

**Vzgr Rb Den Bosch, 11 mei 2007, Beemsterkaas—commercial****AUTEURSRECHT****Titel voor overdracht?****titel voor deze levering is duister**

De rechter is er, op de betwisting door Cono, niet van overtuigd dat Campina, meer in het bijzonder de vennootschap die als onderdeel van het Campina-concern in dit geding als eiser optreedt, auteursrechthebbende is op het concept/format van de oude commercials van Melkunie. De 'Akte van levering van auteursrecht' dateert van enkele dagen geleden en een titel voor deze levering is duister. Op die grond zal de voorzieningenrechter het gevorderde onder A afwijzen

**VERGELIJKENDE RECLAME****• Vergelijking door associatie**

Naar het oordeel van de voorzieningenrechter is dit geval sprake van vergelijkende reclame. Dat de associatie - en wel meteen aan het begin van de televisie-commercial van Cono - wordt gelegd met de eerdere reclamecampagne van Melkunie is met de woorden 'Ik ben mijn broer, ik ben van de kaas', hoe geestig ook, duidelijk het geval. In de televisiecommercial van Cono wordt Beemsterkaas impliciet als opvolger van zuivelproducten van Melkunie naar voren gebracht. Dit terwijl Campina als rechtsopvolger van Melkunie met succes in een kostbare reclamecampagne de overgang van Melkunie naar Campina in de markt heeft gezet.

**• Misleidend door verwarring**

De voorzieningenrechter is van oordeel dat de televisiecommercial van Cono een kopie van de eerdere reclamecampagne van Melkunie is, hetgeen ertoe leidt dat bij het publiek verwarring ontstaat dat Beemster-

kaas van Campina afkomstig is. Dat is onrechtmatig in de zin van boek 6, titel 3, afdeling 3 BW over misleidende en vergelijkende reclame

**VRIJHEID VAN MENINGSUITING****Wettelijke regels inzake misleidende reclame zijn noodzakelijk ter bescherming van de rechten en belangen van derden**

De bescherming van artikel 10 EVRM strekt zich ook uit tot reclame-uitingen, maar het beroep daarop door Cono faalt. Bij de beantwoording van de vraag of en in hoeverre een beperking van die bescherming noodzakelijk is, zowel op het stuk van de wetgeving als op het stuk van de beslissingen die aan die wetgeving toepassing geven, moet aan de Verdragsstaten een zekere beoordelingsvrijheid worden gelaten. Tegen deze achtergrond moet worden geoordeeld dat de wetgever tot de slotsom is kunnen komen dat de beperkingen van de vrijheid van reclame-uitingen, die het gevolg zijn van de regeling van de misleidende reclame in artikel 6:194 BW e.v., in onze maatschappij noodzakelijk zijn ter bescherming van de rechten en belangen van consumenten en concurrenten. Gegeven deze wettelijke regeling behoeft in onderhavig geval niet verder getoetst te worden aan artikel 10 EVRM zelf (HR 15 januari 1999, NJ 1999/665, Procter & Gamble/Kimberly Clark, ook wel: Luijckbroekjes II).

Vindplaatsen: LJN: [BA5001](#); IER 2007, nr. 88, p. 326, m.nt. Hoogenraad

**Noot:** In een tweetal vonnissen oordeelden de voorzieningenrechters in Den Bosch en [Haarlem](#) dat Beemsterkaas onrechtmatig handelde door een tv-commercial te gebruiken die duidelijk voortbouwde op de bekende commercials van Melkunie rond het thema 'Al het goeie, komt van Melkunie-koeien'.

De sleutel waarin de Bossche voorzieningenrechter zijn verbod - kennelijk in navolging van de dagvaarding - plaatste was dat door de gelijkenis met de oude Melkunie commercials bij het publiek de verwarring zou kunnen ontstaan dat Beemsterkaas van Melkunie afkomstig zou zijn. Daarmee lijkt dat oordeel vooral te zijn ingegeven door misleidende reclame overwegingen. Daar is op zich 'niets mis mee', maar het is de vraag of daar nu 'werkelijk de schoen wringt'. De Melkunie commercials waren al lange tijd niet meer op de buis - omdat Melkunie inmiddels was 'opgegaan' in Campina - en bovendien kun je je afvragen wat nu zo schadelijk is aan de omstandigheid dat een deel van het publiek zal denken dat er een band bestaat tussen Melkunie en Beemsterkaas. Ik betwijfel of de consument daarom eerder Beemsterkaas zal kopen en bovendien moet je wellicht vrezen dat een deel van het publiek dat misschien sowieso al denkt, los van welke commercial dan ook. Het artikel 'Verwarrende verwarring?' van Verkade (Gratia Commerci, Van Oven-bundel, Tjeenk Willink, 1981, p. 395-408) is een aanrader voor bespiegelingen over de vraag wat er nu juridisch zo kwalijk is

aan verwarring en waarom dit begrip een rol in het mededingingsrecht vervult.

