

**HANDELINGEN
DER
NEDERLANDSE
JURISTEN-VERENIGING
1963**

DRIENNEGENTIGSTE JAARGANG

1

**N.V. UITGEVERS-MAATSCHAPPIJ
W. E. J. TJEENK WILLINK, ZWOLLE**

INHOUDSOPGAVE

Praeadvies Mr. C. H. Beekhuis.

Hoofdstuk I.	Inleiding	1
Hoofdstuk II.	Verantwoording en programma .	6
Hoofdstuk III.	Mededinging in het algemeen . .	7
Hoofdstuk IV.	Vormen van ongeoorloofde mededinging	11
Hoofdstuk V.	Parasiteren	15
	1. nabootsing van een product	19
	2. nabootsing van een werkwijze	27
	3. parasiteren met betrekking tot verpakking .	28
	4. aanhaken en aanleunen	30
Hoofdstuk VI.	Reclame van aanbiedingen in het algemeen	37
	1. aanprijzing van eigen waar	38
	2. vergelijkende reclame	43
	3. afweerreclame	52
Hoofdstuk VII.	Rechtstreekse en slinkse aanvallen .	55
Hoofdstuk VIII.	Markt- en prijsbederf	60
	I. Marktbederf	60
	II. Prijsbederf	61
Hoofdstuk IX.	Misbruik van een monopolie of van een economische machtspositie	72
	De nationale wetgeving	73
	Internationale verdragen	78
Hoofdstuk X.	Uitlokking, enz. van wanprestatie of onrechtmatige daden van derden	99
Hoofdstuk XI.	Misbruik van vertrouwen	102
Hoofdstuk XII.	Illegale concurrentie	104
Hoofdstuk XIII.	Concurrentiebedingen	112
Hoofdstuk XIV.	Het Belgische K.B. van 1934 en de toepassing daarvan	112
Hoofdstuk XV.	Vraagstelling en slotconclusies . .	117

INHOUD

Praeadvies van Prof. Mr W. J. Slagter

HOOFDSTUK I

Algemene uitgangspunten van het mededingingsrecht

Par. 1. Inleiding	2
Par. 2. Juridisch uitgangspunt	12
Mededinging is uitzonderingssituatie bij onrechtmatige daad	14
Grens tussen geoorloofde en ongeoorloofde mededinging	15
Onderscheid tussen onrechtmatigheid en schuld	19
Historische ontwikkeling van onrechtmatigheidsbegrip	22
Is voor onrechtmatigheid bepalend onbehoorlijk gedrag of dreigend gevolg?	24
Onrechtmatig is de daad, die objectief voorzienbare schade waarschijnlijk maakt . .	27
Mededinging is rechtvaardigingsgrond . .	31
Voordelen van voorgestelde constructie . .	36
Rechtvaardigingsgronden	39
Relativiteitsleer	41
Causaliteit	50
Schade	51
Eigenrichting	52
Verweren tegen betichting van ongeoorloofde mededinging	53
Par. 3. Economisch uitgangspunt	54
Par. 4. Is een wettelijke regeling gewenst?	66
Geschiedenis van vraagpunt 17	66
Rechtsvergelijking	70
Unieverdrag van Parijs	74
Mededingingsrecht van de E.E.G.	77
Rechtszekerheid en preventieve werking .	78
Indeling	87
Burgerlijk procesrecht	88
Strafrecht	91

HOOFDSTUK II

Algemeen mededingingsrecht

Par. 1. Nabootsing van eens anders onbeschermd merk of handelsnaam	93
Nabootsing van een niet beschermd merk	95
Nabootsing van een niet beschermde handelsnaam	100
Conclusie	101
Par. 2. Nabootsing van eens anders niet door octrooi of auteursrecht beschermd product	104
Drie H.R. arresten	104
Middenweg	106
Irrelevante factoren	109
Vier vragen	112
Verwarringsgevaar	112
Parasiteren	113
Andere begeleidende omstandigheden?	116
Conclusie	119
Par. 3. Misleiding van het publiek t.a.v. de aard (hoedanigheid, hoeveelheid, herkomst) van het aangeboden of de hoedanigheid van de aanbieder	119
Twee aspecten	119
Acht categorieën	124
Overdrijving geoorloofd	128
Par. 4. Kleinering t.o.v. het publiek van de aard (hoedanigheid, hoeveelheid, herkomst) van het door een mededinger aangeboden of van de hoedanigheid van een mededinger	130
Par. 5. Het doen van ware, schadelijke mededelingen en vergelijkende reclame	136
Vergelijken, misleiden en aanhaken	136
Vergelijking in 5 gevallen steeds rechtmatig	139
Drie H.R. arresten	142
Elimineren van bijkomstige factoren	145
Bezwaren tegen toelaatbaarheid	146
Argumenten vóór toelaatbaarheid	148
Conclusie	154

Par. 6. Aanhakende reclame	155
Par. 7. Afhandig maken van clientèle, personeel en bedrijfsgeheimen	158
Afhandig maken van clientèle	158
Afhandig maken van personeel	161
Afhandig maken van bedrijfsgeheimen	162
Par. 8. Boycot	164
Individuele en collectieve weigering	164
Boycot en discriminatie	165
Boycot en verticale prijsbinding	166
5 eisen voor rechtmatigheid van boycot	168
Par. 9. Profiteren van eens anders contractbreuk	173
Profiteren van contractbreuk in het algemeen	173
Verticale prijsbinding	176
Handhaving van prijsbinding via merkenrecht?	178
Verwijdering van merk of controletekens	182
Geslotenheid en „Lückenlosigkeit” van een verkoopsorganisatie	186
Kolynos en Grundig	190
Verkoopsorganisatie als eenheid en relatieveit	194
Beoordeling van economische wenselijkheid	198
Uitlokken en profiteren van eens anders contractbreuk	205
Conclusie	212
Par. 10. Voorsprong door wetsovertreding	213
Relativiteitsleer en correctief van Lange- meijer	214
Civielrechtelijke sanctie naast strafsanctie?	218
Vestigingswet Bedrijven	219
Andere wetten met strafsancities	221
Optreden van Vakgroep	223
Conclusie	224

HOOFDSTUK III

Bijzondere wetten betreffende mededingingsrecht

Par. 1. Wet Economische Mededinging	225
Begrip „mededingingsregeling”	225
Prijsdifferentiatie en productdifferentiatie	229
Par. 2. Uitverkopenwet 1956	232
Par. 3. Wet Beperking Cadeaustelsel	238
Par. 4. Loterijwet	241
Par. 5. Diversen	245
Ijkwet	245
Warenwet	245
Wet op de Geneesmiddelenvoorziening	245

HOOFDSTUK IV

Samenvatting	247
-------------------------------	------------

BIJLAGEN

Regelen voor het Advertentiewezen 1963 (uittreksel)	257
Code voor het Reclamewezen van de Internationale Kamer van Koophandel (uittreksel)	257
Belgisch ontwerp van wet betreffende de economische mededinging (uittreksel)	259
Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (Duitse Bondsrepubliek) (uittreksel)	264
Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Duitse Bondsrepubliek) (uittreksel)	266
Loi fédérale sur la concurrence déloyale (Zwitserland) (uittreksel)	273
Lijst van afkortingen van geraadpleegde literatuur	276
Lijst van afkortingen	280

Dient de wet ten aanzien van ongeoorloofde mededinging nadere bijzondere regelen te bevatten, en zo ja, welke?

Prae-advies van Mr. C. H. Beekhuis

'HOOFDSTUK I

Inleiding.

Over de vraag, of op het gebied van de ongeoorloofde mededinging een speciale wettelijke regeling nodig of gewenst is, wordt reeds tientallen jaren gediscussieerd.

Men kan als uitgangspunten nemen het artikel van Molengraaff in het Rechtsgeleerd Magazijn van 1887¹ en het ongeveer tien jaar later verschenen boek van Aalberse over „Oneerlijke concurrentie en hare bestrijding volgens het Nederlandsche recht”, beide een noodkreet bevattende dat bij de toenmalige rechtsopvattingen omtrent art. 1401 B.W. een bestrijding van onbetamelijke mededinging vrijwel onmogelijk was.

In 1903 is de thans aan de orde gestelde vraag reeds in de jaarvergadering van de Ned. Juristen Vereniging behandeld. Praeadviseurs waren toen Josephus Jitta en Aalberse, en mede in aanmerking genomen, dat ook de bescherming van de industriële eigendom in die tijd nog maar gering was, is het begrijpelijk, dat beide praeadviseurs op een wettelijke voorziening aandrongen². Het valt echter op, dat Josephus Jitta tevens als een van zijn „slotsommen” vermeldde, dat de onderdrukking der oneerlijke concurrentie, „door middel van het burgerlijk recht”, „niet zozeer een uitgebreide wetgeving dan een goede rechtspraak” vereiste³. Na de discussies beantwoordde de vergadering met grote meerderheid *bevestigend* het vraagpunt of het bestrijden van de oneerlijke mededinging langs de weg van het burgerlijk recht behoorde te geschieden door een omschrijving van de onrechtmatige daad in het algemeen, maar *ontkennend* het vraagpunt, of de wet daarnevens sommige daden van oneerlijke mededinging met

¹ Rechtsgeleerd Magazijn 1887, pag. 373 v.v.

² Zie Handelingen N.J.V. 1903 I, resp. pag. 120 v.v. en pag. 182 v.v.

³ Zie Conclusie No. 5; handelingen N.J.V. 1903 I, pag. 121.

name diende te noemen (enunciatief) ⁴. Eveneens werd, zij het met een kleinere meerderheid, ontkennend geantwoord op het vraagpunt, of naast de burgerrechtelijke bestrijding een bijzondere bestrijding van de oneerlijke mededinging langs strafrechtelijke weg behoorde te worden ingevoerd ⁵.

Na 1903 werd allereerst de bescherming van de industriële eigendom uitgebreid en kwamen achtereenvolgens naast de reeds bestaande Merkenwet onder meer de Octrooiwet 1910, de Auteurswet 1912 en, wat later, de Handelsnaamwet tot stand. Voorts werd in 1915 ter bestrijding van de oneerlijke concurrentie art. 328bis aan het Wetboek van Strafrecht toegevoegd ⁶; waardoor tenminste de ergste vormen van onbetamelijke mededinging voortaan konden worden tegengegaan. En kort daarop volgde het arrest van de H.R., waarin voor het eerst door dit college aan het begrip „onrechtmatige daad” een ruime uitleg werd gegeven ⁷.

In feite waren thans de in 1903 door de Ned. Juristen Vereniging geuite wensen vervuld, maar niettemin drongen ook na 1919 meerdere schrijvers nog op een speciale wettelijke bestrijding van de ongeoorloofde mededinging aan ⁸.

In 1941 kwam het onderwerp opnieuw in de vergadering van de Ned. Juristen Vereniging ter sprake. Weliswaar ging het in dat jaar in het bijzonder om de vraag, of de door de wetten betreffende de industriële eigendom enerzijds en de door art. 1401 B.W. anderzijds verleende bescherming in hun onderlinge verhouding een nadere regeling behoefden, en hielden de praeadviezen zich in de eerste plaats met de industriële eigendom bezig, maar praeadviseur Beerman wijdde tevens een belangrijk gedeelte van zijn praeadvies aan de onbehoorlijke mededinging in het algemeen ⁹. Hij kwam, evenals destijds Josephus Jitta, tot de conclusie, dat de bestrijding van de onbetamelijke concurrentie het beste

⁴ Handelingen N.J.V. 1903 II, pag. 199.

⁵ Handelingen N.J.V. 1903 II, pag. 200.

⁶ Wet van 2 augustus 1915, Stbl. 365.

⁷ H.R. 31 jan. 1919, N.J. 1919 pag. 161, W. 10365, W.P.N.R. 2564.

⁸ Zie Drucker in B.I.E. 1933, pag. 1 v.v., en Pfeffer, Grondbegrippen van Nederlandsch mededingingsrecht, hierna te noemen Pfeffer, pag. 12, juncto zijn artikelen in R.M. Themis 1936, pag. 132 v.v. en in R.M. Themis 1938 pag. 463 v.v. Anders: Veldkamp, De toepassing van artikel 1401 B.W. op de onbehoorlijke mededinging, ac. prfschr. 1940, pag. 119 en 120.

⁹ Handelingen N.J.V. 1941, I, 1e stuk, pag. 133 v.v.

gewaarborgd zou zijn, wanneer die aan de ontwikkeling van de rechtspraak zou worden overgelaten. Hij achtte dan ook een nadere wettelijke regeling onnodig ¹⁰. Tijdens de discussie hebben verschillende sprekers de wenselijkheid van een speciale wettelijke voorziening verdedigd ¹¹, maar tenslotte werd vraagpunt 3, of voor de bestrijding van de oneerlijke concurrentie een bijzondere wet gewenst zou zijn, met grote meerderheid van stemmen ontkennend beantwoord ¹².

De strijd tussen de voor- en tegenstanders van een bijzondere wettelijke regeling werd daarna opnieuw actueel naar aanleiding van de met het oog op het nieuwe ontwerp B.W. aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal voorgelegde vraagpunten. Daaronder bevonden zich n.l. twee vraagpunten, die op de mededinging betrekking hadden, te weten:

vraagpunt 17: Dient de wet verschillende handelingen op te sommen, die zij als oneerlijke concurrentie beschouwt, of kan met de algemene omschrijving van de onrechtmatige daad worden volstaan?

en vraagpunt 26: Dient de wet een bijzondere bescherming aan modellen van gebruiksvoorwerpen te geven? ¹³

Ten aanzien van vraagpunt 17 stelde de ontwerper Meyers voor, met de algemene omschrijving van de onrechtmatige daad te volstaan, maar daarnaast enkele bepaalde rubrieken van ongeoorloofde concurrentie aan de hand van de desbetreffende Zwitserse wet van 30 september 1943 te vermelden ¹⁴. De Minister van Justitie stelde daarop aanvaankelijk voor met de algemene omschrijving van de onrechtmatige daad te volstaan op grond dat de rechtspraak ten aanzien van de in de vraag bedoelde handelingen nog in ontwikkeling was en tot geen of weinig klachten aanleiding had gegeven ¹⁵, maar na verzet van buiten de Tweede Kamer ¹⁶ stelde de vaste Commissie voor Privaat- en Straf-

¹⁰ Handelingen N.J.V. 1941, I, 1e stuk, pag. 189.

¹¹ Op de toen gebezigde argumenten kom ik in Hoofdstuk XV terug.

¹² Handelingen N.J.V. 1941, I, 3e stuk, pag. 77.

¹³ Tevens waren er vraagpunten betreffende de industriële eigendom, maar zoals ik in Hoofdstuk II nader zal verantwoorden, laat ik de industriële eigendom buiten beschouwing.

¹⁴ Handelingen 1952-1953 No. 2846/3 pag. 15.

¹⁵ Handelingen 1952-1953 No. 2846/3 pag. 15.

¹⁶ o.m. door van der Zanden in B.I.E. 1952 pag. 130 v.v. en door Bodenhausen in W.P.N.R. 4280.

recht voor, het antwoord op vraagpunt 17 te doen luiden: „De wet dient bij wijze van voorbeeld verscheidene handelingen op te sommen, die zij als oneerlijke concurrentie beschouwt, naast een algemeen verbod daarvan”¹⁷. De Minister is daarna van standpunt veranderd. Hij stelde nader voor, het antwoord op vraagpunt 17 te doen luiden: „De wet dient naast een algemeen verbod van oneerlijke concurrentie enige handelingen op te sommen, die zij als oneerlijke concurrentie beschouwt”¹⁸. Dit gewijzigde voorstel is aldus zonder hoofdelijke stemming door de Tweede Kamer aangenomen¹⁹.

Ten aanzien van vraagpunt 26 had Meyers geen bepaald advies gegeven, terwijl de Minister voorstelde, het antwoord te doen luiden: „Er bestaat behoefte om aan de wet toe te voegen een bijzondere bescherming van „tekeningen en modellen van Nijverheid” (siermodellen), waarvan de regeling aansluit bij de Schikking van 's-Gravenhage van 6 november 1925 betreffende het internationaal depôt van bedoelde tekeningen en modellen”²⁰. De vaste Commissie voor Privaat- en Strafrecht verklaarde zich te verenigen met het gevoelen van de Minister dat er behoefte bestaat aan een duidelijke wettelijke bescherming van „tekeningen en modellen van nijverheid” (siermodellen)²¹, maar zij voegde hieraan toe voorshands van mening te zijn, dat ook gebruiksmodellen behoorden te worden beschermd, en zij stelde hieromtrent enige nadere vragen. Dit gaf de Minister aanleiding zijn voorstel aldus te wijzigen, dat dit kwam te luiden: „Er bestaat behoefte om aan de wet toe te voegen een bijzondere bescherming van siermodellen en gebruiksmodellen, waarbij wat de siermodellen betreft ware aan te sluiten bij de Overeenkomst van 's-Gravenhage van 6 november 1925, betreffende het internationaal depôt van tekeningen of modellen van nijverheid, herzien te Londen op 2 juni 1934”²². Bij de openbare behandeling rezen nog moeilijkheden over dit gewijzigde voorstel onder meer naar aanleiding van de toevoeging van de woorden „en gebruiksmodellen”. Nadat echter Meyers had verklaard, dat men moeilijk kon ontkennen

¹⁷ Zitting 1952–1953. No. 2846/9 pag. 4.

¹⁸ Zitting 1952–1953. No. 2846/11 pag. 7.

¹⁹ Vergadering 1 juli 1953; pag. 2760.

²⁰ Zitting 1952–1953. No. 2846/4; pag. 6.

²¹ Zitting 1952–1953. No. 2846/20; pag. 5.

²² Zitting 1952–1953. No. 2846/25; pag. 9.

dat de stof regeling verlangde en dat in het antwoord niet was aangegeven welke regeling dit zou moeten zijn ²³, en minister Donker had toegezegd een commissie te zullen instellen, die „op korte termijn” zou moeten nagaan op welke wijze een regeling het best zou kunnen worden uitgewerkt ²⁴, is het nadere voorstel van de Minister zonder hoofdelijke stemming aangenomen ²⁵.

Ook hierna bleef de strijd over de noodzaak of de wenselijkheid van een afzonderlijke wettelijke regeling van de ongeoorloofde concurrentie voortduren. De voorstanders bleven op een speciale wet aandringen ²⁶, en de tegenstanders meenden, dat art. 1401 B.W. voldoende bescherming gaf ²⁷. Temidden van die strijd is onlangs het ontwerp voor het nieuwe boek VI van het B.W. gepubliceerd, en daaruit is gebleken, dat de ontwerpers hebben gemeend te kunnen volstaan met een bescherming met behulp van de vordering uit onrechtmatige daad, welke in art. 6.3.1 lid 2 wordt omschreven als een inbreuk op een recht en een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt; een en ander behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond. In de Toelichting wordt deze afwijking van de in 1953 aanvaarde conclusie 17 aldus gemotiveerd, dat het weinig zin zou hebben gedetailleerde bepalingen op dit terrein te ontwerpen, terwijl men doende is het in het E.E.G. verdrag omtrent de mededinging bepaalde nader uit te werken, en dat bovendien was gebleken, dat men bij het omschrijven van de gedragingen in de handel, die onder alle omstandigheden (afgezien van rechtvaardigingsgronden) als onrechtmatig moeten worden gekwalificeerd, vrij enge grenzen zou moeten trekken, hetgeen weer onvermijdelijk het gevaar zou meebrengen dat door velen alles wat buiten de grenzen valt als geoorloofd zou worden beschouwd ²⁸.

²³ Vergadering 10 sept. 1953, pag. 2918, kolom 2.

²⁴ Vergadering 10 sept. 1953, pag. 2919-2920.

²⁵ Vergadering 10 sept. 1953, pag. 2920 kolom 2.

²⁶ Zie b.v. Sonja Bockman in haar artikel „Titelbescherming” in W.P.N.R. 4374, en, zij het wat aarzelend, Berkhouwer in „Toelaatbare en ontoelaatbare reclame”, door Berkhouwer en Voetelink, pag. 115 v.v.

²⁷ Zie Voetelink in het in noot 26 vermelde boek, pag. 194 v.v.

²⁸ Toelichting pag. 642.

Nauw in verband hiermede wordt bij de Toelichting op art. 6.3.1 lid 2 vermeld: „men denke met name aan handelingen in strijd met de normen waarnaar in het handelsverkeer een koopman zich tegenover een andere koopman of fabrikant rechtens heeft te gedragen”²⁹.

Naar ik heb vernomen, is de publicatie van het ontwerp voor het nieuwe boek VI B.W. de aanleiding geweest, dat het Bestuur van de Ned. Juristen Vereniging het onderwerp dit jaar weer aan de orde heeft gesteld.

HOOFDSTUK II

Verantwoording en programma.

Wanneer ik de door het Bestuur gestelde vraag in volle omvang zou hebben bestudeerd en behandeld, zou ik daarvoor inplaats van de beschikbare zes maanden tenminste anderhalf jaar nodig hebben gehad, terwijl bovendien dit praeadvies, hetwelk door de uitgestrektheid van het terrein toch al lang moet worden, in dat geval veel te lang zou zijn.

Ik heb daarom dit praeadvies als volgt beperkt:

a. Ik laat buiten beschouwing iedere directe aantasting van de industriële eigendommen, belichaamd in octrooien, merken, de handelsnaam, in kwekersrassen (Kwekersbesluit 1941), enz., en in het algemeen alle aantastingen ter zake waarvan reeds in speciale wetten bescherming wordt gegeven en die in Drucker-Bodenhausen vormen van ongeoorloofde mededinging in ruimere zin worden genoemd³⁰. Al zijn deze vormen zeer zeker ook een bespreking waard, met name omdat de systemen in die wetten in verschillend opzicht (wijze van bescherming, competentie, de regeling van opzet en schuld, enz.) min of meer chaotisch zijn en sterk van elkaar afwijken, zo is het buiten beschouwing laten hiervan noodzakelijk. Slechts voor zover er tussen de gewone ongeoorloofde mededinging en deze wetten raakpunten zijn, zal ik die raakpunten in mijn beschouwingen betrekken.

b. Hoe node ook, was ik eveneens door tijdnood gedwongen een rechtsvergelijkend onderzoek achterwege te laten, hoe de praktijk zich in andere landen heeft ontwikkeld, en met name in landen als Duitsland en Zwitserland, waar wél

²⁹ Toelichting pag. 646.

³⁰ „Kort Begrip” pag. 165.

een speciale wettelijke regeling bestaat. Ik begrijp, dat dit afbreuk doet aan de betekenis van de conclusies welke ik in Hoofdstuk XV zal vermelden, maar ik gaf de voorkeur aan een verdieping op een bepaald terrein boven een oppervlakkig aftasten van wat in de wereld op het gebied van ongeoorloofde concurrentie leeft.

Uiteraard was het noodzakelijk, dat ik enige rechtsvergelijking zou toepassen, maar om de hierboven aangegeven redenen heb ik mij te dien aanzien beperkt tot onze buurstaat België. In dat land bestaat ook een speciale wettelijke regeling, en uit de wijze waarop de Belgische jurisprudentie die regeling hanteert zijn reeds enige conclusies te trekken omtrent de noodzaak van een speciale wet.

Daarnaast zal ik ook nagaan, in hoeverre de door Nederland gesloten en in Nederland van kracht zijnde verdragen op het gebied der mededinging van invloed zijn op de probleemstelling.

Aldus hoop ik toch tot een enigszins afgerond geheel te komen, al is dat niet volledig.

HOOFDSTUK III

Mededinging in het algemeen.

Een vrije mededinging is een noodzakelijk postulaat in een Westerse maatschappij. Zij brengt de maatschappij vooruit. Dit adagium speelt ook in vele rechterlijke beslissingen een rol.

In landen waar de ondernemingen en bedrijven geen staatseigendom zijn ³¹ is het directe doel van de vrije mededinging het behoud en/of de uitbreiding van ondernemingen en bedrijven, en evenzeer van de bestaansmogelijkheden van de individuele ondernemer c.q. koopman. De mededinging is van huis uit niet beperkt, behoudens voor zover het geschreven en ongeschreven recht beperkingen aan de concurrentie oplegt. Zij bevordert initiatieven en krachtsinspanningen van de mens en levert aldus nieuwe productie-

³¹ Alsdan krijgt de mededinging meer het karakter van een wedstrijd, al dan niet tegen een beloning (premie), waarop andere maatstaven van toepassing zijn dan op mededinging in het economisch verkeer. Ik laat de vorm „wedstrijden” verder buiten beschouwing.

methoden, nieuwe producten, prijsverlagingen enz. op. Zij is economisch van groot belang en komt de gemeenschap ten goede.

Het kenmerk van mededinging is, dat de mededingers hetzelfde doel willen bereiken. Dit doel is in het economisch verkeer gewoonlijk de uitbreiding of althans de instandhouding van de afzet en de afzetmogelijkheden in de ruimste zin van het woord, en derhalve het verkrijgen van winst of meer winst, m.a.w. een goede behartiging van de financiële belangen van de zaak waarvoor men werkzaam is. Onder „afzet” valt daarbij ook het verlenen van diensten tegen beloning in een vrij beroep.

In engere zin spreekt men slechts van concurrenten, wanneer het om vakgenoten gaat³², maar in dit praeadvies is van mededinging sprake bij ieder op hetzelfde economische doel gericht streven. Aldus kan ongeoorloofde mededinging ook voorkomen in de verhouding tussen producent en distributeur en bij handelswaren van ongelijksoortige aard of in geval een der concurrenten niet toegelaten is tot zijn beroep of bedrijf; zelfs kan dit laatste ook op zichzelf een ongeoorloofde vorm van concurrentie opleveren³³. Het begrip ongeoorloofde concurrentie³⁴ omvat alle gevallen, waarin iemand op ontoelaatbare wijze zich ten koste van andere producenten of distributeuren economisch voordeel tracht te verwerven.

De moeilijkheid is, waar de grens tussen toelaatbare en ontoelaatbare mededinging ligt. In beginsel kunnen daarvoor twee criteria gelden:

- a. of al dan niet fair is gehandeld;
- b. of al dan niet onrechtmatig in juridisch-technische zin is gehandeld.

³² In België wordt het in hoofdstuk XIV te behandelen K.B. van 23 december 1934 alleen toegepast bij een geschil tussen vakgenoten in engere zin, dus b.v. niet bij een geschil tussen een fabrikant en een handelaar of een consument; zie b.v. Hof Luik 24 nov. 1937, P. 1938. II. 41; Hrb. Brussel 19 juli 1950, P. 1951. III. 85; Hrb. Kortrijk 19 febr. 1955, R.W. 1955/56 kolom 307 en Hof Brussel 27 febr. 1959, R.G.A.R. 1959, No. 6267.

³³ In hoofdstuk XII kom ik hierop terug.

³⁴ Er wordt wel gediscussieerd over de terminologie. Zo verdedigt Bodenhausen (R.M. 1935 pag. 1 v.v.) de term „ongeoorloofd” en Pfeffer (t.a.p. pag. 8) de term „ontoelaatbaar”. Daar ik geen wezenlijk onderscheid zie, meng ik mij niet in deze discussie en zal ik de termen door elkaar gebruiken. In ieder geval wordt de vroeger gezegde term „oneerlijk” thans onjuist geacht.

Deze maatstaven dekken elkaar niet. Vele handelingen zullen algemeen unfair, zelfs onfatsoenlijk worden geacht, zonder dat zij als onrechtmatig kunnen worden aangemerkt. In dergelijke gevallen kan er aanleiding zijn de betrokkene tijdelijk of blijvend uit de groep te stoten, hetzij krachtens wettelijke voorschriften en dus van overheidswege³⁵, hetzij krachtens tussen de vakgroep geldende regelingen³⁶, zonder dat er van ingrijpen door de gewone rechter sprake is. Voor dit laatste is nodig, dat de handeling tevens op grond van de wet of van ongeschreven normen onrechtmatig is. Zo ontstaat er een zeker niemandsland, hetwelk vooral aanleiding tot problemen geeft, omdat de grens tussen het juridisch al dan niet geoorloofde zowel van gradaties als van beginselen afhankelijk kan zijn.

In het algemeen dient de gewone rechter slechts op te treden, wanneer zodanige belangen zijn geschonden, dat mede het algemeen belang geacht moet worden te zijn aangetast. Deze fraaie woorden krijgen echter slechts betekenis, wanneer zij nader worden geconcretiseerd, en zo hebben verschillende schrijvers naar een formule gezocht aan de hand waarvan zou kunnen worden vastgesteld, waar de geoorloofde mededinging eindigt en de ongeoorloofde mededinging begint. Molengraaff zocht het criterium in het handelen in strijd met de goede trouw en met de in het verkeer passende eerlijkheid³⁷. Aalberse zocht het in het niet-nakomen van de plicht tot waarachtigheid³⁸. Pfeffer noemt als maatstaf het waarheidsbeginsel³⁹, Veldkamp het algemeen belang⁴⁰ en Drucker de strijd met de goede zeden⁴¹.

Hoewel ik het dichtst bij Veldkamp sta, kunnen die formuleringen mij geen van alle geheel bevredigen, omdat de handelingen van ongeoorloofde mededinging zo sterk geschakeerd zijn, dat zij niet onder één algemene noemer zijn

³⁵ Zo b.v. met betrekking tot medici, advocaten, notarissen enz. Zie ook b.v. de uit de Wet Autovervoergoederen voortvloeiende bevoegdheid van de N.I.W.O.

³⁶ Bij vele vakgroepen, b.v. bij de N.I.V.A. accountants en de V.A.G.A. accountants.

³⁷ R.M. 1887 pag. 373 v.v. De formulering van Molengraaff is ook deels terug te vinden in de Zwitserse wet van 1943 en in het Belgische K.B. van 23 dec. 1934.

³⁸ Zie Pfeffer t.a.p. pag. 23.

³⁹ Zie Pfeffer t.a.p. pag. 13.

⁴⁰ Zie Veldkamp t.a.p. pag. 119 v.v.

⁴¹ Zie Drucker, vroegere uitgave „Kort Begrip”, pag. 7.

te brengen. Zo zal b.v. hieronder duidelijk worden, dat ook handelingen die zeker niet als onwaarachtig, oneerlijk of in strijd met de goede trouw kunnen worden beschouwd toch ongeoorloofd zijn, en dat ditzelfde geldt voor gedragingen, die niet kunnen worden gezegd rechtstreeks het algemeen belang aan te tasten. Ik acht dan ook elke formulering te eng en meen dat bij iedere vorm van concurrentie telkens opnieuw naar de grens tussen het toelaatbare en het ontoelaatbare moet worden gezocht. Daarom moet in de eerste plaats de al dan niet geoorloofdheid worden beoordeeld naar de aangewende middelen, in die zin, dat wanneer het middel op zichzelf ongeoorloofd (onbehoorlijk en/of in strijd met het algemeen belang) moet worden geacht, de onrechtmatigheid van de mededinging reeds op deze grond vaststaat, en dat, wanneer daaromtrent twijfel rijst, de concrete handeling nader aan de hand van de gebleken omstandigheden moet worden getoetst. Het algemeen belang, en met name het maatschappelijk belang kan in dat geval b.v. de op zichzelf nog niet ongeoorloofde handeling ontoelaatbaar maken, wanneer verstoring in het evenwicht tussen de verschillende daarvoor in aanmerking komende belangen optreedt. Deze verstoring moet echter ernstig zijn, want het gaat niet aan, dat de rechter met een eenvoudige belangenafweging zou volstaan.

Als voorbeeld van een dergelijke verstoring van het evenwicht noem ik het stichten van verwarring of het teweeg brengen van het gevaar van verwarring, al dan niet als gevolg van min of meer bewuste misleiding. Zoals bij de bespreking hieronder van de verschillende vormen van concurrentie, waarbij dan de vraag naar de rechtmatigheid nader aan de orde komt, zal blijken, speelt deze „verwarringsfactor” dikwijls een grote rol. Het is echter een begeleidingsverschijnsel, en daarom acht ik het niet juist om, zoals b.v. Bodenhausen doet⁴² en ook in het Belgische K.B. van 23 december 1934 en in de Zwitserse wet van 30 september 1943 is gedaan, het stichten van verwarring of het veroorzaken van gevaar voor verwarring als een afzonderlijke vorm van ongeoorloofde mededinging te beschouwen en te behandelen. De verwarringsfactor kan bij meerdere vormen van concurrentie een noodzakelijk element zijn of zelfs de

⁴² Zie Drucker-Bodenhausen t.a.p. pag. 168 en 169.

doorslag geven, maar het is op zichzelf geen mededingings-handeling⁴³.

Pfeffer heeft beweerd, dat de rechter ten onrechte slechts uit bepaalde door hem vastgestelde feiten afleidt, of er al dan niet sprake is van ongeoorloofde mededinging, zonder te motiveren, „waarom” hij tot zijn beslissing komt, en dat mitsdien de rechterlijke beslissingen niet voldoende gemotiveerd zijn⁴⁴. Dit verwijt komt mij onjuist voor. Al zijn er inderdaad enige beslissingen die aanleiding tot zijn klacht zouden kunnen geven en waarvan ik er enkele hieronder zal noemen, is mij bij een analyse van de jurisprudentie gebleken, dat in vrijwel alle uitspraken van Nederlandse rechters wordt aangegeven, naar welke maatstaven de vastgestelde feiten worden getoetst en welke criteria worden aangelegd voor de beoordeling van de rechtmatigheid van die feiten. Weliswaar gebeurt dit niet altijd expliciet, maar zelfs in het betrekkelijk gering aantal gevallen dat die maatstaven niet duidelijk in de beslissing zijn terug te vinden, is toch wel gewoonlijk uit het vonnis af te leiden naar welke factoren de rechter zich heeft willen richten.

Ik wil er nog op wijzen, dat in de tegenwoordige tijd met wetenschappelijke marketing, waarbij het afzetgebied en het waken tegen overproductie vraagstukken van de eerste orde zijn, ook de mededinging gecompliceerder is geworden, zodat het ook daarom nut heeft wederom na te gaan, in hoever concurrentie is geoorloofd.

HOOFDSTUK IV

Vormen van ongeoorloofde mededinging.

Zoals ik reeds in het vorige hoofdstuk vermeldde, is het aantal vormen, waarin ongeoorloofde mededinging kan voorkomen, onbegrensd. Telkens stuit men weer op nieuwe handelingen ten aanzien waarvan de vraag rijst, of zij al dan niet kunnen worden aanvaard⁴⁵. Daaruit volgt reeds, dat geen enkele wetgever in staat is door speciale bepalingen

⁴³ Aan de andere kant ben ik het ook niet eens met Beerman (praeadvies 1941 pag. 135 en 152) dat vormen van mededinging als slaafse navolging „niets” hebben „uit te staan” met vrees voor verwarring of met misleiding van het publiek.

⁴⁴ t.a.p. pag. 11.

⁴⁵ Ook Croon wees hierop in B.I.E. 1957 pag. 106.

vast te stellen wat nu wel en niet kan worden toegelaten. Dat zou zelfs gemakkelijk tot ontduiking kunnen leiden. Geen enkele wetgever heeft zulks ook geprobeerd; in bijzondere wetten worden steeds speciaal met name genoemde verboden handelingen voorafgegaan of gevolgd door een algemene formule, waaraan de niet met name genoemde mededingingshandelingen door de rechter moeten worden getoetst. Dit brengt mede, dat hetzij tengevolge van een langzamerhand ontstane communis opinio van de rechters hetzij door aanwijzingen van de hoogste rechtscolleges toch zekere richtlijnen ontstaan, welke dan door de rechter verder worden toegepast. Ook in Nederland is dit het geval, zoals in de volgende hoofdstukken zal blijken. Al zijn die richtlijnen juridisch niet bindend, in feite zijn zij dit wel, en in zover is de taak van de rechter dan ook zeker rechtsvormend ⁴⁶.

De beoordeling, wat al dan niet geoorloofd is, wordt gemakkelijker, wanneer men een zekere rubricering toepast. Dit doen dan ook de meeste schrijvers, en eveneens vindt men een zekere rubricering in de in België, Duitsland en Zwitserland geldende wettelijke voorschriften ten aanzien van de daarin met name genoemde vormen van ongeoorloofde mededinging. Het zou onnodig veel ruimte innemen, om al deze rubriceringen afzonderlijk te vermelden, maar ik laat hieronder een schema volgen, waarin verschillende groeperingen ter vergelijking naast elkaar zijn gesteld. Ik neem daarbij tot uitgangspunt de door Bodenhausen gegeven rubricering ⁴⁷.

De Zwitserse wet noemt daarnaast dan nog sub g afzonderlijk het gebruikmaken van en derden inlichten omtrent fabrieks- en zakengeheimen welke men heeft uitgevorst of waarvan men in strijd met de goede trouw kennis heeft gekregen.

Mijnerzijds wil ik een enigszins andere indeling aanhouden, omdat vorgemelde rubriceringen m.i. nog niet

⁴⁶ Anders Visser van IJzendoorn, adv. blad 1962 pag. 519/520, die bestrijdt, dat rechtsvorming in de rechtzaal en via de rechterlijke macht geschiedt, uitzonderingsgevallen daargelaten.

⁴⁷ Zie Drucker-Bodenhausen, t.a.p. pag. 168 v.v. In R.M. 1935 pag 1 v.v. noemde Bodenhausen 9 vormen van ongeoorloofde concurrentie, maar in voormeld handboek heeft hij zijn vroeger onder Nos. 6 en 7 vermelde vormen van ongeoorloofde mededinging samengetrokken.

	Drucker- Bodenhausen No.	Pfeffer t.a.p. par.	Veldkamp t.a.p. hoofdstuk	Beerman t.a.p.	België no.	Zwitserland no.
verwarring stichten	1	—	—	—	a	d
parasiteren	2	96-98-100- 101-106	II-III	IX	f (deels) en g	—
misleidende reclame en -aanbiedingen	3	110-111	V	—	c, d en e	b-c
belemmeren van de zaken van de concurrent	4	108-109	VI	X	—	—
schadende mededelingen	5	102 en 107	IV	VII-VIII	b	a
personeel afhandig maken en omkopen	6	103-105	—	—	—	e-f
benutten contractbreuk	7	113-114	VII	XI	—	—
schending wettelijke voorschriften	8	115-116	VIII	—	—	h (deels)

ruim genoeg zijn; met name niet voor de moderne tijd, waarin nog meer problemen naar voren zijn gekomen. Ik groepeer de te bespreken vormen van mededinging als volgt:

1. Parasiteren (zie hoofdstuk V);
2. Reclame en aanbiedingen, voor zover nog niet onder 1 behandeld (zie hoofdstuk VI);
3. Rechtstreekse of slinkse aanvallen op de concurrent in diens bedrijfs-uitoefening (hoofdstuk VII);
4. Markt- en prijsbederf (hoofdstuk VIII);
5. Misbruik van een monopolie of van een economische machtspositie (hoofdstuk IX);
6. Gebruik maken van/of uitlokken tot dan wel medeplichtigheid aan wanprestatie of onrechtmatige daden van derden (hoofdstuk X);
7. Misbruik van vertrouwen (hoofdstuk XI);
8. Het zich een voorsprong verschaffen door overtreding van wettelijke voorschriften, door mij illegale concurrentie te noemen (hoofdstuk XII);
9. Het plegen van ongeoorloofde handelingen in verband met een concurrentiebeding (hoofdstuk XIII).

De sub 1-5 genoemde vormen hebben verschillende raaklijnen met inbreuk op de industriële eigendom, de sub 6-9 vermelde vormen minder.

De belangrijkste afwijking van mijn rubricering met die welke door Bodenhausen wordt aangehouden is deze, dat ik niet als een afzonderlijke groep noem het stichten van verwarring. Zoals ik n.l. reeds in het vorige hoofdstuk uiteenzette, beschouw ik het stichten van verwarring en verwarringsgevaar niet als een vorm van mededinging, maar als een bijverschijnsel, m.a.w. als een gevolg van een handeling op concurrentie-gebied, terwijl het essentiële juist in de aangevende middelen moet worden gezocht. Zelfs wanneer opzettelijk verwarring is veroorzaakt, is zulks het gevolg van een of meer handelingen, en op die handelingen komt het in de eerste plaats aan⁴⁸.

⁴⁸ Een zeer juiste beslissing op dit punt geeft m.i. het vonnis van de Hrb. te Brussel d.d. 16 febr. 1950, (R.W. 1950/51 kolom 326). Hoewel het Belgische K.B. van 23 dec. 1934 het stichten van verwarring als een speciale vorm van ongeoorloofde concurrentie noemt, werd in dit vonnis overwogen, dat het stichten van verwarring niet kan worden verboden en dat alleen een verbod mogelijk is ten aanzien van bepaalde daden, welke tot verwarring aanleiding kunnen geven.

Evenmin behandel ik als afzonderlijke vorm van concurrentie feiten als het afhandig maken van cliëntèle, een der wezenlijke doeleinden van mededinging. Ook dit moet aan de toelaatbaarheid van het aangewende middel worden getoetst.

HOOFDSTUK V

Parasiteren.

In beginsel is het parasiteren op een door een ander bereikt resultaat niet onrechtmatig; ja, zelfs meermalen niet unfair of onfatsoenlijk. In het dagelijks leven treft men talrijke vormen van navolging aan, waaraan niemand aanstoot zal nemen. Men denke aan het nadoen van iemand die bewonderd wordt of die succes heeft; aan het kopen van „mode”-kleding en aan het overnemen b.v. van een boekhoudsysteem van een concurrent dat beter dan het eigen systeem blijkt te voldoen. Dit zijn alle interne vormen van nabootsing.

Eerst wanneer het parasiteren op een doel naar buiten is gericht en daardoor schade oplevert of kan opleveren, komt de vraag aan de orde, of er van een ongeoorloofde handeling kan worden gesproken. Maar ook de mogelijkheid van schade is op zichzelf nog niet voldoende, om aan het parasiteren een onrechtmatig karakter toe te kennen⁴⁹. Algemeen is men van mening, dat daartoe nog meer factoren nodig zijn, al bestaat er verschil van opvatting omtrent de vraag, welke factoren dat moeten zijn.

Bodenhausen⁵⁰ noemt drie z.i. maatgevende elementen, te weten:

1. of het nagevolgde een voor de hand liggende of onmisbare functie vervult, hetgeen hij een „rechtvaardigingsgrond” noemt;
2. of en in hoever aan het nagevolgde moeite en kosten zijn besteed en in hoever de navolger moeite en kosten heeft uitgespaard;
3. of de navolging incidenteel dan wel min of meer stelselmatig is geschied.

⁴⁹ Ook in dit opzicht komt het verschil tussen unfairheid en onrechtmatigheid tot uiting.

⁵⁰ B.I.E. 1937 pag. 29. Ongeveer in dezelfde geest Beerman in zijn praeadvies pag. 156.

Pfeffer acht deze criteria weinig bruikbaar⁵¹, en m.i. terecht. Zij kunnen n.l. lang niet altijd worden toegepast. Pfeffer zelf noemt als maatstaf voor de ontoelaatbaarheid, of de navolger door zijn handeling in staat wordt gesteld met de nagevolgde mede te dingen, terwijl zulks voor hem zonder de navolging niet of slechts onder geen voordeel opleverende omstandigheden mogelijk zou zijn geweest⁵². Ook deze maatstaf acht ik niet goed bruikbaar. Niet alleen kan hij evenmin altijd worden toegepast, maar bovendien wordt de al dan niet toelaatbaarheid aldus te veel afhankelijk gesteld van de vraag, welk voordeel de navolging de navolger heeft opgeleverd.

Op dezelfde gronden vind ik ook de door Beerman⁵³ aangegeven grondslag voor ongeoorloofde navolging, n.l. onge-rechtvaardigde verrijking, minder aantrekkelijk, want ook daarbij wordt te veel de nadruk gelegd op door de navolger behaalde voordelen.

Dorhout Mees leidt uit de hieronder te behandelen arresten van de H.R. af, dat de H.R. hier met misbruik van recht opereert⁵⁴. Daargelaten dat ik dit niet in die arresten kan lezen, acht ik ook deze grondslag niet hanteerbaar, omdat, voor zover de navolging niet geoorloofd is, er geen sprake is van „recht”, zelfs niet van „recht op mededinging”.

Ik sluit mij liever aan bij het principiële criterium, waarmee de Nederlandse jurisprudentie gewoonlijk werkt. Zij toetst de toelaatbaarheid vrijwel altijd primair aan de door mij in het vorige hoofdstuk als afzonderlijke vorm van ongeoorloofde mededinging verworpen verwarringsfactor, en dit lijkt mij juist⁵⁵. Enerzijds valt n.l. uit de aanwezigheid van verwarring of verwarringsgevaar als gevolg van de navolging af te leiden, dat er mede sprake is van een zeker misleidend element, en anderzijds wordt aldus tevens het afnemend publiek in de zaak betrokken, zodat het maatschappelijk be-

⁵¹ t.a.p. pag. 289. Soms blijken de criteria van Bodenhausen ahang in de jurisprudentie te hebben gevonden; vgl. Hof 's-Gravenhage 9 febr. 1942, N.J. 1942 No. 371 en Pres. Rb. Roermond 8 okt. 1959, N.J. 1960 No. 349.

⁵² t.a.p. pag. 291.

⁵³ Praeadvies 1941 pag. 157.

⁵⁴ Kort begrip van het Nederlands Handelsrecht, pag. 166.

⁵⁵ Anders Bodenhausen in N.J.B. 1954 pag. 383, die er niets van moet hebben dat alleen verwarring bij parasiteren maatgevend is voor de beoordeling van de rechtmatigheid.

lang een groter rol gaat spelen. Het probleem komt aldus op een veel ruimer plan. Uiteraard moet daarnaast tevens een schade-element aanwezig zijn voor het slagen van een vordering.

Dit alles in aanmerking genomen kan tegen navolging worden opgetreden, wanneer tenminste de navolgende vier factoren blijken aanwezig te zijn:

- a. er moet sprake zijn van parasiteren;
- b. er moet door de navolging verwarring of gevaar voor verwarring ontstaan;
- c. de concurrent, die de navolging wil bestrijden, moet door de onder b. vermelde factor schade lijden of kunnen lijden ⁵⁶.
- d. de onder b. vermelde factor impliceert, dat het nagevolgde onderscheidend vermogen moet hebben. Bij navolging van iets dat algemeen wordt toegepast of algemeen in zwang is kan onmogelijk sprake zijn van verwarring of verwarringsgevaar ⁵⁷.

In hoever daarnaast voor het aannemen van ongeoorloofd parasiteren nog meer voorwaarden moeten worden vervuld, zal ik bij de verschillende vormen van navolging afzonderlijk behandelen.

Ik stel voorop, dat het ten deze gaat om parasiteren zonder bij-omstandigheden welke op zichzelf reeds als onrechtmatig

⁵⁶ Volgens de H.R. kan ook een verbod worden uitgelokt door iemand, die geen schade heeft geleden, indien hij belang bij het verbod heeft (H.R. 4 jan. 1952, N.J. 1953 no. 158), of wanneer zijn rechten dreigen te worden aangetast (H.R. 18 aug. 1944, N.J. 1944/45 No. 598). Vgl. ook Asser-Rutten, tweede stuk, derde deel, pag. 501.

