de WHO en heeft de bestrijding van het tabakgebruik als doel. Op 27 februari 2005 is het verdrag inwerking getreden en 176 landen zijn inmiddels partij bij het verdrag. De bepalingen van het FCTC zijn er voornamelijk op gericht om het gebruik en de levering van tabak te ontmoedigen en te verminderen. Op de verdragspartijen die de FCTC

⁵⁸ G. MARCEAU en J.P. TRACHTMAN, “The Technical Barriers to Trade Agreement, the Sanitary and Phytosanitary Measures Agreement, and the General Agreement on Tariffs and Trade: A Map of the World Trade Organization Law of Domestic Regulation of Goods”, *Journal of World Trade* 2002, afl. 36, p.831

⁵⁹ J. WOUTERS, *Internationaal recht in kort bestek: van co-existentie en coöperatie naar integratie van Staten*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 301

⁶⁰ Kaderovereenkomst van 21 mei 2003 inzake de bestrijding van tabak, ondertekend door België op 22 januari 2004, ratificatie op 1 november 2005 en inwerkingtreding op 30 januari 2006, <http://whqlibdoc.who.int/publications/2003/9241591013.pdf>, laatst geraadpleegd op 0 december 2012.

hebben ondertekend, rust de verplichting om alle reclame betreffende tabak te verbieden. In art. 13.2 FCTC wordt bepaald dat binnen vijf jaar na de ondertekening van het verdrag een verdragspartij voorzien heeft in passende wetgeving, uitvoerende en/of administratieve maatregelen om aan deze verbintenis te voldoen. Daarnaast worden verdragspartijen in artikel 13 FCTC verplicht om binnen drie jaar na de ondertekening van het verdrag ervoor te zorgen dat op ieder pakje sigaretten gezondheidswaarschuwingen worden vermeld.

De tabakproducenten kunnen zich dus enkel nog onderscheiden van andere producenten door het vermelden van hun handelsmerk op het pakje. Door de invoering van ‘plain packaging’ wordt ook deze vorm van reclame onmogelijk gemaakt. De WHO heeft een rapport opgesteld waarin de richtlijnen inzake de implementatie van de FCTC uiteen worden gezet.⁶¹ In dit rapport wordt aandacht besteed aan de implementatie van artikel 11 van de FCTC. Artikel 11 omvat de bepaling inzake de vereisten die worden gesteld aan de verpakking van de tabak zelf. De verpakking van sigaretten moet voornamelijk bestaan uit waarschuwingen die betrekking hebben op de gezondheidsrisico’s van het gebruik van tabak. In de richtlijnen wordt ‘plain packaging’ genoemd als een mogelijkheid om het effect te verhogen van deze waarschuwingen en het gebruik van tabak te ontmoedigen. Het wordt echter niet als een verplichting opgesomd.⁶² De landen die de FCTC hebben ondertekend zijn in de preambule akkoord met het feit dat tabak een schadelijk effect heeft op de gezondheid van de mens en verbinden zich ertoe om alle mogelijke maatregelen te nemen om dit effect te verkleinen. Landen die ‘plain packaging’ als maatregel voor de vermindering van het tabakgebruik invoeren, kunnen zich dus op de bepalingen van de FCTC beroepen om het gebruik van dergelijke maatregel te rechtvaardigen.

5. BESLUIT

‘Plain packaging’ van sigaretten is een doorn in het oog van de tabaksproducenten. Uit bovenstaande analyse blijkt duidelijk dat alle argumenten die een tabakproducent aanhaalt, van de tafel kunnen worden geschoven. Er wordt geen inbreuk gemaakt op de artikelen van het TRIPS, omdat het TRIPS geen *recht* op het gebruik van het handelsmerk toekent en

⁶¹ WHO, ‘Guidelines for implementation of the WHO FCTC’ (richtlijnen inzake de toepassing van de kaderovereenkomst inzake de controle op tabak), datum van publicatie: 2011, http://whqlibdoc.who.int/publications/2011/9789241501316_eng.pdf, laatst geraadpleegd op 10 december 2012

⁶² WHO, ‘Guidelines for implementation of the WHO FCTC’ (richtlijnen inzake de toepassing van de kaderovereenkomst inzake de controle op tabak), datum van publicatie: 2011, http://whqlibdoc.who.int/publications/2011/9789241501316_eng.pdf, p.59 laatst geraadpleegd op 10 december 2012; P. JOHNSON, “Trade marks without a brand: the proposals on ‘plain packaging’ of tobacco products”, *European Intellectual Property Review (E.I.P.R.)* 2012, 34(7), 470

aan het gebruik van het handelsmerk beperkingen mogen worden gesteld. Het land dat ‘plain packaging’ van sigaretten invoert, moet aan kunnen tonen dat de beperkingen kunnen leiden tot het bereiken van een beoogd doel. Het doel dat met ‘plain packaging’ bereikt wil worden is de ontmoediging en de vermindering van het tabaksgebruik. De bescherming van de volksgezondheid kan ook worden ingeroepen als rechtvaardiging voor het stellen van een technische regulering. ‘Plain packaging’ kan worden gekwalificeerd als een technische regulering, maar op basis van art. 2.2 van TBT-Akkoord kan dit worden gerechtvaardigd door de bescherming van de volksgezondheid als legitieme doelstelling.

In de FCTC wordt aan de verdragspartijen groen licht gegeven om alle mogelijke maatregelen in te voeren die een dergelijke vermindering van het tabaksgebruik kunnen bewerkstelligen. Het is daarom een zeer moeilijke oefening om als tabakproducent aan te tonen dat een wetgeving inzake ‘plain packaging’ strijdig is met het WTO-recht. Het land dat een klacht indient tegen het land dat de wetgeving invoert moet kunnen aantonen door ‘plain packaging’ een ongerechtvaardigd doel wordt nagestreefd en daarnaast dat de genomen maatregelen buiten verhouding staan met het beoogde doel. Voorlopig is het afwachten op het eerste rapport van het panel dat is samengesteld naar aanleiding van een klacht van Oekraïne tegen Australië om te kunnen concluderen dat een tabakproducent werkelijk in het ongelijk wordt gesteld en dat ‘plain packaging’ verenigbaar wordt geacht met het WTO-recht. Ter afsluiting kan worden gesteld dat ‘plain packaging’ een ingrijpende maatregel is met betrekking tot de gevolgen voor de internationale handel. Australië is het eerste land dat ‘plain packaging’ invoert en het is niet ondenkbaar dat veel landen hiertegen protesteren. De tabakproducenten kunnen hun product niet meer op de gewenste manier verkopen en worden gebonden door de nationale regelgeving van Australië. Het is nu aan het eerste panel om te oordelen of Australië met een dergelijke regelgeving niet verder gaat dan noodzakelijk om de volksgezondheid te beschermen en of het land geen afbreuk doet aan de gewilde vrijheid van de internationale handel. Zoals S. LESTER terecht opmerkt zal over het begrip ‘vrijheid van handel’ moeten worden nagedacht en een invulling worden gegeven rekening houdend met de mogelijkheid voor landen om een nationale regelgeving in te voeren.⁶³

⁶³ S. LESTER, “Plain packaging and protectionism: what is free trade?”, *JURIST-Hotline* 23 oktober 2012, <http://jurist.org/hotline/2012/10/simon-lester-plain-packaging.php>, laatst geraadpleegd op 10 december