De pijn zit hem, denk ik, vooral in het feit dat Melkunie zich destijds met de bewuste commercials - met de acteur Peer Mascini in een humoristische hoofdrol - substantiële financiële inspanningen heeft getroost om haar merk op de kaart te zetten. Het in die commercials door Mascini neergezette 'character' - naast de 'gepersonaliseerde koeien' - vertegenwoordigt daardoor een zekere goodwill c.q. waarde voor het merk Melkunie en op die aan haar merk verbonden 'marketing properties' wenst Melkunie per saldo een zekere exclusiviteit te kunnen doen gelden. Een concurrent dient niet eenvoudig de revenuen te kunnen plukken van Melkunie's marketinginspanningen door ook met een commercial met Peer Mascini in dezelfde rol - en het 'van stal halen' van de 'gepersonaliseerde koeien' - te oogsten waar Melkunie gezaaid heeft. Dat Melkunie zich ook op auteursrechten wenste te beroepen - welk beroep niet gevolgd werd omdat de voorzieningenrechter zijn twijfels had bij de geldigheid van de geclaimde overdracht - spreekt in dit verband ook boekdelen.

Kern van de zaak is dan ook niet de verwarring, maar het gebruik maken van Melkunie's onderscheidingsmiddelen door een concurrent. De oude 'Do you know Giroblauw' commercials van de Postbank - met John Cleese in een glansrol - zijn in het collectieve geheugen van een belangrijk deel van het (oudere) publiek 'geramd' en dat brengt met zich dat John Cleese in een vergelijkbare rol in een commercial voor een andere financiële instelling een kwestieuze zaak is. Dat 'character' laat zich niet eenvoudig als merk inschrijven, maar in die hoek zit het type bescherming dat de merkhouder zoekt. Dan praten we eigenlijk over vormen van prestatiebescherming - het op grond van het ongeschreven recht toekennen van een met wettelijke IE-rechten vergelijkbare bescherming - en daar lijkt mij in dit verband ook zeker ruimte voor te bestaan.

Dit kwam in het executiegeschil dat volgde op het verbod van de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Bosch ook voor het voetlicht. De Haarlemse voorzieningenrechter stelde voorop dat hij uiteraard gebonden was aan het vonnis van zijn Bossche collega. Beemsterkaas meende kennelijk dat het de verwarring uit de lucht kon halen door de eerdere openingszinnen van de verboden commercial - "Nee, nee, nee, nee, ik ben het niet. Ik ben mijn broer. Ik ben van de kaas.", waarmee de link naar de oude Melkunie commercials nog eens gelegd werd voor diegenen die dat nog niet 'door hadden' - geschrappt waren. Daarmee was in de ogen van Beemsterkaas kennelijk het gevaar voor verwarring geweken en men vroeg een bevel tot staking van de executie van het eerdere vonnis van de voorzieningenrechter in Den Bosch. Die vlieger ging echter niet op en de Haarlemse voorzieningenrechter benadrukte dat in het eerdere vonnis het oordeel werd uitgesproken dat de televisiecommercial een kopie is van de eerdere reclamecampagne van Melkunie.

Daar 'zit hem inderdaad de kneep', zou ik denken, en ik zie ook geen reden waarom de rechter het gebruik van andermans 'marketing properties' niet gewoon op

die grond kan verbieden, ook als de merkhouder geen auteursrechten kan doen gelden en die 'characters', of andere onderscheidingsmiddelen, zich moeilijk in een merkregistratie 'laten proppen'.