⁵⁷ Van Haersolte heeft reeds in 1935 in zijn bijdrage: „De ruimere opvatting van art. 1401 B.W. op het gebied van den Industriëlen Eigendom en op dat van het Auteursrecht” in de rechtskundige opstellen, door oud-leerlingen aangeboden aan Meyers, op pag. 590 op de noodzaak gewezen, dat het nagevolgde een onderscheidend vermogen heeft. Zie ook H.R. 26 april 1935, N.J. 1935 pag. 1617 W. 12938, het Philips-armaturenarrest, en H.R. 21 dec. 1956, N.J. 1960 No. 414, B.I.E. 1957 pag. 36 No. 11, Ars Aequi 1960/61 pag. 19, het z.g. asbakarrest. Vgl. ook Rb. Arnhem 10 jan. 1955 N.J. 1955 No. 790 en Hof 's-Hertogenbosch 31 jan. 1957, N.J. 1957 No. 408. In België geldt hetzelfde; zie o.m. Hof van Verbreking 27 mei 1935, P. 1935. I. 257; Hrb. Leuven 8 jan. 1957 R.W. 1956/57 kolom 1955; Hrb. Brussel 3 juli 1958, P. 1959. III. 35 en Hrb. St. Nicolaas 4 april 1960, R.W. 1961/62 kolom 1574. De Rb. te Kortrijk achtte echter op 8 mei 1958, R.W. 1958/59 kolom 1809, reeds de aanwezigheid van één der factoren b of d voldoende

moeten worden aangemerkt⁵⁸. Wanneer dit laatste het geval is, is de navolging reeds uit dien hoofde onrechtmatig; zelfs al blijkt niet van verwarring of verwarringsgevaar⁵⁹.

Voorts wijs ik er op, dat het begrip „navolging” eng moet worden geïnterpreteerd. Hij, die door eigen inspanning tot hetzelfde resultaat komt als zijn concurrent, zonder deze tot voorbeeld te hebben genomen, parasiteert niet⁶⁰. Wanneer de concurrent in een dergelijk geval geen aanspraak op een recht van eerste gebruik kan maken, is er geen sprake van een ongeoorloofde handeling.

Parasiteren kan op verschillende wijzen geschieden, welke alle afzonderlijk moeten worden besproken. Ik heb een in-deling gemaakt in vier hoofdgroepen, te weten:

1. nabootsing van een product;
2. nabootsing van een werkwijze;
3. parasiteren op de verpakking van een ander;
4. aanhaken en aanleunen aan de renommée van een ander of van diens bedrijf of aan de goede naam van de door een ander verhandelde waren. Hieronder valt ook het aanhaken of aanleunen aan eens anders reclame, n.l. aan de reclame van concurrenten in de ruimste zin des woords. Ik kan zulks beter in dit hoofdstuk behandelen dan in het volgende hoofdstuk over de reclame in het algemeen, omdat het ten deze in de eerste plaats om parasiteren gaat.

⁵⁸ Zo b.v. wanneer de navolging mogelijk is door gegevens, welke door middel van misbruik van vertrouwen zijn verkregen; vgl. Pres. Rb. Amsterdam, 6 nov. 1953, B.I.E. 1954 pag. 33 no. 17, op andere gronden te dier plaatse door Croon bestreden; en Pres. Rb. Zutphen 9 april 1954, B.I.E. 1954 pag. 137 no. 70, dan wel door diefstal; vgl. Pres. Rb. Breda 5 jan. 1954 B.I.E. 1954 pag. 157 no. 81. Ook handelingen die unfair, maar op zichzelf nog niet ongeoorloofd zijn, kunnen zelfs bij ontbreken van het verwarringselement de navolging onrechtmatig doen zijn; vgl. Rb. Utrecht 9 jan. 1946, N.J. 1947 no. 514, B.I.E. 1947 pag. 194 no. 45, en in België Hof van Verbreking 4 nov. 1954, P. 1955. I. 187 (bij verkoop tegen lage prijzen).

⁵⁹ In zijn arrest d.d. 5 maart 1943, N.J. 1943 no. 264, B.I.E. 1943 pag. 86 no. 69, overwoog de H.R., dat aanhaken ook los van verwarringsgevaar onder bijzondere omstandigheden onrechtmatig kan zijn. Zie ook Pres. Rb. Breda 5 jan. 1954, B.I.E. 1954 pag. 157 no. 81.

⁶⁰ Vgl. Rb. Haarlem 2 nov. 1954, N.J. 1955 no. 489. Gewoonlijk zal in dergelijke gevallen echter wel een vermoeden van parasiteren kunnen worden aangenomen en zal dus de navolger moeten bewijzen, dat hij de concurrent of diens artikel niet tot voorbeeld heeft genomen en zelf zijn vinding heeft gedaan.

1. Nabootsing van een product.

Bij deze vorm van parasiteren moet worden onderscheiden nabootsing van een door de wet beschermd product en die van een ander product.

De bescherming bij de wet kan worden verleend door de Octrooiwet en door de Auteurswet⁶¹. Overeenkomstig het in hoofdstuk II aangevoerde ga ik niet in op de octrooirechtelijke bescherming. Wel moet ik behandelen de door de Auteurswet verleende bescherming, want deze vooral heeft raakpunten met de nabootsing van niet wettelijk beschermde producten.

De Auteurswet geeft in art. 10 sub 10° bescherming aan producten welke als werken van op nijverheid toegepaste kunst kunnen worden beschouwd. Vergeleken met de Octrooiwet is deze bescherming wel erg mager. Of octrooi kan worden verleend wordt vooraf door deskundigen beoordeeld, en dit recht wordt daarna toegekend door een bij de wet ingestelde instantie. De octrooihouder krijgt aldus een titel en kan ook met die titel zijn rechten bewijzen. Terzake van auteursrechtelijke bescherming gebeurt er daarentegen vooraf niets en moet de schepper maar afwachten of de rechter wil uitmaken dat zijn product onder art. 10 sub 10° van de Auteurswet valt. Dit is op zichzelf reeds hoogst onbevredigend, want het kweekt rechtsonzekerheid.

De Nederlandse rechter is geneigd, aan het begrip „kunst” een zeer ruime interpretatie te geven. De jurisprudentie acht juistgemeld artikel namelijk reeds van toepassing, wanneer het desbetreffende product een zekere originaliteit of een persoonlijk karakter heeft en toetst het product hieraan⁶². Ik

⁶¹ De merkenrechtelijke bescherming laat ik ten deze buiten beschouwing, daar die niet in rechtstreeks verband staat met de hier besproken vorm van nabootsing.

⁶² Ik vermeld hier Hof 's-Gravenhage 28 maart 1947, N.J. 1948 no. 403 met als vervolg 18 juni 1948, N.J. 1949 no. 216; Hof Amsterdam 20 april 1950, N.J. 1951 no. 274; Hof Amsterdam 23 okt. 1953, N.J. 1954 no. 652; Hof Amsterdam 12 nov. 1953, B.I.E. 1954 pag. 51 no. 30; Pres. Rb. Zwolle 13 dec. 1957, N.J. 1958 no. 583; Pres. Rb. 's-Hertogenbosch 10 jan. 1958, N.J. 1958 no. 87; Hof 's-Gravenhage 26 juni 1958, N.J. 1959 no. 418; Pres. Rb. Almelo 3 nov. 1959, N.J. 1960 no. 315; Hof Arnhem 17 nov. 1959 en 24 mei 1960, N.J. 1961 no. 81; Pres. Rb. Arnhem 23 juli 1960, N.J. 1961 no. 17 en H.R. 9 maart 1962, B.I.E. 1962 pag. 89 no. 29. De jurisprudentie is vollediger te vinden in het artikel van Davidson in B.I.E. 1962 pag. 130 v.v. Zie voor België Hrb. Brussel 10 febr. 1938, P. 1939. III. 23.

kan hiermede vrede hebben, omdat aldus toch nog een vrij groot aantal producten bescherming vinden, welke anders onbeschermd zouden zijn, maar ik betwijfel, of het begrip „kunst” aldus niet te ruim wordt geïnterpreteerd. Ik acht het echter niet juist, wanneer ten deze maatstaven als schoonheid, harmonie e.d. worden aangelegd of mede worden aangelegd, zoals in sommige beslissingen geschiedt. Deze factor is n.l. sterk afhankelijk van smaak, en uit diverse in die beslissingen aangehaalde deskundigenrapporten blijkt, hoe zelfs deskundigen in dit opzicht met elkaar van opvatting kunnen verschillen ⁶³.

Volgens een recent arrest van de H.R. moet, wanneer vast staat dat de eisende partij het voorwerp in kwestie ontworpen heeft en dat dit een eigen en persoonlijk karakter heeft, de verwerende partij aantonen, dat het voorwerp niet origineel is, maar aan een ander model is ontleend ⁶⁴.

De niet door de wet beschermde producten zou ik willen indelen in modellen en andere producten. Op de betekenis van deze indeling kom ik hieronder nader terug. Eerst wil ik opmerken, dat volgens de huidige Nederlandse rechtsopvattingen al deze producten over één kam worden geschoren en dat voor het aannemen van de onrechtmatigheid van de nabootsing van die voorwerpen de hierboven door mij onder a–d omschreven factoren zelfs niet voldoende worden geacht.

Op 26 juni 1953 heeft n.l. de H.R. beslist ⁶⁵, dat nabootsing

⁶³ Vgl. voor deze maatstaf of mede voor deze maatstaf Rb. 's-Hertogenbosch 15 maart 1935, N.J. 1936 no. 13; Rb. Utrecht 2 juni 1938, N.J. 1940 no. 162; Rb. Rotterdam 24 dec. 1947, N.J. 1948 no. 756; Hof Amsterdam 20 april 1950, N.J. 1951 no. 274; Hof Amsterdam 12 nov. 1953, N.J. 1954 no. 126, B.I.E. 1954 pag. 51 no. 30; Pres. Rb. Breda 9 nov. 1954, N.J. 1955 no. 205; Pres. Rb. Groningen 9 juli 1957, N.J. 1957 no. 679, met de m.i. toch niet voldoende bewezen stelling, dat Cleopatra de bekoorlijkste vrouw harer eeuw was; Pres. Rb. Zwolle 13 dec. 1957, N.J. 1958 no. 583; Pres. Rb. 's-Hertogenbosch 10 jan. 1958, N.J. 1958 no. 87; Hof 's-Gravenhage 26 juni 1958, N.J. 1959 no. 418; Pres. Rb. Almelo 3 nov. 1959, N.J. 1960 no. 315 en Rb. Amsterdam 13 juni 1962, B.I.E. 1963 pag. 51 no. 20.

⁶⁴ Zie H.R. 9 maart 1962, B.I.E. 1962 pag. 89 no. 29, en – duidelijker – de daaraan voorafgegane conclusie van P. G. Langemeyer in B.I.E. 1962 pag. 91. In dezelfde geest reeds Pres. Rb. Zwolle 4 mei 1955, N.J. 1955 no. 766. Volgens een arrest van het Belgische Hof van Verbreking d.d. 29 april 1960, P. 1960. I. 1008, moet de eisende partij het origineel karakter bewijzen.

van het product van een concurrent alleen dan ongeoorloofd is, wanneer de nabootser, zonder aan de deugdelijkheid of bruikbaarheid van het product afbreuk te doen, op bepaalde punten evengoed een andere weg had kunnen inslaan en hij, door dit na te laten, verwarring sticht. Aldus verlangde de H.R. tevens, dat de bestreden nabootsing onnodig is, en ook dat er niet alleen tussen de nabootsing en het verwarringsgevaar, maar tevens tussen de onnodigheid van de nabootsing en dit gevaar causaal verband bestaat.

In 1960 heeft de H.R. zijn opvatting omtrent nabootsing gehandhaafd en daarbij een nadere omschrijving gegeven van de factor dat de navolger, zonder aan de deugdelijkheid van het product afbreuk te doen, op bepaalde punten even goed een andere weg had kunnen volgen. De H.R. overwoog ditmaal, dat de in het maatschappelijk verkeer in acht te nemen zorgvuldigheid niet vereist, dat het eigen product van dat van de concurrent verschilt op alle punten waarop dit mogelijk zou zijn zonder aan de deugdelijkheid afbreuk te doen, maar wel dat bij de nabootsing het redelijkerwijs mogelijke en nodige is gedaan om verwarringsgevaar te voorkomen. Daar uit het bestreden arrest van het Hof te Amsterdam d.d. 22 mei 1959 kon worden afgeleid, dat dit laatste was geschied, werd het cassatieberoep tegen dit arrest, waarin de aangevallen nabootsing niet onrechtmatig werd geacht, verworpen ⁶⁶.

Na 1953 heeft de lagere jurisprudentie deze maatstaven gevolgd, wanneer zij althans aannam, dat er verwarring of verwarringsgevaar was ontstaan ⁶⁷. Voor zover ik kan nagaan werd slechts in enkele gepubliceerde uitspraken van Presidenten van Rechtbanken van deze leer afgeweken. In 1959 achtte de President van de Rechtbank te Roermond de door hem te beoordelen nabootsing onrechtmatig, omdat het vol-

⁶⁵ N.J. 1954 no. 90, B.I.E. 1953 pag. 113 no. 55; *Ars Aequi* 1953/54 pag. 10, het z.g. eerste Hijskraanarrest, besproken door Bodenhausen in N.J.B. 1954 pag. 365 v.v. en in B.I.E. 1954 pag. 58 v.v. Vgl. ook H.R. 21 mei 1954, N.J. 1955 no. 387, B.I.E. 1954 pag. 155 no. 80, *Ars Aequi* 1954/55 pag. 18, het z.g. tweede Hijskraanarrest.

⁶⁶ H.R. 8 jan. 1960, N.J. 1960 no. 415, B.I.E. 1960 pag. 60 no. 19, *Ars Aequi* 1960/61 pag. 20, het z.g. Scrabblearrest, besproken o.m. door van Staay in de Naamloze Vennootschap 1960/61 pag. 97 v.v. en door van der Grinten in *Ars Aequi* 1960/61 pag. 21 v.v.

⁶⁷ Zie b.v. Hof Amsterdam 23 okt. 1953, N.J. 1954 no. 652, B.I.E. 1954 pag. 19 no. 6; Pres. Rb. Rotterdam 9 juli 1954, N.J. 1955 no.

gens hem van algemene bekendheid was, dat tegenwoordig zowel vakman als industrieel in de regel aan vormgeving hunner producten grote aandacht moeten besteden en vaak zeer grote kosten daarvoor moeten uitgeven, en het daarom gemakkelijk is in te zien, dat het niet in overeenstemming is met de betamelijkheid in het maatschappelijk verkeer, dat zulke vaak met grote moeite en kosten vervaardigde modellen (i.c. een bankstel) door anderen worden nagebootst en dan meestal nog, gelijk ook in het onderhavige geval, in een goedkopere uitvoering ⁶⁸. In 1960 overwoog voorts de President van de Rechtbank te Haarlem met betrekking tot de nabootsing van een stratenboekje, in het midden latend of dit boekje door de Auteurswet werd beschermd, vooralsnog ambtshalve van gevoelen te zijn, „dat gedaagde door het drukken en verspreiden van hetboekje, daar dit voor wat betreft deszelfs inhoud en mitsdien voor wat betreft het essentiële ervan een als slaafs te kwalificeren navolging van het door eiseres eerder uitgegeven boekje is, jegens deze een onrechtmatige daad pleegt” ⁶⁹. Los van de vraag, of de door de H.R. gestelde maatstaven voldoende oplossing geven, acht ik deze beslissingen toch wel zwak.

Voor de vraag of de hierboven vermelde leer van de H.R. bevredigend is, moeten afzonderlijk worden behandeld de modellen en andere producten.

Voor het begrip „model” verwijs ik naar het door de in 1953 door de Minister ingestelde Commissie geredigeerd ontwerp voor een Modellenwet ⁷⁰. In art. 1 lid 1 van dit ontwerp worden modellen omschreven als ontwerpen of voorbeelden van voortbrengselen van nijverheid, waarin door punten, lijnen, vlakken, ruimtelijke vormen of kleuren 648, B.I.E. 1955 pag. 23 no. 7; Pres. Rb. Amsterdam 14 dec. 1955, B.I.E. 1956 pag. 149 no. 68; Pres. Rb. Alkmaar 16 febr. 1956, N.J. 1956 no. 635; Pres. Rb. Amsterdam 23 febr. 1956, B.I.E. 1956 pag. 149 no. 69; Pres. Rb. Almelo 4 maart 1957, B.I.E. 1957 pag. 144 no. 51; Pres. Rb. Rotterdam 10 juni 1958, B.I.E. 1959 pag. 11 no. 7; Hof Leeuwarden 28 okt. 1959, N.J. 1960 no. 314, B.I.E. 1960 pag. 11 no. 4; Hof Amsterdam 2 maart 1961, B.I.E. 1961 pag. 180 no. 77 en Rb. Rotterdam 20 maart 1962, B.I.E. 1963 pag. 27 no. 8. Anders Pres. Rb. Zwolle 15 juni 1960, B.I.E. 1961 pag. 95 no. 39, bestreden door Croon in B.I.E. 1961 pag. 96.

⁶⁸ Vonnis 8 okt. 1959, N.J. 1960 no. 349. In dit vonnis vind ik de leer van Bodenhausen terug.

⁶⁹ Vonnis 23 dec. 1960, B.I.E. 1962 pag. 26 no. 10.

⁷⁰ Dit ontwerp, hetwelk 27 augustus 1957 is ingediend, is o.m. te vinden in B.I.E. 1958 pag. 53.

de versiering of vormgeving van de daarnaar te vervaardigen voortbrengselen is aangegeven. In lid 2 wordt een uitzondering gemaakt voor modellen dit uitsluitend dienen ter bereiking van een technisch effect. Klaarblijkelijk heeft de commissie hierbij alleen siermodellen en geen gebruiksmodellen op het oog gehad⁷¹.

Bij de op 6 november 1925 tot stand gekomen Overeenkomst van 's-Gravenhage, later herzien te Londen op 2 juni 1934 en te 's-Gravenhage op 28 november 1960⁷², hebben de regeringen van de verdragsstaten, waaronder die van Nederland, de verplichting op zich genomen, modellen wettelijk te beschermen⁷³. Hoewel dit verdrag reeds in 1928 door het Nederlandse Parlement is geratificeerd, is tot dusverre die wettelijke bescherming achterwege gebleven. Dit verzuim kan niet worden goedgepraat met een beroep op de Auteurswet, want niet alleen worden in de Auteurswet lang niet alle modellen beschermd, maar ook ontbreekt daarin een der essentiële bepalingen uit de Haagse Schikking, dat de bescherming wordt verleend door middel van deponering en inschrijving terwijl, zoals ik reeds opmerkte, de schepper van een kunstvoorwerp in de zin van de Auteurswet maar moet afwachten, of de rechter zijn product als een voorwerp van op nijverheid toegepaste kunst zal beschouwen.

Dit is op zichzelf al beschamend; nog meer na het in hoofdstuk I vermelde antwoord van de Tweede Kamer op vraagpunt 26. Het is zelfs onverdedigbaar, dat het in 1957 bij de Minister ingediende ontwerp voor een modellenwet, thans nog niet aan de Tweede Kamer is voorgelegd. Weliswaar schijnt de oorzaak van de vertraging hieraan te wijten te zijn, dat men het vraagstuk eerst in breder Beneluxverband wilde bezien en vooraf het rapport van de in 1957 ingestelde Beneluxcommissie wilde afwachten⁷⁴, maar dit wachten duurt nu al ruim vijf jaren en het argument doet

⁷¹ Vgl. Hoofdstuk I pag. 4 en 5.

⁷² Hierna te noemen de Haagse Schikking. De overeenkomst van 28 november 1960 is nog niet door het Ned. Parlement bekrachtigd en ook elders nog niet in werking (zie B.I.E. 1963 pag. 13 en pag. 20).

⁷³ Vgl. Alingh Prins in B.I.E. 1948 pag. 161 v.v.; v. d. Zanden in N.J.B. 1953 pag. 656 en 849 v.v. met de aldaar door hem aangehaalde schrijvers, en Davidson in B.I.E. 1962 pag. 129 v.v. Anders Hirsch Ballin in N.J.B. 1953 pag. 768 v.v. en in W.P.N.R. no. 4303 en no. 4310.

⁷⁴ Vgl. Davidson in B.I.E. 1962 pag. 130.

trouwens ook onwezenlijk aan, nu in België reeds sinds 1935 bescherming aan modellen wordt verleend⁷⁵ en België derhalve zijn verplichtingen uit de Haagse schikking geruime tijd geleden is nagekomen⁷⁶.

De consequentie van het Nederlandse talmen is, dat een Nederlander in de bij de Haagse Schikking aangesloten landen wél bescherming voor zijn tekeningen en modellen geniet, maar een onderdaan van een der andere Verdragsstaten in Nederland niet⁷⁷. Tegen de eens door Bodenhausen gedane verzuchting, dat Nederland aldus kans loopt een piratenland te worden⁷⁸, is dan ook helaas weinig in te brengen.

Het door de in 1953 ingestelde commissie ingediende ontwerp voldoet grotendeels aan de Haagse Schikking, met name met betrekking tot het depot en de inschrijving van tekeningen en van de in het ontwerp bedoelde modellen, alsmede ten aanzien van de door het depot en de inschrijving te verkrijgen rechten. De uitvoering van de wet wordt volgens het ontwerp aan het Bureau voor de Industriële Eigendom opgedragen.

Hoewel ik veel waardering voor het ontwerp heb, moet ik toch twee bezwaren naar voren brengen. Vooreerst zou ik ook graag daarin opgenomen hebben gezien de bescherming van gebruiksmodellen die een oorspronkelijk of persoonlijk karakter hebben⁷⁹, waardoor geheel aan de Haagse Schik-

⁷⁵ K.B. van 29 jan. 1935, *Moniteur* 8 febr. 1935, te vinden in Servais en Mechelynck, *Codes Belges*, pag. 744.

⁷⁶ Het K.B. van 29 jan. 1935 is echter volgens een arrest van het Hof van Verbreking d.d. 20 dec. 1954 (P. 1955. I. 396) niet een uitwerking van de Haagse Schikking, maar een zelfstandige regeling, die zelfs boven de Haagse Schikking prevaleert. Aan het beginsel van de bescherming doet dit echter niet af.

⁷⁷ Vgl. v. d. Zanden in B.I.E. 1951 pag. 136 v.v. Evenwel heeft het Belgische Hof van Verbreking bij arrest d.d. 20 dec. 1954, P. 1955. I. 396 beslist, dat het K.B. van 29 jan. 1935 van een zekere reciprociteit uitgaat en niet kan worden ingeroepen door onderdanen van landen welke niet tot de Berner Conventie zijn toegetreden en waar Belgische onderdanen geen bescherming genieten.

⁷⁸ Zie zijn artikel „De rechtmatigheid van technische navolging” in N.J.B. 1954 pag. 371 en in B.I.E. 1954 pag. 61. Vgl. ook Dorhout Mees t.a.p. pag. 145.

⁷⁹ Zie H.R. 26 april 1935, N.J. 1935 pag. 1617, W. 12938 en H.R. 21 dec. 1956, N.J. 1960 no. 414, B.I.E. 1957 pag. 36 no. 11, *Ars Aequi* 1960/61 pag. 19. Gebruiksmodellen vallen ook onder de Haagse Schikking; vgl. b.v. Dorhout Mees t.a.p. pag. 144.

king zou zijn voldaan. Voorts acht ik het gewenst, dat ook werken van op nijverheid toegepaste kunst, voor zover geen modellen, op dezelfde wijze als modellen worden beschermd, en dat dus, evenals in het Belgische K.B. van 29 januari 1935, art. 10 sub 10^o Auteurswet aan het ontwerp wordt aangepast. Niet alleen is dit uit hoofde van eenheid van wetgeving beter, maar bovendien zou de divergentie tussen het ontwerp en art. 10 sub 10^o Auteurswet in de praktijk aanleiding tot moeilijkheden kunnen geven, omdat de grens tussen modellen en werken van op nijverheid toegepaste kunst vaag is, zodat het meermalen twijfelachtig is, op welke wetsbepaling men zijn aktie moet baseren. Zo zou tegen een vordering ex art. 10 sub 10^o Auteurswet het verweer kunnen worden verwacht, dat de vordering niet kan slagen, omdat het voorwerp in geding niet een werk van op nijverheid toegepaste kunst is, en tegen een op de modellenwet berustende aktie, dat deze niet toewijsbaar is omdat er slechts sprake is van een werk van op nijverheid toegepaste kunst en niet van een model.

Het Belgische K.B. van 29 januari 1935 verklaart ten aanzien van de bescherming van tekeningen en modellen de Belgische Auteurswet van 1886 van toepassing ⁸⁰, terwijl het depot facultatief is. In België zijn verweren als hierboven door mij gesignaleerd dus niet mogelijk. Zelfs is wel aangenomen, dat de grenzen van het toepassingsveld tussen het K.B. van 1935 en de Auteurswet door dit K.B. zijn „afgeschaft” ⁸¹. Het K.B. is voorts van toepassing op alle modellen waaraan artistieke betekenis of oorspronkelijkheid kan worden toegekend en het verwarringselement is daarbij niet noodzakelijk voor het slagen van een aktie, zij het dat de aktie uitgesloten is indien vaststaat, dat iedere mogelijkheid van verwarring ontbreekt ⁸². Zo brengt dit K.B. een goed afgerond systeem.

In de kringen van handel en industrie leeft begrijpelijkerwijs een gevoel van onbehagen, dat een na besteding van veel moeite en na uitgave meermalen van grote bedragen bereikt product dikwijls vrijwel straffeloos kan worden nageemaakt; met name wanneer dit een model is waarvoor de Auteurswet niet kan worden ingeroepen. Dat gevoel zal nog

⁸⁰ Servais en Mechelynck t.a.p. pag. 738.

⁸¹ Zie Hrb. Kortrijk 8 jan. 1959, R.W. 1958/59 kolom 1308.

⁸² Zie Hof van Verbreking 16 april 1959, P. 1959. I. 823.

wel zijn toegenomen, toen de H.R. in 1951 het gebruik door een niet-aangesloten concurrent van een nagenoeg eensluidende tekst van een in overleg met de vakgroep zorgvuldig opgesteld beurtvaartadres-formulier niet onrechtmatig achtte⁸³. Inderdaad worden aldus initiatieven gedood en dat is in strijd met het algemeen belang. Zelfs kan Nederland daarvoor een achterstand op het gebied van industriële vormgeving krijgen.

Maar ook ten aanzien van andere producten die niet onder het ontwerp Modellenwet zouden vallen acht ik de huidige bescherming onvoldoende. Ik ga niet zover, dat ik slaafse nabootsing⁸⁴ reeds onrechtmatig zou willen achten wanneer daardoor verwarring ontstaat en daardoor schade kan worden geleden, alsmede het product onderscheidend vermogen heeft⁸⁵. Maar wel acht ik het nodig, dat bij aanwezigheid van deze „basiselementen” ook andere bijverschijnselen de doorslag omtrent het al dan niet rechtmatige karakter van de nabootsing kunnen geven dan die welke de H.R. in de Hijskraanarresten en in het Scrabble-arrest heeft vermeld, en die volgens de woorden „alleen dan” in het eerste Hijskraanarrest zelfs als uitputtend zouden kunnen worden beschouwd⁸⁶.

Als een andere bijomstandigheid zou in aanmerking dienen te komen het verkopen tegen een veel lagere prijs⁸⁷. Dit brengt n.l. nog het extra gevaar voor de nagevolgde mede, dat hij van de markt wordt gedrongen en dat de navolger aldus ook langs deze weg profiteert van de nabootsing⁸⁸, en dan gaat het te ver, dat de nabootsing bovendien nog on-

⁸³ H.R. 16 febr. 1951 N.J. 1951 no. 165.

⁸⁴ Daaronder valt uiteraard niet een navolging onder het aanbrengen van min of meer essentiële wijzigingen of verbeteringen.

⁸⁵ Dus wanneer de door mij op pag. 17 vermelde factoren komen vast te staan.

⁸⁶ Daar het Belgische K.B. van 23 december 1934 het stichten van verwarring als een afzonderlijke vorm van ongeoorloofde concurrentie noemt, zijn de door mij op pag. 17 vermelde factoren in België wel voldoende om de onrechtmatigheid van een nabootsing aan te nemen. Vgl. ook Hrb. Brussel 16 dec. 1953, P. 1954. III. 83, en voor afwijzende beslissingen: Rb. Charleroi 19 maart 1949, P. 1949. III. 101 en Hof Gent 26 juni 1959, P. 1960. II. 52, R.W. 1959/60 kolom 1897. Zie ook de Caluwé in S.E.W. 1963 pag. 21.

⁸⁷ Zie in deze zin b.v. Pres. Rb. Assen 2 dec. 1958, N.J. 1959 no. 440.

⁸⁸ Vgl. Bodenhausen in N.J.B. 1954 pag. 370 en in B.I.E. 1954 pag. 60. Ook de nieuwere Belgische Jurisprudentie houdt met deze

nodig zou moeten zijn geweest in de zin als de H.R. verlangt⁸⁹.

Een andere doorslaggevende bij-omstandigheid zou moeten zijn, dat het nagebootste product door de nabootsing in ernstig discrediet geraakt⁹⁰. Ook dan is de leer van de H.R. te eng.

Eveneens zou een doorslaggevende factor kunnen worden geput uit de wijze waarop de navolger zich tot de nabootsing in staat heeft gesteld. Wanneer hij daartoe een middel heeft gebezigd hetwelk hoewel misschien nog niet onrechtmatig, toch tegen de grens van het ongeoorloofde aan ligt, behoren m.i. de vier door mij genoemde basiselementen ook voldoende voor de onrechtmatigheid te zijn⁹¹.

Langs deze weg, waardoor ook beter het evenwicht tussen initiatieven en daartoe aan te wenden moeite en kosten enerzijds en productie-aktiviteit anderzijds zou zijn bewaard, zou een bevredigende oplossing kunnen worden verkregen.

Ten slotte merk ik op, dat het naar mijn mening onmogelijk is, de onrechtmatige nabootsing wettelijk te regelen. Dat zou alleen kunnen, wanneer bepaalde factoren onder alle omstandigheden de nabootsing onrechtmatig zouden doen zijn. Anders wordt het vraagstuk te casuïstisch om dit bij een wet te regelen en zou een wettelijke voorziening zelfs verstarrend kunnen werken.

2. Nabootsing van een werkwijze.

Deze wijze van navolging levert blijkbaar in de praktijk niet veel moeilijkheden op. Krachtens art. 1 van de Octrooiwet kan eveneens octrooi worden verleend voor werkwijzen en het schijnt niet veel voor te komen dat er klachten zijn over nabootsing van niet-geoctrooieerde werkwijzen. Gewoonlijk zullen dergelijke werkwijzen ook wel geheim zijn, zodat anderen die slechts te weten kunnen komen door het omstandigheid rekening; vgl. Hof van Verbreking 4 nov. 1954, P. 1955. I. 187.

⁸⁹ Merkwaardigerwijs acht de H.R. dit bijverschijnsel wel van belang ter zake van het bewust gebruik maken van de wanprestatie van een derde (vgl. H.R. 27 april 1962, N.J. 1962 no. 254, B.I.E. 1962 pag. 190 no. 70, *Ars Aequi* 1962/3 pag. 37). Vgl. ook Pres. Rb. Rotterdam 9 juli 1954, B.I.E. 1955, pag. 23 no. 7.

⁹⁰ Vgl. Bodenhausen in N.J.B. 1954 pag. 365 v.v. en in B.I.E. 1954 pag. 58 v.v.

⁹¹ Vgl. b.v. Rb. Utrecht 9 jan. 1946, N.J. 1947 no. 514, B.I.E. 1947 pag. 194 no. 45.

gebruiken van ongeoorloofde middelen, die dan als zodanig onrechtmatige mededinging opleveren.

In de jurisprudentie heb ik ook vrijwel geen gevallen gevonden over de nabootsing van een niet-geoctrooieerde werkwijze⁹². Er bestaat dus m.i. geen aanleiding voor een nadere wettelijke voorziening op dit gebied.

3. *Parasiteren met betrekking tot verpakking.*

Het begrip „verpakking” moet ten deze ruim worden genomen. Nièt alleen vallen hieronder kisten, kratten, vaten, flessen enz., maar ook de verpakking van die kisten, enz.

Voor het aannemen van onrechtmatig parasiteren in dit opzicht, moeten weer dezelfde elementen vaststaan die ik in het algemeen voor parasiteren nodig acht, te weten een navolging, al kan deze minder slaafs zijn dan bij nabootsing van een product; onderscheidend vermogen, zekere originaliteit, hetzij van de verpakking, hetzij van de inhoud⁹³; verwarring of verwarringsgevaar, al dan niet met de daarmee samenhangende factor van misleiding, en schade of mogelijkheid van schade als gevolg van verwarring. Minder voorwaarden zou ik niet willen stellen, omdat anders weer het evenwicht tussen vindingrijkheid en activiteit wordt verbroken en er tegen moet worden gewaakt, dat een bepaald idee teveel wordt gemonopoliseerd⁹⁴.

In de regel geniet verpakking merkenrechtelijke bescherming. Art. 1401 B.W. heeft op dit gebied dus slechts een aanvullende functie⁹⁵. Toch valt het op, hoe vaak de jurisprudentie op dit gebied nog met juistgemeld artikel moet werken. Daarbij wordt dan uitgegaan van de door mij ver-

⁹² De Rb. te Amsterdam nam in een dergelijk geval op 25 juni 1926 (N.J. 1926 pag. 1277) geen onrechtmatige daad aan.

⁹³ Vgl. de door Pfeffer t.a.p. op pag. 277 geciteerde jurisprudentie en met name ook Rb. 's-Gravenhage 9 juni 1925, N.J. 1925 pag. 1291; Rb. Arnhem 1 mei 1933, B.I.E. 1933 pag. 103; Rb. 's-Gravenhage 24 maart 1938 N.J. 1939 no. 50 en Rb. Groningen 2 febr. 1951, N.J. 1952 no. 187. Minder duidelijk: Rb. Arnhem 8 juni 1922 W. 10932 en Hof Leeuwarden 12 jan. 1938, N.J. 1938 no. 937. Zie voor België in dezelfde zin als door mij verdedigd Hrb. Brussel 3 juli 1958, P. 1959, III. 35.

⁹⁴ Ik ben het niet eens met Pfeffer (t.a.p. pag. 277), dat er op dit gebied „te” veel monopolievrees bestaat. Vgl. Hof Amsterdam 19 dec. 1934, N.J. 1935 pag. 404 W. 12863 t.a.v. reclame, en Berkhouter t.a.p. pag. 104-105.

⁹⁵ Vgl. van Haersolte t.a.p. pag. 583 en pag. 586.

melde kriteria, en wordt met name ook elk geval explicite of implicite aan het verwarringselement getoetst. Indien verwarring of verwarringsgevaar aanwezig wordt geacht, of wel misleiding wordt aangenomen, hetgeen, zoals reeds vermeld, in nauw verband staat met de verwarringsfactor, en ook de overige door mij genoemde voorwaarden zijn vervuld, wordt gewoonlijk de desbetreffende vordering toegewezen⁹⁶; zo niet dan heeft afwijzing van de vordering plaats⁹⁷.

Bij deze wijze van navolging speelt geen rol, of zij onnodig is. Dat zal wel altijd het geval zijn. Er doen zich hierbij veel minder moeilijkheden voor dan bij nabootsing van een product. Gewoonlijk gaat het om een bijzondere vorm van aanhakende reclame, en zoals hieronder zal blijken worden daarvoor dezelfde kriteria aangelegd.

Daar ten deze dus veel meer sprake is van vaste regels dan bij de nabootsing van producten, zou een wettelijke voorziening op dit terrein mogelijk zijn. Een dergelijke voorziening zou echter weinig betekenis hebben, daar het om een zeer beperkt gebied gaat. Ik acht derhalve wettelijke voorschriften hier onnodig, te meer omdat ten deze reeds een

⁹⁶ Zie o.m. Rb. Rotterdam 5 okt. 1926, N.J. 1928 pag. 142; Rb. Amsterdam 14 nov. 1930, W. 12409; Pres. Rb. Leeuwarden 12 aug. 1935, N.J. 1936 no. 604 (misleiding aangenomen); Hof Arnhem 1 juli 1936, N.J. 1937 no. 90; Hof 's-Gravenhage 31 dec. 1936, B.I.E. 1937 pag. 55; Hof 's-Gravenhage 5 nov. 1937, N.J. 1938 no. 296, B.I.E. 1938 pag. 15; Hof Leeuwarden 12 jan. 1938, N.J. 1938 no. 937 (ook in noot 93 aangehaald); Rb. Groningen 4 febr. 1938, B.I.E. 1938 pag. 57; Pres. Rb. Utrecht 1 juli 1939, B.I.E. 1941 pag. 122 no. 90; Pres. Rb. 's-Gravenhage 27 dec. 1940, B.I.E. 1942 pag. 7 no. 7; Rb. Utrecht 10 april 1941, B.I.E. 1941 pag. 110 no. 81; Hof van Justitie Antillen 14 jan. 1957, B.I.E. 1959 pag. 124 no. 64; Rb. Haarlem 9 april 1957, B.I.E. 1961 pag. 110 no. 43; Hof Amsterdam 21 jan. 1960, N.J. 1960 no. 283, B.I.E. 1961, pag. 93 no. 37; Hof Amsterdam 11 mei 1960, B.I.E. 1961 pag. 32 no. 8 en Hof 's-Hertogenbosch 24 nov. 1960, N.J. 1961 no. 144, B.I.E. 1961 pag. 189 no. 80. Hetzelfde geldt in België; Zie b.v. Hof Brussel 2 jan. 1957, P. 1958. II. 113 sub a. Anders: Pres. Rb. Amsterdam 14 juli 1927, N.J. 1927 pag. 1519.

⁹⁷ Zie b.v. H.R. (straffk.) 27 nov. 1924, N.J. 1925 pag. 177; Rb. Rotterdam 31 juli 1935, N.J. 1937 no. 364; Hof 's-Gravenhage 20 mei 1937, B.I.E. 1937 pag. 112; Hof Amsterdam 9 april 1942, N.J. 1942 no. 649, B.I.E. 1942 pag. 119 no. 106, vernietigend het in noot 96 vermelde vonnis Rb. Utrecht d.d. 10 april 1941, cass. ber. verworpen bij arrest H.R. 5 maart 1943, N.J. 1943 no. 264, B.I.E. 1943 pag. 86 no. 69; Pres. Rb. Amsterdam 30 nov. 1948, B.I.E. 1949 pag. 145 no. 66, en Pres. Rb. Amsterdam 28 okt. 1955, B.I.E. 1956 pag. 17 no. 4.

belangrijke merkenrechtelijke bescherming bestaat en bovendien de ontwikkeling van de jurisprudentie bevredigend kan worden geacht.

4. *Het aanhaken en aanleunen aan de renommée van een ander of van diens bedrijf of aan de goede naam van de door een ander verhandelde waren.*

Men kan deze zeer veel voorkomende vorm van concurrentie als een vergaarbak beschouwen. Steeds wordt er weer iets nieuws bedacht om te kunnen profiteren van een door een concurrent verkregen renommée of van de bekendheid van de waren van een concurrent. Daarbij valt het op, dat speciaal deze vorm van mededinging meermalen ongelijksoortige waren betreft of wel dat aan een fabrikant of koopman in een geheel andere branche wordt aangehaakt. Voorts hebben vele andere vormen van mededinging met name met deze wijze van concurreren raakpunten.

In het algemeen zijn handelingen op dit gebied unfair, maar komt de tegenstelling tussen unfairheid en onrechtmatigheid in zover naar voren, dat unfairheid niet voldoende is voor de onrechtmatigheid. Want ook hierbij gelden voor de onrechtmatigheid weer de factoren, die ik in de aanhef van dit hoofdstuk vermeldde, te weten parasiteren, het aantasten van een zeker onderscheidend vermogen⁹⁸, het verwarringselement met het daarmede samenhangend misleidingselement, en schade of mogelijkheid van schade als gevolg van verwarring⁹⁹.

De overgrote meerderheid der jurisprudentie toetst de rechtmatigheid aan het onderscheidend vermogen en aan de verwarrings- of misleidingsfactor, hetzij expliciet, hetzij impliciet, en laat daarvan afhangen, of het aanhaken of aanleunen al dan niet rechtmatig is¹⁰⁰, al bestaat ook soms de

⁹⁸ Vgl. Pfeffer t.a.p. pag. 273 en 281. Zie ook Pres. Rb. Rotterdam 12 aug. 1932, N.J. 1933 pag. 1162; Pres. Rb. Rotterdam 30 jan. 1936, N.J. 1937 no. 1094, B.I.E. 1937 pag. 105; H.R. 4 juni 1937, N.J. 1937 no. 963, B.I.E. 1937 pag. 135 en Hof 's-Gravenhage 9 juni 1954, N.J. 1954 no. 462.

⁹⁹ Vgl. Rb. Haarlem 12 of 13 maart 1946 N.J. 1947 no. 375, B.I.E. 1947 pag. 149 no. 38 en Pres. Rb. Amsterdam 15 okt. 1948, N.J. 1949 no. 30.

¹⁰⁰ Zie hiervoor in de laatste 35 jaren Rb. Amsterdam 17 jan. 1928, N.J. 1929 pag. 483; Hof Amsterdam 24 okt. 1928, W. 11954, waartegen cass. ber. verworpen door H.R. 28 juni 1929, N.J. 1929

neiging om naast deze elementen of inplaats van die elementen andere maatstaven toe te passen, zo b.v. of een merk of een gevoerde reclame door het aanhaken of aanleunen wordt

pag. 1750, W. 12034; Pres. Rb. Rotterdam 24 april 1930, W. 12197; Pres. Rb. Almelo 10 okt. 1931, N.J. 1932 pag. 1068 W. 12392; Rb. 's-Gravenhage 5 nov. 1931, N.J. 1932 pag. 959; Hof Amsterdam 19 nov. 1931, W. 12379; Rb. Utrecht 20 jan. 1932, N.J. 1933 pag. 1106; Rb. Haarlem 28 juni 1932, N.J. 1933 pag. 1170; Pres. Rb. Rotterdam 12 aug. 1932, N.J. 1933 pag. 1162; Rb. Arnhem 1 mei 1933, B.I.E. 1933 pag. 103; Pres. Rb. Arnhem 22 juli 1933, N.J. 1933 pag. 1339; Pres. Rb. Rotterdam 12 aug. 1933, N.J. 1933 pag. 1338; Pres. Rb. 's-Gravenhage 29 aug. 1933, N.J. 1933 pag. 1340; Rb. Utrecht 25 okt. 1933, N.J. 1934 pag. 1430; Rb. Amsterdam 27 april 1934, N.J. 1935 pag. 729; Rb. Amsterdam 7 juni 1935, B.I.E. 1935 pag. 108, bekrachtigd door Hof Amsterdam 9 juli 1937, B.I.E. 1938 pag. 1; Pres. Rb. 's-Gravenhage 23 aug. 1935, B.I.E. 1937 pag. 100; Hof Amsterdam 24 okt. 1935, B.I.E. 1935 pag. 125; Rb. Amsterdam 17 jan. 1936; B.I.E. 1937 pag. 102; Pres. Rb. Rotterdam 21 juli 1937, N.J. 1938 no. 738; Rb. Amsterdam 11 mei 1938, N.J. 1939 no. 556, B.I.E. 1938 pag. 108; Rb. Amsterdam 8 nov. 1938, N.J. 1939 no. 647, B.I.E. 1939 pag. 41, vernietigd door Hof Amsterdam op 7 maart 1940, N.J. 1940 no. 448, omdat geen verwarringsgevaar aanwezig werd geacht, waartegen het cassatieberoep werd verworpen bij arrest H.R. 7 maart 1941, N.J. 1941 no. 919, B.I.E. 1941 pag. 58 no. 44; Hof Amsterdam 16 nov. 1939, N.J. 1940 no. 733 (geen misleiding); Rb. Amsterdam 21 febr. 1940, B.I.E. 1940 pag. 91; Rb. Amsterdam 6 nov. 1940, B.I.E. 1941 pag. 47 no. 34 (geen misleiding); Pres. Rb. Rotterdam 8 nov. 1940, N.J. 1941 no. 283 (geen misleiding); Rb. Utrecht 19 febr. 1941 (na gelijkkluidende uitspraak van Pres. Rb. Utrecht 1 juli 1939, beide), B.I.E. 1941 pag. 122 no. 90; Hof Amsterdam 6 april 1944 N.J. 1944/45 no. 513; Rb. Haarlem 9 mei 1944, N.J. 1946 no. 5; Rb. Utrecht 17 mei 1944, N.J. 1944/45 no. 763; Rb. Haarlem 29 okt. 1946, N.J. 1947 no. 654; Rb. Haarlem 18 maart 1947, N.J. 1948 no. 384, B.I.E. 1948 pag. 157 no. 63; Hof Amsterdam 18 juni 1947, N.J. 1947 No. 573, B.I.E. 1948 pag. 5 no. 6; Rb. Haarlem 1 juli 1947, N.J. 1948 no. 105; Rb. Amsterdam 11 febr. 1948, N.J. 1948 no. 548, B.I.E. 1948 pag. 175 no. 78; Pres. Rb. Amsterdam 9 nov. 1948, B.I.E. 1949, pag. 9 no. 3 en 1950 pag. 42 no. 19; Pres. Rb. Breda 11 aug. 1950 B.I.E. 1951 pag. 170 no. 69, vernietigd op grond van een andere beslissing omtrent het verwarringsgevaar door Hof 's-Hertogenbosch 5 mei 1953, N.J. 1953 no. 757, waartegen het cassatieberoep werd verworpen bij arrest H.R. 29 jan. 1954, N.J. 1954 no. 449, B.I.E. 1954 pag. 100 no. 44; H.R. 15 dec. 1950, N.J. 1951 no. 492, B.I.E. 1951 pag. 3 no. 1; Hof 's-Gravenhage 11 jan. 1951, N.J. 1952 no. 92; Pres. Rb. 's-Gravenhage 30 juli 1951, N.J. 1955 no. 131; Hof 's-Gravenhage 9 juni 1954, N.J. 1954 no. 462, B.I.E. 1954 pag. 119 no. 54; Rb. 's-Gravenhage 1 dec. 1954, N.J. 1955 no. 782; Rb. Rotterdam 1 april 1955, N.J. 1955 no. 488; Pres. Rb. Amsterdam 28 okt. 1955, B.I.E. 1956 pag. 17 no. 4; Hof Leeuwarden 16 nov. 1955, B.I.E. 1955

verwaterd¹⁰¹. Met dit laatste moet men echter voorzichtig zijn, want juist omdat met name aanhaken en aanleunen doorgaans unfair en zelfs meermalen onfatsoenlijk is, bestaat er gevaar, dat een rechter emotionele motieven laat gelden¹⁰², of wel zich niet voldoende rekenschap geeft, waarom het aanhaken of aanleunen in het door hem berechte geval onrechtmatig is, en zijn beslissing niet voldoende motiveert¹⁰³.

pag. 166 no. 76; Hof Arnhem 24 jan. 1956, N.J. 1956 no. 345, B.I.E. 1957 pag. 142 no. 50; Hof Arnhem 31 jan. 1956, N.J. 1956 no. 680, B.I.E. 1957, pag. 22 no. 6; Pres. Rb. Amsterdam 18 okt. 1956, B.I.E. 1957 pag. 51 no. 14; Hof van Justitie Antillen 14 jan. 1957, B.I.E. 1959 pag. 124 no. 64; Pres. Rb. Arnhem 1 maart 1958, N.J. 1958 no. 531, B.I.E. 1959 pag. 94 no. 47; Hof Arnhem 28 mei 1958, N.J. 1959 no. 225, B.I.E. 1959 pag. 57 no. 32; Pres. Rb. Haarlem 24 juni 1958, N.J. 1959 no. 308; Hof 's-Gravenhage 4 dec. 1959, B.I.E. 1960 pag. 129 no. 39; Hof 's-Gravenhage 8 juni 1960, B.I.E. 1961 pag. 94 no. 38; Hof Arnhem 22 juni 1960, B.I.E. 1961 pag. 6 no. 1 (implicite); Pres. Rb. Arnhem 31 aug. 1960, N.J. 1961 no. 161; Hof Amsterdam 19 okt. 1960, B.I.E. 1962 pag. 69 no. 18; Pres. Rb. Amsterdam 10 nov. 1960, N.J. 1961 no. 8, B.I.E. 1961 pag. 97 no. 40; H.R. 23 juni 1961, N.J. 1961 no. 423; Pres. Rb. Dordrecht 9 aug. 1961, N.J. 1962 no. 131 en Hof Amsterdam 8 febr. 1962, B.I.E. 1962 pag. 165 no. 57. In het eerste Hijkskraanarrest (H.R. 26 juni 1953, N.J. 1954 no. 90, B.I.E. 1953 pag. 113 no. 55, *Ars Aequi* 1953/54 pag. 10) heeft de H.R. eveneens overwogen, dat het voeren van reclame op een wijze die verwarring in de hand werkt achterwege moet blijven. Anders: Rb. Amsterdam 20 nov. 1940, N.J. 1941 no. 275, B.I.E. 1941 pag. 50 no. 35.

