

**Vzgr Rb Haarlem, 25 mei 2007, Beemsterkaas—commercial - executiegeschil****PROCESRECHT****Staking executie afgewezen****Overweging 4.4.2 van dat vonnis spreekt het oordeel uit dat de televisiecommercial van Cono een kopie is van de eerdere reclamecampagne van Melkunie**

Daarmee komt de vraag aan de orde of de thans voorliggende, enigszins gewijzigde, commercial, gezien moet worden als een *“andere reclame-uiting (...) 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.”* Dat is onmiskenbaar het geval. De in het **Bossche vonnis** onder 2.6 weergegeven tekst: *“Nee, nee, nee, nee, ik ben het niet. Ik ben mijn broer. Ik ben van de kaas.”* is weliswaar uit de commercial geschrapt – en daarmee is de expliciete, zelfgekozen, associatie met de Melkuniereclame verdwenen – maar die wijziging brengt niet met zich dat niet meer sprake zou zijn van een commercial die *“op overeenkomstige en misleidende wijze aanhaakt”* bij de televisiecommercial van Campina. Het dictum van het Bossche vonnis voor zover het gaat om de andere overeenkomstige reclame-uitingen moet enerzijds restrictief worden uitgelegd, maar anderzijds moet de uitleg wel geschieden aan de hand van de overwegingen van het vonnis. Overweging 4.4.2 van dat vonnis spreekt het oordeel uit dat de televisiecommercial van Cono een kopie is van de eerdere reclamecampagne van Melkunie.

Vindplaatsen: LJN: [BA5846](#)

**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 ‘werkkelijk de schoen wringt’. De Mel-

kunie 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' – geschrapt 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 merkhouders 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 Haarlem, 25 mei 2007

(Th.S. Röell)

(...)

zaaknummer / rolnummer: 135392 / KG ZA 07-250

Proces-verbaal van de zitting, gehouden op 25 mei 2007, houdende mondeling vonnis in de zaak van

de coöperatieve zuivelonderneming CONO B.A.,

gevestigd te Beemster,

eiseres in conventie,

verweerster in voorwaardelijke reconventie,

procureur mr. R.F. Meijer,

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

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

CAMPINA B.V.,

gevestigd te Zaltbommel,

gedaagde in conventie,

verzoekster in voorwaardelijke reconventie,

procureur mr. L. Koning,

advocaten mrs. J.J. Brinkhof en D.J. Straathof te Amsterdam.

Partijen zullen hierna Cono en Campina genoemd worden.

De zitting wordt gehouden in het gebouw van deze rechtbank ter behandeling van een vordering in kort geding.

Tegenwoordig zijn mr. Th.S. Röell, voorzieningenrechter, en drs. E.A. Verloop, griffier.

Na uitroeping van de zaak verschijnen partijen, bijgegaan door hun advocaten voornoemd.

Partijen hebben hun standpunten toegelicht aan de hand van overgelegde pleitnotities en desgevraagd nadere inlichtingen verschaft. Daarna heeft de voorzieningenrechter het volgende vonnis gewezen.

#### 1. De beoordeling

1.1. Cono vordert dat de voorzieningenrechter Campina op straffe van verbeurte van een dwangsom zal veroordelen de tenuitvoerlegging van het op [11 mei 2007](#) door de voorzieningenrechter in de rechtbank te 's-Hertogenbosch tussen partijen gewezen vonnis in kort geding te staken en gestaakt te houden.

1.2. Het enige uitgangspunt in deze zaak is voormeld vonnis van de voorzieningenrechter in Den Bosch, waarin aan Cono op straffe van verbeurte van een dwangsom een verbod is opgelegd om uit te zenden: *"de in het lichaam van de dagvaarding beschreven televisiecommercial voor Beemsterkaas, alsmede (...) iedere andere reclame-uiting (...) 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."*

1.3. Het toetsingskader in dit kort geding is dus beperkt: het gaat om een executiegeschil en de voorzieningenrechter kan in deze zaak geen eigen oordeel vellen over de vraag of de (oorspronkelijke) Beemsterkaas commercial onrechtmatig is jegens Campina of niet. In deze zaak is de onrechtmatigheid van die (oorspronkelijke) Beemsterkaas commercial dus een gegeven, en wel op grond van voormeld vonnis van de voorzieningenrechter Den Bosch. In dit executiegeschil kan dus niet aan de orde komen of sprake is van vergelijkende reclame ex art. 194a lid 1 BW, of het beroep van Cono op art 10 EVRM slaagt, en of bijvoorbeeld de parodie-exceptie opgaat. Anderzijds kan – behoudens de reconventionele vordering – niet meer aan de orde komen of Campina auteursrechthebbende is op de Melkunie commercial.

1.4. Daarmee komt de vraag aan de orde of de thans voorliggende, enigszins gewijzigde, commercial, gezien moet worden als een *"andere reclame-uiting (...) 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."*

1.5. Dat is onmiskenbaar het geval. De in het Bossche vonnis onder 2.6 weergegeven tekst: *"Nee, nee, nee,*

*nee, ik ben het niet. Ik ben mijn broer. Ik ben van de kaas.*” is weliswaar uit de commercial geschrapt – en daarmee is de expliciete, zelfgekozen, associatie met de Melkuniereclame verdwenen – maar die wijziging brengt niet met zich dat niet meer sprake zou zijn van een commercial die “*op overeenkomstige en misleidende wijze aanhaakt*” bij de televisiecommercial van Campina. Het dictum van het Bossche vonnis voor zover het gaat om de andere overeenkomstige reclameuitingen moet enerzijds restrictief worden uitgelegd, maar anderzijds moet de uitleg wel geschieden aan de hand van de overwegingen van het vonnis. Overweging 4.4.2 van dat vonnis spreekt het oordeel uit dat de televisiecommercial van Cono een kopie is van de eerdere reclamecampagne van Melkunie. Aan die overweging is deze voorzieningenrechter bij de uitleg van het dictum gebonden.

1.6. Dat brengt met zich dat de gevorderde staking van de executie dient te worden afgewezen, met veroordeling van Cono in de kosten van het geding. De voorwaarde waaronder de reconventionele vordering is ingesteld is niet vervuld, zodat deze geen bespreking behoeft.

## **2. De beslissing**

De voorzieningenrechter

- 2.1. weigert de gevraagde voorzieningen,
  - 2.2. veroordeelt Cono in de proceskosten, aan de zijde van Campina tot op heden begroot op EUR 251,-- aan verschotten en EURO 816,-- aan procureurssalaris,
  - 2.3. verklaart dit vonnis wat betreft de kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad
-