John Cleese en de "do you know Giroblauw"-commercials 'zijn van' de Postbank en dan gaat het niet aan dat een andere bank John Cleese - en zeker niet in zo'n rol - in Nederland kan gebruiken. Hetzelfde geldt voor "Cora van Mora" of Martine Bijl voor ("de groenten van") Hak, dan wel - van recentere datum - Jan Mulder voor de Postbank, 'Jochem de Bruin' van de Rabobank of diens opvolgster, de hockeyster Fatima Moreira de Melo. Als een persoon of een ander 'onderscheidingsmiddel' - zoals de typerende inrichting van een McDonald's, of de M&M's characters - 'het gezicht' zijn geworden van een merk, dient de concurrent niet eenvoudig "Leentje Buur" te kunnen spelen en te kunnen pronken met andermans veren. Dat heeft niet direct met verwarring te maken, maar in wezen met het erkennen van ongeschreven exclusieve rechten (binnen nadere grenzen naar analogie met de wettelijke IE-rechten). Daar biedt het [Decca-arrest](#) (HR 27 juni 1986, NJ 1987, 191) ook de ruimte voor en die kan door de rechter ook benut worden. Dat komt de helderheid van het debat naar mijn idee ten goede.

[Dick van Engelen](#), mei 2007

---

### Vzgr Rb Den Bosch, 11 mei 2007

(J.H.W. Rullmann)

(...)

zaaknummer / rolnummer: 158946 / KG ZA 07-313

Vonnis in kort geding van 11 mei 2007

in de zaak van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

CAMPINA B.V., gevestigd te Zaltbommel,

eiseres,

procureur mr. F.C.J.J. Jessen

advocaat mr. J.J. Brinkhof te Amsterdam,

tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

CONO B.V., gevestigd te Westbeemster,

gedaagde,

procureur mr. J.E. Lenglet,

advocaat mr. H.J.M. Boukema te 's-Gravenhage.

Partijen zullen hierna Campina en Cono genoemd worden.

#### 1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding
- de mondelinge behandeling
- de pleitnota van Campina
- de pleitnota van Cono.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald. De voorzieningenrechter heeft terstond mondeling vonnis gewezen.

#### 2. De feiten

2.1. Campina is een producent van melk en melkproducten. Cono is een kaasproducent en produceert onder andere kaas onder het merk Beemster.

2.2. In de periode van 1992 tot 1997 heeft de vennootschap 'MelkUnie' voor zuivelproducten, vooral melk, met de Merkaanduiding 'Melkunie' en 'Boerenmelk' een intensieve en populaire reclamecampagne gevoerd met televisie- en radiocommercials waarin de Nederlandse acteur Peer Mascini een hoofdrol speelde. In de commercials waren koeien aanwezig, die op humoristische wijze menselijk gedrag vertoonden, waar Peer Mascini bij betrokken raakt of dat hij van commentaar voorziet. De commercials werden geregisseerd door regisseur Hans van Rijs.

2.3. In 2002 heeft Campina afstand genomen van het merk 'Melkunie' en is zij al haar producten onder de merknaam 'Campina' gaan voeren. Teneinde deze verandering van merk bij het publiek onder de aandacht te brengen heeft Campina een kostbare mediacampagne gevoerd. Daarbij is Campina gestopt met de hiervoor onder 2.2 beschreven commercials. Voor wijze waarop Campina binnen een jaar erin is geslaagd om in de gedachten van de consument het merk 'Melkunie' om te zetten in dat van 'Campina' heeft Campina een zogenaamde Effie als prijs ontvangen.

2.4. Sedertdien heeft Campina verscheidene reclamecampagnes gevoerd, die met name het doel hebben gehad om aan de nieuwe merk identiteit van Campina inhoud te geven.

2.5. Cono heeft op 9 mei 2007 op haar website 'www.beemsterkaas.nl', ter introductie van de start van haar reclamecampagne voor haar Beemsterkaas op 10 mei 2007, met de volgende tekst een commercial aangekondigd:

*'BEEMSTER BRENGT RECLAMEHELD PEER MASCINI TERUG OP DE BUIS*

*Peer Mascini maakt zijn rentree als reclame-icoon in de nieuwe commercial van Beemster. In de sport van de kaasmaker bezoekt Peer de Beemster waar de koeien flink in de watten worden gelegd. Zo neemt hij een kijkje bij de 'jakkoezie' en houdt hij een oogje in het zeil tijdens een wilde rodeorit van één van de gevlekte viervoeters. De commercial is vanaf 10 mei op de buis op RTL 4, 5, en 7'.*

2.6. De eerste zinnen die Peer Mascini in deze commercial, staand in een weiland met koeien op de achtergrond, uitsprekt luiden als volgt:

*'Nee, nee, nee, nee, nee, ik ben het niet. Ik ben mijn broer. Ik ben van de kaas.'*

### 3. Het geschil

3.1. Campina vordert - samengevat - om Cono:

A. te bevelen iedere inbreuk op de auteursrechten van Campina op de format van de oude reclamecampagne te staken en gestaakt te houden;

B. te verbieden iedere openbaarmaking van de in het lichaam van de dagvaarding beschreven televisiecommercial voor Beemsterkaas, alsmede van iedere andere reclame-uiting, die op verwarringwekkende en misleidende wijze aanhaakt bij de

in het lichaam van de dagvaarding beschreven televisiecommercials van Campina;

C. te bevelen een rectificatie te plaatsen dan wel uit te zenden;

D. te veroordelen tot betaling van een dwangsom;

E. te veroordelen in de proceskosten.

3.2. Campina legt hieraan - kort en zakelijk weergegeven - het volgende ten grondslag.

(a) Van het format dat aan de oude commercials voor Melkunie ten grondslag ligt, zijn alle auteursrechten aan Campina overgedragen. De televisiecommercial voor Beemsterkaas is een ongeoorloofde verveelvoudiging van dit format en maakt daarmee inbreuk op de auteursrechten van Campina.

(b) Met de televisiecommercial voor Beemsterkaas handelt Cono onrechtmatig in de zin van artikel 6:194 en 6:194a BW jegens Campina.

3.3. Cono voert - kort en zakelijk - weergegeven het volgende verweer.

- de voorzieningenrechter van de rechtbank 's-Hertogenbosch is onbevoegd van dit geschil kennis te nemen;

- zij betwist dat Campina auteursrechthebbende is van het format dat aan de oude commercials van Melkunie ten grondslag ligt;

- zij betwist dat Campina rechthebbende is op het merk Melkunie;

- zij beroept zich op de parodie-exceptie ex artikel 18b Auteurswet;

- de gevorderde rectificatie voldoet niet aan de maatstaven van artikel 10 EHRM;

- zij betwist dat in onderhavig geval sprake is van onrechtmatig handelen in de zin van de artikelen 6:194 en 6:194a BW.

3.4. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

### 4. De beoordeling

4.1. In artikel 102 Rv is bepaald: 'In zaken betreffende verbintenissen uit onrechtmatige daad is mede bevoegd de rechter van de plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan'. De vraag is of aan deze bepaling een restrictie moet worden toegekend al door gedaagde in het bevoegdheidsincident is beoogd. Gelet op de Memorie van Toelichting behorende bij dit wetsartikel betekent 'mede' bevoegd dat het gaat om een alternatieve bevoegdheid naast die van artikel 99 Rv, zodat de aanlegger kan kiezen. Exclusieve bevoegdheden zijn zoveel mogelijk vermeden; bij de opstelling van de bepalingen is een belangrijk richtsnoer geweest dat de bepalingen soepel moeten zijn. In dagvaardingsprocedures bestaan volgens de wetgever meestal geen redenen om aan de aanlegger een keuze zoals hier bedoeld te onthouden.

Bij deze door de wetgever voorgestane ruime uitleg van artikel 102 Rv acht de voorzieningenrechter zich bevoegd van de vordering kennis te nemen.

4.2. De rechter is er, op de betwisting door Cono, niet van overtuigd dat Campina, meer in het bijzonder de vennootschap die als onderdeel van het Campina-concern in dit geding als eiser optreedt, auteursrechthebbende is op het concept/format van de oude

commercial van Melkunie. De 'Akte van levering van auteursrecht' dateert van enkele dagen geleden en een titel voor deze levering is duister.

Op die grond zal de voorzieningenrechter het gevorderde onder A afwijzen en wordt hetgeen toegewezen is op andere grondslag dan het auteursrecht toegewezen. Dientengevolge: is (1) niet langer aan de orde of de commercial van Cono als een parodie in de zin van artikel 18b Auteurswet 1912 dient te worden beschouwd en moet (2) de volledige proceskostenveroordeling van artikel 1019h Rv. achterwege blijven.

4.3. Nu merkenrecht niet aan het gevorderde ten grondslag is gelegd, worden de in dat verband door Cono gevorderde verweren gepasseerd.