¹⁰¹ Vgl. b.v. Hof 's-Hertogenbosch 8 aug. 1944, N.J. 1946 no. 672; Hof 's-Hertogenbosch 5 mei 1953, N.J. 1953 no. 757, waartegen het cassatieberoep werd verworpen bij arrest H.R. 29 jan. 1954, N.J. 1954 no. 449, B.I.E. 1954 pag. 100 no. 44; Pres. Rb. 's-Gravenhage 29 sept. 1953, B.I.E. 1955 pag. 84 no. 44; Rb. Haarlem 1 juni 1954, N.J. 1955 no. 175 (andere bijomstandigheden); Hof Arnhem 28 mei 1958, N.J. 1959 no. 225, B.I.E. 1959 pag. 57 no. 32 en Hof 's-Hertogenbosch 26 april 1962, N.J. 1962 no. 492. Vgl. ook Hof 's-Gravenhage 1 maart 1961, B.I.E. 1961 pag. 134 no. 61.

¹⁰² Zie b.v. Pres. Rb. Amsterdam 18 nov. 1933, N.J. 1934 pag. 461, waarin in wezen de onrechtmatigheid alleen werd aangenomen, omdat er sprake was van klaplopen, en Pres. Rb. Dordrecht 8 dec. 1948, B.I.E. 1949 pag. 65 no. 29, waarin, na vaststelling dat afbreuk wordt gedaan aan de goede reputatie van het merk van de concurrent (het betrof ongelijksoortige waren) werd gerept van „tegenwoordig veelvuldig voorkomende ontaarding der goede manieren, waartegen krachtig behoort te worden opgetreden.”

¹⁰³ Als voorbeelden van m.i. onvoldoende gemotiveerde beslissingen zou ik willen noemen Rb. Rotterdam 25 jan. 1929, N.J. 1929 pag. 1077; W. 11970; Pres. Rb. Amsterdam 31 okt. 1933, N.J. 1934

De vraag of in plaats van de verwarringsfactor ook andere omstandigheden de doorslag mogen geven voor de al dan niet toelaatbaarheid, moet dan ook zeer voorzichtig worden beoordeeld. Er zijn echter inderdaad andere omstandigheden die m.i. in dit opzicht een beslissende rol mogen spelen en als zodanig zou ik willen noemen:

- a. een zodanig aanhaken of aanleunen dat, al is er formeel nog geen sprake van merkinbreuk of inbreuk op de handelsnaam, niettemin het merk of de naam in ernstige mate wordt aangetast ¹⁰⁴;
- b. een zodanig aanhaken of aanleunen, dat het bedrijf van de concurrent dan wel de door hem verhandelde waar ernstig in discrediet geraakt, of dat bedrijf ernstige moeilijkheden ondervindt ¹⁰⁵;
- c. een zodanig aanhaken of aanleunen, dat het door een concurrent met zorg voorbereide resultaat niet meer kan worden behaald dan wel zijn betekenis verliest ¹⁰⁶;
- d. het leveren van eigen waar of van surrogaten, indien men weet of behoort te begrijpen dat de afnemer bepaald het artikel van de concurrent wenst te ontvangen en men niettemin de afnemer niet inlicht ¹⁰⁷.

pag. 253; Hof Amsterdam 1 nov. 1939, N.J. 1940 no. 721; Pres. Rb. Haarlem 11 dec. 1946, N.J. 1947 no. 696 en Rb. Haarlem 1 juni 1954, N.J. 1955 no. 175.

¹⁰⁴ Zie b.v. Rb. Rotterdam 18 maart 1949, B.I.E. 1952 pag. 51 no. 37 en Rb. Amsterdam 19 dec. 1951, B.I.E. 1952 pag. 38 no. 27.

¹⁰⁵ Zie b.v. Rb. Rotterdam 18 maart 1949, B.I.E. 1952 pag. 51 no. 37; Pres. Rb. Rotterdam 5 dec. 1953, B.I.E. 1954 pag. 34 no. 18 en het geval, berecht door Hof Arnhem 20 mei 1959 en 22 juni 1960, B.I.E. 1961 pag. 6 no. 1. Zie voor een geval, dat de feitelijke vaststelling van deze moeilijkheden onvoldoende was geweest H.R. 23 juni 1961, N.J. 1961 no. 423.

¹⁰⁶ Zie b.v. Pres. Rb. 's-Gravenhage 14 mei 1923, N.J. 1923 pag. 970. Anders: Kant. Zaandam 19 juni 1924, W. 11249 en Hof Arnhem 4 dec. 1928, N.J. 1929 pag. 803. Vgl. ook Bodenhausen in R.M. 1935 pag. 29 en Berkhouwer t.a.p. pag. 98 noot.

¹⁰⁷ Vgl. Rb. Amsterdam 10 febr. 1933, B.I.E. 1934 pag. 6, na vernietiging door Hof Amsterdam op 14 nov. 1934 (B.I.E. 1936 pag. 45) weer bekrachtigd door H.R. 10 jan. 1936, N.J. 1936 no. 79 met noot van Meyers, B.I.E. 1936 pag. 45; besproken door v. Hettinga Tromp met onderschrift Meyers in N.J.B. 1936 pag. 137 v.v., en door Hijman met onderschrift Meyers in N.J.B. 1936 pag. 161 en 193. Zie ook Rb. Amsterdam 12 febr. 1937, B.I.E. 1937 pag. 103, vernietigd door Hof Amsterdam 26 okt. 1939, B.I.E. 1940 pag. 65; Pres. Rb. Amsterdam 4 okt. 1937, B.I.E. 1938 pag. 16, en Rb. Rotterdam 31 dec. 1937, N.J. 1939 no. 455.

In al deze gevallen wordt mede inbreuk gemaakt op de algemene economische belangen. Meermalen zal daarbij tevens sprake zijn van verwarring of verwarringsgevaar, maar ook wanneer zulks niet kan worden aangetoond dient het aanhaken of aanleunen onder de juist vermelde omstandigheden van zo onbetamelijk karakter te worden beschouwd, dat het als ongeoorloofd moet worden aangemerkt.

Bij de beoordeling van dit alles speelt mede een rol, of het bedrijf dan wel de waren van welker reputatie men heeft willen profiteren al dan niet gelijksoortig zijn. Bij gelijksoortigheid moet in het algemeen eerder ontoelaatbaarheid worden aangenomen dan bij ongelijksoortigheid, omdat bij gelijksoortigheid de gevolgen meer ingrijpend zijn ¹⁰⁸.

Daarentegen zou ik niet zonder meer als onrechtmatig willen aanmerken:

- a. zodanig aanhaken of aanleunen, dat slechts de vraag ter sprake komt of het merk of de reclame van de concurrent is verwaterd. Bij gelijksoortige bedrijven of waren is dit van weinig belang, omdat er dan wel vrijwel steeds ook verwarring of verwarringsgevaar bestaat, die de gedraging onrechtmatig doet zijn. Maar bij ongelijksoortige bedrijven of waren kan het verwateren nooit ernstig zijn, te minder omdat in dit geval anderszits het merk of de reclame door het gebruikmaken daarvan door een geheel ander bedrijf juist bij het publiek in de herinnering komt ¹⁰⁹.
- b. het leveren van eigen waar of van surrogaten, indien men te goeder trouw kan menen, dat het de koper onverschillig is of hij al dan niet het oorspronkelijk artikel krijgt, dan wel dat de koper juist de voorkeur geeft aan het „loco” preparaat, omdat dit goedkoper is ¹¹⁰. Onder meer kan dit van belang zijn, wanneer

¹⁰⁸ Vgl. H.R. 10 febr. 1938, N.J. 1938 no. 1092 en Rb. 's-Gravenhage 2 febr. 1956, B.I.E. 1956 pag. 117 no. 48. In dit verband is ook van belang H.R. 22 maart 1963, R.v.d.W. 1963 no. 11 pag. 129, waarbij werd beslist, dat voor niet-gelijksoortigheid van waren in de zin van de Merkenwet ook van betekenis kan zijn, dat zij verschillende markten hebben, elk met een eigen publiek. Zie ook Hrb. Brussel 13 maart 1952, P. 1953. III. 100.

¹⁰⁹ Aldus ook van Haersolte, t.a.p. pag. 591. Anders: Hof 's-Hertogenbosch 5 mei 1953, N.J. 1953 no. 757 en Pres. Rb. 's-Gravenhage 29 sept. 1953, B.I.E. 1955 pag. 84 no. 44.

¹¹⁰ Aldus b.v. Pres. Rb. Amsterdam, 8 sept. 1933, B.I.E. 1934, pag. 66. Vgl. ook Hof Amsterdam 21 april 1938, B.I.E. 1939, pag. 25.

het gaat om niet-geoctrooieerde geneesmiddelen. Uiteraard is er in dergelijke gevallen weer wel sprake van ongeoorloofde mededinging, wanneer door de verkoop octrooi-inbreuk wordt gepleegd of marktbederf moet worden aangenomen ¹¹¹.

De door mij vermelde maatstaven moeten ook worden toegepast, wanneer het gaat om nabootsing van reclameslagzinnen, waaraan vrijwel alle schrijvers over ongeoorloofde reclame afzonderlijk aandacht wijden ¹¹². Wanneer een slagzin onderscheidend vermogen heeft ¹¹³ en origineel is ¹¹⁴, blijkt de jurisprudentie bewust of onbewust doorslaggevend te vinden, of de navolger al dan niet een soortgelijk dan wel aanverwant bedrijf heeft. Wanneer dit zo is, wordt de nabootsing onrechtmatig geacht ¹¹⁵; wanneer er evenwel sprake is van ongelijksoortige bedrijven, wordt geen ongeoorloofde mededinging aangenomen ¹¹⁶. Slechts zelden wordt hierbij op de verwarringsfactor gelet ¹¹⁷, maar ik ben over-

¹¹¹ Zie voor marktbederf Hoofdstuk VIII. Ik ben het niet eens met Dorhout Mees (t.a.p. pag. 165), dat het uitputtend karakter van de Octrooiwet en van de Handelsnaamwet er toe leidt, dat ieder op dit terrein van eens anders geestesproduct mag profiteren, voor zover de speciale regeling dit niet verbiedt.

¹¹² Zie Pfeffer t.a.p. pag. 281 v.v.; Berkhouwer t.a.p. pag. 100 v.v.; Voetelink t.a.p. pag. 173; Dorhout Mees t.a.p. pag. 172. In de Revue der Reclame d.d. september 1955 werd voorgesteld om slagzinnen die aan bepaalde aldaar met name genoemde normen voldoen door middel van inschrijving in een register te beschermen.

¹¹³ Dit is ook hier nodig, wil er van onrechtmatige mededinging sprake zijn; zie o.m. Hof 's-Gravenhage 9 juni 1954, N.J. 1954 no. 462.

¹¹⁴ Ook dit is ten deze een noodzakelijk element.

¹¹⁵ Zie Pres. Rb. Rotterdam 24 april 1930, N.J. 1931 pag. 71; Rb. Utrecht 17 mei 1944, N.J. 1944/45 no. 763; Hof 's-Hertogenbosch 8 aug. 1944, N.J. 1946 no. 672; Pres. Rb. Amsterdam 27 april 1948, B.I.E. 1948 pag. 172 no. 72 en Hof 's-Hertogenbosch 23 of 24 nov. 1955, N.J. 1956 no. 239, B.I.E. 1957 pag. 140 no. 48.

¹¹⁶ Zie Pres. Rb. Amsterdam 20 jan. 1938, N.J. 1939 no. 428 (zaken in verschillende stadswijken) en Pres. Rb. Utrecht 20 nov. 1953, B.I.E. 1955 pag. 82 no. 40, die uitdrukkelijk overwoog dat partijen geen concurrenten waren. Zie voorts voor een geval van afwijzing wegens afwezigheid van schuld Rb. Utrecht 21 mei 1930, N.J. 1931 pag. 646 en voor een geval van afwijzing, mede omdat er geen vrees was voor „blijvende” verwarring, Rb. Rotterdam 22 okt. 1931, N.J. 1932 pag. 1118. Dit laatste vonnis lijkt mij zwak.

¹¹⁷ Zie echter Pres. Rb. Amsterdam 21 maart 1940, B.I.E. 1940 pag. 67; Rb. Utrecht 17 mei 1944, N.J. 1944/45 no. 763 en Hof 's-Gravenhage 9 juni 1954, N.J. 1954 no. 462, waarbij de verwarringsfactor wel werd getoetst.

tuigd, dat deze toch steeds op de achtergrond van invloed is.

Voorts acht ik op zichzelf niet ongeoorloofd het op regelmatige wijze in dienst nemen van gewezen personeel van een concurrent, al krijgt men daardoor kennis van bijzonderheden van het bedrijf van die concurrent. Ook hierbij kan trouwens de verwarringsfactor van belang zijn, wanneer het om gelijksoortige bedrijven gaat. Bij ongelijksoortige bedrijven is deze niet te duchten ¹¹⁸.

In België wordt de rechtmatigheid van aanhaken of aanleunen ongeveer naar dezelfde maatstaven als in Nederland beoordeeld. Daar in het K.B. van 23 december 1934 het verwarring stichten afzonderlijk als een ongeoorloofde vorm van mededinging wordt genoemd, is aanhaken of aanleunen in België steeds onrechtmatig, wanneer de koper kan worden misleid of wanneer daardoor verwarring of gevaar voor verwarring ontstaat ¹¹⁹. Daarnaast heb ik ook éénmaal als criterium gevonden „krenken van de eerlijkheid” ¹²⁰, maar dat acht ik voor Nederland een te vage en zelfs onbruikbare maatstaf.

Op het terrein van aanhaken en aanleunen komt mij een wettelijke voorziening ook niet nodig voor. Hoewel het mij is opgevallen dat de rechterlijke beslissingen ten deze niet altijd duidelijk gemotiveerd zijn en het zeker te wensen is, dat meer expliciet tot uitdrukking wordt gebracht aan welke factoren de onrechtmatigheid wordt getoetst, zodat buiten de grensgevallen een zeker systeem ontstaat, valt er, wanneer men tussen de regels door leest, toch wel een lijn in de jurisprudentie over deze vorm van mededinging te onderkennen ¹²¹, zodat een verdere ontwikkeling in de goede richting

¹¹⁸ Vgl. H.R. 10 febr. 1938, N.J. 1938 no. 1092.

¹¹⁹ Zie Hof Brussel 31 dec. 1935, P. 1936. II. 108, Hof Brussel 3 maart 1938, P. 1940. II. 83; Hrb. Brussel 18 maart 1941, P. 1942. III. 52 en P. 1946. III. 64; Hrb. Kortrijk 8 sept. 1951, R.W. 1951/52 kolom 941; Hrb. Antwerpen 27 mei 1955, R.W. 1956/57 kolom 289 (?); Hof Gent 4 juli 1955, R.W. 1955/56 kolom 1047; Hof Brussel 14 dec. 1955, R.W. 1956/57 kolom 966, waarbij het vonnis van de Hrb. te Antwerpen d.d. 27 mei 1955 werd bekrachtigd; Rb. Antwerpen 22 nov. 1958, R.W. 1959/60 kolom 1317, en Hrb. St. Nicolaas 20 febr. 1961, R.W. 1962/63 kolom 287. Zie ook Hrb. Antwerpen 7 sept. 1962, R.W. 1962/63 kolom 1012, waarbij een vordering werd afgewezen, o.m. omdat de reclame niet „origineel” was.

¹²⁰ Aldus Rb. Antwerpen 30 april 1959, R.W. 1959/60 kolom 842.

¹²¹ Ik deel niet de mening van Voetelink (t.a.p. pag. 173), dat er ten tijde van het verschijnen van zijn boek een kentering in de jurisprudentie was te bespeuren. Ook thans is zulks niet het geval.

kan worden verwacht. Deze ontwikkeling zou zelfs door vaststelling van bepaalde geschreven normen kunnen worden geremd, nu op dit gebied zulk een uitgebreide casuïstiek bestaat.

Wanneer ik het parasiteren in zijn geheel overzie, acht ik dus alleen gewenst, maar tevens noodzakelijk, dat ten spoedigste een modellenwet wordt ingevoerd, welke geheel is aangepast aan de Haagse Schikking en waarmede art. 10 sub 10^o Auteurswet in overeenstemming wordt gebracht. Voor het overige kan bestrijding van ontoelaatbaar parasiteren beter aan de rechter worden overgelaten.

HOOFDSTUK VI

Reclame en aanbiedingen in het algemeen.

Reclame heeft in een moderne maatschappij een tweeledige functie. Zij dient tot opwekking – zelfs tot kunstmatige opwekking – van behoeften en tevens tot aanprijzing van de te verhandelen eigen producten en artikelen.

De eerst bedoelde functie is voor het publiek het gevaarlijkste en wordt ook het meest geraffineerd toegepast. Zij betreft evenwel niet de eigenlijke concurrentie en valt dus buiten mijn onderwerp. Er gaat trouwens een behoorlijke corrigerende werking uit van de afnemersbonden (distribuenten- en consumentenbonden) en van de afnemers zelf, indien deze wijze van reclame over de schreef gaat.

De aanprijzing in reclamevorm en de aanbieding van eigen waren valt echter wel in het bestek van mijn onderwerp. En te dien aanzien moet weer worden vooropgesteld, dat reclame in beginsel vrij is, zij het dat ook hier slechts een vrijheid in gebondenheid bestaat, in die zin, dat men rechtmatige belangen van concurrenten niet mag benadelen. Unfairheid en onrechtmatigheid liggen daarbij echter veel dichter bij elkaar dan bij het parasiteren.

Naar de inhoud van de reclame kan de wijze van reclamemaken, waaronder begrepen het doen van aanbiedingen, – los van de in het vorige hoofdstuk reeds behandelde parasiterende reclame – in drie groepen worden verdeeld, die ieder voor zich eigen normen hebben, te weten:

1. aanprijzing van eigen producten en eigen artikelen zonder meer ¹²²;
2. het mede in de reclame betrekken van de bedrijven, producten en artikelen van concurrenten, de z.g. vergelijkende reclame;
3. de afweerreclame.

1. *Aanprijzing van eigen waar zonder meer.*

Wanneer een fabrikant zijn product of een koopman zijn handelswaar in trek wil brengen, moet hij de eigenschappen daarvan ophemelen. In beginsel is dit toegestaan, zelfs al kondigt men te veel mooie eigenschappen van het product of het artikel aan. Het is met die aanprijzing zelfs zo gesteld, dat zij in het overdrevene onschuldig is, omdat dan een normaal mens er toch niets van gelooft of er geen betekenis aan hecht ¹²³, en zij dan dus niet licht aanleiding tot een aktie zal geven.

Hoe paradoxaal het ook is, het niet-geoorloofde ligt daar, waar de onjuiste aanprijzing minder overdreven is, maar daardoor eerder wordt geloofd. In dergelijke gevallen wordt de aanprijzing in het algemeen ongeoorloofd geacht; niet alleen jegens de afnemer, die dan in daartoe geëigende gevallen een aktie ter zake van bedrog of dwaling kan instellen, maar tevens jegens de concurrent wiens debiet daardoor wordt benadeeld.

Voor de vraag of de aanprijzing van eigen bedrijf of van eigen waar geoorloofd is, zijn ook vier factoren beslissend. Deze factoren, welke niet parallel lopen met de elementen die bij het parasiteren van belang zijn, kunnen als volgt worden omschreven:

- a. Er moet sprake zijn van een mededeling, suggestie of handeling welke er op gericht is vertrouwen op te wekken en als geloofwaardig kan worden beschouwd.

¹²² Door Voetelink t.a.p. pag. 175 v.v. genoemd referentiereclame.

¹²³ Zie Pfeffer t.a.p. pag. 332 en Berkhouwer t.a.p. pag. 57/58. Vgl. ook Rb. Amsterdam 17 okt. 1930, N.J. 1931 pag. 565, in welk vonnis dit beginsel uitdrukkelijk werd uitgesproken, zij het dat toch een onrechtmatige daad werd aangenomen omdat mede de waar van een concurrent was afgebroken. Volgens de door de Internationale Kamer van Koophandel in 1937 vastgestelde en in 1955 herziene code voor het Reclamewezen is sub I⁴ overdrijving verboden, indien zij onvermijdelijk tot teleurstelling van de consument moet leiden.

- b. De mededeling, suggestie of handeling moet misleidend zijn, d.w.z. op onwaarheid berusten of tenminste een onjuiste voorstelling van zaken kunnen opwekken ¹²⁴.
- c. Degeen, van wie de mededeling, suggestie of handeling uitgaat, moet het misleidend karakter hebben geweten of hebben kunnen begrijpen ¹²⁵. Het gaat echter te ver, aan de hand van art. 328 bis W.v.S. opzet nodig te achten ¹²⁶.
- d. Het misleidend element moet schade voor de concurrent veroorzaken of kunnen veroorzaken.

De bewijslast van deze elementen rust op de eisende partij.

Verwarringsgevaar is niet noodzakelijk voor het ongeoorloofd zijn van een aanprijzing. De misleiding kan soms wel verwarring ten gevolge hebben, maar dan is dit een bijverschijnsel. Het is begrijpelijk, dat de jurisprudentie nu en dan van de verwarringsfactor gebruik maakt ¹²⁷, maar aldus wordt geen rekening gehouden met het essentiële van de ontoelaatbaarheid. Bepaald onjuist acht ik evenwel beslissingen, die de aanprijzing toetsen aan de behoorlijke gebruiken in het handelsverkeer ¹²⁸. Deze maatstaf is te vaag, en bovendien heb ik principieel bezwaar tegen het gebruik van dit criterium, zoals ik in hoofdstuk XV nader zal toelichten.

De aanprijzende reclame kan in twee groepen worden ingedeeld:

- a. ongeoorloofde aanprijzing van eigen onderneming of bedrijf;
- b. ongeoorloofde aanprijzing van eigen waar of berekende prijzen.

Bij de eerste groep gaat het om eigenschappen van de

¹²⁴ Hieronder vallen dus ook halve waarheden, die dit gevolg te weegbrengen; vgl. Pfeffer t.a.p. pag. 333 v.v.

¹²⁵ Zie b.v. Hof Luik 23 jan. 1936, P. 1936. II. 66.

¹²⁶ Aldus deed Rb. Amsterdam 15 maart 1935, N.J. 1937 no. 413, terecht gewraakt en slechts op andere gronden bekrachtigd door Hof Amsterdam bij arrest d.d. 11 nov. 1936, N.J. 1937 no. 310, waar tegen het cassatieberoep werd verworpen bij arrest H.R. 24 dec. 1937, N.J. 1938 no. 601, B.I.E. 1938 pag. 49. Zie ook Hof Amsterdam 17 mei 1922, N.J. 1923 pag. 660, W. 10957.

¹²⁷ Zie b.v. Rb. Rotterdam 26 okt. 1955, N.J. 1956 no. 626; Rb. Rotterdam 26 okt. 1955, N.J. 1956 no. 651 en Hof 's-Gravenhage 7 nov. 1956, N.J. 1958 no. 157, B.I.E. 1957 pag. 53 no. 15.

¹²⁸ Zie b.v. Pres. Rb. 's-Gravenhage 7 juli 1931, N.J. 1931 pag. 1515.

onderneming of het bedrijf of van hem die de onderneming of het bedrijf uitoefent. Zij omvat ook voorstellingen van zaken omtrent aan de ondernemer toekomende bevoegdheden (b.v. importeur zijn of alleenvertegenwoordiging). Meermalen is er bij deze wijze van ongeoorloofde mededinging tevens sprake van aanhaken of aanleunen aan de goede naam van de concurrent.

Wanneer de door mij hierboven vermelde voorwaarden voor het onrechtmatig zijn van deze vorm van concurrentie zijn vervuld, worden aanprijzingen welke tot de hier bedoelde categorie behoren vrijwel steeds door de jurisprudentie ongeoorloofd geacht¹²⁹, indien tenminste wordt aangenomen, dat een normaal oplettend publiek de misleiding niet had kunnen onderkennen¹³⁰. Zelfs gaat men m.i. wel eens wat te ver. Zo is het verschil tussen de aankondiging de oudste zaak in Haarlemmerolie te hebben, hetgeen onrechtmatig werd verklaard, en de door ieder aanvaarde reclame „van Houten's Cacao de beste" of „Bokma (jenever) het allesbeste" niet erg groot¹³¹.

Bij de tweede groep gaat het om eigenschappen van de aangeboden artikelen of om bijzonderheden omtrent de aangeboden transacties (b.v. prijzen). In deze gevallen dient de niet-toelaatbaarheid van de aanprijzing niet zo stringent te worden aangenomen als bij de eerste categorie, want op het gebied van het ophemelen van eigenschappen van aange-

¹²⁹ Zie Rb. Rotterdam (strafk.) 10 febr. 1916, N.J. 1916 pag. 302; H.R. (strafk.) 7 juni 1927, N.J. 1927 pag. 933; Rb. Amsterdam 17 jan. 1928, N.J. 1929 pag. 483; Hof 's-Gravenhage 13 febr. 1928, bekrachtigend Rb. 's-Gravenhage 31 maart 1927, beide N.J. 1928, pag. 1287; Hof Amsterdam 30 juni 1932, W. 12582 met – als vervolg – 15 juni 1933, N.J. 1934 pag. 113, W. 12651, terecht vernietigend Rb. Haarlem 7 juli 1931, N.J. 1932 pag. 561, W. 12390, waarin geen onrechtmatigheid was aangenomen; Rb. Utrecht 25 okt. 1933, N.J. 1934 pag. 1430, W. 12863; Pres. Rb. Amsterdam 14 jan. 1934, N.J. 1934 pag. 254; Rb. Amsterdam 11 mei 1938, N.J. 1939 no. 556 en Hof 's-Gravenhage 2 jan. 1959, N.J. 1960 no. 321, B.I.E. 1961 pag. 178 no. 76. Slechts anders: Hof 's-Gravenhage 21 okt. 1926, W. 11645, waarin aan de onrechtmatigheid werd getwijfeld, en – deels – Hof Arnhem 24 mei 1933, W. 12626; in laatstbedoeld arrest werd echter nog een zekere „waarheid" aangenomen.

¹³⁰ Aldus Rb. Amsterdam 2 febr. 1922, N.J. 1923 pag. 641, en H.R. 27 nov. 1924, N.J. 1925 pag. 177.

¹³¹ Zie voor het eerste Rb. Haarlem 8 april 1941, N.J. 1941 no. 850 en Hrb. Brussel 27 april 1950, P. 1951. III. 82, en voor het laatste Pres. Rb. Zwolle 13 nov. 1962, N.J. 1963 no. 175.

boden waren behoort een grotere vrijheid te bestaan. Naar mijn mening zal in het algemeen de concurrent ten deze eerst kunnen optreden bij pertinente onwaarheden terwijl de artikelen van de concurrent de ten onrechte vermelde eigenschappen wel hebben¹³², of wel dientengevolge minder worden gevraagd.

Als voorbeelden van onrechtmatige aanprijzing van eigen waar noem ik:

- a. het aankondigen van niet bestaande eigenschappen ter zake waarvan de concurrent een octrooi heeft¹³³;
- b. het wekken van de verwachting of het vestigen van de indruk, dat een merkartikel van een concurrent wordt aangeboden, terwijl in werkelijkheid een artikel van een geheel ander fabrikaat wordt verstrekt¹³⁴; of gebruikte merkartikelen na revisering verkopen, na het merk weer te hebben aangebracht. Ook in België wordt dit ontoelaatbaar geacht, tenzij duidelijk blijkt dat het om reeds gebruikte tweedehands waar gaat¹³⁵;
- c. het verstrekken van onjuiste gegevens of het vestigen van een onjuiste indruk omtrent de herkomst van het aangeprezen artikel. Niet alleen is het onrechtmatig buitenlands fabrikaat als Nederlands fabrikaat en omgekeerd aan te prijzen¹³⁶, maar ook is het ongeoorloofd

¹³² Zie Rb. Tiel (strafk.) 2 nov. 1916, W. 10057; Rb. 's-Hertogenbosch 12 april 1922, N.J. 1923 pag. 795 en Pres. Rb. 's-Gravenhage 30 okt. 1924, W. 11274. Anders: Pres. Rb. Arnhem 3 jan. 1962, B.I.E. 1962 pag. 160, no. 58 op grond van de overweging, dat het bij de huidige stand van de techniek niet onrechtmatig is kunststof als „zeem” in de handel te brengen.

¹³³ Vgl. Rb. Utrecht 28 december 1932, B.I.E. 1933 pag. 44.

¹³⁴ Vgl. pag. 33 en 34 van dit prae-advies. Zie ook nog Rb. Rotterdam 31 januari 1930, W. 12147 (een verstekzaak); Pres. Rb. 's-Gravenhage 7 juli 1931, N.J. 1931 pag. 1515; Hof 's-Gravenhage 16 april 1934, N.J. 1934 pag. 1411, W. 12808, en Pres. Rb. Leeuwarden 12 aug. 1935, N.J. 1936 no. 604. Anders: Rb. Amsterdam 7 juni 1935, N.J. 1936 no. 430, B.I.E. 1935 pag. 108, op grond dat de gedaagde het verschil voldoende duidelijk had aangegeven en er daardoor geen gevaar voor verwarring was. De President van de Rechtbank te Rotterdam achtte voorts aanbieding van „prijsvrije” koelkasten misleidend en onrechtmatig, op grond dat er voor concurrenten een prijsbinding bestond (vonnis d.d. 18 aug. 1961; niet gepubliceerd).

¹³⁵ Vgl. o.m. Hof Brussel 3 maart 1938, P. 1940. II. 83; Hof Brussel 10 april 1939, P. 1939. II. 105 (inz. vervangende onderdelen) en Hof van Verbreking 26 juni 1939, P. 1939. I. 330.

¹³⁶ Vgl. Hof Amsterdam 3 jan. 1935, W. 12860; Rb. Amsterdam

om mede te delen of het te doen voorkomen, dat het aangeboden uit een ander land, een andere streek of een andere stad afkomstig is, dan waar het in werkelijkheid is gefabriceerd¹³⁷. Ook hierbij is een element van aanleunen te constateren, n.l. aan de renommée van een ten onrechte genoemd land of plaats van herkomst van dat fabrikaat.

Daarnaast kan het aanbod onrechtmatig zijn doordat onjuiste mededelingen omtrent de voorwaarden van de aangeboden transactie worden gedaan, b.v. prijzen worden genoemd, waaraan men kennelijk niet voornemens is zich te houden¹³⁸, of wel wanneer de aangeboden goederen niet of slechts in een gering aantal in voorraad zijn, terwijl men dan het daarop afkomend publiek hogere prijzen berekent dan wel andere waren tracht te verkopen¹³⁹. Wat dit laatste betreft behoort de rechter ten aanzien van een uit dien hoofde ingestelde rechtsvordering voorzichtig te zijn, niet alleen omdat de concurrent ten gevolge van dergelijke handelingen doorgaans slechts weinig schade lijdt, vooral wanneer het om op zichzelf staande en niet systematisch verrichte handelingen gaat, maar ook omdat hier de grens met de niet-ongeooorloofde „overdreven”, door niemand geloofde reclame wel

25 febr. 1942, N.J. 1942 no. 750, B.I.E. 1944 pag. 67 no. 81a, bekrachtigd bij arrest Hof Amsterdam d.d. 6 april 1944, N.J. 1944/45 no. 513, B.I.E. 1944 pag. 67 no. 81b en Rb. Haarlem 9 april 1957, B.I.E. 1961 pag. 110 no. 43. Vgl. ook Pres. Rb. Amsterdam 1 dec. 1961, B.I.E. 1963 pag. 52 no. 21. Er zijn over dit probleem bovendien enige feitelijke beslissingen, waarbij de vordering werd afgewezen, omdat de misleiding niet vast stond. Deze uitspraken noem ik maar niet. In België geldt hetzelfde; zie b.v. Hof Brussel 14 nov. 1936, P. 1937. II. 4; Hof Brussel 25 nov. 1953, B.I.E. 1954 pag. 86 no. 43 („Hollandia” voor Belgische waren), en Hof van Verbreking 21 febr. 1955, P. 1955. I. 664.

¹³⁷ Zie b.v. Rb. Amsterdam 25 febr. 1942, N.J. 1942 no. 750, B.I.E. 1942 pag. 67 no. 81a, bekrachtigd bij arrest Hof Amsterdam 6 april 1944, N.J. 1944/45 no. 513, B.I.E. 1944 pag. 67 no. 81b; Rb. Amsterdam 4 nov. 1942, B.I.E. 1943 pag. 44 no. 30; Hof Amsterdam 18 juni 1947, N.J. 1947 no. 573, B.I.E. 1948 pag. 5 no. 6; Hof Amsterdam 11 maart 1954, B.I.E. 1954 pag. 108 no. 49; Hof Amsterdam 25 nov. 1954, B.I.E. 1955 pag. 166 no. 75; Rb. Rotterdam 26 okt. 1955, N.J. 1956 no. 626; Rb. Rotterdam 26 okt. 1955, N.J. 1956 no. 651; Pres. Rb. Amsterdam 9 dec. 1955, B.I.E. 1956 pag. 33 no. 21 en Hof 's-Gravenhage 7 nov. 1956, N.J. 1958 no. 157, B.I.E. 1957 pag. 53 no. 15.

¹³⁸ Vgl. Pres. Rb. Rotterdam 5 mei 1925, W. 11409.

¹³⁹ In het advertentiewezen heet dit „valse aanlokking”.

bijzonder vaag is. In ieder geval moet dan tenminste blijken dat de onwaarheid van de aanprijzing of aankondiging concreet is ¹⁴⁰.

Ten slotte moet ik bij deze wijze van concurreren nog vermelden de aankondigingen van te houden veilingen, waarbij onjuiste mededelingen worden gedaan (b.v. vertrek naar het buitenland, verkoop wegens faillissement). Niet alleen is het gebruikelijk, dat derden dikwijls van de gelegenheid gebruik maken, om dan ook hunnerzijds goederen ten verkoop in te brengen, maar tevens komt het voor, dat de aankondiging geheel in strijd met de waarheid is, en er dus b.v. in het geheel geen goederen van een emigrant c.q. van een gefailleerde worden verkocht.

De vorenbedoelde inbreng door derden is niet onrechtmatig en zal ook geen schade berokkenen. Wanneer echter in dit opzicht iets geheel onwaars wordt aangekondigd, is dit zodanige misleiding, dat daarin terecht een overtreding van art. 328bis W.v.S. wordt gezien ¹⁴¹. Concurrenten zouden daartegen dus kunnen opkomen, met dien verstande dat zij, zolang het incidenteel gebeurt, over het algemeen geen aanwijsbare schade zullen hebben. De moeilijkheid voor een civiele actie is trouwens tevens, dat op dergelijke veilingen goederen van geheel verschillende aard plegen te worden verkocht, en concurrenten slechts een actie hebben voor goederen, waarin zij zelf ook handelen.

Het blijkt dat ook op dit gebied de jurisprudentie vrijwel eenstemmig is, grensgevallen en een enkele uitzondering daargelaten. Een wettelijke voorziening op dit gebied zou wel mogelijk zijn, maar m.i. bestaat daaraan geen behoefte.

2. *De vergelijkende reclame.*

Het begrip „reclame” moet ten deze zeer ruim worden genomen. Daaronder vallen zowel mededelingen in het openbaar door middel van advertenties e.d., als ook mondelinge

¹⁴⁰ Daarom gaat het vonnis van de Pres. Rb. Groningen d.d. 10 febr. 1958 (N.J. 1958 no. 460) mij te ver. Ik heb de indruk dat aan dit vonnis meer moraliserende dan juridische motieven ten grondslag liggen.

¹⁴¹ Zie Hof Amsterdam (strafkamer) 13 nov. 1930, N.J. 1931 pag. 104, waartegen het cassatieberoep werd verworpen bij arrest H.R. 2 febr. 1931, N.J. 1931 pag. 1061.

of schriftelijke mededelingen in beperkte kring en zelfs afbeeldingen, die een bepaalde suggestie wekken.

Kenmerkend van dit soort reclame is, dat zij ter bevordering van eigen afzet geschiedt, maar dat zij tegen een zeker bedrijf of tegen zekere artikelen dan wel tegen een bepaalde groep van bedrijven of waren is gericht. Een fabrikant of koopman, die zijn waren met superlatieven annonceert zonder daarbij een ander te noemen, pleegt geen vergelijkende reclame.

Voorts is bij deze vorm van concurrentie in het algemeen van verwarring of verwarringsgevaar geen sprake. Het is integendeel het oogmerk van hem die vergelijkende reclame toepast, om zich ten aanzien van eigen bedrijf of eigen artikelen scherp tegenover de concurrent te stellen. Dat wil echter niet zeggen, dat misleiding hierbij irrelevant is; deze factor kan zelfs voor de beoordeling van de rechtmatigheid doorslaggevend zijn.

Evenals ten aanzien van de nabootsing van producten heeft de H.R. op het gebied van de vergelijkende reclame een aantal arresten gewezen, die mij tot uitgangspunt kunnen dienen.

Het eerste door mij te vermelden arrest betrof een publicatie van een handelaar, waarin hij wees op het hogere eiwitgehalte van het door hem verhandelde ochtendvoer en de lagere door hem berekende prijs in vergelijking met een bepaalde door hem met name genoemde concurrent. De H.R. achtte dit ongeoorloofd en overwoog onder meer, dat hij die aldus het product van een bepaalde concurrent afbrekend bespreekt onrechtmatig handelt behoudens wellicht onder bijzondere omstandigheden waarop geen beroep was gedaan, en zulks ongeacht de vraag, of hij het product van de concurrent bepaaldelijk bekladt ¹⁴².

Enige jaren later werd aan de H.R. de vraag voorgelegd, of de Ned. Maatschappij tot bevordering der Pharmacie onrechtmatig had gehandeld door een drukwerk te verspreiden waarin werd gewezen op de lagere prijs ondanks de even goede kwaliteit van het Nederlandse product Solubarb in vergelijking tot het Zwitserse preparaat Somnifen. De

¹⁴² H.R. 22 nov. 1934, N.J. 1935 pag. 529, W. 12851, het z.g. Ochtendvoerarrest. Voor dit arrest en de verdere door mij te vermelden arresten van de H.R. verwijs ik naar Berkhouwer pag. 74-96, waarin zij uitvoeriger worden besproken.

H.R. beantwoordde deze vraag ontkennend op grond dat het streven het publiek in te lichten dat een preparaat van Nederlandse oorsprong even deugdelijk is als en tevens goedkoper is dan een buitenlands preparaat, in het algemeen niet onrechtmatig is ¹⁴³. De H.R. ging er daarbij van uit, dat de publicatie niet in strijd met de waarheid was. Van betekenis is, dat dit niet een geval van zuivere mededinging was, hetgeen blijkt uit de overweging in het arrest, dat de publicatie weliswaar mede tot het financiële belang van de leden der Maatschappij strekte, maar dat, zoals het Hof had vastgesteld, dit belang in ieder geval ondergeschikt was aan het door de Maatschappij beoogde bredere doel om het publiek een goede voorlichting te geven.

Weer enige jaren later kreeg de H.R. te beslissen, of een fabrikant van kattenbrood onrechtmatig had gehandeld door in een circulaire aan belanghebbenden een bepaalde concurrent te verwijten, dat hij kattenbrood beneden de kostprijs verkocht, en door dit in die circulaire door middel van een vergelijking van de wederzijdse prijzen toe te lichten. De H.R. overwoog ditmaal, dat voor de beantwoording van deze vraag niet beslissend is, of de gewraakte mededeling al dan niet in strijd is met de wet of de moraal, maar wèl, of die mededeling geschikt is de afnemers afkerig te maken van het doen van zaken met de desbetreffende concurrent. De H.R. voegde hieraan toe, dat het doen van mededelingen van die aard, zo zij onwaar zijn, nagenoeg altijd in strijd is met hetgeen in het maatschappelijk verkeer tegenover de concurrent (i.c. de medefabrikant) betaamt, terwijl, indien de mededeling waar is, de al dan niet onrechtmatigheid zal afhangen van de verdere omstandigheden van het geval ¹⁴⁴.

Daarop volgde een beslissing van de H.R. over een uitslating in het openbaar van een exploitant van een zwembad, dat hij met zijn broer, die eveneens een zwembad exploiteerde, geen zaken meer wilde doen, omdat die broer naar zijn smaak te veel sympathiseerde met de N.S.B. Dit laatste was gebleken juist te zijn, en de H.R. besliste toen, dat niet onrechtmatig was gehandeld, omdat in geval van ware mededelingen, al zijn die gedaan met de wetenschap, dat

¹⁴³ H.R. 24 dec. 1937, N.J. 1938 no. 601; B.I.E. 1938 pag. 49.

¹⁴⁴ H.R. 13 maart 1941, N.J. 1941 no. 660. Na terugwijzing werd de vordering toegewezen (Hof 's-Gravenhage 29 mei 1941, N.J. 1941 no. 846).

een ander daardoor nadeel kan ondervinden, alleen sprake is van een onrechtmatige daad, indien uit de verdere omstandigheden van het geval volgt, dat juist bedoelde wetenschap hem, bij inachtneming van een betamelijke zorgvuldigheid in het maatschappelijk verkeer tegenover een ander, had behoren te weerhouden van het doen van die mededeling. De H.R. overwoog daarbij verder, dat dit laatste in het bijzonder „ook” daarvan zal afhangen, of in een gegeven geval de mededeling al dan niet in het openbaar is geschied en of zij geschiedde ongevraagd dan wel op verzoek om inlichtingen of naar aanleiding van een vraag omtrent de waarheid van een bepaald feit ¹⁴⁵.

Na de laatste wereldoorlog kwam bij de H.R. ter sprake, of enige fabrikanten van door gisting bereide azijn, door hen natuurazijn genoemd, onrechtmatig hadden gehandeld door te annunceren, dat hun product voortaan te kennen zou zijn aan een blauwe N op een ongeschonden capsule, en daarbij te suggereren dat men, als men nu maar dergelijke flessen kocht, in ieder geval zeker zou zijn geen verdund chemisch azijnzuur, maar „echte” natuurazijn te krijgen. Een fabrikant van uit verduurzaamd azijnzuur bereide azijn was tegen deze annonce opgekomen en vast stond, dat alle in het geding betrokken azijn aan de voorschriften van het Azijnbesluit voldeed. Het Hof had feitelijk vastgesteld, dat de annonce aan een oppervlakkige lezer de opvatting opdroeg, dat het product van de concurrent onveilig was en niet voor gerechten kon worden gebezigd, en had op grond van deze misleiding de annonce als onrechtmatig aangemerkt. Het van dit arrest ingestelde beroep in cassatie werd door de H.R. verworpen, waarbij nog werd overwogen, dat het niet ter zake deed, dat de annonce niet tegen een bepaalde fabrikant van uit verduurzaamd azijnzuur bereid azijn, maar tegen de fabrikanten van dit product in het algemeen was gericht ¹⁴⁶. Ieder dier fabrikanten kon dus optreden.

Kort daarna ging het om een geval dat een agent van een levensverzekering-maatschappij tegen de klanten van een begrafenisfonds verdachtmakingen tegen de assuradeur die dit fonds exploiteerde had geuit, en verzekerden van het fonds had trachten te bewegen daar weg te gaan. In eerste

¹⁴⁵ H.R. 28 nov. 1941, N.J. 1942 no. 190.

¹⁴⁶ H.R. 25 mei 1951, N.J. 1951 no. 541, met noot Houwing; het z.g. Azijnarrest.

aanleg en in appèl werd de door de exploitant van het fonds ingestelde vordering ontzegd, maar de H.R. vernietigde het arrest van het Hof, op grond dat het doen van onwaarachtige mededelingen welke geschikt waren de betrouwbaarheid of soliditeit van een concurrent in een kwaad daglicht te stellen niet stroken met de zorgvuldigheid, die men als agent tegenover de concurrenten van zijn principaal in acht behoort te nemen. In deze zaak was nog als verweer gevoerd, dat degenen jegens wie de mededelingen waren gedaan, aan de inblazingen geen gehoor hadden gegeven en eerst een onderzoek hadden ingesteld, maar dit verweer deed naar het oordeel van de H.R. aan het onrechtmatig karakter van de handelingen van de agent niet af ¹⁴⁷.

Ten slotte heeft de H.R. naar aanleiding van deze vorm van mededinging in 1961 een beslissing gegeven over de vraag, of onrechtmatig was een mededeling van een vertegenwoordiger van een verkoper van Monti-bouwstenen speelgoed aan potentiële afnemers, dat deze bouwstenen veel beter waren dan de Lego-bouwstenen van de concurrent, waarbij die vertegenwoordiger tot staving van zijn mededeling een aantal Monti-bouwstenen in ongebruikte staat en een aantal Lego-bouwstenen in gebruikte staat toonde en aan de hand daarvan aanwees, dat de Lego-bouwstenen, in tegenstelling met de Monti-bouwstenen, niet goed zouden passen, zulks hoewel, zoals het Hof feitelijk vaststelde, aan de klemvastheid van de Lego-bouwstenen niets ontbrak en er geen enkele waarborg bestond dat de gebezigde Lego-bouwstenen dit product eerlijk vertegenwoordigden. Zowel in eerste aanleg als in hoger beroep werd de tegen de verkoper van de Monti-bouwstenen ingestelde vordering toegewezen, en de H.R. verwierp het tegen het arrest van het Hof ingesteld cassatieberoep, daarbij onder meer overwegende, dat er geen waarborg was geweest dat bij de vergelijking de vertoonde Lego-bouwstenen dit product eerlijk hadden vertegenwoordigd ¹⁴⁸.

Wanneer men nu deze zeven arresten van de H.R. met elkaar vergelijkt, dan is het onmogelijk, daaruit enige algemene regel af te leiden ¹⁴⁹. In meerdere arresten wordt een

¹⁴⁷ H.R. 4 jan. 1952, N.J. 1953 no. 158.

¹⁴⁸ H.R. 9 juni 1961, N.J. 1961 no. 436, B.I.E. 1961, pag. 192 no. 81.

¹⁴⁹ Als ook b.v. Houwing onder H.R. 4 jan. 1952, N.J. 1953 no.

slag om de arm gehouden; in het arrest van 22 november 1934¹⁵⁰ wordt een voorbehoud gemaakt voor „bijzondere omstandigheden”; in het arrest van 13 maart 1941¹⁵¹ werd overwogen, dat onware mededelingen „nagenoeg” altijd onrechtmatig zijn en ware mededelingen slechts ongeoorloofd zijn, als de „verdere omstandigheden” hiertoe aanleiding geven; en in het arrest d.d. 28 november 1941¹⁵² worden dan slechts enige richtlijnen gegeven, die voor de beoordeling van die „verdere omstandigheden” van belang kunnen zijn. Ik acht dit bepaald onbevredigend. Terwijl ik ten aanzien van nabootsing van een product de door de H.R. gestelde maatstaven te eng vond en deze zou willen uitbreiden, heeft de H.R. met betrekking tot de vergelijkende reclame de deur opengezet voor een zo onbegrensde casuïstiek, dat er voor een bepaalde lijn in de jurisprudentie geen plaats zou overblijven. Zo rijst hierbij voor het eerst de vraag, of de wetgever niet moet ingrijpen teneinde meer rechtszekerheid te scheppen.

Ook op dit gebied is dit echter in verband met de uitgebreide casuïstiek niet goed mogelijk. Bovendien acht ik een wettelijke voorziening ook ten deze toch niet bepaald nodig, omdat aan de hand van de hierboven vermelde arresten toch wel gegevens voor het opbouwen van enkele meer concrete richtlijnen voor de jurisprudentie kunnen worden geput.

Ik heb hierbij met name het arrest d.d. 13 maart 1941¹⁵³ op het oog, waarin een onderscheid wordt gemaakt tussen ware en onware (misleidende) mededelingen.

Onware mededelingen acht de H.R. in dit arrest „nagenoeg altijd” onrechtmatig. Het komt mij beter voor, dat men in dat geval de mededelingen steeds als ongeoorloofd zou beschouwen, omdat misleiding van het publiek in strijd met het algemeen belang is en de concurrent dan een vordering behoort te hebben om dit te kunnen corrigeren. Ik zou dus het woord „nagenoeg” willen schrappen en het doen van onware en/of misleidende vergelijkende mededelingen *ALTIJD* onrechtmatig willen achten. Ik kan ook nauwelijks een geval

158 en Berkhouwer ten aanzien van het arrest d.d. 13 maart 1941, N.J. 1941 no. 660 t.a.p. op pag. 86/87.

¹⁵⁰ N.J. 1935, pag. 529, W. 12851.

¹⁵¹ N.J. 1941 no. 660.

¹⁵² N.J. 1942 no. 190.

¹⁵³ N.J. 1941 no. 660.

voorstellen, waarin bij wijze van uitzondering een dergelijke mededeling als toelaatbaar zou kunnen worden beschouwd. Zelfs op het terrein van de „schuld” behoort men ten deze streng te zijn, want van degenen die zich gaat uitlaten over de zaak of over de waren van een concurrent mag worden verlangd, dat hij er zich vooraf grondig van overtuigt of hetgeen hij gaat aankondigen in overeenstemming met de waarheid is. Wil men echter een achterdeur openhouden, dan kan deze uitsluitend worden aanvaard als „rechtvaardigingsgrond” waarop de gedaagde partij zich uitdrukkelijk moet beroepen. Een dergelijke grond zou dan aanwezig kunnen zijn, wanneer een deugdelijk onderzoek is ingesteld op grond waarvan men te goeder trouw mocht aannemen, dat hetgeen men gaat mededelen juist is, en de mededeling ook op andere gronden niet ongeoorloofd was. Deze rechtvaardigingsgrond zou eventueel door de gedaagde partij moeten worden aangetoond. De verwerende partij zal harerzijds het niet-misleidend karakter van de reclame hebben te bewijzen¹⁵⁴, nadat de eisende partij heeft aangetoond dat het publiek op een dwaalspoor is of kon worden gebracht¹⁵⁵, en het doet daarbij niet ter zake, of er sprake is van een bepaalde leugen of een halve waarheid, dan wel van insinuaties, suggesties of manoeuvres e.d.¹⁵⁶. Evenmin is van betekenis, of de vergelijking tegen met name genoemde concurrenten of tegen bepaalde waren, dan wel tegen concurrenten of artikelen in het algemeen is gericht.

Wanneer de vergelijking niet onwaar of misleidend is, kan voor het al dan niet toelaatbare moeilijker een maatstaf worden gevonden, want dan is van schending van het algemeen belang niet of nauwelijks sprake; integendeel kan het algemeen belang het dan wenselijk doen zijn, dat het publiek wordt voorgelicht. In dat geval moet dus enerzijds het algemeen belang in het oog worden gehouden en anderzijds de

¹⁵⁴ Zie Hof Amsterdam 5 nov. 1936, N.J. 1937 no. 1036; Hof 's-Hertogenbosch 22 febr. 1955, N.J. 1955 no. 607 en Pres. Rb. Groningen 5 maart 1955, N.J. 1956 no. 506.

¹⁵⁵ Vgl. b.v. Pres. Rb. Amsterdam 5 jan. 1940, B.I.E. 1940 pag. 30; Hof Leeuwarden 20 maart 1940, N.J. 1940 no. 843, B.I.E. 1940 pag. 136; Pres. Rb. Middelburg 18 aug. 1948, N.J. 1949 no. 93; H.R. 25 mei 1951, N.J. 1951 no. 541; Pres. Rb. Dordrecht 20 nov. 1957, N.J. 1958 no. 366 en Hof 's-Gravenhage 6 mei 1959, N.J. 1960 no. 217.

¹⁵⁶ Aldus ook Beerman, praeadvies, pag. 140 v.v.

zorgvuldigheid en betamelijkheid welke men jegens concurrenten in acht moet nemen. Slechts wanneer het evenwicht hiertussen teveel ten nadele van laatstgenoemde factor wordt verstoord, is er sprake van een ongeoorloofde handeling.

Het komt dan dus inderdaad neer op de „verdere omstandigheden”, en daarbij is dan aan een zekere casuïstiek niet te ontkomen. De bijverschijnselen zullen hierbij de doorslag moeten geven.

Niettemin kan ik wel enige omstandigheden noemen, die voor de beslissing of er al dan niet van een ongeoorloofde handeling sprake is een rol spelen. Als zodanig vermeld ik:

- a. of en in hoever de mededelingen en hun inhoud noodzakelijk zijn voor een goede voorlichting van het publiek; met name om bij het publiek een verkeerde voorstelling van zaken recht te zetten ¹⁵⁷;
- b. in hoever men bij de voorlichting van het publiek eigen belangen nastreeft ¹⁵⁸;
- c. of de persoon of het bedrijf van de concurrent dan wel diens waren worden vergeleken. In het eerste geval zal eerder een ongeoorloofde handeling worden aangenomen dan in het laatste geval, daar het in het algemeen onbetamelijker is zich over personen of bedrijven en hun reputatie in ongunstige zin uit te laten dan over waren van concurrenten ¹⁵⁹;
- d. in hoever er bepaald sprake is van afbrekende of denigrerende uitlatingen. Zo zal het wijzen op de minderwaardigheid van het product van de concurrent in het

¹⁵⁷ Dus analoog met de maatstaf „onnodigheid” die de H.R. bij nabootsing van producten aanlegt. Zie verder voor dit criterium b.v. Rb. Groningen 11 dec. 1942, N.J. 1943 no. 517 en Hof 's-Hertogenbosch 6 nov. 1945, N.J. 1947 no. 559.

¹⁵⁸ Vgl. H.R. 24 dec. 1937, N.J. 1938 no. 601, B.I.E. 1938 pag. 49.

¹⁵⁹ Vgl. Beerman, praeadvies pag. 148 bij zijn bespreking van het arrest van de H.R. d.d. 24 dec. 1937, N.J. 1938 no. 601, B.I.E. 1938 pag. 49. Zie voor deze gevallen Hof 's-Hertogenbosch 5 dec. 1933, N.J. 1934 pag. 1379; Hof Amsterdam 3 april 1936, N.J. 1936 no. 684; Hof 's-Hertogenbosch 6 nov. 1945, N.J. 1947 no. 559; Pres. Rb. Almelo 28 nov. 1945, N.J. 1946 no. 70; Rb. Utrecht 1 febr. 1950, N.J. 1951 no. 235; Hof Amsterdam 16 nov. 1951, N.J. 1952 no. 33 (anders: in eerste aanleg Rb. Amsterdam 9 jan. 1951, N.J. 1952 no. 33) en Hof Leeuwarden 27 juni 1956, N.J. 1956 no. 597. In zover is het in noot 103 vermelde vonnis van de Rb. te Rotterdam d.d. 25 jan. 1929 m.i. wel juist.

algemeen ongeoorloofd zijn ¹⁶⁰. Wanneer daarentegen uitsluitend prijzen met elkaar worden vergeleken, zou ik geneigd zijn dit zonder meer nog niet ongeoorloofd te achten, en in dat geval andere vermelde of nog te vermelden factoren als doorslaggevend te beschouwen. De jurisprudentie vindt dit echter gewoonlijk ongeoorloofd, al is zij soms naar mijn mening niet voldoende gemotiveerd ¹⁶²;

- e. of men zich tegen concurrenten in het algemeen richt dan wel tegen een bepaalde concurrent. Het laatste is ernstiger en kan bij ware mededelingen de schaal ook wel eens doen doorslaan.
- f. of de mededeling in het openbaar dan wel in beperkte kring, alsmede of zij al dan niet ongevraagd wordt gedaan ¹⁶³.

Een of meer van dergelijke factoren kunnen hetzij afzonderlijk hetzij tezamen het onrechtmatig karakter van uit ware mededelingen bestaande vergelijkende reclame bepalen. En al verkrijgt men ook langs deze weg geen volkomen

¹⁶⁰ Vgl. Rb. Amsterdam 17 okt. 1930, N.J. 1931 pag. 565; Pres. Rb. Alkmaar 22 april 1932, N.J. 1933 pag. 1079; Rb. Amsterdam 18 dec. 1933, N.J. 1933 pag. 424, bekrachtigd door Hof Amsterdam 17 okt. 1934, W. 12831; Pres. Rb. Breda 1 sept. 1936, N.J. 1936 no. 911; Hof Amsterdam 1 nov. 1939, N.J. 1940 no. 721, B.I.E. 1940 pag. 25; Hof Amsterdam 31 jan. 1940, N.J. 1940 no. 809; Hof Amsterdam 16 okt. 1941, N.J. 1942 no. 703; Pres. Rb. Middelburg 18 aug. 1948, N.J. 1949 no. 93, bekrachtigd door Hof 's-Gravenhage 4 mei 1949, N.J. 1949 no. 705, en Pres. Rb. Dordrecht 13 aug. 1957, N.J. 1958 no. 182. Anders; Rb. Almelo 6 jan. 1937, N.J. 1937 no. 885; Rb. Rotterdam 17 juni 1938, N.J. 1939 no. 580; en Rb. Zwolle 21 maart 1956, N.J. 1957 no. 570, dat m.i. te mild voor de gedaagde uitviel. Ook Bregstein meende in W.P.N.R. 4303-4306, dat de jurisprudentie te spoedig een onrechtmatige gedraging aanneemt.

¹⁶¹ Zie b.v. Pres. Rb. Breda, 1 sept. 1936, N.J. 1936 no. 911; Hof Amsterdam 18 maart 1937, N.J. 1938 no. 32 en Pres. Rb. Groningen 5 jan. 1954, N.J. 1954 no. 527, bekrachtigd door Hof Leeuwarden 5 jan. 1955, B.I.E. 1956 pag. 27 no. 14. Anders, en wel in de door mij aangegeven zin: Hof Amsterdam 9 juli 1937, B.I.E. 1938 pag. 1. Ook werd prijsvergelijking onrechtmatig geacht door Hrb. Aalst 7 maart 1961, R.W. 1961/62 kolom 1268, maar in die zaak bestond een bijzondere verhouding tussen partijen.

¹⁶² Zie b.v. nog in dit verband Hof Amsterdam 1 nov. 1939, N.J. 1940 no. 721. Het Hof nam ontoelaatbaar parasiteren aan, hoewel het ging om vergelijking en van verwarring niet in het arrest blijkt.

¹⁶³ Vgl. H.R. 28 nov. 1941, N.J. 1942 no. 190.

rechtszekerheid, zo kan men zich aldus toch naar enkele criteria richten. In ieder geval blijkt, dat het niet mogelijk is op dit terrein een wettelijke voorziening te treffen. De onrechtmatigheid kan daarvoor van te veel elementen afhangen.

In België wordt bij het K.B. van 23 december 1934 verboden valse of zelfs niet geheel juiste mededelingen over concurrenten, hun bedrijven en hun waren te geven. Dit heeft ten gevolge, dat in dergelijke gevallen steeds een vordering tot stopzetting van de reclame slaagt ¹⁶⁴.

3. *De afweerreclame.*

Bij deze vorm van reclame gaat het om mededelingen ter afweer van door de wederpartij verrichte of te duchten onrechtmatige schadetoebrengende handelingen. Ook op dit terrein bestaan enige arresten van de H.R., die als maatgevend kunnen worden beschouwd, n.l. twee, respectievelijk in 1935 en 1946 gewezen arresten.

In het arrest van 1935 achtte de H.R. een circulaire, waarin een gewezen werkgever aan zijn filiaalhouders bekend maakte op welke gronden hij een hunner had ontslagen, geoorloofd, nu de circulaire slechts in beperkte kring was verspreid ¹⁶⁵. Het is mij niet gebleken, of de werknemer zijn vroegere werkgever was gaan beconcurreren en in ieder geval speelde dit geen rol.

Het in 1946 berechte geval heeft meer betekenis voor de afweerreclame. Toen was onderwerp van geschil een brief, waarin iemand zijn vroegere medevenoot, die bij ontbinding der vennootschap het recht had gekregen de oude gemeenschappelijke firmanaam te blijven voeren en die naderhand wegens valsheid in geschrift was veroordeeld, sommeerde de naam van de briefschrijver – waaronder deze inmiddels ook zelf handel was gaan drijven – uit de vroegere gemeenschappelijke firmanaam te verwijderen onder bedreiging, dat hij anders per advertentie in de grote bladen bekend zou maken, dat hij vier jaar tevoren uit de firma was

¹⁶⁴ Zie in dit verband Hrb. Arlon 7 maart 1947, P. 1947. III. 85; Hof van Verbreking 4 nov. 1954, P. 1955. I. 187; Hof Brussel 2 jan. 1957, P. 1958. II. 113; Hrb. Antwerpen 15 jan. 1959, R.W. 1960/61 kolom 342, bekrachtigd door Hof Brussel 14 mei 1960, R.W. 1960/61 kolom 329.

¹⁶⁵ H.R. 19 dec. 1935, N.J. 1936 no. 559.

getreden en dat hij niets te maken had met de tegen zijn gewezen compagnon uitgesproken veroordeling ter zake van valsheid in geschrift. Zowel de Rechtbank en het Hof als de H.R. achtten dit dreigement niet onrechtmatig. De H.R. overwoog daartoe onder meer dat, al werd door de bedoelde mededeling per advertentie, welke overeenkomstig de waarheid bleek te zijn, de reputatie van de vroegere medevennoot aangetast, dit de schrijver van de brief in de gegeven omstandigheden niet had behoeven te weerhouden van het doen der mededeling¹⁶⁶. Hier was sprake van afweer tegen dreigende aantasting van eigen reputatie.

Gewoonlijk bestaat de afweerreclame uit waarschuwingen aan het publiek tegen dreigende inbreuk op octrooien of merken waarop men recht heeft. In beginsel worden dergelijke waarschuwingen geoorloofd geacht, maar zij moeten dan toch aan verschillende voorwaarden voldoen.

In de eerste plaats mogen zij niet misleidend of onwaar zijn¹⁶⁷. Wanneer dit wel het geval is — en m.i. moet degenen die de waarschuwing lanceert de waarheid van de inhoud bewijzen¹⁶⁸ — zal de waarschuwing onrechtmatig zijn¹⁶⁹. Het komt wel voor, dat dan ook nog wordt onderzocht en als doorslaggevend wordt beschouwd, of de steller van de waarschuwing te goeder trouw was¹⁷⁰, maar dat mag m.i.

¹⁶⁶ H.R. 16 mei 1946, N.J. 1946 no. 564, door Berkhouwer het „Dreigementsarrest” genoemd. Berkhouwer kan zich met dit arrest niet verenigen (t.a.p. pag. 90), omdat z.i. ook andere middelen hadden kunen zijn aangewend. De noodzaak van de brief is echter een feitelijke vraag, die voor mijn praeadvies van geen betekenis is. Juridisch gezien, acht ik het arrest van de H.R. juist. Vgl. ook Rb Haarlem 11 nov. 1958, N.J. 1959 no. 445.

¹⁶⁷ Zie naar deze maatstaf Hof Amsterdam 4 jan. 1929, te vinden in H.R. 19 dec. 1929, N.J. 1930 pag. 180; Pres. Rb. 's-Gravenhage 9 nov. 1929, W. 12057; Pres. Rb. 's-Gravenhage 9 dec. 1929, W. 12061; Hof 's-Gravenhage 26 maart 1934, N.J. 1935 pag. 138; Rb. Rotterdam 5 juli 1934, N.J. 1935 pag. 901 en Pres. Rb. Amsterdam 29 okt. 1934, N.J. 1935 pag. 558, B.I.E. 1935 pag. 77.

¹⁶⁸ Zie b.v. Hof 's-Hertogenbosch 25 jan. 1927, N.J. 1927 pag. 1283.

¹⁶⁹ Zie b.v. Hof 's-Hertogenbosch 25 jan. 1927, N.J. 1927 pag. 1283; Rb. Rotterdam 4 nov. 1930, N.J. 1930 pag. 598 en Rb. Utrecht 21 nov. 1934, N.J. 1936 no. 567. Deze beslissingen betroffen overigens niet zozeer afweerreclame als wel waarschuwingen van het publiek tegen knoeierij.

¹⁷⁰ Zie b.v. Rb. Arnhem 14 juni 1923, te vinden in Hof Arnhem 23 juni 1925, N.J. 1926 pag. 934, W. 11397. Hoewel het Hof hierbij, evenals de Rechtbank, de goede trouw beoordeelde, maar deze,

alleen als factor gelden, wanneer de aangesprokene van te voren een grondig en deugdelijk onderzoek omtrent de waarheid van zijn mededeling heeft ingesteld. In dat geval kan afwezigheid van schuld worden aangenomen.

Meermalen zal tegen dergelijke afweerreclame in kort geding worden opgekomen. Dan rijst de moeilijkheid, dat een kort geding zich in het algemeen niet leent voor een uitvoerige instructie door middel waarvan de waarheid kan worden vastgesteld. Terecht is de jurisprudentie in zover soepel en neemt zij de rechtmatigheid van een waarschuwing voorshands aan, tenzij aannemelijk is, dat de steller lichtvaardig of te kwader trouw heeft gehandeld ¹⁷¹. Soms wordt hieraan toegevoegd dat de rechtmatigheid alleen wordt aangenomen, omdat nog niet bij gewijsde is beslist, dat de door de steller van de waarschuwing gepretendeerde rechten hem niet toekomen ¹⁷², en zelfs wordt wel in het uitzicht gesteld dat, wanneer zulks naderhand zou blijken, alsnog schadevergoeding kan worden gevorderd ¹⁷³.

Voorts mogen waarschuwingen slechts strekken tot noodzakelijke verdediging tegen inbreuk van eigen rechten en belangen en mogen zij geen dreigementen met strafakties, inbeslagnemingen e.d. inhouden, waardoor bij het publiek vrees kan ontstaan voor onaangename gevolgen voor geval men de waarschuwing niet in acht neemt ¹⁷⁴.

in tegenstelling tot de Rechtbank niet aanwezig achtte, werd het vonnis toch op andere gronden bekrachtigd.

¹⁷¹ Zie b.v. Pres. Rb. 's-Gravenhage 1 april 1952, bekrachtigd door Hof 's-Gravenhage 25 maart 1953, beide te vinden in B.I.E. 1955 pag. 37 no. 15, en Pres. Rb. Amsterdam 4 nov. 1955, Praktijk-gids R.A. no. 415. Volgens de Haan (B.I.E. 1955 pag. 34 v.v.) behoort de President de waarheid te onderzoeken, maar zoals hierboven blijkt deel ik die mening niet, omdat de aard van het kort geding zich meestal hiertoe niet leent. Als de Haan: Pres. Rb. 's-Gravenhage 17 april 1934, B.I.E. 1934 pag. 127.

¹⁷² Zie b.v. Hof Amsterdam 8 sept. 1932, B.I.E. 1933 pag. 3.

¹⁷³ Zie b.v. Hof Amsterdam 25 juni 1954, B.I.E. 1955 pag. 38 no. 16, waarbij vernietigd werd een vonnis van de President van de Rb. te Amsterdam d.d. 19 jan. 1954, B.I.E. 1955 pag. 38 no. 16. De President had zonder meer de onrechtmatigheid van de waarschuwing aangenomen.

¹⁷⁴ Zie b.v. Pres. Rb. Rotterdam 5 april 1932, N.J. 1933 pag. 1151, W. 12498, en Pres. Rb. Rotterdam 4 maart 1937, B.I.E. 1939 pag. 30. Anders: Hof Arnhem 3 nov. 1931, N.J. 1932 pag. 543, W. 12399, waarin zelfs het dreigement dat in strijd met het desbetreffende octrooi gekochte goederen zouden worden weggehaald niet onrechtmatig werd geacht. Minder juist vind ik Rb. Rotterdam

Ten slotte mag een waarschuwing niet meer inhouden dan strikt noodzakelijk is en dus ook niet onnodig grievend zijn voor het bedrijf of de persoon waartegen zij is gericht, noch onnodig de reputatie van dat bedrijf of van die persoon aantasten ¹⁷⁵.

Daar deze richtlijnen vrij algemeen in acht worden genomen, is de ontwikkeling van de jurisprudentie op dit gebied naar mijn mening bevredigend en acht ik een nadere wettelijke voorziening in dit opzicht onnodig.

HOOFDSTUK VII

Rechtstreekse of slinkse aanvallen op de concurrent in diens bedrijfsuitoefening.

Hieronder versta ik het afhandig maken van cliëntèle en transacties met ongeoorloofde middelen, alsmede het belemmeren van de concurrent in diens bedrijfsuitoefening ter vergroting van eigen omzet.

Wat dit laatste betreft, dit wordt algemeen onrechtmatig geacht ¹⁷⁶.

Nauw in verband met feitelijke storingen of belemmerin-

21 maart 1928, W. 11893, waarin een krachtige afweer-aanval op de concurrent met scherpe kwalificaties aan zijn adres niet onrechtmatig werd geoordeeld op de grond, dat het publiek in die aanval wel geen belang zou stellen.

¹⁷⁵ Vgl. Pres. Rb. Rotterdam 30 nov. 1929, N.J. 1930 pag. 36; Pres. Rb. 's-Gravenhage 9 dec. 1929, W. 12061; Rb. Utrecht 5 april 1933, N.J. 1935 pag. 669; Rb. Rotterdam 6 maart 1934, bekrachtigd door Hof 's-Gravenhage 16 nov. 1934 beide te vinden in N.J. 1935, pag. 453; Rb. Utrecht 24 okt. 1934, N.J. 1936 no. 573; Rb. Amsterdam 3 april 1936, N.J. 1936 no. 684; Hof Amsterdam 5 nov. 1936, N.J. 1937 no. 1036; Hof Amsterdam 14 jan. 1937, N.J. 1937 no. 1127; Hof 's-Hertogenbosch 6 nov. 1945, N.J. 1947 no. 559 en Pres. Rb. Groningen 22 okt. 1957, N.J. 1958 no. 207. In laatst genoemd vonnis werd tevens in reconventie de staking bevolen van de handelingen, waartegen in de door de President als onnodig grievend onrechtmatig geachte waarschuwing was opgekomen. Anders: Rb. Amsterdam 20 mei 1938, N.J. 1939 no. 543.

¹⁷⁶ Ten deze zijn vooral leerzaam de beslissingen gewezen in de zaak van Hasselt tegen Brenninkmeyer, welke zaak omstreeks 40 jaar geleden nog al geruchtmakend was. Zie over deze zaak Pres. Rb. Amsterdam 8 nov. 1923, W. 11130; Hof Amsterdam 11 jan. 1929, W. 12026; H.R. 29 nov. 1929, N.J. 1930 pag. 293 W. 12101; Hof Amsterdam 13 febr. 1931, N.J. 1931 pag. 916 W. 12300 en H.R. 29 jan. 1932 N.J. 1932 pag. 330 W. 12404. Andere voorbeelden vindt men in het arrest van het Hof te Arnhem d.d. 4 dec. 1928, N.J.

gen staan de boycott en de plaatsing op een zwarte lijst of stoplijst. In zover is er verschil met de reeds besproken feitelijke storingen en belemmeringen, dat de boycottaktie en de plaatsing op lijsten gewoonlijk niet van individuele concurrenten uitgaat, maar van een collectiviteit (de vakgroep e.d.).

Uiteraard past in het kader van dit praeadvies alleen de behandeling van de economische boycott, en niet die van de sociale boycott, welke laatste gewoonlijk van vakverenigingen uitgaat. Uitlokking tot een sociale boycott door een of meer concurrenten, kan echter voor mijn onderwerp wel van betekenis zijn, daar dit gelijk staat met het aanzetten door een concurrent tot economische boycott.

In het algemeen wordt economische boycott, alsmede plaatsing op een zwarte lijst, of de bedreiging met een van die maatregelen geoorloofd geacht, wanneer geen bijverschijnselen tot een andere conclusie leiden. Ik kan mij hiermede verenigen, want het gaat hier om een algemeen erkend strijdmiddel in de economische belangenstrijd en om de vrijheid om hetzij individueel hetzij als groep geen handel te drijven met personen of ondernemingen die niet welgevallig zijn, en zo nodig dergelijke personen en bedrijven van de onderlinge handel uit te sluiten; ongeacht de vraag of de uitgeslotene zich zijnerzijds had misdragen. Ook de Nederlandse jurisprudentie huldigt doorgaans dit standpunt¹⁷⁷. Aldus kunnen ook verkopers hen weren, die zich niet aan de

1929 pag. 803 en in het vonnis van de President van de Rechtbank te Rotterdam d.d. 27 nov. 1934, N.J. 1935 pag. 1136. Geen onrechtmatige daad werd aangenomen door het Hof te 's-Gravenhage in zijn arrest d.d. 16 nov. 1931, N.J. 1932 pag. 313, waarbij het ging om het afhandig maken van een agentschap zonder onoirbare middelen. Het Hof achtte daarbij irrelevant, dat de handeling in strijd was met de ereregelen van de desbetreffende vakgroep.

¹⁷⁷ Zie b.v. Rb. Amsterdam 28 febr. 1921, N.J. 1921 pag. 775; Rb. Amsterdam 24 juni 1921, N.J. 1922 pag. 519; Kant. Amsterdam 19 juli 1926, N.J. 1926 pag. 1296; Rb. Amsterdam 17 okt. 1927, N.J. 1929 pag. 46; Rb. Amsterdam 25 nov. 1929, W. 12095; Hof Amsterdam 22 dec. 1932, W. 12565, cass. ber. verworpen door H.R. 26 mei 1933, N.J. 1933 pag. 997, W. 12670; Hof 's-Gravenhage 4 dec. 1933, N.J. 1934 pag. 766; Pres. Rb. Amsterdam 11 okt. 1934, N.J. 1934 pag. 1584; Pres. Rb. Amsterdam 26 febr. 1935, N.J. 1937 no. 746; Pres. Rb. Rotterdam 9 april 1935, N.J. 1935 pag. 1414, W. 12992; Rb. Haarlem 12 nov. 1935, N.J. 1937 no. 654; Hof 's-Gravenhage 27 maart 1936, N.J. 1936 no. 426; Hof Amsterdam 29 april 1936, N.J. 1937 no. 166; Pres. Rb. Amsterdam 4 mei 1936, N.J.

vastgestelde regelen houden of weigeren zich tot nakoming van die regelen te verbinden; dit echter voor zover wettelijke voorschriften zich niet daartegen verzetten ¹⁷⁸.

Maar ook bij het nemen van dergelijke maatregelen moeten weer de normen van betamelijkheid in acht worden genomen zodat de boycott of de plaatsing op een stoplijst in bepaalde omstandigheden onrechtmatig kan worden. Daarvan is in de jurisprudentie o.m. sprake:

- a. wanneer de maatregel op feiten is gegrond waarvan de waarheid niet kan worden aangetoond; met name wanneer dergelijke feiten worden bekend gemaakt; in het algemeen dus, wanneer met misleidende argumenten wordt gewerkt ¹⁷⁹. In die gevallen kan de aangesprokene slechts beroep doen op afwezigheid van schuld, wanneer hij vooraf een onderzoek heeft ingesteld en hem omtrent de deugdelijkheid van dat onderzoek niets is te verwijten ¹⁸⁰;
- b. wanneer de maatregel wordt genomen, omdat de betrokkene niet voldoet aan een van hem verlangde, doch niet door hem verschuldigde prestatie, c.q. wanneer men met de maatregel druk op hem wil uitoefenen tot het aanvaarden c.q. nakomen van een dergelijke prestatie ¹⁸¹;
- c. wanneer de maatregel vergezeld gaat van ongeoorloof-

1937 no. 777; Pres. Rb. Amsterdam 15 juli 1950, N.J. 1950 no. 683; Hof Amsterdam 28 juli 1951, N.J. 1951 no. 695 en Hof Amsterdam 8 jan. 1953, N.J. 1953 no. 714. In dezelfde geest Pfeffer t.a.p. pag. 323 v.v., en Veldkamp t.a.p. pag. 83 v.v. Slechts enkele beslissingen aanvaardden deze vrijheid niet; zo b.v. Pres. Rb. Amsterdam 4 nov. 1929, W. 12068, en enkele van de in noot 184 te vermelden beslissingen. In België geldt in beginsel hetzelfde; zie De Caluwé in S.E.W. 1963 pag. 21.

¹⁷⁸ In Hoofdstuk IX ga ik hierop nader in.

¹⁷⁹ Vgl. Rb. 's-Gravenhage 17 nov. 1921, N.J. 1922 pag. 301; Hof Amsterdam 4 jan. 1929, W. 12034, cass. ber. verworpen door H.R. 19 dec. 1929, N.J. 1930 pag. 180; Rb. Rotterdam 28 maart 1929, W. 12019; Rb. Haarlem 14 okt. 1930, N.J. 1931 pag. 875; Rb. Amsterdam 9 febr. 1934, N.J. 1935 pag. 229 en Hof 's-Gravenhage 26 okt. 1949, N.J. 1950 no. 472.

¹⁸⁰ Vgl. Hof Amsterdam 4 jan. 1929, W. 12034 en Pres. Rb. Almelo 28 nov. 1945, N.J. 1946 no. 70.

¹⁸¹ Vgl. Rb. Amsterdam 13 juni 1930, N.J. 1930 pag. 1633, W. 12245, bekrachtigd door Hof Amsterdam 24 maart 1931, N.J. 1931 pag. 1115, W. 12323, en Pres. Rb. Amsterdam 13 juli 1951, N.J. 1952 no. 339.

- de middelen, zoals bedreiging van derden met nadeel wanneer zij niet medewerken, en/of beledigingen ¹⁸²;
- d. wanneer de belangen van derden worden benadeeld ¹⁸³;
- e. wanneer de maatregel te sterk ingrijpt, tot te ver gaande publiciteit leidt, en in het algemeen wanneer zij onredelijk wordt geacht ¹⁸⁴.

De hierboven sub a-d vermelde beperkingen in de vrijheid van boycott en plaatsing op een zwarte lijst acht ik juist. Met het door mij onder e vermelde criterium dient men echter voorzichtig te zijn en in zover gaat de Nederlandse rechter m.i. soms wel eens te ver. Hij heeft niet als censor morum op te treden ¹⁸⁵, en mag m.i. de redelijkheid slechts dan als doorslaggevend beschouwen, wanneer geen redelijk mens aldus zou hebben gehandeld. Wanneer de rechter zich aan afweging van belangen gaat wagen, ontstaat het gevaar, dat hij ook ongemotiveerd medelijden laat gelden.

Het vraagstuk van boycott en plaatsing op stoplijsten is ingewikkelder geworden door het E.G.K.S.-verdrag en het E.E.G.-verdrag, waarin zowel discriminatoire handelingen en maatregelen ¹⁸⁶ als misbruik maken van economische machtspositie ¹⁸⁷ zijn verboden. Ik zal deze verdragen in Hoofdstuk IX nader behandelen, maar te dezer plaatse moet ik reeds

¹⁸² Vgl. Rb. Amsterdam 8 april 1929, W. 12005; Pres. Rb. Rotterdam 30 nov. 1929, N.J. 1930 pag. 36; Rb. Amsterdam 1 april 1930, N.J. 1930 pag. 1305, W. 12180 en Hof Amsterdam 15 april 1931, W. 12325.

¹⁸³ Vgl. Hof Amsterdam 19 juli 1949, N.J. 1949 no. 617.

¹⁸⁴ Vgl. Hof Amsterdam 22 dec. 1932, W. 12565, cass. ber. verworpen door H.R. 26 mei 1933, N.J. 1933 pag. 997, W. 12670; Rb. Rotterdam 6 nov. 1933, N.J. 1934, pag. 1530, W. 12768 (echter vernietigd door Hof 's-Gravenhage 27 maart 1936, N.J. 1936 no. 426); Hof 's-Hertogenbosch 12 dec. 1933, N.J. 1934 pag. 1381, W. 12841; Rb. Amsterdam 16 nov. 1934, N.J. 1935 pag. 991 (echter in zover vernietigd door het in noot 177 vermelde arrest van het Hof te Amsterdam d.d. 29 april 1936, N.J. 1937 no. 166); Pres. Rb. Amsterdam 29 nov. 1937, N.J. 1939 no. 216 en Pres. Rb. Zutphen 24 maart 1949, N.J. 1950 no. 151.

¹⁸⁵ Aldus zeer juist Rb. Amsterdam 24 juni 1921, N.J. 1922 pag. 519. Anders: Dorhout Mees t.a.p. pag. 184.

¹⁸⁶ Zie artt. 4 j°. 65 E.G.K.S.-verdrag en art. 7 E.E.G.-verdrag.

¹⁸⁷ Zie artt. 65 v.v. E.G.K.S.-verdrag en artt. 85 v.v. E.E.G.-verdrag. Het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen omschreef in zijn vonnis d.d. 12 juli 1962 (jaargang 1962 pag. 393) op pag. 416 onrechtmatige boycott ongeveer in dezelfde zin als ik hierboven heb aangegeven.

opmerken, dat boycot en plaatsing op een stoplijst dus ook onrechtmatig kunnen zijn bij discriminatie op grond van nationaliteit, bij bedreiging met dumping in een ander land¹⁸⁸, of wanneer men aldus misbruik maakt van een economische machtspositie op de gemeenschappelijke markt en/of daarmee op handelspartners ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties tracht toe te passen.

Naast de openlijke aanvallen op de concurrent in diens bedrijfsuitoefening staan de slinkse aanvallen. Daaronder valt o.m. het door mij reeds genoemde aanzetten tot een economische of sociale boycot. Zolang daarbij geoorloofde middelen worden aangewend acht ik dit niet onrechtmatig, ongeacht de geoorloofdheid van de boycot zelf, daar degeen die de boycot uitvoert een eigen verantwoordelijkheid heeft.

Wanneer slinkse aanvallen een misleidend karakter hebben, zijn zij zonder meer ongeoorloofd¹⁸⁹. Als voorbeeld noem ik het zich voordoen als degeen, met wie de wederpartij een transactie had willen afsluiten¹⁹⁰; voordelen trachte te verkrijgen met gebruikmaking van zijn bijzondere verhouding tot derden, die in dit opzicht zelf verplichtingen op zich hebben genomen¹⁹¹; het opkopen van bij de concurrent gestolen goederen¹⁹², enz. Bijzonder weezinwekkend waren in dit verband de pogingen in de laatste wereldoorlog om het bedrijf van joodse concurrenten onder beheer te doen stellen teneinde dit tot zich te trekken¹⁹³.

Terecht worden dergelijke manipulaties door de jurisprudentie gewraakt, en bij het aanwenden van zulke middelen is het afhandig maken van cliënten en transacties uiteraad onrechtmatig.

¹⁸⁸ Zie in dit verband de motivering in het vonnis van Pres. Rb. 's-Gravenhage d.d. 14 dec. 1960, N.J. 1961 no. 51, S.E.W. 1960/61 (Europa) pag. 265 (de beslissing zelf steunt in zover op feitelijke gronden). Het vonnis werd gewezen in de overgangperiode van de E.E.G. (vgl. Hoofdstuk IX van dit praeadvies).

¹⁸⁹ Vgl. voor deze maatstaf H.R. 13 nov. 1919, N.J. 1920 pag. 3.

¹⁹⁰ Vgl. Rb. Amsterdam (strafk.) 10 febr. 1916, N.J. 1916 pag. 302; Rb. Rotterdam 11 nov. 1921, W. 10861; Rb. Utrecht 5 maart 1947, N.J. 1947 no. 599 sub d en het daarop in hoger beroep gewezen arrest van Hof Amsterdam, 29 april 1948, N.J. 1948 no. 486.

¹⁹¹ Vgl. Pres. Rb. Arnhem 28 febr. 1948, N.J. 1948 no. 244, bekrachtigd door Hof Arnhem 4 jan. 1949, N.J. 1949 no. 580.

¹⁹² Vgl. Rb. Rotterdam 2 juni 1944, N.J. 1944/45 no. 736.

¹⁹³ Vgl. Rb. Rotterdam 24 juni 1949, N.J. 1950 no. 331, bekrachtigd door Hof 's-Gravenhage 22 dec. 1950, N.J. 1952 no. 449.

De ontwikkeling van de rechtspraak is op dit gebied m.i. voldoende bevredigend, zodat ik geen aanleiding aanwezig acht voor een nadere wettelijke regeling.

HOOFDSTUK VIII

Markt- en prijsbederf.

Bij markt- en prijsbederf gaat het om de frustrering van pogingen van de concurrent om zijn artikelen op de door hem gewenste condities ongeschonden in het verkeer en bij de consument te brengen.

I. Het Marktbederf.

Hieronder versta ik iedere handeling, waardoor de reputatie van het artikel van de concurrent wordt aangetast. Met name denk ik hierbij aan merkartikelen. Als voorbeeld noem ik het aanbieden en verkopen van dergelijke artikelen door een niet-merkgerechtigde, op een wijze die afbreuk doet aan de reputatie van het merk. Hoewel in deze gevallen ook wel elementen van aanhaken of aanleunen zijn terug te vinden¹⁹⁴, acht ik het feit van de aantasting van de reputatie van het artikel op zich zelf zo ernstig, dat ik dit reeds doorslaggevend zou willen achten, mits de reputatie dan ook inderdaad bepaaldelijk benadeeld en niet alleen verwaterd is. Ook de Nederlandse rechter beschouwt dergelijke handelingen gewoonlijk terecht als onrechtmatig, indien aannemelijk is, dat de reputatie of de onderscheidende kracht van het merkartikel is aangetast dan wel er gevaar voor verwarring is¹⁹⁵.

Beroep op afwezigheid van schuld kan weer alleen worden gedaan, indien men een zodanig deugdelijk onderzoek heeft ingesteld als in het licht van de omstandigheden mag wor-

¹⁹⁴ Zie b.v. Rb. Utrecht 3 nov. 1948, B.I.E. 1954 pag. 2 no. 1a en de in noot 107 aangehaalde beslissingen.

¹⁹⁵ Vgl. Pres. Rb. Rotterdam 24 nov. 1933, N.J. 1934 pag. 1419; Pres. Rb. Rotterdam 16 april 1934, W. 12791; Hof Amsterdam 20 jan. 1938, B.I.E. 1938 pag. 51 en Pres. Rb. Almelo 13 juni 1961, B.I.E. 1962 pag. 151 no. 50 (onrechtmatig geacht tegenover de consumenten, maar m.i. eveneens onrechtmatig jegens de schade-lijdende concurrenten). Zie voor België in deze geest Hof Gent 14 juli 1939, P. 1940. II. 37. Anders: Rb. Rotterdam 18 okt. 1928, W. 11954 en Rb. Rotterdam 7 febr. 1935, N.J. 1935 pag. 812 (het vervolg van Pres. Rb. Rotterdam 24 nov. 1933, N.J. 1934 pag. 1419; ten slotte werd aangenomen, dat er geen schade van betekenis was).

den verlangd ¹⁹⁶ en ook in ander opzicht geen schuld kan worden aangenomen.

Onder deze vorm van mededinging valt ook het aanbrengen bij reparatiewerkzaamheden van eigen onderdelen in geotrooieerde voorwerpen of in merkartikelen van een concurrent. Dit tast echter de reputatie van het oorspronkelijke voorwerp in veel mindere mate aan, en wordt dan ook terecht niet als onrechtmatig beschouwd, wanneer er geen bijomstandigheden zijn ¹⁹⁷. Als dergelijke bijverschijnselen komen in aanmerking misleiding, toelig om schade te berokkenen, e.d. ¹⁹⁸.

II. Het Prijsbederf.

In beginsel is iedereen vrij de door hem aan afnemers te berekenen prijzen te bepalen op het bedrag dat hem goeddunkt, prijsvoorschriften van overheidswege buiten beschouwing gelaten. Een zo laag mogelijke prijscalculatie is zelfs een kenmerk van een gezonde concurrentie. Ook is het geoorloofd onder de normaal geldende prijzen te gaan en dus te „boxen”, waarover vooral vóór de laatste wereldoorlog door concurrenten nog al eens verontwaardiging werd getoond. En deze vrijheid geldt ook ten aanzien van artikelen waarvoor een horizontale of een verticale prijsbinding is vastgesteld, zolang men niet zelf tot een dergelijke afspraak toetreedt, alsook bij koppelverkoop ¹⁹⁹. Alleen wanneer zich

¹⁹⁶ Zie voor een dergelijk geval Hof Amsterdam 4 jan. 1956, B.I.E. 1956 pag. 43 no. 28, vernietigend het tezelfder plaatse gepubliceerde vonnis van Pres. Rb. Utrecht d.d. 15 aug. 1955.

¹⁹⁷ Zie b.v. Rb. Amsterdam 12 febr. 1937, B.I.E. 1937 pag. 103 en voor België in dezelfde geest Hof Brussel 19 april 1939, P. 1939. II. 105.

¹⁹⁸ Vgl. b.v. Rb. Utrecht 3 nov. 1948 en H.R. 16 maart 1951, beide in B.I.E. 1954 pag. 2 no. 1, en – na de verwijzing – Hof 's-Gravenhage 21 nov. 1951, B.I.E. 1954 pag. 8 no. 2, en voor België Hof van Verbreking 26 juni 1939, P. 1939. I. 330.

¹⁹⁹ Vgl. Pres. Rb. Rotterdam 8 sept. 1926, W. 11859; Rb. Amsterdam 26 april 1927, N.J. 1928 pag. 410; Rb. Rotterdam 28 febr. 1928, N.J. 1928 pag. 1190; Pres. Rb. Rotterdam 18 okt. 1928, N.J. 1929 pag. 514, W. 11954; Rb. Amsterdam 22 april 1932, N.J. 1933 pag. 245, W. 12496; Hof Amsterdam 21 febr. 1934, B.I.E. 1934 pag. 96; Pres. Rb. Rotterdam 5 nov. 1935, N.J. 1937 no. 327; Pres. Rb. Rotterdam 30 jan. 1936, N.J. 1937 no. 1094, B.I.E. 1937 pag. 105; Rb. Amsterdam 9 juni 1936, N.J. 1937 no. 784; Hof Amsterdam 21 maart 1940, N.J. 1940 no. 383 en Rb. Rotterdam 3 okt. 1956, Praktijkids R.A. no. 551. Belinfante achtte in Themis (1938 pag. 364 v.v.) deze vrijheid te groot. In de Belgische jurisprudentie

bepaalde bijverschijnselen voordoen, die een verkoop beneden de gangbare prijs onrechtmatig doen zijn, wordt zulks op grond van die bijverschijnselen ongeoorloofd geacht ²⁰⁰.

Het is begrijpelijk, dat producenten, en ook distributeurs, met name van merkartikelen, pogingen in het werk stelden om hen die niet tot een prijsbinding wilden toetreden of zich daaraan niet wilden storen te beletten het desbetreffende artikel te verkopen. Zo werden reeds voor de laatste wereldoorlog overeenkomsten in het leven geroepen krachtens welke zodanige artikelen alleen konden worden ingekocht door hen, die bereid waren de getroffen prijsregeling in acht te nemen, waarbij de betrokkenen zich dan tevens moesten verbinden, het artikel niet te zullen verkopen aan handelaars die niet tot de prijsregeling waren toegetreden of wilden toetreden. Daardoor trachtte men laatstbedoelde handelaars buiten te sluiten. En uiteraard trachtten dezen toch het artikel in hun bezit te krijgen, maar dat was na dergelijke overeenkomsten alleen mogelijk, wanneer een of meer der bij de overeenkomst aangeslotenen de overeenkomst niet nakwamen en dus wanprestatie pleegden.

In het z.g. Kolynos-arrest ²⁰¹ heeft de H.R. toen, met verwerping van het van een arrest van het Hof te Amsterdam ²⁰² ingesteld beroep in cassatie, in een dergelijk geval een onrechtmatige daad aangenomen op grond dat voor de feitelijke rechter was gebleken, dat:

- a. bewust gebruik was gemaakt van een door derden jegens de eisende partij gepleegde wanprestatie;
- b. het daardoor mogelijk was geworden, handelingen ter bevordering van eigen bedrijf te verrichten, waartegenover de concurrenten machteloos stonden;

geldt in beginsel hetzelfde als in de Nederlandse jurisprudentie; zie Hof Brussel 7 juni 1955, P. 1956. II. 129, met een beroep op de noodzaak van bescherming tegen een economische dictatuur; Hof Brussel 11 dec. 1957, R.W. 1961/62 kolom 325; Hof van Verbreking 3 nov. 1961, P. 1962. I. 252, R.W. 1961/62 kolom 1085, met beroep op de vrijheid van handel. Echter werd, vooral vroeger, in België eerder ongeoorloofd prijsbederf aangenomen dan in Nederland, zoals verderop nog nader zal blijken.

²⁰⁰ Zie b.v. Rb. 's-Hertogenbosch 12 april 1922, N.J. 1923 pag. 795 en Pres. Rb. Rotterdam 30 jan. 1936, B.I.E. 1937 pag. 105.

²⁰¹ H.R. 11 nov. 1937, N.J. 1937 no. 1096.

²⁰² Hof Amsterdam 31 dec. 1936, N.J. 1937 no. 1093, B.I.E. 1937 pag. 53, waarbij het vonnis in eerste aanleg werd vernietigd.

- c. aldus was verstoord een door de eisende partij in het leven geroepen gesloten verkooporganisatie;
- d. het bedrijf van de eisende partij en de bedrijven van haar regelmatige afnemers waren benadeeld;
- e. de handelingen regelmatig waren gepleegd en na waarschuwing waren voortgezet ²⁰³.