4.4. Het beroep van Campina op Boek 6, Titel 3, Afdeling 3, betreffende 'Misleidende en vergelijkende reclame' slaagt.

Onder vergelijkende reclame wordt ingevolge artikel 194a, eerste lid, BW verstaan: *'elke vorm van reclame waarbij een concurrent dan wel door een concurrent aangeboden goederen of diensten uitdrukkelijk of impliciet worden genoemd.'*

4.4.1. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter is dit geval sprake van vergelijkende reclame. Dat de associatie - en wel meteen aan het begin van de televisiecommercial van Cono - wordt gelegd met de eerdere reclamecampagne van Melkunie is met de woorden 'Ik ben mijn broer, ik ben van de kaas', hoe geestig ook, duidelijk het geval. In de televisiecommercial van Cono wordt Beemsterkaas impliciet als opvolger van zuivelproducten van Melkunie naar voren gebracht. Dit terwijl Campina als rechtsopvolgster van Melkunie met succes in een kostbare reclamecampagne de overgang van Melkunie naar Campina in de markt heeft gezet.

4.4.2. Vergelijkende reclame is, wat de vergelijking betreft, geoorloofd op voorwaarde dat deze voldoet aan het bepaalde in artikel 194a, tweede lid, aanhef, sub a tot en met h, BW. De voorzieningenrechter is van oordeel dat de televisiecommercial van Cono een kopie van de eerdere reclamecampagne van Melkunie is, hetgeen ertoe leidt dat bij het publiek verwarring ontstaat dat Beemsterkaas van Campina afkomstig is. Dat is onrechtmatig in de zin van boek 6, titel 3, afdeling 3 BW over misleidende en vergelijkende reclame.

4.5. De bescherming van artikel 10 EVRM strekt zich ook uit tot reclame-uitingen, maar het beroep daarop door Cono faalt. Bij de beantwoording van de vraag of en in hoeverre een beperking van die bescherming noodzakelijk is, zowel op het stuk van de wetgeving als op het stuk van de beslissingen die aan die wetgeving toepassing geven, moet aan de Verdragsstaten een zekere beoordelingsvrijheid worden gelaten. Tegen deze achtergrond moet worden geoordeeld dat de wetgever tot de slotsom is kunnen komen dat de beperkingen van de vrijheid van reclame-uitingen, die het gevolg zijn van de regeling van de misleidende reclame in artikel 6:194 BW e.v., in onze maatschappij noodzakelijk zijn ter bescherming van de rechten en belangen van consumenten en concurrenten. Gegeven deze wettelijke regeling behoeft in onderhavig geval niet verder ge-

toetst te worden aan artikel 10 EVRM zelf (HR 15 januari 1999, NJ 1999/665, Procter & Gamble/Kimberly Clark, ook wel: Luierbroekjes II).

4.6. De vordering onder B zal, gelet op het vorenstaande, op de grondslag van artikel 6:194a BW worden toegewezen als na te melden, met de mede gevorderde dwangsom.

4.7. De voorzieningenrechter ziet geen aanleiding tot toewijzing van de vordering onder C. De onrechtmatige reclame-uiting zijdens Cono heeft zich immers slechts zeer kort, hoogstens op twee dagen, voorgedaan, waardoor de noodzaak voor rectificatie ontbreekt.

4.8. Cono zal als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld, met uitzondering van de gevorderde kosten als bedoeld in artikel 1019h Rv.

## 5. De beslissing

De voorzieningenrechter

5.1. verbiedt Cono na vandaag iedere openbaarmaking van de in het lichaam van de dagvaarding beschreven televisiecommercial voor Beemsterkaas, alsmede van iedere andere reclame-uiting, in welk medium ook (dus ook via internet), die op overeenkomstige en misleidende wijze aanhaakt bij de in het lichaam van de dagvaarding beschreven televisiecommercial van Campina, voorheen Melkunie, met Peer Mascini in de hoofdrol,

5.2. veroordeelt Cono tot betaling van een dwangsom van EUR 20.000,00 per dag of per keer, naar keuze van Campina, dat zij na betekening van het in deze te wijzen vonnis in strijd handelt met hiervoor onder 5.1 genoemde verbod;

5.3 verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad,

5.4. veroordeelt Cono in de proceskosten, aan de zijde van Campina tot op heden begroot op EUR 3.321,85, waarvan EUR 321,85 verschotten en EUR 3000,00 salaris procureur,

5.5. wijst het meer of anders gevorderde af.