Tevoren waren er in de jurisprudentie reeds zekere tendenzen in deze richting te constateren; maar nog slechts zeer schoorvoetend, en dikwijls alleen in geval en op grond van nog meer bijzondere omstandigheden, b.v. indien met onbehoorlijke middelen de wanprestatie door derden was uitgelokt of wanneer met beschadigde verpakking werd verkocht ²⁰⁴. Na het Kolynos-arrest heeft de lagere rechtspraak echter vrijwel zonder uitzondering de haar ter beoordeling voorgelegde gevallen aan de juistgemelde door de H.R. gestelde factoren getoetst en de al dan niet toewijsbaarheid der vordering laten afhangen van de vraag, of deze elementen in het desbetreffende geval aanwezig waren ²⁰⁵.

²⁰³ Van Oven in *Ars Aequi* 1962/63 pag. 39 v.v. en Witteman in de *Naamloze Vennootschap* 1962 pag. 108 noemen in plaats van het door mij sub *b* en *d* vermelde factor onoirbare (resp. oneerlijke) concurrentie zonder meer. Ik acht het echter juister dit als eindconclusie van de gezamenlijke elementen aan te merken.

²⁰⁴ Vgl., ook voor deze criteria, Rb. Amsterdam 22 april 1932, N.J. 1933, pag. 245 W. 12496; Pres. Rb. Assen 6 mei 1935, N.J. 1936 no. 145; Pres. Rb. Rotterdam 5 nov. 1935, N.J. 1937 no. 327; Rb. Rotterdam 6 maart 1936, N.J. 1937 no. 436 en Rb. Amsterdam 9 juni 1936, N.J. 1937 no. 784. Anders: Rb. Leeuwarden 27 mei 1937, N.J. 1938 no. 693. Zoals uit Hoofdstuk X zal blijken acht ik uitlokking tot wanprestatie op zich zelf reeds onbehoorlijk en ontoelaatbaar.

²⁰⁵ Zie Rb. Amsterdam 23 febr. 1938, N.J. 1940 no. 395; Pres. Rb. Haarlem 26 juli 1938, N.J. 1939 no. 66; Pres. Rb. Groningen 27 aug. 1938, N.J. 1938 no. 839; Pres. Rb. Rotterdam 10 okt. 1938, N.J. 1939 no. 645; Hof Leeuwarden 14 dec. 1938; N.J. 1939 no. 527 (waarbij tevens in aanmerking werd genomen, dat de verkoop in geschonden verpakking, na verwijdering van de controlenummers plaats vond); Hof 's-Gravenhage 27 febr. 1939, N.J. 1939 no. 485; Pres. Rb. Leeuwarden 8 febr. 1940, N.J. 1940 no. 566, B.I.E. 1941 pag. 20 no. 17, (waarin contractbreuk echter niet voldoende aannemelijk werd geacht en o.m. op dit punt vernietigd door Hof Leeuwarden 19 maart 1941, N.J. 1941 no. 759); Pres. Rb. Amsterdam 31 mei 1940, B.I.E. 1940 pag. 126; Rb. 's-Gravenhage 24 juni 1941, N.J. 1942 no. 95; Pres. Rb. Amsterdam 29 febr. 1952, B.I.E. 1953 pag. 98 no. 72; Rb. Rotterdam 20 april 1953, N.J. 1954 no. 434; Pres. Rb. Almelo 29 okt. 1956, N.J. 1957

Na 1956 zijn de juristen opgeschrikt door een aantal arresten van de H.R., ten aanzien waarvan het niet geheel duidelijk was, of de H.R. op de „Kolynosleer” terug kwam dan wel rechtsverfijning toepaste. Ik zal deze arresten thans bespreken, en daar het merk hierbij een belangrijke rol speelt, moet ik eerst nog vermelden, dat de H.R. in de jaren 1939–1940 tweemaal had beslist, dat het gebruikmaken door een merkgerechtigde van zijn merk voor het handhaven van de door hem vastgestelde prijs een oirbaar belang en dus niet onrechtmatig was²⁰⁶.

In het z.g. eerste Grundig-arrest²⁰⁷ ging het om de vraag, of de betrokkene – Prins –, door in Duitsland Grundig-artikelen aan te kopen en deze in Nederland te importeren en in het verkeer te brengen tegen lagere prijs dan bij prijsbinding was vastgesteld, het aan de Duitse vennootschap Grundig toekomende merkenrecht schond. Anders dan het Hof te Amsterdam²⁰⁸ was de H.R., overeenkomstig de conclusie van P. G. Langemeyer, van oordeel, dat Grundig het bij het in de handel brengen van haar merkartikelen niet in haar macht had om daarbij beperkende bepalingen te maken ten aanzien van de verhandeling van die van haar afkomstige artikelen en aldus de gedragingen van hen, die met die bepalingen in strijd handelen, tot een schending van haar merkenrecht te stempelen. Wel „kon”, volgens de overwegingen in het arrest, daarnaast het voordeel trekken van contractbreuk van derden onder bepaalde omstandigheden een onrechtmatige daad opleveren, maar daardoor werd niet het recht op het merk geschonden. Hieraan deed volgens de H.R. niet af, dat Grundig in Nederland een gesloten verkooporganisatie in het leven had geroepen.

Na dit arrest sprak de alleenimporteur van Grundig, de

no. 274; Pres. Rb. Dordrecht 11 nov. 1959, N.J. 1960 no. 341; Pres. Rb. Rotterdam 19 juli 1960, N.J. 1960 no. 605; Pres. Rb. Rotterdam 26 okt. 1960, N.J. 1961 no. 159, vernietigd door Hof 's-Gravenhage 7 april 1961, N.J. 1961 no. 204, omdat het Hof de gestelde contractbreuk niet bewezen achtte. Slechts anders: Pres. Rb. Amsterdam 1 dec. 1961, N.J. 1962 no. 12, bekrachtigd door Hof Amsterdam 28 juni 1962 (niet gepubliceerd) omdat de contractbreuk eerst aan de aangesprokene was gebleken, nadat de relatie was aangegaan.

²⁰⁶ H.R. 12 jan. 1939, N.J. 1939 no. 535, B.I.E. 1939 pag. 62, en H.R. 14 juni 1940, N.J. 1941 no. 109, B.I.E. 1940 pag. 109.

²⁰⁷ H.R. 14 dec. 1956, N.J. 1962 no. 242, B.I.E. 1957 pag. 46 no. 13; Ars Aequi 1956/57 pag. 233 en 1957/58 pag. 25.

²⁰⁸ Arrest d.d. 16 maart 1956; niet gepubliceerd.

N.V. Sieverding, de N.V. K.I.M. en haar directeur aan, die ook Grundig-producten uit Duitsland in Nederland invoerden en aldaar onder de vastgestelde prijs verhandelden. Sieverding beriep zich daarbij op een bewust gebruikmaken door K.I.M. en haar directeur van een overtreding door Duitse afnemers van Grundig van een hun door Grundig contractueel opgelegd verbod om de door hen gekochte artikelen uit Duitsland te exporteren, door welke wanprestatie K.I.M. en haar directeur de goederen in Nederland konden importeren en aldaar verhandelen. Het Hof verklaarde deze wijze van handelen onrechtmatig²⁰⁹, maar ook deze uitspraak werd door de H.R. vernietigd²¹⁰, en wel op grond dat de bedoelde tussenhandelaar zich slechts tegenover Grundig en niet jegens de importeur Sieverding had verbonden en Sieverding bij de overeenkomst met die tussenhandelaar dus geen partij was geweest, terwijl K.I.M. niet verplicht was de door Grundig aan Sieverding voor Nederland verleende monopoliepositie te ontzien. Het mede door het Hof gebezigde argument, dat K.I.M. had gehandeld in strijd met de in Nederland voor de afnemers van Sieverding geldende verkoopsvoorwaarden, kon bij de H.R. evenmin genade vinden, omdat het arrest van het Hof te weinig gegevens voor de beoordeling hiervan bevatte en hieromtrent ook te weinig door Sieverding was gesteld.

Daarna sprak Grundig weer zelf de betrokkene – ditmaal opnieuw Prins – aan. Grundig had inmiddels op haar op regelmatige wijze naar Nederland te exporteren artikelen een speciaal haar toekomend merk Gint laten aanbrengen, welk merk identiek was met het merk waarvan Sieverding zich in Nederland bediende, en ditmaal beklaagde Grundig zich dat Prins de van haar afkomstige producten op de markt bracht na verwijdering van juist bedoeld merk, althans met de wetenschap dat dit merk was verwijderd. Wederom wees het Hof te Amsterdam de vordering van Grundig

²⁰⁹ Hof Amsterdam 3 maart 1960, B.I.E. 1960 pag. 130 no. 40; S.E.W. (Europa) 1960/61, pag. 80. In dezelfde geest waren ook reeds geweest: Pres. Rb. Arnhem 18 april 1959, B.I.E. 1961 pag. 30 no. 5 en Hof Amsterdam 31 dec. 1959, B.I.E. 1961 pag. 55 no. 23.

²¹⁰ H.R. 13 jan. 1961, N.J. 1962 no. 245, B.I.E. 1961 pag. 50 no. 21, Ars Aequi 1961/62 pag. 250, S.E.W. (Europa) 1960/61 pag. 315; o.m. besproken door Mok in S.E.W. (Nederland) 1961 pag. 98 v.v.; door Samkalden in S.E.W. (Europa) 1960/61 pag. 324 v.v. en door A. van Oven in Ars Aequi 1961/62 pag. 253 v.v.

toe ²¹¹ en overwoog daarbij dat Prins, door dit door Grundig ter bescherming van Sieverding en ter voorkoming van de import door Prins aangebrachte merk te verwijderen of te doen verwijderen, in strijd handelde met de normen van behoorlijke concurrentie welke strekten ter bescherming van de rechtmatige belangen van Grundig ²¹². Maar ook dit arrest werd door de H.R. vernietigd ²¹³, en wel onder meer op grond dat het verhandelen van een artikel door een wederverkoper, nadat een daaraan door de fabrikant aangebracht merk is verwijderd, op zichzelf niet onrechtmatig is ²¹⁴; dat de geoorloofdheid van die handeling onder meer kan afhangen van het doel waarvoor het kenmerk is aangebracht (i.c. de bescherming van de export van Grundig-toestellen, die berustte op de met Sieverding aangegane overeenkomst); dat niet viel in te zien, dat Prins gehouden zou zijn het belang te ontzien dat Grundig had om hem en anderen het verhandelen van niet door Sieverding in Nederland geïmporteerde Grundig-toestellen te beletten. Daar geen andere feiten waren gesteld of gebleken, waaruit een door Prins gepleegde onrechtmatige daad kon worden afgeleid, wees de H.R. de door Grundig ingestelde vordering zonder nadere verwijzing af.

Ten slotte stelde Grundig een vordering in tegen de buiten haar verkoop-organisatie staande N.V. Nibeja en tegen de directeur van deze N.V., en voerde toen tot staving van deze vordering de factoren aan, welke de H.R. in het Kolynos-arrest ²¹⁵ als doorslaggevend voor de onrechtmatigheid had aangenomen. Grundig betoogde ditmaal, dat Nibeja (en haar directeur) de Grundig-apparaten slechts had kunnen verkrijgen, doordat een in Duitsland gevestigde grossier of kleinhandelaar in strijd met diens contractuele verplichting om niet te exporteren zulks toch had gedaan en dat Nibeja en haar directeur hiervan op de hoogte waren, doordat

²¹¹ Arrest d.d. 1 dec. 1960; niet gepubliceerd.

²¹² Vermoedelijk zullen het Hof daarbij de in noot 206 geciteerde beslissingen voor ogen hebben gestaan.

²¹³ H.R. 23 juni 1961, N.J. 1962 no. 244, B.I.E. 1961 pag. 172 no. 75.

²¹⁴ Vroeger reeds in dezelfde zin: Rb. Rotterdam 28 febr. 1928, N.J. 1928 pag. 1190 en Rb. Rotterdam 18 okt. 1928, N.J. 1929 pag. 514, W. 11954, besproken door Hijman in N.J.B. 1936 pag. 831 v.v. Vgl. ook de in noot 199 vermelde beslissingen.

²¹⁵ H.R. 11 nov. 1937, N.J. 1937 no. 1096.

Grundig hun tijdig van deze verplichting in kennis had gesteld. Grundig voegde hieraan toe, dat Nibaja en haar directeur aldus de door Grundig in het leven geroepen export- en verkoop-organisatie ondermijnden. Het Hof te Amsterdam ²¹⁶ stelde vast, dat Nibaja en haar directeur inderdaad in Nederland producten van Grundig verhandelden welke zij hadden verkregen doordat een in Duitsland gevestigde handelaar, naar zij wisten, zijn jegens Grundig aangegane verplichting om niet te exporteren had geschonden en dus wanprestatie had gepleegd. Het Hof achtte dit reeds onrechtmatig, maar de H.R. ²¹⁷ vond zulks onvoldoende voor het aannemen van een onrechtmatige daad en overwoog, dat het handelen met iemand in de wetenschap dat deze door dit handelen een door hem met een derde gesloten overeenkomst schendt op zich zelf jegens die derde niet onrechtmatig is ²¹⁸ en slechts uit hoofde van andere omstandigheden ²¹⁹, die in het onderhavige geval niet waren gebleken, onrechtmatig kan worden. De H.R. overwoog daarbij tevens, dat de verdere bij dagvaarding gestelde omstandigheden, te weten: *a.* het verkopen door Nibaja c.s. beneden de door Grundig in overleg met Sieverding vastgestelde prijzen, *b.* het door hun handelwijze ondermijnen van de door Grundig in het leven geroepen export- en verkoop-organisatie, *c.* het niet kunnen verlenen aan hun afnemers van die garantie en service welke Grundig en de leden van haar verkooporganisatie gaven, wel in bepaalde gevallen in strijd konden zijn met de zorgvuldigheid die men in het maatschappelijk verkeer jegens een concurrent in acht moet nemen, maar dat zulks in het onderhavige geval niet kon worden aangenomen, nu uit de stellingen van Grundig moest worden afgeleid, dat Nibaja en haar directeur niet in concurrentie waren getreden met Duitse handelaren die evenals de leverancier van Nibaja en haar directeur jegens Grundig

²¹⁶ Arrest d.d. 27 april 1961; niet gepubliceerd. Zie ook Hof Amsterdam 24 dec. 1959, B.I.E. 1960 pag. 157 no. 46.

²¹⁷ H.R. 12 jan. 1962, N.J. 1962 no. 246, B.I.E. 1962 pag. 37 no. 13, besproken door Mok in S.E.W. 1962 pag. 466 v.v. en door Samkalden in S.E.W. (Europa) 1961/62 pag. 69 v.v.

²¹⁸ Aldus was ook reeds beslist in het in noot 205 geciteerde, door het Hof te Amsterdam bekrachtigde vonnis van de President van de Rb. te Amsterdam d.d. 1 dec. 1961.

²¹⁹ Men zie voor zodanige bijzondere omstandigheden b.v. Pres. Rb. Dordrecht 11 nov. 1959, N.J. 1960 no. 341.

door een exportverbod waren gebonden, maar alleen met Nederlandse handelaren, die een dergelijke verplichting niet tegenover Grundig waren aangegaan en ten hoogste een verplichting hadden tegenover de importeur Sieverding van geheel andere inhoud.

Hierbij sluit aan een arrest van de H.R. over Philips-artikelen. In een tegen de firma Holst en haar vennoten ingestelde rechtsvordering stelde de N.V. Philips ook harerzijds gelijke feiten als de H.R. in het Kolynosarrest²²⁰ aanleiding hadden gegeven een onrechtmatige daad aan te nemen. Het Hof te Amsterdam wees deze vordering op 13 juli 1961 met vernietiging van een geheel afwijzend vonnis van de President van de Rechtbank te Amsterdam d.d. 27 januari 1961²²¹ toe, daarbij de „Kolynosleer” volgende, maar de H.R.²²² achtte deze beslissing slechts juist, voor zover de firma Holst de door haar verkregen goederen beneden de door Philips vastgestelde prijzen verkocht. Met vernietiging van het arrest van het Hof voor het overige, handhaafde de H.R. alleen te dien aanzien het aan de firma Holst opgelegde verbod. Het verschil tussen deze zaak en de andere hierboven besproken zaken was, dat de firma Holst desbewust gebruik maakte van contractbreuk door een lid van de Nederlandse door Philips voor Nederland in het leven geroepen verkooporganisatie en daardoor de andere leden van deze organisatie te wier bescherming de regeling was vastgesteld benadeelde.

Inmiddels had men het ook in andere richting geprobeerd. In zijn noot op het eerste Prins/Grundig arrest in *Ars Aequi*, had J. H. B. geschreven:

„Grundig zal thans naar andere middelen moeten zoeken om te voorkomen, dat haar artikelen in Nederland buiten de officiële importeur om worden ingevoerd en aldaar beneden de vastgestelde prijzen worden verkocht. Een van de middelen, die zij hiertoe kan aanwenden, is het merk te doen stellen op naam van de importeur”²²³.

Kennelijk hebben enige Duitse fabrikanten zich naar dit advies willen gedragen, en dat heeft wederom aanleiding tot verschillende processen gegeven.

²²⁰ H.R. 11 nov. 1937, N.J. 1937 no. 1096.

²²¹ Deze beide beslissingen zijn niet gepubliceerd.

²²² H.R. 27 april 1962, N.J. 1962 no. 254, B.I.E. 1962 pag. 190 no. 70, *Ars Aequi* 1962/63 pag. 37.

²²³ *Ars Aequi* 1956/57 pag. 236 en 1957/58 pag. 28, met een wijziging o.m. naar het in noot 206 vermelde arrest d.d. 12 jan. 1939.

Zo droeg de Duitse G.m.b.H. Blaupunkt haar fabrieksmerk over aan haar Nederlandse importeur de N.V. Blaupunkt Nederland en laatstgenoemde waarschuwde onder meer de reeds vermelde firma Holst²²⁴, die radio- en televisie-apparaten van de Duitse onderneming naar Nederland wist te exporteren door die apparaten van een Duitse afnemer in strijd met een aan die afnemer opgelegd exportverbod te kopen, dat verdere verkoop door de firma Holst een inbreuk zou opleveren op het aan Blaupunkt-Nederland toekomende recht op het merk. Toen de firma Holst niettemin met de verkoop van uit Duitsland geëxporteerde goederen doorging, sprak Blaupunkt-Nederland haar ter zake van merkinbreuk aan. Zij had echter geen succes, want zowel de Rechtbank als het Hof te Amsterdam²²⁵ wezen deze vordering af, op grond dat niet gebleken was dat in Nederland ooit een fabriek of handelsinrichting van Blaupunkt-Duitsland had bestaan, en dus ook niet, dat bij de overdracht van het merk overeenkomstig de voorschriften van art. 20 Merkenwet een fabriek of handelsinrichting van Blaupunkt-Duitsland op Blaupunkt-Nederland was overgegaan. Het van dit arrest ingestelde beroep in cassatie werd verworpen, en de H.R. besliste daarbij tevens onder meer, dat ondanks het verlenen van service en het nakomen van garantieverplichtingen door Blaupunkt-Duitsland jegens Blaupunkt-Nederland en ondanks de door Blaupunkt-Duitsland voor haar waren in Nederland gekweekte goodwill en het door Blaupunkt-Nederland zelf gedreven bijkantoor, filiaal of handelsagentschap van waaruit de waren werden verkocht en gedistribueerd, van een overdracht van een handelsinrichting of van een onderdeel daarvan in de zin van art. 20 Merkenwet niet kon worden gesproken²²⁶.

Ook de importeur van de Graetz-koelkasten heeft langs deze weg geprobeerd een verbod te verkrijgen tegen handelaren die niet tot de Nederlandse verkooporganisatie be-

²²⁴ Zie in H.R. 27 april 1962, N.J. 1962 no. 254, B.I.E. 1962 pag. 190 no. 70, *Ars Aequi* 1962/63 pag. 37.

²²⁵ Niet gepubliceerd. Anders ten aanzien van Blaupunkt: Hof 's-Gravenhage 13 mei 1959, B.I.E. 1960 pag. 127 no. 38. Vgl. ook Pres. Rb. Amsterdam 16 maart 1936, B.I.E. 1936 pag. 76, vernietigd bij arrest Hof Amsterdam d.d. 30 sept. 1936, B.I.E. 1937 pag. 32, en Rb. Amsterdam 26 juni 1936, B.I.E. 1937 pag. 34.

²²⁶ H.R. 17 febr. 1961, N.J. 1962 no. 243, B.I.E. 1961, pag. 83 no. 30.

hoorden. De President van de Rechtbank te Utrecht en het Hof te Amsterdam waren van oordeel dat niet alleen het merk, maar tegelijkertijd ook de handelsinrichting aan de Nederlandse vennootschap waren overgedragen ²²⁷. Het Hof te 's-Gravenhage besliste echter, ook in hoger beroep van een kort geding, in tegengestelde zin ²²⁸. Van deze arresten is geen beroep in cassatie ingesteld. De zaak is thans ten principale voor de Rechtbank te 's-Gravenhage aanhangig, en deze heeft bij vonnis d.d. 31 okt. 1962 ²²⁹ omtrent dit punt bewijs opgelegd. In beginsel is het dus wellicht mogelijk langs deze weg een verbod uit te lokken, althans voor zover hetgeen ik in het volgend hoofdstuk zal behandelen zich daartegen niet verzet.

Bij toetsing van al deze arresten van de H.R. aan het Kolynosarrest meen ik dat er meer sprake is van rechtsverfijning dan dat men moet aannemen dat de H.R. zijn „Kolynosleer” heeft laten varen. Het in verschillende arresten door de H.R. gemaakte voorbehoud, dat er onder bepaalde omstandigheden wel degelijk sprake kan zijn van een onrechtmatige daad, wijst hier op. Maar in ieder geval heeft de H.R. de voor het aannemen van een ongeoorloofde handeling nodige elementen uitgebreid. Volgens de nieuwe leer zal daartoe tevens moeten komen vast te staan, dat er schade is toegebracht aan de leden van de verkooporganisatie waartoe het lid behoort van wiens wanprestatie desbewust is geprofiteerd ²³⁰. Voorts zal in strijd met de vastgestelde prijsbinding moeten zijn gehandeld ²³¹. Door dit

²²⁷ Resp. 8 nov. 1961, niet gepubliceerd, en 28 juni 1962, N.J. 1963 no. 218.

²²⁸ 6 juni 1962; niet gepubliceerd.

²²⁹ Niet gepubliceerd.

²³⁰ Blijkens H.R. 12 jan. 1962, N.J. 1962 no. 246, B.I.E. 1962 pag. 37 no. 13. In dezelfde geest reeds vroeger: Hof Amsterdam 21 maart 1940, N.J. 1940 no. 383 en Hof Amsterdam 7 okt. 1942, N.J. 1943 no. 492.

²³¹ Blijkens H.R. 27 april 1962, N.J. 1962 no. 254, B.I.E. 1962 pag. 190 no. 70, *Ars Aequi* 1962/63 pag. 37. In zijn noot onder dit arrest in de N.J. meent Hijmans van den Bergh, dat de eis dat ook in strijd met de prijsbinding is gehandeld niet uit het arrest mag worden afgeleid, en dat uit het arrest alleen blijkt, dat het Hof geen feitelijke beslissing had genomen over mogelijke wanprestatie(s), ten aanzien van andere verkoopvoorwaarden waarvan dan weer een onrechtmatig gebruik zou zijn gemaakt. Hoewel het arrest van de H.R. op dit punt niet geheel duidelijk is, meen ik toch dat op grond van het in het dictum gemaakte scherpe onderscheid tussen de

laatste is deze vorm van mededinging weer op het niveau van het prijsbederf terecht gekomen.

Van der Grinten juicht deze ontwikkeling toe, mede in het belang van de vrije handel ²³². Ik sluit mij bij zijn woorden aan, waarbij ik ook denk aan de gevaren van overheersende economische machtsposities, welke groter worden naarmate men gemakkelijker prijsbindingen aanvaardt.

In België loopt de lijn in dezelfde richting als in Nederland. Vóór de laatste wereldoorlog werd uit de verkoop van merkartikelen buiten een verkooporganisatie om en beneden de vastgestelde prijs een vermoeden geput, dat men niet eerlijk aan het artikel was gekomen en dat de betrokkene wist dat er een prijsvaststelling was, en werd men veroordeeld, tenzij men aannemelijk kon maken dat men het artikel niet door het profiteren van contractbreuk had gekregen, en werd zelfs inbreuk op een door een derde aan een concurrent verleend verkoopmonopolie onrechtmatig geacht ²³³. Later kwam langzamerhand in zover een kentering, dat men meer en meer ging onderzoeken, of de eisende partij het bewijs van het desbewust handelen had geleverd ²³⁴. En in de laatste jaren is het Hof van Verbreking ongeveer dezelfde richting ingeslagen als in Nederland de H.R. In 1960 casseerde dit Hof een arrest ²³⁵, waarin het schenden van een importmonopolie en het tegen lagere prijzen dan de officiële prijzen verkopen met bewust gebruikmaken van wanprestatie

onrechtmatig geachte verkoop tegen lagere prijzen dan in de prijsbinding waren vastgesteld en de geoorloofd geachte verkoop tegen niet-lagere prijzen moet worden aangenomen, dat de H.R. aan deze factor beslissende betekenis toekent.

²³² Zie de Naamloze Vennootschap jan. 1963, pag. 167 v.v.; vgl. ook Vrijheid in S.E.W. 1963 pag. 73 v.v. en Mok in S.E.W. 1963 pag. 81 v.v.

²³³ Zie o.m. Hrb. St. Nicolaas 25 aug. 1936, P. 1937. III. 38; Hrb. Antwerpen 21 febr. 1938, P. 1939. III. 5; Hrb. Sint Nicolaas 5 mei 1938, P. 1939. III. 12; Hrb. Ostende 14 juli 1938, P. 1939. III. 8; Hrb. Brussel 18 maart 1939, P. 1941. III. 9 en Hof Brussel 27 okt. 1939, P. 1940 II. 38, cass. ber. verworpen 16 okt. 1940, P. 1941. I. 375.

²³⁴ Zie Hof Gent 14 juli 1939, P. 1940. II. 37; Hof van Verbreking 23 mei 1945, P. 1945. I. 168; Hof Brussel 22 okt. 1947, P. 1948. II. 74; Hrb. Antwerpen 19 juli 1950, R.W. 1950/51 kolom 886; Hrb. Antwerpen 18 juli 1954, R.W. 1954/55 kolom 764; Hof Brussel 7 jan. 1955, R.W. 1954/55 kolom 1854 en Hof Brussel 13 mei 1958, P. 1959. II. 124.

²³⁵ Hof van Verbreking 17 juni 1960, P. 1960. I. 1191, R.W. 1960/61 kolom 171 en 316.

van een derde in strijd met het K.B. van 23 december 1934 was geacht ²³⁶. Het Hof te Brussel trachtte daarna in een gelijksoortige zaak met een beroep op de vroegere jurisprudentie de leer te handhaven, dat dergelijke gedragingen onrechtmatig waren ²³⁷, maar nadat ook dit arrest door het Hof van Verbreking was vernietigd ²³⁸, gaf het Hof te Brussel het op en wees in een door het Hof van Verbreking naar het Hof te Brussel verwezen zaak uit Gent ²³⁹, de desbetreffende vordering af ²⁴⁰.

Vroeger was eens door het Hof te Brussel het voorbehoud gemaakt, dat merkartikelen in ieder geval door derden niet tegen spotprijzen mogen worden verkocht ²⁴¹. Of het Hof van Verbreking dit voorbehoud aanvaardt, dient te worden afgewacht.

Of op dit gebied een wettelijke voorziening nodig of gewenst is, zal ik in het volgende hoofdstuk bespreken.

HOOFDSTUK IX

Misbruik van een monopolie of van een economische machtspositie ²⁴².

Bij enkele door mij in het vorige hoofdstuk behandelde processen was tevens de vraag ter sprake gekomen, of het gevraagde verbod buiten een verkooporganisatie om en/of beneden de bij prijsbinding vastgestelde prijzen te verkopen niet in strijd met het huidige nationale en/of internationale kartelrecht was. Aan deze vraag is de H.R. tot dusverre nog nauwelijks toegekomen, voornamelijk doordat het gevorderde verbod naar zijn oordeel reeds op andere gronden niet toewijsbaar was. Wel zijn er beslissingen over deze vraag van de lagere jurisprudentie en hebben ook de

²³⁶ Aldus ook v. d. Grinten in de Naamloze Vennootschap jan. 1963, pag. 168, waarbij hij er terecht op wijst, dat een derde niet aan een import-monopolie is gebonden.

²³⁷ Hof Brussel 14 okt. 1960, P. 1961. II. 277.

²³⁸ Hof van Verbreking 3 nov. 1961, P. 1962. I. 252, R.W. 1961/62 kolom 1085.

²³⁹ 4 juni 1959, R.W. 1959/60 kolom 636.

²⁴⁰ Hof Brussel 28 febr. 1961, R.W. 1960/61 kolom 1772.

²⁴¹ Hof Brussel 7 juni 1955, P. 1956. II. 129.

²⁴² Tot mijn leedwezen moet ik mij over dit onderwerp, hetwelk op zichzelf reeds stof zou geven voor een uitvoerig praeadvies, sterk bekorten.

P.G. en A.G. bij de H.R. nu en dan reeds belangrijke beschouwingen aan deze kwestie gewijd.

Het in dit hoofdstuk te behandelen probleem is als het ware het spiegelbeeld van het prijsbederf en het daartoe met behulp van door een derde gepleegde wanprestatie binnendringen in de verkooporganisatie van een ander. Dergelijke verkooporganisaties berusten nl. in samenhang met de daaraan verbonden prijsbindingen op kartelafspraken en wanneer een zodanige kartelafpraak als verboden moet worden beschouwd, kan er van een wettelijk beschermd recht op de niet nagekomen prestatie geen sprake zijn, en dus ook niet van een rechtmatige klacht over uitlokken of gebruikmaken van wanprestatie.

In beginsel staat het weer vrij om door middel van onderlinge regelingen te bedingen en zich te verbinden, dat niet anders zal worden verkocht dan op de overeengekomen of op nader vast te stellen voorwaarden en prijzen, al heeft een dergelijke overeenkomst een monopolistisch karakter en al ontstaat daardoor een economische machtspositie²⁴³. Economisch gezien kan een dergelijke regeling in bepaalde gevallen zelfs gewenst zijn ter besparing van arbeid en bedrijfskosten en ter voorkoming van de schadelijke gevolgen van een ongebreidelde concurrentie. Voorts kan verticale prijsbinding aan de reputatie van het verhandelde product ten goede komen, met name wanneer dit een merkartikel is.

Aan de hier door mij bedoelde regelingen kleven echter ook bezwaren. Zij staan aan een gezonde prijsontwikkeling in de weg, hetgeen nadelig is voor de consument²⁴⁴. Zij openen voorts de mogelijkheid de prijzen ten eigen profijte te hoog te houden. Niet mag worden vergeten, dat ondernemingen en bedrijven een schakel in het maatschappelijk economische plan vormen, en dat bij hun onderlinge afspraken dus ook een sterk algemeen belang is gemoeid. Dit brengt mede, dat de overheid, vooral in tijden van geleide economie, geneigd is maatregelen te nemen tegen dergelijke afspraken en tegen economische machtsposities in het algemeen.

²⁴³ Zeer duidelijk is dit overwogen in Hof 's-Gravenhage 25 april 1932, N.J. 1932 pag. 1709. Vgl. ook Drucker-Bodenhausen „Kort Begrip” pag. 179.

²⁴⁴ Wittman stelt in de Naamloze Vennootschap 1962, pag. 110 v.v. aldus tegenover elkaar luxe-artikelen en noodzakelijke artikelen. Vgl. ook van Brakel in N.J.B. 1940 pag. 484.

De Nederlandse wetgever heeft het gezocht in wettelijke regelen die het mogelijk maken bepaalde regelingen onverbindend te verklaren. Als tegenhanger werd daarbij telkens door middel van die wettelijke regelen tevens de mogelijkheid geopend van Regeringswege dergelijke afspraken mede verbindend te verklaren voor hen, die niet toetraden.

De eerste door mij te vermelden wettelijke regeling op dit gebied was de wet tot het algemeen verbindend en onverbindend verklaren van ondernemingsovereenkomsten, welke 14 oktober 1935 in werking is getreden²⁴⁵. In deze wet lag blijkens de geschiedenis op de totstandkoming de nadruk op de algemeen verbindend-verklaring. Zij wordt ook door A. van Oven een pro-kartelwet genoemd²⁴⁶. Onder haar vigore zijn 8 algemeen verbindendverklaringen en is geen enkele onverbindendverklaring uitgesproken²⁴⁷.

In 1941, tijdens de Duitse bezetting, is deze wet vervangen door het Kartelbesluit²⁴⁸. Ook in dit besluit was sprake van algemeen verbindendverklaring en onverbindendverklaring van afspraken tussen ondernemers, thans bedrijfsregelingen genoemd, maar de nadruk kwam nu op de onverbindendverklaring te liggen²⁴⁹. Als nieuw beginsel werd ingevoerd, dat deze regelingen schriftelijk moesten worden opgemaakt en bij een door de betrokken Secretaris-Generaal van het Departement van Handel, Nijverheid en Scheepvaart aan te wijzen instantie moesten worden aangemeld. De sanctie op het niet-nakomen van laatstbedoelde verplichting was hechtenis of geldboete, terwijl in geval van opzet zelfs gevangenisstraf kon worden opgelegd. Civielrechtelijk had het niet-voldoen aan de aanmeldingsplicht geen gevolgen, daar men van oordeel was, dat nietigheid alleen uit een onverbindendverklaring kon voortvloeien en dat dus, zolang deze niet was uitgesproken, de rechtsgeldigheid van bedrijfsregelingen moest worden aangenomen, al werden zij niet aangemeld²⁵⁰.

²⁴⁵ Stbl. 1935 no. 310.

²⁴⁶ Zie A. van Oven in N.J.B. 1954 pag. 409; Vgl. ook Mok in S.E.W. 1961 pag. 98.

²⁴⁷ Zie Mulder en Mok, Kartelrecht, (verder te citeren als Mulder/Mok) pag. 15.

²⁴⁸ Verordnungsblad 1941 no. 208.

²⁴⁹ Mulder/Mok (t.a.p. pag. 18) noemen uitvoeriger de bijzonderheden van het Kartelbesluit, b.v. de mogelijkheid, dwangkartels tot stand te brengen.

²⁵⁰ Zie in dit verband Rb. Groningen 8 febr. 1957, N.J. 1957 no. 377, en in een analoge, zij het niet dezelfde zaak (ten overvloede)

Tevens kreeg de overheid een uitgebreid enquêterecht, terwijl na de bezetting, in 1951, de bevoegdheid van de Regering bij de in april 1951 in werking getreden wet „schorsing bedrijfsregelingen”²⁵¹ werd uitgebreid met het recht, dergelijke regelingen te schorsen.

Gedurende de tijd, dat het Kartelbesluit in werking is geweest, zijn tien onverbindendverklaringen, één voorwaardelijke onverbindendverklaring en twee schorsingen uitgesproken²⁵².

In 1958 zijn de bestaande wettelijke regelingen, zij het onder overgangsbepalingen, vervangen door de op 14 november 1958 in werking getreden Wet Economische Mededinging van 28 juni 1956 (Stbl. 1958, 413). Deze wet bouwt voort op de voorafgegane wettelijke voorzieningen, maar houdt daarnaast weer enkele nieuwe beginselen in. Men vindt weer terug de algemeen verbindendverklaring, de onverbindendverklaring en de schorsing van getroffen regelingen, thans niet meer „bedrijfsregelingen”, maar „mededingingsregelingen” genaamd. Eveneens wordt weer een enquêterecht aan de Regering toegekend en wordt, evenals in het Kartelbesluit, een aanmeldingsplicht opgelegd. Maar daarnaast zijn nieuw:

- a. de regeling, dat „kan” worden bepaald, dat bij K.B. aangewezen mededingingsregelingen haar rechtskracht verliezen, wanneer zij niet binnen een maand na haar totstandkoming schriftelijk zijn vastgelegd en aangemeld (art. 5), zodat dus het schriftelijk aangaan der regelingen niet meer in de wet zelf verplichtend wordt gesteld;
- b. de aan de Kroon gegeven bevoegdheid om bij K.B. bepalingen in mededingingsregelingen van een bij dat K.B. aangewezen aard of strekking onverbindend te verklaren, indien het algemeen belang zulks naar het oordeel van

Hof Leeuwarden 23 okt. 1957, N.J. 1958 no. 396. Vgl. ook Pres. Rb. Leeuwarden 16 mei 1958, S.E.W. 1959 pag. 376 en Hof 's-Hertogenbosch 24 juni 1958, N.J. 1959 no. 294, S.E.W. 1959 pag. 280, voor het beginsel in het algemeen.

²⁵¹ Wet van 11 april 1951, Stbl. 107.

²⁵² Vgl. Mulder/Mok t.a.p. pag. 125 v.v.. Van Rij (S.E.W. 1956 pag. 161 v.v.) en Snijders (S.E.W. 1959 pag. 241 v.v.) bespreken verschillende gevallen van schorsing en onverbindendverklaring uitvoeriger.

²⁵³ Zie de Memorie van Antwoord op art. 10, alsmede Mulder in S.E.W. 1956 pag. 112-115 en Schouten in S.E.W. 1960 (Nederland) pag. 161 v.v.

de Kroon vereist (art. 10). Dit zijn de z.g. generieke onverbindendverklaringen²⁵³. Een voorbeeld hiervan is een in 1962 uitgevaardigd K.B., waarin z.g. Kartelrecht-spraak onverbindend wordt verklaard voor zover deze niet aan de in het K.B. gestelde voorwaarden voldoet²⁵⁴. Art. 12 van de Wet geeft daarnaast aan de met de uitvoering belaste minister bevoegdheden, welke op de mogelijkheid van het verlenen van dispensatie van een generieke onverbindendverklaring neerkomen;

- c. de invoering van het begrip economische machtspositie, welke in art. 1 wordt omschreven als een feitelijke verhouding of rechtsverhouding in het bedrijfsleven die een overwegende invloed van een of meer eigenaren van ondernemingen op een markt voor goederen of diensten in Nederland medebrengt, en het regelen van bevoegdheden van de overheid voor geval zulk een economische machtspositie met het algemeen belang strijdige gevolgen heeft. Zelfs kan de Regering krachtens art. 24 van de wet in dat geval daadwerkelijk ingrijpen, hetzij door openbaarmaking, hetzij door het geven van bindende voorschriften, hetzij door het opleggen van bepaalde verplichtingen. Deze uitbreiding is van veel belang, want niet alleen wordt aldus aansluiting verkregen met het hieronder te behandelen E.E.G.-verdrag, maar bovendien komt also de beperking te vervallen, dat slechts tegen regelingen met een juridische binding (hetgeen een essentieel kenmerk van de gewone mededingingsregelingen is)²⁵⁵ kan worden opgetreden. Trouwens ook gentlemen's agreements kunnen daarnaast worden getroffen²⁵⁶.

Evenals in het Kartelbesluit worden in de Wet Ec. Mededinging op het niet-naleven van de bepalingen van deze wet strafsancties vastgesteld, maar wordt over civielrechtelijke sancties gezwezen. Het systeem van de wet brengt mede — en ook in zover is er analogie met het kartelbesluit — dat van nietigheid van een mededingingsregeling of van een andere rechtshandeling geen sprake is, zolang de regeling of de gedraging niet uitdrukkelijk onverbindend is verklaard dan wel door een generieke onverbindendverklaring is getroffen. Uit verschillende bepalingen van de wet valt af te

²⁵⁴ K.B. van 24 juli 1962, Stbl. 307.

²⁵⁵ Vgl. Mulder/Mok t.a.p. pag. 43 en 44.

²⁵⁶ Vgl. de Memorie van Toelichting op art. 15 van de wet.

leiden, dat elke van overheidswege te nemen maatregel ex nunc werkt en dus geen terugwerkende kracht heeft ²⁵⁷. In zover verschilt het systeem van de wet fundamenteel van dat van de nader te bespreken Europese verdragen.

Hetgeen vóór de onverbindendverklaring ter zake van de mededelingsregeling etc., is verricht behoudt dus in beginsel ook zijn waarde, ook als een regeling in strijd met de wet niet is aangemeld ²⁵⁸. Gedragingen welke van vóór de onverbindendverklaring dateren, kunnen dan ook op zichzelf geen grond voor een vordering uit onrechtmatige daad opleveren, wanneer die gedragingen althans niet reeds los van de onverbindendverklaring een dergelijke vordering zouden wettigen ²⁵⁹. Het systeem van de wet is op dit punt zo duidelijk, dat zelfs het beroep op een ongeschreven norm vruchteloos zou zijn, wanneer de gedraging niet uit anderen hoofde onrechtmatig is ²⁶⁰.

De wet beschermt derden echter wel tegen gedragingen welke na de onverbindendverklaring plaats vinden ²⁶¹; zodat men kan opkomen tegen handelingen na de onverbindendverklaring, welke de strekking hebben de onverbindendverklaring ter zijde te schuiven. Hij die daarna ook nog geweerd wordt uit een aldus niet meer geoorloofde gesloten verkooporganisatie, kan een verbod vragen en indien hij schade lijdt ²⁶² vergoeding daarvan eisen.

Nadat de Wet Ec. Mededinging in werking is getreden is voor zover mij bekend nog éénmaal een specifieke onverbindendverklaring uitgesproken ²⁶³. Mulder en Mok menen, dat het Kartelrecht de laatste tijd aan scherpste heeft verloren ²⁶⁴, maar ik geloof veeleer, dat het geringe aantal onverbindendverklaringen na 14 november 1958 en de door de Regering betoonde grotere soepelheid hieruit voortvloeien, dat de betrokkenen bevreesd waren geworden door het aantal vóór die datum uitgesproken onverbindendverklaringen en meer geneigd waren om op door de Regering na een inge-

²⁵⁷ Zie b.v. artt. 10 lid 3, 14, 21 en 37 lid 2 van de wet.

²⁵⁸ Zie Mulder/Mok t.a.p. pag. 31 en pag. 99.

²⁵⁹ Vgl. Wiersma in S.E.W. 1958 pag. 104.

²⁶⁰ Vgl. het in hoofdstuk XII te behandelen arrest van de H.R. van 17 jan. 1958, N.J. 1961 no. 568.

²⁶¹ Zie b.v. artt. 14, 21 en 26 van de wet.

²⁶² Zie Mulder/Mok t.a.p. pag. 112.

²⁶³ Zie Mulder/Mok t.a.p. pag. 131.

²⁶⁴ t.a.p. pag. 132.

steld onderzoek (hetwelk op zichzelf ook preventief werkt) gegeven aanwijzingen de desbetreffende mededingingsregeling te wijzigen²⁶⁵. Van de enige door de Regering uitgesproken onverbindendverklaring werd beroep ingesteld bij het daarvoor aangewezen College, de Commissie van Beroep voor het Bedrijfsleven, maar dit beroep is verworpen²⁶⁶.

Naast deze ontwikkeling van het kartelbeleid in Nederland staat de ontwikkeling van het kartelrecht op internationaal niveau. Dit kartelrecht grijpt veel meer in, en wijkt in meerdere opzichten van het nationaal kartelrecht af. Ik denk hierbij met name aan het E.G.K.S.-verdrag en het E.E.G.-verdrag.

Het kartelrecht was ook reeds bij het Benelux-verdrag ter sprake gekomen. In art. 8 lid 2 van dit verdrag is bepaald, dat de lid-staten hun beleid ten aanzien van privaatrechtelijke overeenkomsten en afspraken inzake economische samenwerking, alsmede ten aanzien van misbruiken, voortvloeiende uit een marktbeheersende positie van een of meer ondernemingen zullen coördineren en passende maatregelen zullen treffen teneinde misbruik van economische macht te kunnen tegengaan. Dit is nog nader uitgewerkt in art. 11 van het bij het Unieverdrag behorende uitvoeringsprotocol d.d. 3 februari 1958, maar ook daarin is slechts sprake van verplichtingen van de lid-staten zelf en te dien aanzien is dus alleen van belang, wat de Regeringen van de lid-staten hebben gedaan. En dit laatste is praktisch van weinig betekenis gebleven. Eerst na het van kracht worden van het E.E.G.-verdrag is ook pas in België een Kartelwet in werking getreden²⁶⁷. De betekenis van het Benelux-verdrag op het gebied van het Kartelrecht is trouwens ook daarom niet groot, omdat dit verdrag geen supranationaal orgaan kent.

Dit laatste is wel het geval met betrekking tot het E.G.K.S.-verdrag, en in dit verdrag komen veel concreter bepalingen

²⁶⁵ Zie Mulder/Mok, t.a.p. pag. 131 v.v. en Mok in S.E.W. 1962 pag. 496 v.v. In laatstgenoemd artikel wijst Mok ook op het streven der Regering naar prijsstabilisatie. Mogelijk beïnvloedt ook dit streven het beleid der Regering.

²⁶⁶ Beslissing van 24 aug. 1959, Stscrt. 1959 no. 163; S.E.W. 1959 pag. 319.

²⁶⁷ Zie over het ontwerp: Mok in S.E.W. 1960 pag. 45 v.v. en de Caluwé in S.E.W. 1963 pag. 27 v.v. Tevoren was krachtens een K.B. van 13 jan. 1937 slechts een soort algemeen-verbindendverklaring mogelijk.

ter zake van kartels voor. Nadat in artt. 2 en 3 de doelstellingen van dit verdrag zijn omschreven, waarbij de gemeenschappelijke markt van kolen en staal op de voorgrond staat, verbiedt art. 4 onder meer alle maatregelen en praktijken, die een discriminatie tussen producenten, tussen verkopers, of tussen afnemers ten gevolge hebben, met name die welke betrekking hebben op prijzen, leveringsvoorwaarden en vervoerstarieven of die welke de koper belemmeren in de vrije keus van zijn leverancier. Voorts verbiedt art. 4 onder meer alle handelingen welke strekken tot verdeling of uitbuiting van markten.

Deze beginselen worden nader uitgewerkt in het vijfde hoofdstuk (over de prijzen) en in het zesde hoofdstuk (over samenwerking).

Volgens art. 60 zijn op het gebied van prijzen alle handelingen verboden, die in strijd komen met de artt. 2-4; speciaal ook handelingen van deloyale concurrentie, in het bijzonder wanneer deze er op gericht zijn door tijdelijke en plaatselijke prijsverlagingen op de gemeenschappelijke markt een monopolistische positie te verkrijgen, en discriminerende handelingen welke gedogen dat een verkoper op de gemeenschappelijke markt bij gelijkwaardige transakties ongelijke bedingen toepast. Art. 60 voegt hieraan toe, dat dit laatste met name geldt, wanneer daarbij rekening wordt gehouden met de nationaliteit van de koper. Als sanctie op overtreding van dit verbod zijn in art. 64 boeten gesteld, terwijl het gemeenschapsorgaan, de Hoge Autoriteit²⁶⁸, tevens krachtens art. 63 besluiten kan nemen ter voorkoming van verdere discriminatie, welke besluiten door de betrokken ondernemingen op straffe van boete moeten worden nageleefd. Daarnaast kan de H.A. in dergelijke gevallen ook aanbevelingen richten tot de Regering van het land waar de onderneming is gevestigd.

Het zesde hoofdstuk bevat de eigenlijke kartelbepalingen. In beginsel worden in art. 65 lid 1 verboden verklaard alle afspraken tussen ondernemingen, besluiten van bedrijfsgroepen en feitelijk onderling afgestemde gedragingen²⁶⁹, welke direkt of indirekt de strekking hebben of er toe kunnen leiden, het vrije spel der concurrentie op de gemeenschappe-

²⁶⁸ Hierna te noemen de H.A.

²⁶⁹ Hieronder vallen dus ook b.v. gentlemen's agreements; zie Mulder/Mok t.a.p. pag. 194.

lijke markt te verhinderen, te beperken of te vervalsen. Als voorbeelden worden daarbij genoemd prijsregelingen, regelingen tot beperking of tot het onder controle brengen van de productie, de technische ontwikkelingen en de investeringen, en regelingen tot verdeling van markten, producten, afnemers of voorraadsbronnen. Volgens het tweede lid van art. 65 kan de H.A. echter dergelijke regelingen toestaan, wanneer die naar haar oordeel aan bepaalde in het verdrag omschreven vereisten voldoen. De H.A. kan aan een dergelijke door haar te verlenen goedkeuring door haar te stellen voorwaarden verbinden, en zelfs reeds verleende goedkeuringen herroepen. Uiteraard heeft de H.A. ter richtige uitoefening van deze bevoegdheden het recht van enquête.

Ook bij niet-naleving van de bepalingen van dit artikel kan de H.A. boete heffen. Voor mijn onderwerp is echter meer van belang de bepaling van art. 65 lid 4, dat de volgens lid 1 verboden afspraken, besluiten en handelingen rechtens van onwaarde zijn en voor geen enkele rechter in een der verdragsstaten kunnen worden ingeroepen. Hieruit moet worden afgeleid, dat — in tegenstelling tot het bij de Wet Ec. Mededinging bepaalde — de volgens art. 65 lid 1 verboden afspraken enz. ab initio nietig zijn en slechts rechtsgeldig kunnen worden door goedkeuring vanwege de H.A.²⁷⁰ en dan slechts voor zover die goedkeuring strekt.

Art. 66 van het verdrag regelt de samenvoeging van ondernemingen (fusies en trustvorming). Ook dergelijke rechtshandelingen zijn onderworpen aan de voorafgaande goedkeuring van de H.A. In dit opzicht kan de H.A. eveneens voorwaarden aan de goedkeuring verbinden, zelfs nog naderhand, en achteraf nog onder bepaalde omstandigheden het onwettig karakter van de concentratie vaststellen en zelfs alsnog de scheiding en deling der concentratie bevelen²⁷¹. Ook heeft zij in dit opzicht een uitgebreid enquêterecht en kan zij aanbevelingen richten tot de Regeringen van de landen, waar de betrokken ondernemingen zijn gevestigd.

²⁷⁰ Van de beslissingen omtrent de goedkeuring kunnen belanghebbenden in beroep komen bij het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen; zij het dat zij niet kunnen opkomen tegen de waardering van de situatie aan de hand van de feiten en economische omstandigheden; vgl. art. 33 van het verdrag.

²⁷¹ Ook van deze beslissingen kunnen belanghebbenden in beroep komen bij het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, in voege als in noot 270 vermeld.

Ter bescherming van derden is bepaald, dat de H.A. bij de uitoefening van de haar in dit artikel gegeven bevoegdheid rekening houdt met door derden te goeder trouw verkregen rechten. Voorts kan de H.A. volgens lid 7 van art. 66 tevens maatregelen nemen tegen misbruik van een economische machtspositie ²⁷².

In art. 66 komt niet de bepaling van art. 65 voor, dat op verboden concentraties voor geen rechter in een der verdragsstaten beroep kan worden gedaan. Eveneens ontbreekt zowel in art. 65 als in art. 66 een norm, welke aan derden die door verboden afspraken enz., concentraties en economische machtsposities schade hebben geleden (b.v. door het feitelijk missen van de mogelijkheid mede als handelaar op te treden), een rechtsvordering tot vergoeding van deze schade toekent. Een dergelijke norm zou ook alleen rationeel zijn geweest, wanneer het Hof van Justitie van de Europese gemeenschappen te Luxemburg — verder te noemen het Hof te Luxemburg — bevoegd zou zijn verklaard, van zodanige vorderingen kennis te nemen, maar dit Hof is slechts bevoegd om te oordelen over besluiten en beschikkingen van andere organen van de E.G.K.S. De huidige President van het Hof, Prof. Mr. Donner, heeft er op gewezen, dat het Hof is ingesteld naar het voorbeeld van de Franse administratieve rechtspraak ²⁷³, en het is mij ook opgevallen, dat in vrijwel alle door het Hof besliste zaken de verwerende partij een der organen van de E.G.K.S. was, en dat het beroep vrijwel steeds was gericht tegen een door dat orgaan gegeven beslissing, besluit, aanbeveling of beschikking. Slechts in één zaak behoorde de verwerende partij niet tot de organen van de E.G.K.S., en was dit de Belgische staat, maar dit geval betrof een door de Belgische staat aan een ambtenaar van de E.G.K.S. opgelegde belastingaanslag, en had dus toch een administratief-rechtelijk karakter ²⁷⁴.

Wel is het mogelijk semipubliekrechtelijke zaken aan het

²⁷² Het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen heeft op 13 juni 1958 (jaargang 1958 pag. 9 en pag. 53) in de zaken 9 - 56 en 10 - 56 beslist, dat de H.A. beschikkingen als o.m. bedoeld in artt. 65 en 66 niet aan andere organen van de E.G.K.S. mag delegeren. Zie met name jaargang 1958 pag. 43 v.v. en pag. 81 v.v.

²⁷³ S.E.W. 1960 (Nederland) pag. 74 v.v.

²⁷⁴ Zie vonnis 16 dec. 1960 in zaak 6 - 60, jaargang 1960 pag. 1167, besproken door Samkalden in S.E.W. 1961/62 (Europa) pag. 185 v.v.

Hof voor te leggen, zoals bezwaren tegen een verleend ontslag, wijziging van arbeidsvoorwaarden voor ambtenaren e.d., maar ook dan betreft het beroep een beslissing of besluit van een orgaan van de E.G.K.S. Tussen ondernemingen en bedrijven heeft het Hof geen bevoegdheid; laat staan tussen natuurlijke en/of privaatrechtelijke rechtspersonen die onderdanen zijn van c.q. gevestigd zijn in een der lid-staten.

Het voert mij helaas te ver om de bijzonder interessante beslissingen van het Hof te Luxemburg in extenso te gaan behandelen. In het algemeen wil ik echter opmerken, dat het Hof zich reeds enige malen heeft uitgesproken, dat het gemeenschapsrecht naar zijn oordeel praevaleert boven de nationale rechtsregels, zelfs voor zover deze van constitutionele aard zijn, en tevens, dat het Hof zich ook niet bevoegd acht en er zich van onthoudt om het interne recht van de lid-staten toe te passen ²⁷⁵. Dit komt dus hierop neer, dat het Hof uitsluitend uitgaat van de bij en uit hoofde van het verdrag vastgestelde normen, maar dan ook daarbij het nationale recht van de lid-staten zo nodig ter zijde stelt.

Hoewel de E.G.K.S. slechts op beperkt terrein werkzaam is, is, mede door de jurisprudentie van het Hof te Luxemburg en ten gevolge van het feit dat dit verdrag al veel langer van kracht is dan het E.E.G.-verdrag ²⁷⁶, reeds een belangrijk stuk gemeenschapsrecht ontstaan, dat zeer waarschijnlijk grote invloed zal hebben op de ontwikkeling van het E.E.G.-recht, waaraan ik thans toekom.

Bij het E.E.G.-recht is het primaire doel de geleidelijke opheffing van de tevoren tussen de lid-staten bestaan hebbende douanebeperkingen en het mitsdien langzamerhand komen tot een volledige tolunie ²⁷⁷. Dit doel kan slechts worden bereikt, wanneer niet alleen de fiscale en protectionistische maatregelen van ieder der lid-staten jegens zijn medeleden worden afgeschaft, maar ook het mededingingsrecht wordt geharmoniseerd ²⁷⁸. Zonder bepalingen tegen

²⁷⁵ Zie de vonnissen d.d. 4 febr. 1959 in de zaak 1 - 58; jaargang 1959 pag. 43, met name pag. 66, en d.d. 15 juli 1960 in de zaken 36 tot en met 38 en 40 - 59; jaargang 1960 pag. 885, met name pag. 920, S.E.W. 1960/61 (Europa) pag. 285.

²⁷⁶ Resp. 25 juli 1952 en 1 januari 1958.

²⁷⁷ Zie Steindorff, *Problèmes des prix imposés dans le marché commun*, pag. 25 v.v.

²⁷⁸ Zie *Verloren van Themaat* in S.E.W. 1960 (Nederland) pag. 108 v.v.

ondernemingen en groepen van ondernemingen die door hun politiek de vrije handel tussen de lid-staten zouden blijven belemmeren of beletten zou het doel om een gemeenschappelijke markt te vormen slechts ten dele kunnen worden bereikt ²⁷⁹.

Dit heeft medegebracht, dat er in het E.E.G.-verdrag ook een aantal regelen betreffende de mededinging zijn vastgesteld, zoals eveneens in het E.G.K.S.-verdrag was geschied. En evenals in laatstgenoemd verdrag zijn deze regelen grotendeels in de vorm van een verbodswetgeving geformuleerd; anders dan in de Nederlandse wet op de Ec. Mededinging, welke een voorbeeld van een misbruikwet is. Elementen van de verbodsbepalingen zijn, dat er sprake is van een mogelijkheid van ongunstige beïnvloeding van de handel tussen de lid-staten, *alsmede* van een strekking of van het gevolg, dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst. Terecht merkt Steindorff op, dat door deze ruime terminologie reeds kan worden opgetreden vóórdat de schadelijke gevolgen zijn gebleken, en de bewijslast gemakkelijker wordt ²⁸⁰.

Overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, die de handel tussen de lid-staten ongunstig kunnen beïnvloeden ²⁸¹ en tevens er toe strekken of ten gevolge hebben, dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst, zijn krachtens het E.E.G.-verdrag verboden en volgens art. 85 lid 2 van het verdrag zelfs van rechtswege nietig. Art. 85 lid 1 geeft hiervan enige voorbeelden. Voorts is krachtens art. 86 verboden het misbruik maken door een of meer ondernemingen van een machtspositie op de gemeenschappelijke markt of op een wezenlijk deel daarvan ²⁸², waarvan ook enige voorbeelden

²⁷⁹ Vgl. Steindorff t.a.p. pag. 38 en 39.

²⁸⁰ Vgl. Steindorff t.a.p. pag. 22.

²⁸¹ A. G. Lagrange heeft er op gewezen, dat de Franse tekst spreekt van „affecter”, hetgeen beïnvloeding zonder meer betekent. Hij meent echter dat bij gunstige beïnvloeding art. 85 lid 3 van het verdrag kan worden toegepast (jaargang 1962 pag. 141/42).

Onder de hier bedoelde gedragingen vallen ook weer gentlemen's agreements; vgl. Mulder/Mok t.a.p. pag. 218.

²⁸² De machtspositie als zodanig is niet verboden; alleen iedere als misbruik daarvan aan te merken gedraging; vgl. Ellis en van den Heuvel, Europees Mededingings- en Kartelrecht, pag. 539. Ook het Hof te 's-Gravenhage gaf reeds in zijn in noot 243 geciteerd arrest

worden genoemd. In art. 86 wordt alleen als element genoemd de mogelijkheid dat de handel tussen de lid-staten ongunstig kan worden beïnvloed, en niet dat het gebruik de strekking of het gevolg moet hebben, dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst, zodat het verbod in art. 86 ruimer is dan dat in art. 85. Men heeft kennelijk het nemen van initiatieven en de mogelijkheid van prijsdalingen willen stimuleren en willen verijdelen dat een industrie in een der aangesloten landen door middel van zijn positie op de gemeenschappelijke markt de concurrentie van soortgelijke ondernemingen in een ander aangesloten land in de verdrukking brengt.

Uiteraard heeft art. 85 slechts betrekking op overeenkomsten, besluiten en gedragingen welke de „internationale” handel tussen de lid-staten ongunstig kunnen beïnvloeden en geldt deze beperking ook voor het in art. 86 verboden misbruik maken van een economische machtspositie. Daarbij moet evenwel niet uit het oog worden verloren, dat zelfs nationale kartels een ongunstige beïnvloeding van de gemeenschappelijke markt ten gevolge kunnen hebben ²⁸³. Er zijn gevallen, zoals de door Samkalden genoemde saneringsovereenkomst tussen melkbezorgers in een of meer Nederlandse gemeenten ²⁸⁴, waarbij van beïnvloeding van de gemeenschappelijke markt geen sprake kan zijn en waarop dus alleen de nationale wetgeving kan worden toegepast, maar dat zijn toch uitzonderingen.

Art. 85 lid 1 van het E.E.G.-verdrag noemt als voorbeeld van een verboden gedraging het rechtstreeks of zijdelings bepalen van de aan- of verkoopprijzen (of van andere contractuele voorwaarden). Daaronder vallen niet alleen horizontale, maar ook verticale prijsbindingen ²⁸⁵. Intussen heeft het Hof te Luxemburg in een recent vonnis ²⁸⁶ art. 85 lid 1 in N.J. 1932 pag. 1709 te kennen, dat misbruik van economische machtspositie teneinde „deelnemers” buitensporige winsten te verzekeren ongeoorloofd kan zijn.

²⁸³ Vgl. Mulder/Mok t.a.p. pag. 216; Verloren van Themaat in S.E.W. 1957 pag. 226, en de opmerkingen van Houtappel en A. van Oven in de vergadering van de Ned. Vereniging voor Internationaal Recht d.d. 24 jan. 1959 (Mededelingen no. 40 pag. 14 en 19).

²⁸⁴ In S.E.W. 1962 pag. 206.

²⁸⁵ Vgl. Steindorff t.a.p. pag. 10 en pag. 31 v.v.

²⁸⁶ Vonnis d.d. 18 mei 1962 in de zaak 13-60. Jaargang 1962 pag. 169 v.v.

zodanig geïnterpreteerd, dat daaruit mag worden afgeleid, dat niet alle prijsbindingen naar het oordeel van het Hof krachtens art. 85 lid 1 van het E.E.G.-verdrag verboden zijn. Het merkwaardige is, dat de desbetreffende zaak een E.G.K.S.-geval was, maar dat het Hof, op grond dat het E.G.K.S.-verdrag ten deze geen duidelijke oplossing gaf, het E.E.G.-verdrag ging uitleggen, onder overweging, dat weliswaar het E.E.G.-verdrag niet de oplossing van het geschil kon geven, maar dit verdrag wel indirect steun kon verlenen, omdat art. 85 dezelfde materie regelt als art. 65 E.G.K.S.²⁸⁷. Uit art. 85 van het E.E.G.-verdrag leidde het Hof af, dat men een onderscheid moet maken tussen de macht tot prijsvastlegging (prijsvaststelling), welke voortvloeit uit de structuur van de betrokken onderneming, en de macht tot prijsbepaling, d.i. de mogelijkheid de prijzen vast te stellen op een niveau dat aanzienlijk verschilt van het prijspeil dat zou zijn bereikt, indien de prijzen uitsluitend door de concurrentie waren bepaald, welke macht tot prijsbepaling geacht moet worden aanwezig te zijn, „indien wordt geoordeeld dat de feitelijke prijzen anders zijn of zouden kunnen zijn dan het geval zou zijn indien geen macht tot prijsvastlegging had bestaan”²⁸⁸. Tegen de macht tot prijsvastlegging heeft het Hof op zichzelf geen bedenking; wel tegen de macht tot prijsbepaling²⁸⁹. Wanneer men hierop let, valt het op, dat bij de in art. 85 lid 1 vermelde voorbeelden van verboden gedragingen alleen van prijsbepaling, en niet van prijsvastlegging wordt gesproken, zodat de macht tot prijsvastlegging volgens het E.E.G.-verdrag toelaatbaar zou zijn.

In het E.E.G.-verdrag wordt niet bepaald, of de in art. 85 lid 2 bedoelde nietigheid van rechtswege de gehele overeenkomst treft dan wel alleen de clausules welke volgens het verdrag verboden zijn. Algemeen wordt het laatste aangenomen²⁹⁰ en voor wat de toepassing van het verdrag en dus de werking naar buiten betreft, deel ik die mening. Een aanknopingspunt hiervoor is ook te vinden in een overweging in een vonnis van het Hof te Luxemburg d.d. 20 maart

²⁸⁷ Jaargang 1962 pag. 205 en 206.

²⁸⁸ Jaargang 1962 pag. 206 en 207.

²⁸⁹ In het hier bedoelde berechte geval werd ongeoorloofde prijs-„bepaling” aangenomen.

²⁹⁰ Vgl. Schepers in S.E.W. 1962 pag. 453 v.v., en Ellis en v. d. Heuvel t.a.p. pag. 103 v.v.

1957²⁹¹, dat de clause welke toen in geschil was omdat zij niet door de H.A. was goedgekeurd (voor de verdere overeenkomst was toen wel door de H.A. dispensatie verleend) niet slechts als onderdeel der overeenkomst, maar ook op zichzelf dispensatie behoeft²⁹². Ook de tekst van het verdrag wijst in deze richting.

Intern kan echter de nietigheid van een of meer clauses wel de nietigheid van de gehele overeenkomst ten gevolge hebben. Terecht vragen Ellis en v. d. Heuvel zich af, hoe de oplossing moet zijn, wanneer de desbetreffende overeenkomst juist met het oog op de verboden clauses is aangegaan²⁹³. Naar mijn mening zal het Hof te Luxemburg zich van de beantwoording van deze vraag onthouden, omdat dit college alleen aan de verdragsregelen heeft te toetsen, zodat deze gevolgen van de nietigverklaring zo nodig alsnog door de nationale rechter zullen moeten worden beoordeeld. In Nederland zal daarbij de conversieleer van belang zijn.

Van het in art. 85 lid 1 bedoelde verbod kan krachtens lid 3 dispensatie worden verleend, in dier voege dat de bepalingen van lid 1 buiten toepassing kunnen worden verklaard. Daartoe moet blijken, dat de desbetreffende overeenkomst, besluit of gedraging of de desbetreffende groep van overeenkomsten, besluiten of gedragingen bijdragen tot verbetering van de productie of van de verdeling der producten of tot verbetering van de technische of economische vooruitgang, terwijl voorts nog aan bepaalde andere in deze alinea omschreven, maar voor dit prae-advies minder van belang zijnde voorwaarden moet zijn voldaan. Uiteraard is de bepaling van lid 3 alleen van toepassing op de in lid 1 verboden kartels²⁹⁴, maar in de praktijk zal het dikwijls bijzonder moeilijk zijn om te beoordelen of een bepaald kartel onder lid 1 valt, zodat het veiliger is, bij twijfel een verzoek om dispensatie in te dienen, hetgeen, zoals hieronder zal blijken, neerkomt op aanmelding²⁹⁵, of wel een verklaring uit te lokken, dat art. 85 lid 1 niet van toepassing is.

²⁹¹ In de zaak 2-56; jaargang 1957 pag. 9 v.v.

²⁹² Jaargang 1957 pag. 43.

²⁹³ Zie hiervoor uitvoeriger Ellis en v. d. Heuvel t.a.p. pag. 103 met de door hen geciteerde arresten van de H.R. d.d. 20 mei 1938, N.J. 1939 no. 94; 18 april 1941, N.J. 1941 no. 940 en 21 jan. 1944, N.J. 1944 no. 120.

²⁹⁴ Aldus ook Diephuis in „De Accountant” sept. 1962 pag. 14.

²⁹⁵ Vgl. o.m. Mulder/Mok t.a.p. pag. 224.

Een beschikking als bedoeld bij art. 85 lid 3 moet worden gegeven door een met bestuur belaste autoriteit; dat is volgens de verdere inhoud van het verdrag de z.g. Europese Commissie, die voor de naleving van het Verdrag moet waken en van wier beslissingen krachtens art. 173 beroep op het Hof openstaat wegens onbevoegdheid, schending van substantiële vormvoorschriften, schending van het Verdrag of van enige uitvoeringsregeling daarvan, dan wel wegens misbruik van bevoegdheid. Aan de Europese Commissie is krachtens art. 87 ook opgedragen verordeningen en richtlijnen voor te stellen omtrent de toepassing van de beginselen van de artt. 85 en 86, welke dan door de Raad van Ministers na raadpleging van de Vergadering van het Europese Parlement kunnen worden vastgesteld. Vóór het in werking treden van deze voorschriften — het overgangsstadium te noemen — was het waken over de in artt. 85 en 86 neergelegde normen en waren de beslissingen over de toelaatbaarheid van mededingingsregelingen en over het misbruik maken van een economische machtspositie op de gemeenschappelijke markt krachtens art. 88 mede aan de autoriteiten van de lid-staten overgelaten²⁹⁶. Naar vrijwel algemene opvattingen, althans in Nederland, moest ook deze nationale autoriteit een bestuurlijke of politieke autoriteit zijn²⁹⁷, en was de rechter dus slechts bevoegd de nietigheid aan te nemen na een desbetreffende voorafgaande beslissing van een bestuurlijke instantie. Dit laatste kan ook haast niet anders, want de rechter mist de outillage om de economische factoren te beoordelen welke voor een dergelijke beslissing nodig zijn.

De gevolgen van een verleende dispensatie door de Europese Commissie, hierna ook wel goedkeuring te noemen, heeft zowel supranationale als nationale gevolgen²⁹⁸. Met name wil ik hierbij op Nederland wijzen, waarin m.i. na de goedkeuring niet meer een schorsing of onverbindendverkla-

²⁹⁶ Zij het tevens — krachtens art. 89 — aan de Europese Commissie.

²⁹⁷ Vgl. Bos, de Kartelbepalingen in het E.E.G.-verdrag, praeadvies voor de Vereniging „Handelsrecht”, pag. 34, en v. d. Grinten en Bieger praeadvies Ned. Vereniging voor Internationaal Recht, Mededelingen no. 39 pag. 6 Anders: Samkalden in S.E.W. 1962 pag. 274.

²⁹⁸ Zie b.v. Verloren van Themaat in S.E.W. 1957 pag. 229-230 en Steindorff t.a.p. pag. 12.

ring kan worden uitgesproken, tenzij de Europese Commissie zou beslissen, dat de goedkeuring op grond van het niet van toepassing zijn van art. 85 lid 1 niet hoeft te worden verleend. In dat geval kunnen de Nederlandse instanties de zaak nog vanuit een nationale gezichtshoek beoordelen. Maar deze instanties zouden het beleid van de Europese Commissie op een bedenkelijke wijze doorkruisen, wanneer zij eveneens kartels welke volgen die Commissie aan art. 85 lid 3 voldoen daarna nog zouden gaan schorsen of onverbindend verklaren. Er zijn op dit punt trouwens nog allerlei moeilijkheden te overwinnen; zo b.v. in verband met de omstandigheid, dat in Frankrijk nog een verbod van verticale prijsbinding in het algemeen bestaat en dus de Franse rechter voor de vraag kan komen te staan of de goedkeuring van een prijsbinding door de Europese Commissie in Frankrijk kan worden erkend ²⁹⁹.

Zoals ik reeds opmerkte bestaat een beperkte mogelijkheid, van beschikkingen van de Europese Commissie over de toepasselijkheid van art. 85 lid 3 in beroep te komen bij het Hof te Luxemburg. Dit Hof heeft in twee zaken aangegeven hoever het tot de beoordeling van economische omstandigheden bevoegd is. Op 20 maart 1957 ³⁰⁰ besliste het Hof, dat het de door de H.A. vastgestelde economische feiten voor de beslissing of er sprake was van een verboden Kartelregeling niet nodig had en deze feiten dus niet behoefde te beoordelen. Op 15 juli 1960 ³⁰¹ besliste het Hof — scherper — dat, wanneer de H.A. de economische feiten en omstandigheden duidelijk heeft gemotiveerd en het Hof aldus in staat heeft gesteld na te gaan, op welke feiten en omstandigheden de H.A. haar beslissing heeft gebaseerd, het Hof voldoende gegevens heeft om die overwegingen feitelijk en juridisch te kunnen toetsen. Het Hof gaat dus, zoals ook uit art. 173 van het verdrag volgt, niet zelf de economische feiten na, en zijn beslissingen zijn in zover te vergelijken met die van de Nederlandse cassatierechter. Het Hof laat zich primair leiden door de fundamentele beginselen van het E.E.G.-verdrag ³⁰².

Het is uitermate gewenst, dat de rechtspraak op nationaal

²⁹⁹ Vgl. Mok in S.E.W. 1962 pag. 568-569.

³⁰⁰ In de zaak 2-56, jaargang 1957 pag. 9, met name pag. 43, besproken door Peters in S.E.W. 1960 pag. 90 v.v.

³⁰¹ In de zaken 36 tot en met 38 en 40-59, jaargang 1960 pag. 885, met name pag. 921, S.E.W. 1960/61 (Europa) pag. 285.

³⁰² Vgl. Steindorff t.a.p. pag. 34.

niveau zich richt naar die van het Hof te Luxemburg, en dat er geen beslissingen van de nationale rechters komen die, mede door toepassing van nationale Kartelwetten, van die van het Hof te Luxemburg of wel onderling van elkaar afwijken ³⁰³. Wanneer dan ook aan nationale rechters de vraag wordt voorgelegd, of een bepaald kartel in strijd is met art. 85 of art. 86 van het verdrag, doen zij goed bij twijfel het advies van het Hof te Luxemburg te vragen, overeenkomstig art. 177 van het verdrag, ook voor zover zij daartoe niet krachtens dit artikel verplicht zijn ³⁰⁴. Indien het Hof te Luxemburg daardoor te veel met zaken zou worden overstroomd, dient men zich op andere maatregelen ter voorkoming hiervan te bezinnen.

De tenuitvoerlegging van de beschikkingen van de organen van de E.E.G., waaronder die van het Hof te Luxemburg, is krachtens art. 192 van het E.E.G.-verdrag en – analogisch krachtens – art. 164 van het Euratom-verdrag ³⁰⁵ in handen van de nationale rechters gelegd ³⁰⁶.

Ik heb hiermede de voornaamste beginselen van het E.E.G.-verdrag op het terrein van de mededinging globaal behandeld. Al hetgeen niet rechtstreeks betrekking heeft op concurrentie zoals b.v. de regelen betreffende dumping ³⁰⁷ en de bepalingen over de in het verdrag enigszins in de knel gekomen industriële eigendom ³⁰⁸ moet ik buiten bespreking laten.

Voor de vraag, hoe de beginselen van het verdrag zich in de praktijk hebben ontwikkeld, moet een onderscheid worden gemaakt tussen de periode vóór het op 13 maart 1962 in werking treden van de krachtens art. 87 van het verdrag vastgestelde kartelverordening en de tijd daarna.

³⁰³ Ook de nationale rechter kan van dergelijke zaken kennis krijgen; vgl. Ellis en v. d. Heuvel t.a.p. pag. 121 en Samkalden in S.E.W. 1962 pag. 214 v.v.

³⁰⁴ Zie Erades in het Mededelingenblad van de Ned. Vereniging voor Rechtspraak 1961/62 pag. 25 en pag. 26.

³⁰⁵ Daar het Euratom-verdrag geen bijzondere regelen omtrent mededinging bevat, behandel ik dit verdrag niet.

³⁰⁶ Vgl. Erades in het in noot 304 vermelde Mededelingenblad pag. 24.

³⁰⁷ Art. 91 van het E.E.G.-verdrag.

³⁰⁸ Zie hierover Bodenhausen in S.E.W. 1958 pag. 1 v.v. en in B.I.E. 1958 pag. 30 v.v. Er komt inmiddels in zover al enige verbetering; zie de bij Ellis en v. d. Heuvel t.a.p. op pag. 812 en 813 opgenomen bekendmakingen van de Europese Commissie over Octrooilicentiecontracten. Zie ook B.I.E. 1963, pag. 16.

De eerstgenoemde periode, de z.g. overgangperiode, is thans verstreken, en hoewel juist deze periode een groot aantal schrijvers in beweging heeft gezet en een groot aantal rechterlijke beslissingen heeft uitgelokt, is de betekenis van die periode momenteel niet zo groot meer. Zoals ik reeds vermeldde, delegeerde het E.E.G.-verdrag beslissingen omtrent dispensatie aan de autoriteiten van de lid-staten, al bleef de Europese Commissie ook in dat tijdsbestek bevoegd een wakend oog op de nakoming van de beginselen van de E.E.G. te houden.

In Nederland is in verband hiermede een wet vastgesteld van 5 december 1957, Stb. 528, waarin bepaald werd dat mededingingsregelingen als bedoeld in art. 88 van het E.E.G.-verdrag waren toegelaten en dat van machtsposities als bedoeld in dit artikel geacht zou worden geen misbruik te zijn gemaakt, voor zover en zolang niet tegen die regelingen en machtsposities krachtens het toen nog geldige Kartelbesluit of later — na de te verwachten in werking treding van de Wet Ec. Mededinging — krachtens die wet was opgetreden door de daarbij aangewezen bevoegde autoriteiten. Deze wet is later algemeen de Sinterklaas-wet genoemd, want de gevaren welke de kartels krachtens de onmiddellijk in werking tredende bepalingen van het E.E.G.-verdrag boven het hoofd hingen, waren hiermede voorlopig afgewend. Hoewel algemeen wordt aangenomen, dat deze wet niet zodanig met de beginselen van het E.E.G.-verdrag in strijd komt, dat zij krachtens art. 66 van de Grondwet als niet-verbindend moet worden beschouwd, is die wet naar mijn mening toch een wanproduct, omdat hier voor de toepassing van de verbodswetgeving van het E.E.G.-verdrag een misbruikwetgeving werd gehanteerd, welke van geheel ander karakter is.

Er rezen dan ook al spoedig geschillen, want in verschillende akties wegens niet nakoming van regelingen van verticale prijsbinding werd met beroep op art. 85 van het E.E.G.-verdrag aangevoerd dat de binding nietig was, nu er (nog) geen dispensatie krachtens art. 85 lid 3 was verleend. Daardoor rees de vraag, of deze bepalingen de burgers wel rechtstreeks bonden, en zo ja, of zulks dan ook reeds in het overgangsstadium het geval was. De Regering had de rechtstreekse werking bij de verdediging van de Sinterklaaswet hardnekkig bewist³⁰⁹, maar het standpunt van de Regering

³⁰⁹ Zie o.m. Bos, praeadvies 1960 voor de vereniging „Handels-

vond bij de schrijvers maar zeer matige bijval³¹⁰. Door de Nederlandse jurisprudentie werd echter meer voor het Regeeringsstandpunt gevoeld³¹¹, althans aanvankelijk.

In deze periode werd ook wel de leer verkondigd, dat de bepalingen van artt. 85 en 86 van het E.E.G.-verdrag slechts een „beginsel” tot uitdrukking brachten en dus niet anders dan als een „richtsnoer” konden worden gehanteerd, zolang de in art. 88 bedoelde regelingen niet tot stand waren gekomen³¹². Wel werd door de aanhangers van deze leer het „self-executing”-karakter van die bepalingen implicite of explicite aanvaard. Die leer vond eveneens aanhang in de Nederlandse jurisprudentie; soms met de overweging, dat de bepalingen nog „in statu nascendi” waren³¹³.

Op de duur kwam er evenwel in zover een kentering, dat de Nederlandse rechter steeds meer bereid werd de in artt. 85 en 86 neergelegde beginselen zelf te gaan toepassen³¹⁴.

recht”, pag. 41, en Baardman, praeadvies 1960 voor deze vereniging, pag. 66 v.v.

³¹⁰ Zie Bos, praeadvies t.a.p. pag. 34 v.v.; Baardman, praeadvies t.a.p. pag. 78 v.v.; Brijnen en Wertheimer S.E.W. 1957 pag. 254; v. Alphen de Veer, S.E.W. 1960 (Nederland) pag. 52 v.v., en Tammes in N.J.B. 1962 pag. 69 v.v. Anders, althans voor de overgangsperiode, Verloren van Themaat in S.E.W. 1957 pag. 257 en 258. In Duitsland werd voor de overgangsperiode ook de „Direktwirkung” aangenomen (Bos, praeadvies t.a.p. pag. 39).

³¹¹ Zie b.v. Pres. Rb. 's-Gravenhage 14 dec. 1960, N.J. 1961 no. 51, S.E.W. 1960/61 (Europa) pag. 265; Adv. Gen. Eyssen in zijn conclusie bij H.R. 13 jan. 1961, N.J. 1962 no. 245 (pag. 784), B.I.E. 1961 pag. 50 no. 21, S.E.W. 1960/61 (Europa) pag. 321; Hof 's-Gravenhage 7 april 1961, N.J. 1961 no. 204, B.I.E. 1962 pag. 8 no. 4 (waarin op grond van twijfel over dit punt, nu Duits recht van toepassing werd geacht, het gevraagde verbod werd afgewezen); Hof Arnhem 28 juni 1961, N.J. 1962 no. 117, S.E.W. 1961/62 (Europa) pag. 125, bekrachtigend het in noot 313 te vermelden vonnis van de Pres. v. d. Rb. te Zutfen, en Pres. Rb. 's-Gravenhage 24 nov. 1961, N.J. 1962 no. 57.

³¹² Vgl. Samkalden in S.E.W. 1961/62 (Europa) pag. 69 v.v.

³¹³ Zie b.v. Pres. Rb. Zutfen 11 juli 1958, N.J. 1958 no. 426; Hof Amsterdam 3 maart 1960, B.I.E. 1960 pag. 130 no. 40, S.E.W. 1960/61 (Europa) pag. 80, ook te vinden in H.R. 13 Jan. 1961, N.J. 1962 no. 245; Rb. Rotterdam 26 okt. 1960, N.J. 1961 no. 159, vernietigd bij het in noot 311 vermelde arrest van het Hof te 's-Gravenhage d.d. 7 april 1961, en Pres. Rb. 's-Gravenhage 14 dec. 1960, N.J. 1961 no. 51.

³¹⁴ Aldus werd het verbod van art. 85 van het E.E.G.-verdrag rechtstreeks op het desbetreffende prijsbindingskartel van toepassing geacht door Hof 's-Gravenhage 30 juni 1961, S.E.W. 1961/62 (Europa) pag. 120, zulks met vernietiging van het vonnis in eerste

De onzekerheid in de jurisprudentie heeft voortgeduurd, totdat het Hof te 's-Gravenhage besloot, met inachtneming van art. 177 van het E.E.G.-verdrag het advies van het Hof te Luxemburg te vragen ³¹⁵. En dit Hof heeft zich in zijn vonnis d.d. 6 april 1962 ³¹⁶ zo duidelijk uitgesproken, dat dit vonnis tot richtsnoer kan dienen voor alle beslissingen welke nog met betrekking tot het overgangsstadium zullen moeten worden genomen. Het Hof te Luxemburg overwoog onder meer, dat art. 85 van het E.E.G.-verdrag vanaf het ogenblik van de tot standkoming van dit verdrag van toepassing is geweest ³¹⁷, waarmede het Hof kennelijk ook de onmiddellijke werking tegenover de burgers van de lid-staten vanaf de totstandkoming van het verdrag aannam ³¹⁸. Het Hof loste daarnaast de moeilijkheden, dat dus alle volgens art. 85 lid 1 en art. 86 verboden kartels sedert 1 januari 1958 nietig en onverbindend zouden zijn geweest, op bijzonder elegante wijze op door te overwegen, dat het met de rechtszekerheid zou strijden nietigheid aan te nemen voordat de mogelijkheid had bestaan om vast te stellen op welke overeenkomsten „het geheel” der bepalingen van art. 85 (dus ook art. 85 lid 3) van toepassing was, en dat dus moest worden aangenomen, dat de nietigheid van rechtswege tot op het tijdstip van het in werking treden van de vorenbedoelde Kartelverordening op 13 maart 1962 slechts was ingetreden ten aanzien van overeenkomsten enz., welke door de in art. 88 bedoelde autoriteiten van de lid-staten, of krachtens art. 89 door de Europese Commissie verboden waren verklaard ³¹⁹

aanleg van de President van de Rb. te Rotterdam d.d. 19 juli 1960, en werd dit verbod niet op de regeling in geschil van toepassing geacht door Pres. Rb. Rotterdam in zijn juistbedoeld vonnis d.d. 19 juli 1960, N.J. 1960 no. 605, alsmede door Pres. Rb. 's-Gravenhage 17 nov. 1961 (niet gepubliceerd).

³¹⁵ Hof 's-Gravenhage 30 juni 1961, N.J. 1961 no. 375, S.E.W. 1961/62 (Europa) pag. 115, behandeld in S.E.W. 1961/62 (Europa) pag. 90; cass. ber. verworpen door H.R. 18 mei 1962, R.v.d.W. no. 16 pag. 179.

³¹⁶ In de zaak 13-61; jaargang 1962 pag. 91 v.v., opgenomen in Ellis en v. d. Heuvel pag. 1152 v.v. en door hen besproken t.a.p. pag. 106 v.v.

³¹⁷ Jaargang 1962 pag. 105.

³¹⁸ Vgl. ook A. G. Lagrange; jaargang 1962 pag. 129 en 130 en Samkalden in S.E.W. 1962 pag. 221. Zie ook Hof Luxemburg 5 febr. 1963 in de zaak 26 - 62, S.E.W. 1963 pag. 95, en met name pag. 99 v.v.

³¹⁹ Jaargang 1962 pag. 107.

en voor het overige voorlopig nog als geldig moesten worden beschouwd totdat hetzij niet zou zijn voldaan aan de in de Kartelverordening geregelde aanmelding hetzij de overeenkomsten enz. na aanmelding niet door de Europese Commissie zouden worden gesanctioneerd ³²⁰.

Nadien is deze mening van het Hof door de Nederlandse rechters gevolgd ³²¹, welke mening ook naar mijn oordeel veel beter bij het verdrag aansluit dan de pogingen welke tevoren in Nederland werden aangewend om aan de dreiging van nietigheid te ontkomen.

Het overgangsstadium was dus ten einde, toen op 13 maart 1962 de door de Raad van de Ministers op 6 februari 1962 vastgestelde Eerste verordening op de toepassing van de artt. 85 en 86 van het E.E.G.-verdrag in werking trad ³²², welke verordening gewoonlijk wordt aangeduid als de Eerste Kartelverordening. Een der essentialia van deze verordening is de aanmelding van kartels. Te dien aanzien wordt als het ware een negatief systeem gehuldigd: de aanmelding is niet verplicht ³²³, maar zolang deze niet is geschied, is het onmogelijk dispensatie te krijgen. En daar voor de aanmelding termijnen zijn gesteld, loopt men het gevaar dat een kartel onverbindend is, indien de aanmelding niet tijdig geschiedt. De Eerste Kartelverordening bevestigt in art. 1 nog eens — m.i. ten overvloede — dat alle overeenkomsten, besluiten en gedragingen als bedoeld in art. 85 lid 1, en elk misbruik van een economische machtspositie als bedoeld in art. 86 van het Verdrag verboden zijn zonder dat daartoe enige voorafgaande beschikking is vereist.

Met betrekking tot de aanmelding wordt een onderscheid gemaakt tussen reeds op 13 maart 1962 bestaande overeenkomsten enz. als bedoeld in art. 85 lid 1 van het verdrag en op dat ogenblik nog niet bestaande overeenkomsten, enz. De eerste groep moet voor een bepaalde datum worden aange-

³²⁰ Jaargang 1962 pag. 108.

³²¹ Zo b.v. door Hof Amsterdam 28 juni 1962, N.J. 1963 no. 218, en Rb. 's-Gravenhage 31 okt. 1962, niet gepubliceerd, alsmede door Kant. Amsterdam 28 juni 1962, N.J. 1963 no. 34.

³²² Verordening no. 17, te vinden bij Ellis en van den Heuvel t.a.p. pag. 406 v.v. en bij Mulder/Mok als bijlage IX. Zie ook in dit verband verordeningen 26 en 27, te vinden bij Ellis en van den Heuvel t.a.p. resp. pag. 731 en 502.

³²³ Vgl. Ellis en v. d. Heuvel t.a.p. pag. 425, en Mulder/Mok t.a.p. pag. 224.

meld, wil men dispensatie krijgen, en ten aanzien van de tweede groep is bepaald, dat een beschikking als bedoeld in art. 85 lid 3 niet kan worden gegeven, zolang er geen aanmelding heeft plaatsgevonden.

Voorts worden onderscheiden enerzijds overeenkomsten enz. tussen ten hoogste twee ondernemingen uit slechts één lid-staat welke geen betrekking hebben op de in- of uitvoer tussen staten en welke aan bepaalde in de verordening omschreven voorwaarden voldoen, o.m. door Ellis en v. d. Heuvel³²⁴ „lichte” kartels genoemd, en andere kartels, de z.g. zware kartels. Voor de laatste groep geldt een kortere aanmeldingstermijn dan voor de eerste groep.

Wanneer reeds bestaande kartels tijdig worden aangemeld, kan aan de verklaring dat zij niet zijn verboden terugwerkende kracht worden gegeven (art. 6 lid 2 der verordening), maar wanneer zij naar het oordeel der commissie aanvaankelijk niet aan de in art. 85 lid 3 van het verdrag vermelde voorwaarden voldeden, doch daarna zijn beëindigd of ten genoegen van de Commissie zijn gewijzigd, kan de Commissie bepalen, dat het verbod krachtens art. 85 lid 1 slechts gedurende een door haar vastgestelde periode heeft gegolden (art. 7 lid 1).

Lichte kartels „kunnen” worden aangemeld (art. 4 lid 2). Voor zover reeds bestaande lichte kartels vóór 1 januari 1964 worden aangemeld, is het juist genoemde art. 7 lid 1 der verordening daarop van toepassing. Voor zover zij op 13 maart 1962 daarentegen nog niet bestonden, en dispensatie niettemin noodzakelijk blijkt te zijn, kan daaraan blijkens art. 6 lid 2 der verordening ook terugwerkende kracht tot vóór het tijdstip van aanmelding worden verleend. Ten aanzien van de zware kartels is dit niet mogelijk.

Aan de dispensatie — juister gezegd: aan de verklaring, dat art. 85 lid 3 van het Verdrag van toepassing is — kunnen krachtens art. 8 voorwaarden worden verbonden. De verklaring kan ook voor slechts een bepaalde tijd worden gegeven, en zelfs in enkele met name genoemde gevallen (b.v. bij bedrog, misleiding en misbruik) worden ingetrokken.

In plaats van een verklaring, dat art. 85 lid 3 van het Verdrag van toepassing is, kan op verzoek van belangheb-

³²⁴ t.a.p. pag. 425 v.v.; zie ook Samkalden in S.E.W. 1962 pag. 224.

benden blijkens art. 2 van de verordening ook een z.g. negatieve verklaring worden afgegeven, dat er geen aanleiding bestaat tegen een overeenkomst enz. als bedoeld in art. 85 lid 1 of art. 86 van het Verdrag op te treden. Een dergelijke negatieve verklaring heeft een verdere strekking, want zij betekent dat het Verdrag in het geheel niet op het betrokken kartel van toepassing is. Door deze mogelijkheid, die algemeen werkt, zal het aantal verzoeken om goedkeuring aanmerkelijk kunnen worden beperkt, al zullen er nog meer dan genoeg verzoeken overblijven ³²⁵.

Al het hierboven naar voren gebrachte geldt ook voor overheidsbedrijven. Ook deze vallen onder de bepalingen van de artt. 85 en 86 van het verdrag ³²⁶.

Als overgangmaatregel is in art. 23 van de verordening bepaald, dat voor 13 maart 1962 door de bevoegde autoriteit van een lid-staat afgegeven verklaringen dat een bepaald kartel aan art. 85 lid 3 van het Verdrag voldoet, in elk geval drie jaren geldig zijn. Ten deze is dus sprake van „positieve” verklaringen, en daar de Nederlandse Kartelwetgeving slechts negatieve onverbindendverklaringen kent, is deze bepaling voor Nederland van weinig betekenis. Alleen in geval een mededingingsregeling in Nederland „algemeen verbindend” zou zijn verklaard, zou de vraag kunnen rijzen of dit een toepasselijk verklaring van art. 85 lid 3 van het Verdrag impliceert. Voor zover ik kan nagaan, zijn echter in Nederland sinds 1958 dergelijke beschikkingen niet gegeven ³²⁷.

De beschikkingen van de Europese Commissie hebben een constitutief karakter. Zij hebben dus niet de betekenis van een exception légale ³²⁸. Zoals ik reeds enige malen heb opgemerkt heeft het Hof te Luxemburg bij beroep tegen een dergelijke beschikking een beperkt toetsingsrecht ³²⁹. Dit is ten overvloede nog eens uitdrukkelijk in art. 9 lid 1 van de Eerste Kartelverordening vastgelegd.

³²⁵ Zie Ellis en v. d. Heuvel t.a.p. pag. 425.

³²⁶ Zie de onder noot 327 te vermelden „Handleiding”, en wel ten aanzien van het hier betoogde hetgeen daaromtrent in Ellis en v. d. Heuvel t.a.p. op pag. 540 is vermeld.

³²⁷ Zie uitvoeriger voor de toepassing van de Kartelverordening de door de Europese Commissie uitgegeven Handleiding (Guide Pratique), welke is te vinden in Ellis en v. d. Heuvel t.a.p. pag. 535 v.v.

³²⁸ Vgl. Snijders in N.J.B. 1962, pag. 445.

³²⁹ Aldus ook Dommering in N.J.B. 1961 pag. 919 en Snijders in N.J.B. 1962 pag. 646.

Na het in werking treden van deze Kartelverordening zullen naar schatting vele tienduizenden kartels bij de Europese Commissie zijn aangemeld. Daardoor zal het naar verwachting nog geruime tijd duren, voordat over al die kartels een beslissing zal zijn genomen, en dit heeft ten gevolge dat er nog voorlopig een toestand van onzekerheid zal blijven bestaan. Wel zijn de tijdig aangemelde kartels blijkens het vonnis van het Hof te Luxemburg d.d. 6 april 1962³³⁰ voorlopig veilig, maar zij die door een kartel worden gedupeerd of door economische omstandigheden gedwongen waren toe te treden, zullen nog lang moeten wachten, voordat zij weten wat hun rechtspositie is.

Ten slotte moet worden vermeld, dat op overtreding van artt. 85 v.v. van het Verdrag of van de Eerste Kartelverordening sancties zijn vastgesteld. De voornaamste sancties zijn³³¹:

- a. civielrechtelijke nietigheid, hetgeen medebrengt, dat acties uit wanprestatie of uit onrechtmatige daad wegens het bewust gebruik maken van wanprestatie uit hoofde van de Kartelovereenkomst door een lid van het Kartel uitgesloten zijn;
- b. boeten en/of dwangsommen als bedoeld in art. 87 lid 2 sub a van het Verdrag.

Voor dit praeadvies is van meer belang, of daarnaast tegen hen die door middel van een kartel of door misbruik van een economische machtspositie derden hebben gedupeerd, door die derden een vordering uit onrechtmatige daad c.q. ter zake van onverschuldigd presteren kan worden ingesteld. Het verdrag en de Kartelverordening zwijgen hierover; trouwens terecht, want dit is een kwestie voor de nationale rechters.

Vele schrijvers nemen aan, dat in dergelijke gevallen inderdaad een actie uit onrechtmatige daad mogelijk is³³², maar dit komt mij toch twijfelachtig voor in verband met de in

³³⁰ Jaargang 1962 pag. 91 v.v.; Ellis en v. d. Heuvel t.a.p. pag. 1152 v.v.

³³¹ Zie hiervoor uitvoeriger Mulder in S.E.W. 1957 pag. 244 v.v. Naast de door hem aldaar genoemde sancties moeten ook nog worden vermeld de door een lid-staat uit hoofde van art. 89 van het Verdrag te nemen maatregelen. Zie ook de in noot 327 bedoelde Handleiding, en wel speciaal wat daaromtrent in Ellis en v. d. Heuvel t.a.p. op pag. 547 v.v. is opgenomen.

³³² Zie Mulder/Mok t.a.p. pag. 226; en A. van Oven en Bieger in de Vergadering van de Ned. Ver. voor Internationaal Recht d.d.

Nederland geldende relativiteitsleer ter zake van akties uit onrechtmatige daad³³³. De bepalingen van artt. 85 v.v. van het E.E.G.-verdrag en van de Eerste Kartelverordening dienen ter bescherming van de gemeenschappelijke markt en slechts zeer secundair ter bescherming van concurrenten. Het is dus de vraag, of ten deze sprake is van een „Schutznorm” ten behoeve van individuele personen of bedrijven. Dit is trouwens eveneens kwestieus ten aanzien van de Wet Economische Mededinging.

Het komt mij noodzakelijk voor, dat hiervoor door de nationale wetgevingen een duidelijke oplossing wordt gegeven. De Nederlandse wetgever dient dus een wet vast te stellen, waarin de gevolgen van een verboden kartel worden geregeld; in welke gevallen en onder welke omstandigheden een vordering uit onrechtmatige daad en/of wegens onverplichte prestatie kan worden ingesteld en welke maatstaven voor de toewijzing van een dergelijke vordering moeten worden aangelegd. Daarbij zouden dan zowel de Wet Ec. Mededinging als het E.G.K.S. en het E.E.G.-verdrag kunnen worden betrokken, al is een wet als door mij bedoeld hoofdzakelijk met het oog op het E.E.G.-verdrag nodig. In dit verband wijs ik er op, dat ook in de Duitse anti-kartelwet in par. 35 v.v. het recht op schadevergoeding van hen die door deze wet worden beschermd wordt geregeld in geval van handelingen in strijd met de bepalingen dier wet.

Een wettelijke regeling is des te meer nodig, omdat de nationale rechter, zelfs wanneer zou kunnen worden aangenomen dat reeds zonder speciale wet te dezer zake een vordering uit onrechtmatige daad mogelijk is, met de moeilijkheid heeft te kampen, dat hij mede economische feiten heeft te beoordelen. Hij is van dergelijke feiten niet voldoende op de hoogte en zou zo het beleid van de organen van de E.E.G. — en ook van de E.G.K.S. — kunnen door-

24 januari 1959, Mededelingen no. 40 resp. pag. 18 en pag. 22. Verder bepleit Peters in S.E.W. 1960 pag. 252 beschermingsmaatregelen voor hen, die gedwongen waren tot een kartel toe te treden. In België zijn de opvattingen over een dergelijke aktie verdeeld; het Hof te Luik wees zo'n vordering op 24 nov. 1937, P. 1938. II. 41 toe; het Hof te Brussel wees haar op 28 mei 1958, P. 1959. II. 55 af. Deze beslissingen betroffen echter het nationale Belgische recht; niet het E.G.K.S.-verdrag of het E.E.G.-verdrag.

³³³ Zie o.m. Asser Rutten III, 2e stuk pag. 503 v.v., met de aldaar door hem aangehaalde jurisprudentie; alsmede J.H.B. in *Ars Aequi* 1958/59 pag. 74 onder H.R. 14 maart 1958.

kruisen. En ditzelfde gevaar zou dreigen, wanneer hij deskundigen zou raadplegen. Hij zou dus telkens er op aangewezen zijn het advies van het Hof te Luxemburg te vragen en dit zou ten gevolge hebben, dat dit Hof overbelast wordt.

Hoewel het te veel ruimte zou vergen, een volledig wetsontwerp met toelichting in dit praeadvies op te nemen, zou ik toch wel enkele beginselen willen noemen, waarnaar een vordering als hier bedoeld zou moeten worden beoordeeld. Zo zou een dergelijke aktie m.i. steeds toegewezen moeten zijn:

- a. indien de Europese Commissie de verklaring dat art. 85 lid 3 van het Verdrag van toepassing is, heeft geweigerd, en wel ter zake van alle handelingen welke zijn gepleegd vanaf het moment dat het kartel definitief nietig was.
- b. indien een kartel niet is aangemeld; dit echter met dien verstande dat, in geval er twijfel bestaat of een kartel onder art. 85 van het verdrag valt dan wel misbruik van economische machtspositie aanwezig is, daaromtrent advies van de Europese Commissie zou moeten worden gevraagd. Weliswaar bestaat er geen bepaling in de Eerste Kartelverordening, krachtens welke de Commissie verplicht is een dergelijk advies te geven, maar ik neem aan, dat de Commissie hiertoe bereid zal worden gevonden; vooral wanneer dit punt eerst in het algemeen op internationaal niveau zou worden besproken. De Commissie zal echter alleen behoeven te vermelden, of het kartel onder art. 85 lid 1 van het verdrag valt, en het advies zou er niet toe mogen leiden, dat dan alsnog een verklaring als bedoeld in art. 85 lid 3 wordt afgegeven, daar zulks niet mogelijk is, zolang er geen aanmelding door de betrokkene zelf heeft plaats gevonden.

Indien daarentegen een kartel zou zijn aangemeld, maar daarover nog geen beslissing is gegeven, zou de nationale rechter de uitspraak over de bij hem aanhangige vordering moeten opschorten, totdat de Europese Commissie heeft beslist.

Tevens zou nodig zijn, dat de lid-staten overeenkomen alle rechterlijke beslissingen, door een bevoegde nationale rechter in een andere lid-staat genomen, te erkennen, maar dit zal voorlopig wel een utopie blijven en daarop moet een nationale wet niet wachten.

Als tegenhanger zou ik willen bepleiten, dat tevens in een dergelijke wet wordt opgenomen, dat bewust gebruik maken van wanprestatie ter zake van een geoorloofd kartel ter onbevoegde verkrijging van goederen steeds een onrechtmatige daad oplevert, wanneer de aldus verkregen goederen onder de vastgestelde prijs worden verkocht. Dit komt hierop neer, dat het geoorloofde kartel als eenheid wordt beschouwd en dat dus vervalt de door de H.R. voor dergelijke akties gestelde eis, dat de schade bepaaldelijk moet zijn toegebracht aan de leden van de verkooporganisatie waartoe het lid behoort dat de contractbreuk heeft gepleegd waarvan de aangesprokene desbewust heeft geprofiteerd³³⁴. Al is deze voorwaarde voor de onrechtmatigheid van „prijsbederf” juridisch verantwoord, zo is zij toch min of meer kunstmatig en vanuit een economisch gezichtspunt zeker niet bevredigend.

Aldus zouden alle betrokkenen enige baat kunnen vinden, zij het in verschillend opzicht³³⁵.

HOOFDSTUK X

Uitlokken enz., of gebruik maken van wanprestatie of onrechtmatige daden van derden.

Ten dele is deze vorm van mededinging reeds ter sprake gekomen bij de behandeling van het prijsbederf. Zij kan echter ook op andere terreinen voorkomen en daarom moet zij verder afzonderlijk worden besproken.

Men doet goed ten deze een onderscheid te maken tussen uitlokking en medeplichtigheid enerzijds en het opzettelijk gebruik maken en profiteren anderzijds, met dien verstande, dat de begrippen uitlokking en medeplichtigheid dan ruimer dienen te worden genomen dan zij in het W.v.S. zijn omschreven. Hierbij kan leidraad zijn de beslissing van het Duitse Bundesgerichtshof d.d. 8 maart 1962³³⁶, waarin iedere vorm van verleiding onder uitlokking werd begrepen;

³³⁴ Zie pag. 70.

³³⁵ Het zou mij te ver voeren ook in te gaan op de vraag in hoever het Nederlandse Strafrecht aan het Europees recht moet worden aangepast. Zie hierover Mulder in S.E.W. 1962 pag. 642 v.v.

³³⁶ N.J.W. 1962, pag. 1105 v.v., besproken door Peters in S.E.W. 1962 pag. 618. Zie ook Mok in S.E.W. 1963 pag. 88. Vgl. eveneens H.R. 31 jan. 1919, N.J. 1919 pag. 161, W. 10365, W.P.N.R. 2564 en Pres. Rb. Almelo 1 okt. 1962, N.J. 1963 no. 158.

zelfs het bewust bewerken van een derde, die al in beginsel tot wanprestatie had besloten.

In dit arrest is beslist, dat als regel opzettelijke uitlokking tot en opzettelijke medeplichtigheid aan wanprestatie of onrechtmatige daden ter bevordering van eigen productie of afzet ongeoorloofde mededinging oplevert; ook bij het z.g. prijsbederf ³³⁷.

Ik zou deze opvatting ook voor Nederland willen verdedigen, echter met deze wijziging, dat opzettelijke uitlokking of medeplichtigheid in Nederland steeds als onrechtmatig zouden dienen te worden aangemerkt, tenzij rechtvaardigingsgronden worden gesteld en zo nodig bewezen ³³⁸. Daarentegen acht ik het bewust profiteren slechts ontoelaatbaar, wanneer bijkomende omstandigheden dit oordeel rechtvaardigen, als hoedanig b.v. in aanmerking zou kunnen komen de in hoofdstuk V behandelde nabootsing van een product, al zou die nog niet onrechtmatig zijn wanneer niet tevens opzettelijk gebruik zou zijn gemaakt van een wanprestatie of een onrechtmatige daad. Wel acht ik het bewust profiteren van een door een derde gepleegd strafbaar feit steeds onrechtmatig.

Over de toelaatbaarheid van bewust gebruik maken van de wanprestatie of van de onrechtmatige daad van een derde is de Nederlandse jurisprudentie — de gevallen van prijsbederf nu verder buiten beschouwing gelaten — nog te veel verdeeld. Hoewel er uitspraken zijn, waarin bepaalde bijomstandigheden doorslaggevend worden geacht en zonder deze bijomstandigheden geen ongeoorloofde mededinging wordt aangenomen ³³⁹, zijn er ook beslissingen waarin het

³³⁷ Vgl. ook Pres. Rb. Rotterdam 5 nov. 1935, N.J. 1937 no. 327; Rb. Rotterdam 22 nov. 1940, N.J. 1941 no. 394 (sub b); Rb. Rotterdam 16 maart 1949, N.J. 1950 no. 330 en Hof Arnhem 8 mei 1955, N.J. 1955 no. 622. Zie voor België t.a.v. medeplichtigheid Hrb. Gent 30 juli 1949, R.W. 1950/51 kolom 261.

³³⁸ Zie b.v. Hof Amsterdam 2 juni 1943, N.J. 1943 no. 640, met het voorbehoud, dat er niet sprake is van de behartiging van eigen rechtmatige belangen.

³³⁹ Zie Kant. Zaandam 19 juni 1924, W. 11249, zij het met de m.i. onjuiste motivering, dat het gebruik maken van een geheim alleen onrechtmatig is tegenover degenen die het geheim heeft medegedeeld; Rb. Utrecht 3 maart 1943, N.J. 1944/45 no. 657 en Pres. Rb. Amsterdam 1 dec. 1961, N.J. 1962 no. 12, bekrachtigd door Hof Amsterdam op 28 juni 1962 (niet gepubliceerd). Ook in een niet gepubliceerd arrest d.d. 18 jan. 1962 ging het Hof te Amsterdam van deze gedachtengang uit.

bewust gebruik maken van een door een derde gepleegde wanprestatie of onrechtmatige daad reeds op zichzelf als ongeoorloofd wordt beschouwd ³⁴⁰. Dit laatste gaat mij te ver.

Als voorbeelden van deze vorm van concurrentie zou ik willen noemen:

- a. het bewust gebruik maken van door derden medege-deelde geheimen van concurrenten. Voor zover dit neer- komt op het gebruik maken van een strafbare gedraging (art. 272 W.v.S.), is een dergelijke handeling zonder meer onrechtmatig; anders zal zulks van de bij-omstan- digheden afhangen.
- b. het in dienst nemen van nog jegens hun vroegere werk- gever gebonden werknemers. Hierbij is men in zoverre concurrent dat men beiden dezelfde arbeider wil hebben voor zijn bedrijf. Bij deze gevallen laat men soms het belang van de werknemer de doorslag geven ³⁴¹; m.i. ten onrechte, daar hij toch wanprestatie pleegt.
- c. het opzettelijk overnemen van cliënten van een concurrent die nog contractueel aan die concurrent gebonden zijn.
- d. bewust gebruik maken van overtreding van een concu- rentie-beding, hetzij door een werknemer hetzij door een vennoot.

In al deze gevallen is m.i. bij uitlokking en medeplichtig- heid steeds sprake van een onrechtmatige daad, behoudens rechtvaardigingsgronden, en bij „profiteren” slechts onder bepaalde bij-omstandigheden. Overigens moet hierbij tevens in het oog worden gehouden, dat ik slechts de rechtstreekse aansprakelijkheid heb besproken, maar dat er daarnaast

³⁴⁰ Zie b.v. Pres. Rb. Arnhem 8 juni 1955, N.J. 1955 no. 773, en voor België Hof Brussel 30 mei 1961, R.W. 1961/62 kolom 531, waarin onrechtmatig werd geacht het gebruik maken als patroon van de overtreding door een werknemer van een door dezen aan- gegaan concurrentiebeding.

³⁴¹ Vgl. ook hier Hof Amsterdam 2 juni 1943, N.J. 1943 no. 640. In België is de jurisprudentie over het in dienst nemen van het personeel van een ander verdeeld. Soms wordt het „aftroggelen” van dergelijk personeel op zichzelf reeds onrechtmatig geacht (vgl. b.v. Hof Brussel 14 maart 1942, P. 1942. II. 43), en soms wordt de onrechtmatigheid aangenomen, wanneer onbehoorlijke middelen zijn aangewend (zie b.v. Hof Gent 28 mei 1948, R.W. 1950/51 kolom 109, alsook Hof Brussel 30 mei 1961, R.W. 1961/62 kolom 531). Vgl. ook de Caluwé in S.E.W. 1963 pag. 22, die de aanwerving onrechtmatig acht, wanneer zij systematisch geschiedt of ten doel heeft fabrieksgeheimen te weten te komen dan wel wanorde in het bedrijf van de concurrent te stichten.

meermalen ook een afgeleide aansprakelijkheid ex art. 1403 B.W. zal bestaan.

Het zou weer geen aanbeveling verdienen deze vorm van mededinging wettelijk te gaan regelen, omdat voor de al dan niet geoorloofdheid de bij-omstandigheden daartoe weer een te grote rol spelen. Wanneer de jurisprudentie het onderscheid tussen uitlokking en medeplichtigheid enerzijds en profiteren anderzijds nog wat scherper gaat stellen en daarbij het begrip „uitlokking” ruim gaat interpreteren, is er m.i. een zeer bevredigende ontwikkeling te verwachten.

HOOFDSTUK XI

Misbruik van vertrouwen.

De Zwitserse wet van 30 sept. 1943 noemt onder g onder meer als daad van ongeoorloofde mededinging waardoor „die Grundsätze von Treu und Glauben werden verstösst”: het gebruik maken of aan anderen mededelen van fabricage- en zakengeheimen welke men heeft uitgevorst of waarvan men op een andere met de goede trouw strijdige wijze kennis heeft gekregen. Ook naar Nederlandse rechtsopvattingen zijn dergelijke gedragingen stellig als onrechtmatig aan te merken; ook wanneer men als gevolg van een vertrouwenspositie de geheimen te weten is gekomen³⁴², zodat ten deze geen nadere wettelijke voorziening nodig is.

Toch levert deze vorm van mededinging enkele problemen op, nl. in die gevallen waarin gebruik van kennis wordt gemaakt welke men in een bepaalde situatie heeft verkregen. Ik heb hier met name op het oog werknemers die in een nieuwe dienstbetrekking profiteren van hun in een vorige dienstverhouding verkregen wetenschap, en uitgetreden vennoten die dit profijt hebben bij de onderneming waarvoor zij na hun uittreding werkzaam zijn. Speciaal kunnen in dit opzicht moeilijkheden rijzen voor hen die op het terrein van de goodwill werkzaam zijn en zich met de afzet bezig houden, zoals vertegenwoordigers of verkopers.

Als beginsel geldt hierbij, dat enerzijds het profiteren van

³⁴² Zie b.v. Kant. 's-Gravenhage 21 april 1922, W. 11008; Rb. Utrecht 9 jan. 1946, N.J. 1947 no. 514, B.I.E. 1947 pag. 194 no. 45; Pres. Rb. Amsterdam 6 nov. 1953, B.I.E. 1954 pag. 33 no. 17, en Pres. Rb. Zutphen 9 april 1954, B.I.E. 1954 pag. 137 no. 70, en voor België: Hrb. St. Nicolaas 6 dec. 1949, R.W. 1950/51 kolom 223; Hof Gent 30 april 1955, R.W. 1955/56 kolom 645 en Hof Gent 8 jan. 1957, R.W. 1957/58 kolom 1000.

in een vroegere rechtsverhouding (dienstbetrekking, vennootschapsverhouding, enz.) opgedane routine en ervaring geoorloofd is ³⁴³, maar dat onrechtmatig is het in zijn nieuwe werkkring gebruik maken van in zijn vorige rechtspositie verkregen vertrouwelijke gegevens. In dit laatste geval is er sprake van misbruik van feitelijke kennis, dus van schending van vertrouwen. Zo mag in de nieuwe rechtsbetrekking zeker niet gebruik worden gemaakt van klantenlijsten, offerte-berekeningen en in het algemeen van gegevens die men in zijn vroegere rechtsbetrekking speciaal voor de werkzaamheden waarmede men toen was belast heeft gekregen ³⁴⁴.

Meermalen zal een bepaald geval tussen de beide door mij genoemde terreinen (enerzijds gebruik maken en anderzijds misbruik maken van verkregen feitelijke gegevens) inliggen, en dan kunnen bij-omstandigheden weer een rol spelen. Zo acht ik b.v. van belang, of de betrokkene een eenmalige beloning voor een langdurig contract heeft gekregen zoals een afsluitprovisie voor een door zijn bemiddeling tot stand gekomen overeenkomst van levensverzekering, dan wel een incidentele beloning voor iedere prestatie op zichzelf, zoals b.v. bij een broodbezorger het geval is. In het eerst door mij genoemde geval acht ik het bewerken van klanten tot het beëindigen van een bestaande overeenkomst ten bate van een nieuwe overeenkomst eerder onrechtmatig ³⁴⁵ dan in het laatst door mij bedoelde geval.

Ook met betrekking tot dergelijke kwesties heeft een wettelijke regeling m.i. geen zin, daar deze toch niet meer dan een reeds door de Nederlandse jurisprudentie in het algemeen aanvaard beginsel zou kunnen inhouden, en de moeilijkheid van de marginale gevallen daarmede niet zou worden opgelost.

³⁴³ Zo ook het in noot 339 vermelde, niet gepubliceerde arrest van het Hof te Amsterdam d.d. 18 jan. 1962. Vgl. ook Hof Arnhem 14 mei 1957, N.J. 1958 no. 149, en Hof 's-Hertogenbosch 19 jan. 1960, N.J. 1962 no. 354.

³⁴⁴ Zie b.v. Pres. Rb. Breda 25 mei 1937, N.J. 1938 no. 748; H.R. 9 dec. 1955, N.J. 1956 no. 157 en Hof 's-Gravenhage 15 mei 1957, N.J. 1957 no. 670 (voor zover misbruik zou zijn gemaakt van een vertrouwenspositie).

³⁴⁵ Niet juist acht ik het arrest van het Hof te Amsterdam d.d. 23 dec. 1960, N.J. 1961 no. 510, waarin geen onrechtmatigheid werd aangenomen, omdat de betrokkene in staat was in zijn nieuwe werkkring voordeliger aanbiedingen te doen. Dit beschouw ik niet als een relevante maatstaf.

HOOFDSTUK XII

Illegale concurrentie.

Op het gebied van de illegale concurrentie ³⁴⁶, dat is mededinging door middel van of met gebruik maken van overtreding van wettelijke voorschriften, heeft in de laatste dertig jaren veel verwarring geheerst. De oorzaak hiervan moet worden gezocht in de Schutznormtheorie ³⁴⁷. De hierbedoelde overtreden normen hebben nl. niet of althans niet primair ten doel concurrenten te beschermen.

a. Een van de oudste reeksen gevallen op dit terrein had betrekking op overtredingen van de wet op de openbare vervoermiddelen. In de tijd, dat de autobussen opkwamen, gingen nl. autobushouders lijndiensten instellen zonder concessie, en daartegen kwamen zij, die voor die lijndiensten wel concessie hadden (de Nederlandse Spoorwegen of bona fide autobusondernemingen) in het geweer. Tot 1938 verliep de strijd over het algemeen gunstig voor de concessionarissen, want nadat reeds de lagere jurisprudentie gewoonlijk het houden van „wilde” autobusdiensten onrechtmatig jegens de concessionarissen had geacht, heeft de H.R. in 1931 overwogen, dat de wet op de openbare vervoermiddelen concessionarissen tegen vervoerders zonder vergunning beschermt ³⁴⁸. Door de lagere jurisprudentie werd ook wel overwogen, dat deze wet ten doel had tegen ongebreidelde concurrentie te waken ³⁴⁹, of wel dat de wilde autobusdiensten misbruik maakten van de voorsprong, dat zij in tegenstelling tot de concessionarissen niet aan allerlei voorwaarden omtrent tarieven, rijtijden e.d. gebonden waren ³⁵⁰.

Toen later het Reglement Autovervoer Personen in werking trad, liep het tijdelijk voor de concessionarissen mis, want deze wilden het zich toen gemakkelijk maken door hun

³⁴⁶ Deze term heb ik ontleend aan Mulder in S.E.W. 1960 pag. 278.

³⁴⁷ Zie noot 333.

³⁴⁸ H.R. 19 juni 1931, N.J. 1931, pag. 1303, W. 12321. Zie ook H.R. 22 nov. 1934, N.J. 1935 pag. 516, W. 12860.

³⁴⁹ Zie b.v. Pres. Rb. Rotterdam 10 juli 1934, N.J. 1934, pag. 1391, W. 12857, bekrachtigd door Hof 's-Gravenhage bij arrest d.d. 26 okt. 1934, N.J. 1935, pag. 194, W. 12857.

³⁵⁰ Zie b.v. Rb. Amsterdam 31 jan. 1938, N.J. 1939 no. 90 en Rb. Amsterdam 13 sept. 1938, N.J. 1938 no. 914. Dit beginsel vindt men ook terug in het hieronder te bespreken arrest van de H.R. d.d. 17 jan. 1958, N.J. 1961 no. 568.

vorderingen op art. 2 van dit reglement te baseren, en dit artikel werd door de jurisprudentie onverbindend geacht ³⁵¹. In 1951 is evenwel nog eens een op de oorspronkelijke grondslag ingestelde vordering toegewezen ³⁵².

b. In de dertiger jaren zijn soortgelijke geschillen gerezen naar aanleiding van de wet op de evenredige vrachtverdeling. Hoewel men zou verwachten, dat deze wet toch wel in de eerste plaats zou dienen ter bescherming van concurrenten, werd dit in de enige beslissing die ik hierover heb kunnen vinden niet aangenomen ³⁵³.

c. Reeds in die tijd kwam het voor dat winkeliers hun omzet trachtten te vergroten door loterijen op touw te zetten ³⁵⁴. Hoewel dit tot verschillende strafzaken aanleiding heeft gegeven, heb ik op civielrechtelijk terrein slechts één beslissing gevonden, die bovendien voor deze materie van weinig betekenis is, omdat het gevraagde verbod werd afgewezen op grond dat de eisende partij ook kunstmiddelen, zij het wellicht niet verboden kunstmiddelen, gebruikte om zijn omzet te vergroten en zij zich volgens het vonnis onder deze omstandigheden niet kon beklagen, dat de wederpartij bij het bezigen van dergelijke middelen nu net in strijd met de (Loterij)wet kwam ³⁵⁵.

d. Geen beslissingen heb ik gevonden omtrent vorderingen van kooplieden, die zich beklaagden dat concurrenten andere dergelijke normen, b.v. de Winkelsluitingswet of de wet op het Uitverkopen en Opruimen, c.q. de Uitverkoopwet 1956 e.d. overtraden.

e. Kort voor de tweede wereldoorlog kwam de Vestingswet op het Kleinbedrijf tot stand, en met name ten aanzien van deze wet is tot 1959 de jurisprudentie uitermate verward en verdeeld geweest omtrent de vraag, of een koopman een concurrent die zijn bedrijf zonder de vereiste vergunning uitoefent tot stopzetting van dit bedrijf kan nood-

³⁵¹ Zie Hof Amsterdam 23 dec. 1938, N.J. 1939 no. 117; Hof Arnhem 27 dec. 1938, N.J. 1939 no. 92 en Hof 's-Gravenhage 29 dec. 1938, N.J. 1939 no. 91.

³⁵² Zie Pres. Rb. Groningen 19 febr. 1951, N.J. 1951 no. 516. Vgl. voor België Rb. Leuven (strafk.) 6 jan. 1951, P. 1952. III. 32 en Pol. Rb. Boom 12 sept. 1961, R.W. 1962/63 kolom 448.

³⁵³ Pres. Rb. Arnhem 30 okt. 1933, N.J. 1934, pag. 415, W. 12725.

³⁵⁴ Zie hiervoor uitvoeriger Pfeffer t.a.p. pag. 354 v.v.

³⁵⁵ Pres. Rb. Amsterdam 25 nov. 1933, N.J. 1934, pag. 285.

zaken ³⁵⁶. Hoewel er dadelijk uitspraken waren, waarin werd overwogen dat concurrenten aan de Vestigingswet blijkens de geschiedenis van haar tot stand koming rechten konden ontlennen tegen hen die zich zonder vergunning vestigden — en vooral de Presidenten van de Rechtbank te Middelburg hebben hierbij baanbrekend werk verricht — ³⁵⁷, kende toch het merendeel der jurisprudentie in dergelijke gevallen geen aktie toe, hetzij op grond dat de Vestigingswet niet ten doel had concurrenten te beschermen, hetzij op de grond dat er geen causaal verband bestond tussen het ontbreken der vergunning en schade voor de concurrenten, omdat die schade ook zou zijn geleden indien de aangesprokene wél een vergunning had, hetzij omdat de vergunning slechts formeel ontbrak en niet was gebleken, dat de aangesprokene niet aan de bij de wet gestelde eisen van vakbekwaamheid voldeed ³⁵⁸.

De meestal ongunstige afloop van dergelijke processen, gaf aan de inmiddels opgerichte vakgroepen aanleiding, het na de oorlog ook hunerzijds te proberen met vorderingen tot stopzetting van zonder de vereiste vergunning uitgeoefende bedrijven. Hoewel aanvankelijk een enkele aktie van een vakgroep ter verkrijging van zodanig gebod tot stopzetting succes had, bleek al gauw, dat deze vorderingen nog minder kans van slagen hadden dan die van de door de illegale concurrentie benadeelden, omdat de vakgroepen naar het oordeel der jurisprudentie niet op eigen naam ter zake van concurrentiebelangen konden optreden en niet tot taak hadden de handhaving van de Vestigingswet te bevorderen ³⁵⁹. Na 1951 hebben dan ook de vakgroepen blijkbaar het hoofd in de schoot gelegd, want nadien heb ik geen rechterlijke uitspraken meer kunnen vinden over door hen ingestelde vorderingen.

³⁵⁶ Zie Langemeyer in N.J.B. 1940 pag. 419 v.v. en J. M. Polak in S.E.W. 1952/1953 pag. 297 v.v. en pag. 335 v.v.

³⁵⁷ Zie hun vonnissen d.d. 22 nov. 1939 N.J. 1940 no. 154 (in beginsel, zij het dat de desbetreffende vordering op andere gronden werd afgewezen), 13 aug. 1945, N.J. 1946 no. 583 en 12 maart 1956, N.J. 1956 no. 498.

³⁵⁸ Zie voor dit laatste b.v. Hof 's-Gravenhage 27 jan. 1941, N.J. 1941 no. 447, bekrachtigend het in noot 357 vermelde vonnis Pres. Rb. Middelburg d.d. 22 nov. 1939, en Rb. 's-Gravenhage 15 dec. 1948, N.J. 1949 no. 11.

³⁵⁹ Zie voor dit alles uitvoeriger J. M. Polak in S.E.W. 1952/1953 pag. 297 v.v. en pag. 335 v.v.

Na 1951 probeerden de concurrenten-met-vergunning nog wel eens een aktie, en nu en dan met resultaat, maar het bleef sukkelen, totdat de H.R. in 1959³⁶⁰ besliste, dat uit de geschiedenis van de totstandkoming van de Vestigingswet Kleinbedrijf 1937, alsmede uit hetgeen de Regering bij de parlementaire behandeling van de Vestigingswet Bedrijven 1954 naar voren had gebracht moest worden afgeleid, dat deze wetten inderdaad mede ten doel hebben de bescherming van gevestigde inrichtingen tegen het nadeel van concurrentie van hen aan wie het bij gebreke van een vergunning verboden is zich te vestigen. Tevens besliste de H.R. hierbij, dat ingeval een onrechtmatige daad schade dreigt toe te brengen aan degenen jegens wie zij onrechtmatig is, de rechter, ook in kort geding, deze daad op vordering van laatstgenoemde mag verbieden.

Aangenomen mag worden, dat met dit arrest de sedert 1937 bestaande onzekerheid ten aanzien van de toepassing van de Vestigingswetten is weggenomen.

f. Het arrest van de H.R. van 1959 kwam niet plotseling uit de lucht vallen, zoals het arrest van 31 jan. 1919³⁶¹. Reeds in 1958 had de H.R. een soortgelijke beslissing genomen op een verwant gebied, nl. op het terrein van het onbevoegdlijk uitoefenen van een beroep. In Noord-Brabant hadden reeds lang enkele tandartsen getracht een verbod tot uitoefening van dit beroep uit te lokken tegen tandheelkundigen die onbevoegd en buiten noodzaak de tandheelkunde als beroep uitoefenden. In 1950 had de President van de Rechtbank te Breda een dergelijke vordering toegewezen³⁶², maar toen hij in 1955 weer een verbod in die geest oplegde, werd dit vonnis in appèl door het Hof te 's-Hertogenbosch vernietigd, op grond dat art. 436 W.v.S. niet ten doel heeft bescherming van tandartsen, maar bescherming van patienten³⁶³. Dit arrest werd evenwel in 1958 door de H.R. vernietigd³⁶⁴. Weliswaar verenigde de H.R. zich met de opvatting van het Hof dat er geen wettelijke norm is vastgesteld ter bescherming van hen die bevoegdlijk de

³⁶⁰ Arrest d.d. 30 okt. 1959, N.J. 1961 no. 574, S.E.W. 1960 (Nederland) pag. 20, met noot van J. M. Polak, besproken door Peters in S.E.W. 1960 (Nederland) pag. 167 v.v.

³⁶¹ N.J. 1919 pag. 161, W. 10365. W.P.N.R. 2564.

³⁶² 8 febr. 1950, N.J. 1950 no. 775.

³⁶³ 23 april 1957, N.J. 1957 no. 548.

³⁶⁴ 17 jan. 1958, N.J. 1961 no. 568, het z.g. tandartsenarrest.

tandheelkunst uitoefenen ³⁶⁵, maar daarnaast had volgens de H.R. behoren te zijn onderzocht, of wellicht een ongeschreven norm, „die betrokken is op het geschonden belang der tandartsen”, was overtreden, hetgeen afhing van de betekenis „die de overtreding van de betrokken wetsbepaling heeft in het gegeven samenstel van feiten dat tot de benadeling leidt, en gelet mede op de bijzondere omstandigheden die het geval kenmerken”. De H.R. overwoog daarbij nog, dat het overtreden wettelijk verbod deel uitmaakt van een wettelijke regeling, „die — in het belang van de volksgezondheid — strenge eisen stelt voor de toelating tot het beroep van tandarts en daarmee van hem, die dit beroep wil uitoefenen, vergt dat hij een tijdrovende en kostbare studie volbrengt; dat dit medebrengt dat hij die dit beroep kiest en zich om dit te bereiken de door de wet vereiste belangrijke opofferingen getroost, een economisch niet te verwaarlozen belang erbij krijgt, althans kan krijgen, dat ook anderen, die dit beroep kiezen zich naar de wet gedragen en hij alleen hen die aan dezelfde zware eisen hebben voldaan als hijzelf in de maatschappij als zijn concurrenten in de beroepsuitoefening naast zich vindt en dat niet anderen zich door wetsovertreding in staat stellen als zijn mededingers op te treden, zonder dat zij tot enige opoffering gehouden waren en zonder dat zij aan de strenge discipline zijn onderworpen, die voor den bevoegden tandarts geldt.”

De H.R. introduceerde aldus in dit arrest, in navolging van P. G. Langemeijer, het mogelijk bestaan van een ongeschreven Schutznorm op dit terrein ³⁶⁶, die de H.R. omschreef als een „bijzonder, in het maatschappelijk verkeer te respecteren belang”... bij de naleving van de „voorschriften betreffende de toelating tot het beroep door (van?) een ander.” Of deze zo incidenteel geredigeerde overweging voldoende de rechtszekerheid bevordert, acht ik aan twijfel onderhevig. Zoals ik aan het slot van dit hoofdstuk zal betogen, acht ik ten aanzien van illegale mededinging een wettelijke voorziening gewenst ³⁶⁷.

³⁶⁵ De H.R. toetste dit echter niet, gelijk het Hof, aan art. 436 W.v.S.; maar aan de wet van 24 juni 1876 Stb. 117 betreffende de uitoefening van de tandheelkunde.

³⁶⁶ Terecht wees P. G. Langemeyer in zijn conclusie bij dit arrest op de analogie met H.R. 31 jan. 1919, N.J. 1919, pag. 161, W. 10365 W.P.N.R. 2564 en met H.R. 24 jan. 1930, N.J. 1930 pag. 299.

³⁶⁷ Volledigheidshalve vermeld ik, dat het Hof te 's-Hertogenbosch,

g. Ook op ander gebied is de Nederlandse rechter, met name in de laatste tijd, geneigd bij illegale concurrentie op een desbetreffende civielrechtelijke vordering een verbod op te leggen; zo b.v. bij overtreding van de verordening Sanering Bakkerijbedrijven 1945 van het hoofdbedrijfchap van Akkerbouwproducten. Nadat de President van de Rechtbank te Arnhem in 1951 een dergelijke vordering had afgewezen omdat hij niet bewezen achtte, dat de verordening was overtreden³⁶⁸, legde het Hof te Arnhem in 1955 een zodanig verbod ten behoeve van een concurrent op³⁶⁹.

h. Eveneens liet de H.R. een vordering tot schadevergoeding toe ter zake dat een vakgroep in strijd met een op het Organisatiebesluit Voedselvoorziening berustende verordening een te groot kwantum had geëxporteerd³⁷⁰.

i. Tevens wil ik hier onder de aandacht brengen gevallen, dat een concurrent door middel van omkoping of het verlenen van steekpenningen orders krijgt, die anders naar een ander zouden zijn gegaan. Over een dergelijke situatie heb ik geen civielrechtelijke beslissingen kunnen vinden en ik betwijfel, of de Nederlandse rechter een op de hier bedoelde handelingen gebaseerde vordering zou toewijzen, gelet op de „Schutznormtheorie”. Ik zou het echter zeer wenselijk vinden, dat dit mogelijk zou worden, zij het alleen, wanneer aldus een strafrechtelijke norm wordt overtreden³⁷¹ en uiteraard mits causaal verband met schade of mogelijkheid van schade bestaat.

j. Er zouden nog meer voorbeelden van illegale concurrentie naar voren kunnen worden gebracht, maar ik volsta verder alleen met een verwijzing naar art. 328 bis W.v.S. Daar dit artikel het belang der concurrenten wil beschermen,

naar welk college de „tandartsenzaak” werd teruggewezen, bij arrest d.d. 3 maart 1959 (N.J. 1959, no. 545) na toetsing van het geval aan de door de H.R. bedoelde omstandigheden, het gevorderde verbod alsnog oplegde.

³⁶⁸ Pres. Rb. Arnhem 27 juni 1951, N.J. 1952 no. 333.

³⁶⁹ Hof Arnhem 18 mei 1955, N.J. 1955 no. 622, bekrachtigend het vonnis in eerste aanleg van de President van de Rechtbank te Zwolle d.d. 3 dec. 1953, N.J. 1954 no. 117.

³⁷⁰ H.R. 5 jan. 1951, N.J. 1951 no. 494.

³⁷¹ Ik zou voorshands slechts een wettelijke bepaling willen voorstellen, voor geval een strafrechtelijke norm is overtreden. Niet alleen is het begrip „steekpenningen” anders te vaag, maar bovendien zou de door mij voor te stellen wettelijke regel dan een uitbreiding krijgen waarvan de gevolgen niet te overzien zijn.

is er nooit twijfel geopperd, of een op overtreding van dit artikel berustende vordering soms op grond van de Schutznormtheorie zou moeten worden afgewezen, en worden dergelijke vorderingen dan ook steeds toegewezen, indien de overtreding is komen vast te staan ³⁷².

De vraag is gesteld, of art. 328 bis W.v.S. niet te beperkt is, en of dus de daarin omschreven norm niet moet worden verruimd ³⁷³. Ik meen deze vraag ontkennend te kunnen beantwoorden. Ik heb geen enkel geval in de jurisprudentie gevonden, waarin een vrijspraak of een ontslag van rechtsvervolgning mij onbevredigend voorkwam, en integendeel valt aan te nemen, dat de H.R. geneigd is, dit artikel ruim te interpreteren ³⁷⁴. Bovendien behoort strafrechtelijke repressie van ongeoorloofde mededinging m.i. tot de meest krasse gevallen beperkt te blijven.

Ondanks de tendens van de Nederlandse jurisprudentie gedurende de laatste jaren, om civielrechtelijke vorderingen tegen illegale concurrentie eerder te gaan toewijzen, gevoel ik mij ten deze niet bevredigd. Het criterium, of een bepaalde norm als Schutznorm kan worden beschouwd is bij de verscheidenheid der wettelijke bepalingen te casuïstisch, en zelfs teveel afhankelijk van hetgeen toevallig tijdens de parlementaire behandeling is geschreven of gezegd. Bovendien zijn er vele wetten, die zeker niet ter bescherming van het belang van een behoorlijke mededinging dienen, maar welker overtreding toch schade aan concurrenten kan berokkenen ³⁷⁵.

Ik acht dan ook de invoering van een wettelijke bepaling gewenst welke de bevoegdheid aan concurrenten geeft om steeds op te treden tegen hen, die door overtreding van strafrechtelijke normen zich een voorsprong weten te verschaffen

³⁷² Zie b.v. Rb. 's-Gravenhage 13 maart 1927, N.J. 1928 pag. 1287, bekrachtigd bij arrest Hof 's-Gravenhage d.d. 13 febr. 1928, N.J. 1928 pag. 1287; Pres. Rb. Rotterdam 24 april 1930, N.J. 1931 pag. 71; alsmede H.R. 4 febr. 1949, N.J. 1949 no. 185.

³⁷³ Zie b.v. Dorhout Mees „Kort begrip” t.a.p. no. 437 pag. 167.

³⁷⁴ Zie H.R. 24 juni 1935, N.J. 1936 no. 91. Vgl. ook Adv. Gen. s'Jacob bij H.R. 5 mei 1959, N.J. 1959 no. 367 en Noyon-Langemeyer t.a.v. art. 328 bis W.v.S. nos. 4 en 7.

³⁷⁵ Zo b.v. het betalen van zwarte lonen mede tot het lokken van werknemers, overtredingen van de Hinderwet of de Drankwet die een voorsprong geven jegens hen, die zich aan bij een vergunning opgelegde voorwaarden moeten houden, en overtredingen van de wet op het Afbetalingsbedrijf.

boven hen die deze normen wel in acht nemen ³⁷⁶, dan wel daardoor een concurrerende positie kunnen innemen, welke de belangen van de concurrenten benadeelt. Hierbij moet worden bedacht, dat deze vorm van mededinging, in tegenstelling tot vele andere door mij besproken vormen, ook in beginsel reeds onbetamelijk is. Er moet wel schade dreigen voor hen die een aktie willen instellen, want door bemoeizucht ingegeven vorderingen moeten uiteraard worden uitgesloten ³⁷⁷. Wanneer er evenwel ten gevolge van illegale concurrentie reële belangen worden benadeeld, behoort iedere twijfel te worden uitgesloten of daartegen langs civielrechtelijke weg kan worden opgekomen. Niet alleen wordt aldus rechtsonzekerheid opgeheven, maar bovendien wordt dan bij de vakgenoten de onbevredigende indruk weggenomen, dat zij meermalen machteloos staan tegenover concurrenten die door middel of met behulp van overtreding van strafrechtelijke normen een niet verdiende voorsprong krijgen en hun de bedrijfsuitoefening moeilijker maken. Ik gevoel er niets voor in dergelijke gevallen een beslissend karakter toe te kennen aan bij-omstandigheden. Ook de door de H.R. geïntroduceerde ongeschreven Schutznorm zal slechts zelden steun kunnen verlenen.

Een wettelijke voorziening, die het mogelijk maakt illegale concurrentie ook langs civielrechtelijke weg te bestrijden, is te noodzakelijker, doordat de middenstand niet voldoende beschermd schijnt tegen het grootwinkelbedrijf en de supermarkten. De vele tegen enkele van dergelijke bedrijven ingestelde strafzaken wijzen er op, dat deze meermalen langs de rand van het geoorloofde gaan, en wel juist met betrekking tot die wetten welke ik in dit hoofdstuk op het oog heb. Ik noem als voorbeeld de talloze door dergelijke bedrijven aan cliënten aangeboden voordelen, waaronder zelfs koelkasten e.d., als gevolg van het niet voldoende waterdicht zijn van wetten als die tot beperking van het Cadeaustelsel.

Wil de middenstand niet teveel onder de druk van deze bedrijven komen dan behoort hem een middel te worden gegeven om zich tegen illegale concurrentiemethoden van anderen te verzetten.

³⁷⁶ Vgl. te dien aanzien Veldkamp t.a.p. pag. 106 v.v. en Pfeffer in R.M. 1938, o.m. pag. 476, 477, 494 en 495.

³⁷⁷ Als voorbeeld van een dergelijke, terecht afgewezen vordering noem ik het vonnis van de President van de Rechtbank te Amsterdam d.d. 30 juni 1934, N.J. 1934 pag. 925.

HOOFDSTUK XIII

Concurrentiebedingen.

Voor zover overtreding van een concurrentiebeding wanprestatie oplevert, valt deze vorm van mededinging buiten mijn onderwerp. Dan geeft de gesloten overeenkomst bescherming of behoort die althans te geven. Daarom laat ik ook buiten beschouwing de interessante Belgische opvatting, dat een concurrentiebeding naar plaats en tijd beperkt moet zijn, en niet kan worden erkend voor zover zij de voor ieder geval aan de hand van de omstandigheden te dien aanzien vast te stellen grenzen overschrijdt.

Het komt echter voor, dat op grond van een bestaande of bestaan hebbende rechtsverhouding tussen partijen, een bepaalde gedraging als onrechtmatig moet worden aangemerkt, al kan niet worden gesproken van schending van een overeenkomst. Zo kan het weer gaan uitoefenen van een bedrijf na overdracht van de goodwill onrechtmatig zijn, al is geen concurrentiebeding aangegaan of de duur daarvan verstrekken, en kan zulks eveneens het geval zijn ten aanzien van bepaalde bedrijfshandelingen. Daarbij zijn de bij-omstandigheden doorslaggevend.

Als voorbeelden vermeld ik het weer gaan uitoefenen van zijn oude bedrijf nadat de betrokkene bij de overdracht van de goodwill van zijn zaak te kennen had gegeven voornemens te zijn, zich uit zaken terug te trekken³⁷⁸ en het na afloop van een concurrentiebeding adverteren, dat men zijn vroeger bedrijf na een onderbreking van ... jaren had hervat³⁷⁹. Uiteraard zijn dergelijke handelingen ongeoorloofd.

Naar mijn oordeel geeft art. 1401 B.W. in zulke gevallen voldoende bescherming, zodat ook op dit gebied een nadere wettelijke voorziening onnodig is.

HOOFDSTUK XIV

Het Belgische K.B. van 23 december 1934 en de wijze waarop dit K.B. wordt toegepast.

Bij de behandeling van de verschillende vormen van mededinging heb ik meermalen reeds vermeld, welke factoren de Belgische jurisprudentie voor de al dan niet toe-

³⁷⁸ Vgl. Pres. Rb. Groningen 21 okt. 1955, N.J. 1956 no. 405. Vgl. ook Hof Amsterdam 29 april 1948, N.J. 1948 no. 486.

³⁷⁹ Vgl. Pres. Rb. Arnhem 7 okt. 1959, N.J. 1960 no. 220.

laatbaarheid daarvan doorslaggevend acht. Ik heb het Belgische K.B. van 23 december 1934³⁸⁰ zelf echter nog vrijwel niet in mijn beschouwingen betrokken. Daar de vraag, of dit K.B. veel nut heeft opgeleverd, rechtstreeks van belang kan zijn voor mijn eindconclusies, besloot ik aan de wijze waarop het K.B. wordt toegepast een afzonderlijk hoofdstuk te wijden.

Zoals de meeste wetten op het gebied van ongeoorloofde mededinging bevat het K.B. van 1934 een algemene formule voor hetgeen te dien aanzien verboden is en noemt het dan daarnaast enkele bijzondere gedragingen welke in beginsel (niet bindend) als onrechtmatig moeten worden beschouwd.

In de algemene formule worden die gedragingen als ongeoorloofde mededinging (*concurrence déloyale*) aangemerkt, welke in strijd zijn met de eerlijke gebruiken van de handel en de nijverheid. Deze terminologie sluit aan bij die van art. 10 bis van het Unieverdrag van Parijs d.d. 20 maart 1883, ook zoals dit verdrag later is gewijzigd³⁸¹. Daarnaast worden dan met name de navolgende — in het kort weergegeven — handelingen genoemd welke in het algemeen als ongeoorloofd dienen te worden beschouwd:

- a. het stichten van verwarring;
- b. het verspreiden van valse aantijgingen omtrent de persoon, de onderneming, de waren of het personeel van de concurrent;
- c. onjuiste of misleidende reclame voor zichzelf of voor eigen waren, enz.;
- d. onjuiste voorlichting door middel van een merk, teken, naam, enz. omtrent de oorsprong of herkomst van eigen producten;
- e. het op andere wijze het publiek doen geloven aan een onjuiste oorsprong of herkomst van zijn waren;
- f. een niet-toegelaten gebruik maken of laten maken van modellen, monsters, technische combinaties, formules van aanduiding; of van met het oog op een werk, studie of bestek toevertrouwde stukken van een concurrent;

³⁸⁰ Moniteur d.d. 30 dec. 1934. De tekst van dit K.B. is o.m. te vinden bij Voetelink t.a.p. pag. 196 v.v.

³⁸¹ Volgens Hof Brussel 14 maart 1942, P. 1942. II. 43, cass. ber. verworpen door Hof van Verbreking 25 nov. 1943, P. 1944. I. 70 is deze terminologie in het K.B. ook inderdaad aan het Unieverdrag ontleend.

g. een niet-toegelaten gebruik maken of laten maken van materieel, verpakking, vaten, enz. van een concurrent ³⁸².

Bij de beoordeling van dit K.B. mag niet uit het oog worden verloren, dat het in hoofdzaak ten doel had aan slachtoffers van ongeoorloofde mededinging een vlugge en goedkope vordering tot stopzetting van onbetamelijke concurrentiehandelingen toe te kennen ³⁸³, en ter versterking hiervan zelfs de mogelijkheid tot het instellen van een strafvervolgning te openen, voor geval een bevel tot stopzetting niet zou worden nageleefd. Ter bereiking van dit doel werd de kennisneming van dergelijke vorderingen tot stopzetting opgedragen aan de Voorzitters van de Rechtbanken van Koophandel, die in een soort kort geding zouden beslissen. Deze voorzitters zijn uitsluitend bevoegd in kort geding staking van onrechtmatige handelingen op het terrein van de mededinging te bevelen, maar niet om schadevergoeding toe te kennen ³⁸⁴. Wel bleef de benadeelde uiteraard ook gerechtigd voor de gewone rechter een actie tot stopzetting en/of tot schadevergoeding in te stellen ³⁸⁵.

In de praktijk nu is gebleken, dat aan de toepasselijkheid van het K.B. van 1934 verschillende grenzen worden gesteld:

1. Het K.B. geldt slechts voor handelaren, industriëlen en handwerkslieden, en niet voor handelingen zonder winst-oogmerk ³⁸⁶, welke door verenigingen, stichtingen enz. worden verricht;
2. Het K.B. wordt slechts toegepast bij mededinging in engere zin, d.w.z. ten aanzien van producenten of handelaren die zich tot dezelfde groep afnemers plegen te

³⁸² De onder *b-e* vermelde handelingen zullen ook door de Nederlandse rechter steeds onrechtmatig worden geacht. Voor de onrechtmatigheid van de onder *f* en *g* vermelde handelingen zijn in Nederland steeds bijomstandigheden nodig; en wel op zijn minst gevaar voor verwarring. Deze maakt in België de handeling reeds onrechtmatig wegens het sub *a* bepaalde; voor het overige is de Belgische rechter door de term „niet toegelaten” (non autorisé) in de beoordeling van het sub *f* en *g* bepaalde geheel vrij en kan hij zelf bepalen, welke bijomstandigheden doorslaggevend zijn.

³⁸³ Vgl. Frédéricq, Handboek van Belgisch Handelsrecht I pag. 140. Vgl. ook Hrb. Verviers 15 nov. 1935, P. 1936. III. 118.

³⁸⁴ Vgl. Hrb. Tournai 22 maart 1955, P. 1955. III. 83.

³⁸⁵ Vgl. Hrb. Brussel 18 maart 1941, P. 1942. III. 52 en P. 1946. III. 64.

³⁸⁶ Vgl. Hrb. Brussel 2 febr. 1950, P. 1950. III. 56.

richten ³⁸⁷, en dus b.v. niet op de verhouding handelaar-fabrikant, voor zover de laatste niet rechtstreeks aan de consument levert ³⁸⁸.

3. Het K.B. wordt slechts toegepast op handelingen, die strijdig met dit K.B. zijn ³⁸⁹, en niet op handelingen, die alleen als wanprestatie moeten worden aangemerkt, zoals overtreding van een concurrentiebeding ³⁹⁰.
4. In beginsel geldt het K.B. niet voor handelingen, die bij speciale wetten zijn verboden, zoals octrooi- en merk-inbreuken ³⁹¹, tenzij de handeling ook los van deze inbreuk strijdig is met de eerlijke gebruiken van handel en nijverheid ³⁹², of wanneer door de gedragingen verwarring wordt gesticht ³⁹³.

Hierbij moet in het oog worden gehouden, dat de handelsnaam in België niet bij een afzonderlijke wet is beschermd, zodat de Belgische jurisprudentie inbreuk op

³⁸⁷ Vgl. *Frédéricq* t.a.p. pag. 140 en 141; Hof Luik 24 nov. 1937, P. 1938. II. 41 en Hof Brussel 27 febr. 1959, R.G.A.R. 1959 no. 6267.

³⁸⁸ Vgl. Hrb. Brussel 19 juli 1950, P. 1951. III. 85 en Hof Brussel 14 maart 1955, Jur. Comm. Brux. 1955 pag. 169.

³⁸⁹ Vgl. Hof Luik 23 jan. 1936, P. 1936. II. 66.

³⁹⁰ Vgl. *Frédéricq* t.a.p. pag. 142; Hof Brussel 14 maart 1942, P. 1942. II. 43, cass. ber. verworpen Hof Verbreking 25 nov. 1943, P. 1944. I. 70; Hof Brussel 7 febr. 1948, P. 1948. II. 48; Hof Brussel 2 jan. 1957, P. 1958. II. 113; Hof Luik 10 jan. 1958, R.W. 1958/59 kolom 215; Hof Luik 20 jan. 1958, R.W. 1958/59 kolom 1957; Hrb. Kortrijk 26 nov. 1960, R.W. 1960/61 kolom 1831 en Hrb. Antwerpen 22 jan. 1962, R.W. 1961/62, kolom 1713.

³⁹¹ Vgl. *Frédéricq* t.a.p. pag. 143. Aanvankelijk paste men deze beperking niet toe; Vgl. Hof Brussel 26 febr. 1936, P. 1937. II. 43; Hof Brussel 13 juni 1936, P. 1937. II. 47; Hof Luik 30 okt. 1936, P. 1937. II. 152 (slechts in bepaalde gevallen) en Hof Brussel 3 juli 1937, P. 1939. II. 52; maar nadat laatstgemeld arrest op 16 maart 1939 (P. 1939. I. 150, B.J. 1939, 208) door het Hof van Verbreking was vernietigd, legde men deze beperking voortaan wel aan. Zie ook nog Hrb. Antwerpen 17 jan. 1948, R.W. 1948/49 kolom 908; Hrb. Antwerpen 12 jan. 1952, R.W. 1951/52 kolom 1701 en Hof Brussel 14 mei 1958, P. 1959. II. 54. T.a.v. nijverheidsmodellen in dezelfde geest Hrb. Gent 3 jan. 1963, R.W. 1962/63 kolom 1216.

³⁹² Vgl. *Frédéricq* t.a.p. pag. 143. Vgl. ook Hrb. Gent 25 april 1949, R.W. 1949/50 kolom 160; Hof van Verbreking 4 nov. 1954, J.T. 1955, 330 en Hof Gent 30 april 1955, R.W. 1955/56 kolom 645.

³⁹³ Vgl. Hof Brussel 31 dec. 1935, P. 1936. II. 108; Hrb. Antwerpen 20 okt. 1950, R.W. 1950/51 kolom 1001 (waarin echter geen gevaar voor verwarring werd aangenomen), en Hrb. Gent 6 dec. 1951, R.W. 1951/52 kolom 1698.

een handelsnaam onder het K.B. van 1934 brengt, indien verwarring is te duchten ³⁹⁴.

5. Handelingen van illegale concurrentie worden niet in strijd met de eerlijke handelsgebruiken geacht en daarop wordt het K.B. van 1934 dus niet toegepast ³⁹⁵.

Wanneer men daarnaast dan nog in het oog houdt, dat een bevel alleen kan worden gegeven ten laste van hen die persoonlijk of ten laste van rechtspersonen wier organen handelingen hebben verricht welke strijdig met het K.B. zijn ³⁹⁶, en dat het bevel gewoonlijk niet wordt gegeven, wanneer de bestreden handelingen al vrijwillig zijn gestaakt ³⁹⁷, dan zie ik toch in dit K.B. niet zodanige betekenis, dat ik daaruit ook maar enige gevolgtrekking kan maken dat men door deze bijzondere wettelijke regeling in België zoveel beter is beschermd dan in Nederland. Daar komt bij dat, al zijn de in het K.B. genoemde handelingen niet limitatief vermeld ³⁹⁸, in de Belgische jurisprudentie de neiging valt te bespeuren, ook in zover strakke grenzen te trekken. Zo valt het op, dat bij de sub *f* omschreven „nabootsing” en bij de sub *g* omschreven „aanhaking” over het algemeen het K.B. slechts wordt toegepast, wanneer verwarring is ontstaan of is te duchten ³⁹⁹, waardoor die bepalingen sub *f* en *g* min of meer een dode letter worden.

³⁹⁴ Vgl. Hrb. Brussel 28 juni 1939, P. 1941. III. 14; Hrb. Luik 24 mei 1944, P. 1944. III. 67; Hrb. Brussel 10 nov. 1949, P. 1951. III. 25; Hrb. Brussel 27 april 1950, P. 1951. III. 82; Hrb. Mechelen 22 okt. 1959, R.W. 1959/60 kolom 1038; Hof Brussel 17 maart 1959, P. 1960. II. 148 en Hof Brussel 11 mei 1959, P. 1960. II. 158.

³⁹⁵ Vgl. Frédéricq t.a.p. pag. 143 met de aldaar in noot 6 aangehaalde schrijvers en jurisprudentie. In een gewoon (straf)proces werd de op illegale concurrentie gebaseerde actie tot schadevergoeding toegewezen door Rb. Leuven 6 jan. 1951, P. 1952. III. 32 en door Pol. Rb. Boom 12 sept. 1961, R.W. 1962/63 kolom 448.

³⁹⁶ Dus niet, wanneer de handelingen door ondergeschikten op eigen gezag zijn gepleegd; Vgl. Hof van Verbreking 25 nov. 1954, P. 1955. I. 269. Dit is rationeel, daar de nakoming van het bevel in de macht van de veroordeelde moet liggen; zie Hrb. Verviers 8 aug. 1935, P. 1936. III. 92, en voor Nederland H.R. 10 juni 1955, N.J. 1955 no. 552.

³⁹⁷ Vgl. Hof van Verbreking 31 maart 1960, P. 1960. I. 889.

³⁹⁸ Vgl. Frédéricq t.a.p. pag. 144 en Hof Brussel 7 febr. 1948, P. 1948. II. 48.

³⁹⁹ Zie hiertoe: voor nabootsing van producten: Hrb. Brussel 10 febr. 1938, P. 1939. III. 23; Hof Brussel 23 okt. 1940, P. 1941. II. 97; Rb. Charleroi 19 maart 1949, P. 1949. III. 101, sub 8°; Hrb.

De wijze waarop het K.B. van 1934 wordt gehanteerd levert dus geen argument op voor de wenselijkheid van een wettelijke regeling.

HOOFDSTUK XV

Dient de wet ten aanzien van ongeoorloofde mededinging nadere bijzondere regelen te bevatten, en zo ja, welke?

Ik keer even terug naar de vergadering van de Ned. Juristen Vereniging in 1903. Toen ging het — de strafrechtelijke zijde daargelaten — om twee vragen, te weten:

- a. of de wet een algemene formule moest inhouden, waarin het begrip onrechtmatige daad zou worden omschreven;
- b. of de wet tevens bepaalde daden van ongeoorloofde mededinging met name diende te noemen.

De *eerstvermelde vraag* was destijds ingegeven door de toen geldende beperkte opvatting van het begrip onrechtmatige daad. Naderhand heeft niet de wetgever, maar de H.R. ons een duidelijke en ruime omschrijving van dit begrip gegeven, en thans hebben de ontwerpers van het nieuwe boek VI B.W. een wettelijke bepaling voorgesteld, waarin de omschrijving in het desbetreffende artikel zelf is opgenomen, en wel een formulering die, zij het redactioneel afwijkend, essentieel toch ongeveer neerkomt op de door de H.R. in 1919 gegeven formule.

In zover rijst dus niet meer de vraag, of de wet een omschrijving dient te geven, maar gaat het er alleen om, of voor ongeoorloofde mededinging (mede) een afwijkende formulering gewenst is, en met name dan of de door Bodenhausen verdedigde⁴⁰⁰ en ook in het Unieverdrag van Parijs en in het Belgische K.B. van 23 december 1934 voorkomende norm „strijd met de eerlijke gebruiken van handel en nijverheid” beter hanteerbaar is.

Brussel 16 dec. 1953, P. 1954. III. 83 (deels) en Hof Gent 26 juni 1959, P. 1960. II. 52, R.W. 1959/60 kolom 1897; en voor aanhaken: Hof Brussel 27 okt. 1939, P. 1940. II. 38, cass. ber. verworpen Hof van Verbreking 16 okt. 1941, P. 1941. I. 375; Hrb. Brussel 18 maart 1941, P. 1942. III. 52; en P. 1946. III. 64; Hof Brussel 2 jan. 1957, P. 1958. II. 113 (sub a); Rb. Antwerpen 22 nov. 1958, R.W. 1959/60 kolom 1317 en Hof van Verbreking 4 mei 1962, R.W. 1962/63 kolom 1303. Anders: Rb. Antwerpen 30 april 1959, R.W. 1959/60 kolom 842, op grond van een gewezen bijzondere verhouding.

⁴⁰⁰ In W.P.N.R. 4280.

Mijnerzijds beantwoord ik die vraag ontkennend en geef ik de voorkeur hetzij aan de thans gebezigde zorgvuldigheidsnorm ⁴⁰¹, hetzij aan de in het nieuwe ontwerp B.W. voorgestelde betamelijkheidsnorm. Deze normen zijn ruimer. Zij houden ook meer rekening met het onderscheid tussen unfairheid en onrechtmatigheid, welk onderscheid bij het criterium „strijd met de eerlijke handelsgebruiken” wordt verwaagd. Maar mijn voornaamste bezwaar tegen criteria als „eerlijke handelsgebruiken” — en ik geloof, dat ik hiermede aan de kern kom van mijn verschil van opvatting met de voorstanders van een nadere wettelijke regeling — is dit, dat men aldus de al dan niet rechtmatigheid min of meer afhankelijk gaat stellen van de in de groep van de rechtstreeks belanghebbenden levende opvattingen en gebruiken. Dit acht ik principieel onaanvaardbaar. Doorslaggevend moet zijn het algemeen belang, in het bijzonder voor een wettelijke regeling, en aldus ook het evenwicht tussen de belangen van alle bij de zaak betrokken groepen. Daarbij is uiteraard wel van invloed welke opvattingen in de desbetreffende tak van handel en nijverheid leven, maar niet alleen de rechter, maar ook de wetgever moet er zich van weerhouden, hieraan te veel invloed toe te kennen ⁴⁰². Ik laat dan nog daar dat de rechter volgens Bodenhausen te ver afstaat van de in het handelsverkeer heersende opvattingen ⁴⁰³ en dat het mij daarom niet duidelijk is, hoe Bodenhausen er voorstander van kan zijn, dat de rechter met deze norm zou gaan werken ⁴⁰⁴.

Naar mijn oordeel is het beter de algemene, voor iedere onrechtmatige daad geldende terminologie ook voor de ongeoorloofde mededinging te gebruiken, en is het eveneens beter te werken met het begrip „maatschappelijk verkeer” dan

⁴⁰¹ Ik deel niet de mening van R. J. Polak in W.P.N.R. 4569 v.v. en N.J.B. 1962 pag. 120 v.v., dat de term „zorgvuldigheidsnorm” onduidelijk is en verwarrend werkt. Anders dan hij zie ik in die term meer tot uitdrukking gebracht de zorg die men jegens een ander in acht moet nemen dan een verplichting tot voorzichtigheid of oplettendheid.

⁴⁰² Vgl. H.R. 8 jan. 1960, N.J. 1960 no. 415, B.I.E. 1960 pag. 60 no. 19, *Ars Aequi* 1960/61 pag. 20. Vgl. ook Hof 's-Gravenhage 16 nov. 1931, N.J. 1932 pag. 313; Hof 's-Hertogenbosch 19 jan. 1960, N.J. 1962 no. 354, en van der Grinten in de Naamloze Vennootschap jan. 1963, pag. 168.

⁴⁰³ Zie W.P.N.R. 4280.

⁴⁰⁴ Men denke ook aan kort-gedingen.

met het begrip „handelsverkeer”. Hoe meer belangen voor de beoordeling van de al dan niet rechtmatigheid worden getoetst, hoe beter ook aandacht wordt gewijd aan de belangen van derden ⁴⁰⁵.

Ik zie dus geen enkele aanleiding om naast of in plaats van de in art. 6.3.1. lid 2 van het nieuwe ontwerp B.W. gegeven formulering voor de onrechtmatige daad nog een eigen formulering voor ongeoorloofde mededinging in de wet op te nemen, en heb daartegen zelfs grote bezwaren.

De *tweede door mij vermelde vraag*, of in de wet bepaald de daden voor ongeoorloofde mededinging met name dienen te worden vermeld, is belangrijker. Mijn indruk is, dat er speciaal een aantal voorstanders zijn voor het in de wet opnemen van met name genoemde ongeoorloofde concurrentie-handelingen.

Uit hetgeen ik hieromtrent bij de bespreking van de verschillende vormen van eventueel ongeoorloofde mededinging heb opgemerkt, blijkt, dat ik het in het algemeen geheel eens ben met de motivering van de ontwerpers van het nieuwe boek VI B.W., waarom is afgewezen van de in 1953 aanvaarde conclusie 17; met name voor zover daarbij wordt betoogd, dat bij het omschrijven van gedragingen in de handel welke onder alle omstandigheden onrechtmatig zouden zijn, vrij enge grenzen zouden moeten worden getrokken. Ook ik ben tot de conclusie gekomen, dat de wet hetzij vrijwel niets zou kunnen vermelden wat steeds onrechtmatig zou zijn, hetzij een dergelijk groot aantal alternatieven zou moeten bevatten dat zij onleesbaar zou worden, en dat eerstrecht in dat geval al het niet vermelde door het publiek als geoorloofd zou worden beschouwd. Hierdoor zou de rechtszekerheid zeker niet worden gediend ⁴⁰⁶ en evenmin zou er enige preventieve kracht ⁴⁰⁷ van een dergelijke wettelijke voorziening uitgaan.

⁴⁰⁵ Zie in dit verband in dezelfde geest J. M. Polak in het weekblad voor de detailhandel in textiel, enz. „Textilia” van 15 december 1962, pag. 6629 v.v.

⁴⁰⁶ Dit argument wordt o.m. gebruikt door Pfeffer in de vergadering van de Ned. Juristen Vereniging van 27 juni 1941 (Handelingen N.J.V. 1941, II pag. 54), alsmede door v. d. Zanden in B.I.E. 1952, pag. 130 v.v.

⁴⁰⁷ Het beroep op de preventieve werking van zulk een wettelijke regeling is ook afkomstig van v. d. Zanden (B.I.E. 1952 pag. 130 v.v.). Zie ook Bodenhausen in W.P.N.R. 4280.

Er is door de voorstanders van een wettelijke regeling waarin enkele daden van ongeoorloofde mededinging met name worden genoemd wel aangevoerd, dat aan de rechter anders te veel een ordenende taak wordt gegeven en de justitiabelen te veel afhankelijk worden van zijn arbitrair oordeel ⁴⁰⁸. Ik zie echter niet in, waarom dit ter zake van daden van mededinging een groter bezwaar zou opleveren dan ter zake van de beoordeling van de rechtmatigheid van andere gedragingen. In beide gevallen gaat het om toetsing van bepaalde feiten aan zekere maatstaven, die in de doctrine en/of de praktijk langzamerhand doorslaggevend worden gevonden. Trouwens al zou men aan de verlangens van de voorstanders van een wettelijke regeling als hier bedoeld voldoen, dan blijven er toch altijd nog een groot aantal vormen van mededinging over, waarop de door deze voorstanders gewraakte methode toch nog door de rechter moet worden toegepast bij gebreke van een geschreven norm. En bovendien vergeet men, dat de moeilijkheden ontstaan door de marginale gevallen, en dat het juist te dien aanzien geen verschil voor de moeilijkheid maakt, of de rechter aan een geschreven norm dan wel aan een ongeschreven richtsnoer heeft te toetsen.

Ook hier heb ik de indruk dat de voorstanders van de ten deze bedoelde wettelijke regeling bewust of onbewust gedreven worden of mede gedreven worden door de neiging, de in kringen van eigen vakgenoten geldende opvattingen een grote invloed toe te kennen; in ieder geval groter dan de rechter bereid is te doen. Maar nogmaals wijs ik er op, dat het noodzakelijk is, vooral in de huidige gecompliceerde maatschappij, het laatste woord te geven aan de instantie, die aller belangen het beste kan overzien. In het algemeen zal dit inderdaad de wetgever zijn, maar op een zo geschaakerd terrein als de ongeoorloofde mededinging kan ook hij niet alle bijomstandigheden overzien, en dan is de rechter de aangewezen instantie om aan de hand van algemene beginselen in concreto ordenend op te treden. En wanneer ik dan bovendien tot de conclusie kom, dat de rechtspraak zich doorgaans langs vaste lijnen ontwikkelt en de rechter over het algemeen voldoende bescherming geeft en in ieder geval

⁴⁰⁸ Aldus Hijman en de Brauw in de vergadering van de Ned. Juristen Vereniging van 27 juni 1941 (Handelingen N.J.V. 1941, II resp. pag. 26 en pag. 45 v.v.).

kan geven ⁴⁰⁹, dan acht ik een voorziening, waarin enkele gevallen van ongeoorloofde mededinging met name worden genoemd, ook overbodig.

Slechts één punt acht ik zwak voor mijn standpunt, nl. dat art. 10^{ter} van het Unieverdrag van Parijs meer van Nederland mag verlangen dan ik voorstel te geven, te weten een regeling, waarin elke daad van mededinging welke strijdig is met de eerlijke gebruiken in nijverheid en handel oneerlijke mededinging oplevert, en waarin met name worden verboden alle daden, die verwarring kunnen wekken door welk middel ook ten opzichte van de inrichting, de waren of de werkzaamheid op het gebied van nijverheid en handel van een concurrent, alsmede valse beweringen die de inrichting, de waren of de werkzaamheid op het gebied van nijverheid en handel van een concurrent in discrediet kunnen brengen ⁴¹⁰. Hoewel deze bepalingen de burgers van de aangesloten landen niet rechtstreeks binden ⁴¹¹ leggen zij de Nederlandse Regering wel de verplichting op hen in te voeren, zoals ik in hoofdstuk V t.a.v. modellen heb betoogd. Maar gelijk de ontwerpers van het nieuwe VI^e Boek B.W. als argument voor het niet opnemen van gedetailleerde bepalingen op dit terrein wijzen op de werkzaamheden tot uitwerking van het E.E.G.-recht, zo wil ik mijnerzijds opmerken, dat de terminologie van het Unieverdrag verouderd is en nader dient te worden gezien, voordat een moderne nationale wetgeving daaraan zou worden aangepast ⁴¹². Urgentie bestaat er in deze niet, omdat de Nederlandse rechter vrijwel alle in het Unieverdrag ongeoorloofd genoemde handelingen reeds op grond van art. 1401 B.W. onrechtmatig acht.

Hoewel ik dus tot de conclusie kom, dat een wettelijke regeling waarin enkele ongeoorloofde mededingingshandelingen met name worden genoemd onnodig en zelfs onjuist is, en ik mij volledig achter de uitspraak van Josephus Jitta

⁴⁰⁹ Anders Hamming in de vergadering van de Ned. Juristen Vereniging d.d. 27 juni 1941 (Handelingen N.J.V. 1941, II pag. 50).

⁴¹⁰ Dit argument gebruikt v. d. Zanden eveneens; zie zijn artikel in B.I.E. 1952 pag. 130 v.v.

⁴¹¹ Vgl. H.R. 26 april 1935, N.J. 1935 pag. 1617, W. 12938; en H.R. 1 juni 1956, N.J. 1958 no. 424, B.I.E. 1956 pag. 126 no. 63, het z.g. Cognacarrest (contra: A. G. Langemeyer).

⁴¹² Zo gaat de Duitse wet uit van strijd met de goede zeden en de Zwitserse wet van strijd met de goede trouw.

plaats, dat voor onderdrukking van onbetamelijke concurrentie niet zo zeer een uitgebreide wetgeving dan wel een goede rechtspraak is vereist, acht ik blijkens het in vorige hoofdstukken behandelde, toch enkele wettelijke voorzieningen nodig, — buiten beschouwing gelaten de chaotische wetgeving op het gebied van de industriële eigendom — en wel:

1. de spoedige vaststelling van een modellenwet, zij het gewijzigd in voege als ik in hoofdstuk V heb verdedigd. Dit zou een afzonderlijke wet dienen te worden. Ook zou zij in de Auteurswet kunnen worden opgenomen;
2. een wettelijke regeling, waarbij enerzijds een civiele actie wordt toegekend tegen de schadelijke gevolgen van handelingen van bij het E.G.K.S.-verdrag en het E.E.G.-verdrag of volgens de nationale wet verboden kartels en tegen misbruik van een economische machtspositie, maar waarbij dan anderzijds aan toegelaten kartels bescherming wordt verleend tegen verkoop door derden tegen lagere prijzen met opzettelijke gebruikmaking van door een of meer bij het kartel aangesloten en gepleegde wanprestatie, in dier voege, dat zulk een kartel als een onverbrekkelijk geheel wordt beschermd. Deze wettelijke voorzieningen zouden het beste in de wet Ec. Mededinging kunnen worden opgenomen;
3. een wettelijke bepaling welke buiten twijfel stelt, dat tegen schadeveroorzakende overtredingen van strafrechtelijke normen door een concurrent kan worden opgekomen, wanneer deze door zijn illegaal handelen een voorsprong weet te verkrijgen dan wel een concurrerende positie kan gaan innemen welke zijn mededingers benadeelt. Een dergelijke bepaling zou in het B.W. moeten worden opgenomen.

Of daarnaast de ontwikkeling van het Europese recht nadere wettelijke voorziening in Nederland nodig zal maken, dient nog te worden afgewacht.

Wanneer aan voormelde wensen zou worden voldaan, ben ik tevreden en kan de verdere ontwikkeling van het mededingingsrecht aan de jurisprudentie worden toevertrouwd.

Amsterdam, maart 1963.

INHOUDSOPGAVE

Praeadvies Mr. C. H. Beekhuis.

Hoofdstuk I.	Inleiding	1
Hoofdstuk II.	Verantwoording en programma .	6
Hoofdstuk III.	Mededinging in het algemeen . .	7
Hoofdstuk IV.	Vormen van ongeoorloofde mededinging	11
Hoofdstuk V.	Parasiteren	15
	1. nabootsing van een product	19
	2. nabootsing van een werkwijze	27
	3. parasiteren met betrekking tot verpakking .	28
	4. aanhaken en aanleunen	30
Hoofdstuk VI.	Reclame van aanbiedingen in het algemeen	37
	1. aanprijzing van eigen waar	38
	2. vergelijkende reclame	43
	3. afweerreclame	52
Hoofdstuk VII.	Rechtstreekse en slinkse aanvallen .	55
Hoofdstuk VIII.	Markt- en prijsbederf	60
	I. Marktbederf	60
	II. Prijsbederf	61
Hoofdstuk IX.	Misbruik van een monopolie of van een economische machtspositie	72
	De nationale wetgeving	73
	Internationale verdragen	78
Hoofdstuk X.	Uitlokking, enz. van wanprestatie of onrechtmatige daden van derden	99
Hoofdstuk XI.	Misbruik van vertrouwen	102
Hoofdstuk XII.	Illegale concurrentie	104
Hoofdstuk XIII.	Concurrentiebedingen	112
Hoofdstuk XIV.	Het Belgische K.B. van 1934 en de toepassing daarvan	112
Hoofdstuk XV.	Vraagstelling en slotconclusies . .	117

Dient de wet ten aanzien van ongeoorloofde mededinging nadere bijzondere regelen te bevatten, en zo ja, welke?

Prae-advies van Prof. Mr W. J. Slagter

„D'une part, les actes déloyaux de concurrence n'ont trouvé que très récemment une réglementation juridique. Sur ce terrain, le juriste ne bénéficie pas de l'appui d'une tradition millénaire ou séculaire et se trouve en face d'une variété considérable de tendances juridiques, non seulement dans les différents systèmes de droit mais même dans un seul et même système juridique D'autre part, la concurrence en général, et en particulier le concurrence déloyale, constituent une matière qui se rattache à tous les principes de base de chaque système juridique et qui oblige, par conséquent, le comparatiste à prendre position sur des points fondamentaux En même temps, on ressent la nécessité d'affronter des questions entièrement générales, comme celle de la nature et des limites du droit subjectif, celle de la notion de bien au sens juridique, celle du fondement de la responsabilité extra-contrattuale et de la nature des règles qui la régissent”.¹

„Die Abgrenzung der lauterer von den unlauteren Wettbewerbs-Handlungen ist seit jeher die crux des Wettbewerbsrechts”.²

“When the rules are too lax, the competitive game is played by undesirable means and produces undesirable results. When they are too tight, desirable activities are forbidden and experiment becomes difficult”.³

¹ Unidroit, I blz. 4-5.

² Baumbach-Hefermehl, blz. 31.

³ C. D. Edwards, Maintaining Competition, blz. 3, geciteerd door Baumbach-Hefermehl, blz. 31.

HOOFDSTUK I

Algemene uitgangspunten van het mededingingsrecht

Par. 1 Inleiding.

Het is niet toevallig, dat met bovenstaande citaten wordt begonnen. Inderdaad geven deze het motto aan voor de volgende paragrafen: de beantwoording van de vraag, welke daden van mededinging rechtmatig en welke onrechtmatig zijn, noopt ons tot een onderzoek naar twee andere vragen, namelijk naar het juridische uitgangspunt voor het begrip „onrechtmatigheid” en naar een globaal overzicht van de vraag, hoe mededinging economisch dient te worden gewaardeerd in zijn verscheidene aspecten.

Het is een heerlijk gevoel bezig te zijn aan een interessante en uitgebreide opdracht, waarvoor ruimschoots de tijd wordt gegeven; het is een troostrijke gedachte, wanneer men zich moet verdiepen in een beperkt maar bekrompen en vervelend onderwerp, dat voor het uitvoeren van de opdracht slechts een korte tijd beschikbaar is gesteld. Maar het is een ellendig gevoel belast te worden met de bestudering van een uitgebreid en interessant onderwerp als de ongeoorloofde mededinging, doch daarvoor — door omstandigheden, waarop het Bestuur van de Nederlandse Juristen-Vereniging nauwelijks invloed kon uitoefenen — zo weinig tijd toegemeten te krijgen, dat men zich iedere keer genoopt ziet interessante en veelbelovende gebieden links te moeten laten liggen dan wel slechts halverwege te kunnen betreden. De rust ontbrak om het overzicht te laten bezinken tot het trekken van grote lijnen, en om — waar deze grote lijnen al getrokken mochten worden — de consequenties daarvan te overzien. „Zelf hebben wij het gevoel van iemand, die verleid door het aantrekkelijke menu, een te uitgebreid diner heeft besteld. Aan de hors d'oeuvre heeft hij zich ruimschoots tegoed gedaan, maar van de hoofdschotels moest hij veel laten liggen, wilde hij voor sluitingstijd zijn dessert kunnen verorberen”. Deze woorden van Voetelink⁴ zijn ten volle op mij van toepassing, met slechts dit verschil, dat het aantrekkelijke menu niet door mij is besteld, maar mij is voorgezet en door mij niet is geweigerd.

⁴ Voetelink, blz. 189.

Dit tijdsgebrek klemte te meer, nu het op het terrein van de ongeoorloofde mededinging — en daarbij sluit ik mij aan bij het eerste motto — nog meer dan op andere gebieden van het recht gewenst is, dat men zich door rechtsvergelijking een oordeel vormt⁵. De mededinging, de handel heeft internationale aspecten, die met het groeien van de E.E.G. nog steeds sterker zullen worden. Wie zich de vraag stelt, of een wettelijke regeling gewenst is, zal zich moeten spiegelen aan voorbeelden in het buitenland. Rechtsvergelijking is echter een bijzonder tijdrovend werk. Mijn medeprae-adviseur en ik hebben, hoewel wij overigens geen taakverdeling hebben aangebracht, t.a.v. de rechtsvergelijking naar deze verdeling gestreefd, dat hij zich in het bijzonder zou bezighouden met België en de E.E.G. en ik met de Duitse Bondsrepubliek en Frankrijk. Tijdsgebrek noopte mij echter Frankrijk buiten beschouwing te laten.

Naar verscheidene kanten moet ik mijn onderwerp nog nader afpalen. Tot het mededingingsrecht in ruime zin behoren ook de Octrooiwet, de Auteurswet, de Merkenwet, de Handelsnaamwet, het kwekersrecht en het recht op modellen en tekeningen als onderwerpen van op nijverheid toegepaste kunst. Deze onderwerpen laat ik, behoudens een enkele uitzondering, verder buiten beschouwing⁶.

In de tweede plaats spreek ik slechts over het buitencontractuele mededingingsrecht, zodat ik buiten beschouwing laat de gevallen, waarin tegen mededinging op grond van een contractueel concurrentiebeding zou kunnen worden opgetreden⁷.

⁵ Prof. Mr. W. L. Haardt, W. P. N. R. 4391; Prof. Mr G. H. C. Bodenhausen N.J.B. 1954, blz. 385; H.R. 28 nov. 1941 N.J. 1942/205; H.R. 25 juni 1943 N.J. 1943/498; H.R. 17 okt. 1946 N.J. 1947/33. Een rechtsvergelijkende studie van wetgeving en praktijk in de E.E.G. landen is in Brussel in de maak.

⁶ Zie over de vraag van de verhouding tussen de bescherming, geboden door de wetten betreffende de industriële eigendom, en de bescherming van art. 1401 B.W.: H.N.J.V. 1941; omtrent de verhouding tussen auteursrecht en art. 1401 B.W.: Pfeffer, blz. 297-298.

⁷ Vgl. echter Rb. Zwolle 25 mei 1949 N.J. 1950/349, W.P.N.R. 4222 (de koper van een zaak, t.a.v. welke de verkoper een concurrentiebeding had getekend, pleegt een onrechtmatige daad tegenover de rechtverkrijgenden van de stipulator) en Pres. Rb. Groningen 21 okt. 1955 N.J. 1956/405 (Ook zonder concurrentiebeding kan het voortzetten door de verkoper van een affaire onrechtmatig

Daarentegen komt het niet juist voor om — zoals geschied is in het tweede rapport van Unidroit⁸ — een onderscheid te maken tussen concurrentie in strijd met een publiekrechtelijke wet enerzijds en ongeoorloofde mededinging anderzijds, en het eerste geval buiten beschouwing te laten. Mededinging, waarbij de ene mededinger zich een voorsprong verschafft door wetsovertreding, onverschillig, of de overtreding betrekking heeft op een publiekrechtelijke dan wel een privaatrechtelijke wet, dient begrepen te worden onder de term ongeoorloofde mededinging. Het is irrelevant, of men het buiten-contractuele mededingingsrecht al dan niet heeft gecodificeerd, en zo dit geschied is, of dit in privaatrechtelijke dan wel in publiekrechtelijke vorm is gedaan. Beide benaderings-wijzen overlappen elkaar bovendien ten dele, juist ook op het terrein van de ongeoorloofde mededinging.

Nog in een tweede opzicht is een zekere uitbreiding gewenst. Onder mededingingsrecht dient niet alleen te worden verstaan⁹ het recht, dat de verhoudingen regelt tussen mededingers en de door hen bij hun onderlinge mededinging in acht te nemen bepalingen, maar mede het recht, dat de verhoudingen regelt tussen iedere afzonderlijke mededinger enerzijds en de consumenten (het publiek) anderzijds¹⁰. Het publiek heeft in vele gevallen belang bij zuiverheid van de concurrentiestrijd. Wie niet zaait, zal niet oogsten¹¹. De bescherming van de eerlijke mededinger tegen de oneerlijke is ook een belang van de consument. In vele gevallen zal benadeling van het publiek samenvallen met benadeling van een mededinger. Men denke aan het geval van misleiding t.a.v. het aanbod of de aanbieder of t.a.v. de persoon of het product van de mededinger¹². De individuele consument staat hiertegenover vrij machteloos. Een actio

zijn t.o.v. de koper). Zie ook bijlage IV, 1-2 bij Mulder en Mok, Besluit van de Staatssecretaris van Economische Zaken enz. ter uitvoering van art. 4 eerste lid van de Wet Econ. Mededinging (W.E.M.), waarbij o.m. concurrentiebedingen in arbeidsovereenkomsten zijn uitgezonderd van de verplichting tot aanmelding.

⁸ Unidroit II, blz. 2.

⁹ Zoals geschiedt door Unidroit II, blz. 2.

¹⁰ Idem Baumbach-Hefermehl, blz. 73-74.

¹¹ Zie het door Berkhouwer, blz. 50 in dit verband genoemde voorbeeld van het geschil tussen A.P. en Intern. News.

¹² Zie b.v. Pres. Rb. Amsterdam 1 dec. 1961 B.I.E. 1963 blz. 52 (Gedaagden voeren de handelsnaam „American Patent Weatherstrip

popularis zal hij er niet voor over hebben. Dit is geen be-
zwaar, zolang door dezelfde handeling tevens mededingers
benadeeld worden. Het niet toelaten van een actie door een
mededinger — b.v. op grond van het feit, dat niet bewezen
is, dat juist *deze* mededinger door de misleiding van de
ander schade leidt — zou dus tevens in strijd zijn met de
belangen van de consument. Slechts daar, waar benade-
ling van de consument niet gepaard gaat met die van
een mededinger, is plaats voor een uitsluitende straf-
sanctie¹³. Deze gevallen doen zich echter niet veel voor.
Overziet men de onderwerpen, die in het volgende hoofd-
stuk ter sprake zullen komen, dan treft het, dat men of
een combinatie heeft van schade voor concurrent en con-
sument of schade alleen voor de mededinger (zoals bij
nabootsing en vergelijkende reclame). Denkbaar is, dat een
handeling t.o.v. de mededinger onrechtmatig wordt geacht,
maar t.o.v. de consument niet strafwaardig. Zo zou men zich
kunnen voorstellen, dat men een door een ondernemer ge-
organiseerde loterij, waaraan het publiek kan deelnemen
zonder een financieel offer te brengen, onrechtmatig acht
tegenover zijn mededingers, maar nog geen strafbaar feit,
omdat de speelzucht van het publiek niet wordt uitgebuit.

Natuurlijk gaat het te ver te zeggen, dat men door be-
scherming van de concurrent steeds automatisch die van
de consument bewerkstelligt¹⁴, maar in het algemeen zal
men er aan moeten vasthouden, dat het belang van de con-

De Ruiter en Co." in verband met tochtweringsprofielen, waarop
geen Amerikaans octrooi bestaat. Aldus handelen gedaagden on-
rechtmatig tegenover handelaren in soortgelijke producten, al zou
de inschrijving van de handelsnaam niet in strijd zijn met de Han-
delsnaamwet). Tevens wordt de consument hierdoor tot zijn nadeel
misleid. De misleiding leidt er toe, dat het publiek er in vliegt en
naar de misleider gaat, waardoor diens concurrent clandestine derft.

¹³ Men denke aan de Wet omtrent de waarborg der gouden
en zilveren werken, de Boterwet, de Warenwet en de IJkwet. Vgl.
Drucker-Bodenhausen, blz. 175.

¹⁴ Aldus J. Ronse, Rechtskundig Weekblad 1949, blz. 883, te-
recht bestreden door Voetelink, blz. 141, die echter weer te veel
naar het tegenovergestelde standpunt overhelt. Voetelink geeft het
voorbeeld van vier kruideniers, waarvan A de oudste vestiging
heeft. B adverteert in strijd met de waarheid, dat hij de oudst
gevestigde kruidenier is. Ontleent alleen A hieraan een actie, of
ook C en D? Onjuist is de gedachte, dat alleen A door de han-
deling van B schade lijdt, en niet C en D. Men stelle b.v., dat een
klant ver van A woont, maar dicht bij B en C. Gaat men er van

sument net zo goed een belangrijke rol dient te spelen in het mededingingsrecht als het belang van de concurrent ¹⁵.

Zo blijft als terrein van mededingingsrecht nog een uitgestrekt gebied over, ook zonder het recht van de industriële eigendom, maar met inbegrip van de randgebieden daarvan, zonder de contractueel verboden concurrentie, maar met inbegrip van de concurrentie in strijd met een bepaling van publiekrecht. De strekking ervan zij niet alleen de bescherming van de concurrent — zowel een bepaalde concurrent als een onbestemde massa van mede-concurrenten ¹⁶ — maar mede de bescherming van de consument. Houdt men dan voorts nog rekening met het feit, dat mededingingsrecht ook kan worden gevonden in verordeningen van bedrijfslichamen ¹⁷, dan kan men de wens van J. M. Polak ¹⁸ begrijpen, dat tot een inventarisatie worde overgegaan van alle voorschriften op het terrein van de ongeoorloofde mededinging.

Het is gelukkig, dat het Bestuur van de N.J.V. in overeenstemming met hetgeen in de Tweede Kamer werd besproken bij de behandeling van vraagpunt 17 voor het nieuwe B.W., niet de term oneerlijke concurrentie heeft gebruikt, maar heeft gesproken van ongeoorloofde mededinging. Een

uit, dat de ouderdom van vestiging van een kruidenier een even grote rol speelt bij de keuze van kruidenier als de versheid van zijn speculaas, dan kan deze klant van C naar B overlopen, zonder dat A benadeeld wordt. M.i. komt de actie dan ook mede toe aan C en D: A doet een onware mededeling, waardoor mede voor hen schade dreigt. Het publiek wordt misleid, maar het publiek heeft geen geld over voor een actio popularis.

¹⁵ Vgl. Prof. Jhr. Mr H. F. van Panhuys, N.J.B. 1963, blz. 77: Nederland heeft nimmer willen toetreden tot de Schikking van Madrid van 1891 inzake de valse aanduiding van herkomst van handelswaren. Nederland vond, dat de bescherming niet ver genoeg ging. Een tweede bezwaar zou hebben gelegen in het feit, dat in de regeling van Madrid uitsluitend bescherming werd verleend aan concurrenten en niet aan verbruikers; vgl. ook J. M. Polak I en J. M. Polak II, blz. 19. Zie ook Staatssecretaris Gijzels N.R.C. 6 dec. 1962.

¹⁶ Vgl. de tweeledige opbouw van het Duitse Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb: artt. 1-12 betreffen concurrentie tegenover een onbestemde massa van mede-concurrenten, artt. 14-20a die tegenover bepaalde concurrenten; Baumbach-Hefermehl, blz. 66; Dorhout Mees no. 486.

¹⁷ Art. 93 lid 5 P.B.O. bepaalt, dat geen verordening aan gezonde mededinging in de weg mag staan.

¹⁸ J. M. Polak I.

handeling kan onrechtmatig zijn, zonder dat er van schuld sprake is (zie hieromtrent par. 2 hierna). Zo kan ook een handeling objectief misleidend zijn, zonder dat de ondernemer zich van enige misleiding bewust is. Er is dan sprake van een verbiedbare ongeoorloofde mededinging, maar van een subjectief oneerlijke daad is geen sprake ¹⁹. Het Nederlandse woord „mededinging” is beter dan het oorspronkelijk vreemde woord „concurrentie” ²⁰. „Concurrentie” stamt van het Latijnse woord concurrere, dat twee betekenissen heeft: a) samenlopen, samenkomen, tezamen snellen en b) vijandelijk: elkaar ontmoeten, op elkaar stoten, een aanval doen, op iemand losgaan, zich in de strijd werpen. Beide betekenissen hebben in de moderne concurrentie hun belang behouden: concurrentie in de zin van wedijver: men rent naast elkaar en tracht de ander in te halen of althans niet achter te blijven. Maar daarnaast concurrentie in de zin van elkaar bestrijden, niet naast elkaar rennen, maar op elkaar instormen, niet door eigen prestatie vooruit komen maar door bestrijding van de concurrent ²¹. Men denke ook aan de termen „unlauterer Wettbewerb”, „concurrence déloyale” en „unfair competition” ²².

Mededinging, „dieser Urkraft menschlichen Handelns”, is het streven om dat te winnen en te erlangen, dat een ander tegelijkertijd nastreeft te winnen en te erlangen, „rivalry for the same thing”; „the act of seeking or endeavoring to gain that for which another is also striving; rivalry, mutual strife for the same object”, het streven van een ondernemer om op een gemeenschappelijke markt in plaats van een ander een transactie met een derde te sluiten; het behouden en vergroten van een klantenkring ten koste van een andere ondernemer door het bieden van gunstiger condities; concurrentie is „continous struggle”, een voortduren-

¹⁹ Prof. Mr W. H. Drucker, R.M. 1931, blz. 316. Zie ook Pfeffer, blz. 8 en Berkhouwer blz. 13. Mulder en Mok, blz. 90 spreken van „gezonde mededinging”. De Duitse term „wettbewerbsfremd” (Reimer, blz. 553), dus niet passend in rechtmatige concurrentie, vind ik niet gelukkig.

²⁰ De term „oneerlijke concurrentie” werd gebruikt door J. P. M. Aalberse, „Oneerlijke concurrentie en hare bestrijding volgens het Nederlandsche recht”, diss. 1897 en door Prof. Mr W. L. P. A. Molengraaff in zijn beroemde artikel in R.M. 1887, blz. 373 e.v.

²¹ Baumbach-Hefermehl, blz. 1-2.

²² Mr R. J. Polak, W.P.N.R. 4572 vindt de laatste term het beste.

de uitdaging, dreiging en bedreigd worden, een „Spannungszustand”. Concurrentie is slechts aanwezig, waar alternatieven worden aangeboden. Men streeft naar het winnen van klanten, waarop de concurrent rekent, of neemt hem klanten af, die hij al heeft. Iedere benadeling van de concurrent is geoorloofd, die de aard van de concurrentie met zich mee brengt, mits zulks geschiedt met geoorloofde midelen. Het gevolg van concurrentie kan niet alleen overvleugeling en opzijdningen, maar zelfs economische ondergang van de concurrent zijn. Deze ondergang van de mededinger maakt de mededinging nog niet onrechtmatig, zolang men slechts als doel van de mededinging voor ogen houdt de overvleugeling van de concurrent door goedkopere, betere of snellere waren of diensten ²³.

Men kan tot op zekere hoogte met elkaar vergelijken de definities van de overeenkomst, de Gesamtakt en de mededinging. Bij de eerste zijn er ineengrijpende wilsverklaringen ter bereiking van tegengestelde doeleinden, bij de tweede parallel lopende wilsverklaringen ter bereiking van eenzelfde gemeenschappelijk doel, bij het derde een streven naar eenzelfde, maar niet gemeenschappelijk doel, te bereiken niet door ineengrijpende wilsverklaringen, maar door elkaar bestrijdende handelingen.

De vrije mededinging wordt ingeperkt door monopolies, monopolioïde markt vormen, staatsmonopolies en door privaatrechtelijke fusies en kartels. In de werkelijkheid wordt zelden een volmaakt vrije mededinging aangetroffen, zelden een volkomen monopolie. De werkelijkheid ligt tussen beide in. Dat geldt ook voor onze gehele economische grondslag; deze ligt in tussen liberalisme en geordende economie ²⁴.

De juridische beoordeling van de mededinging wordt bemoeilijkt door het feit, dat de vrije mededinging, ook wanneer het gebruik van deze vrijheid leidt tot schade voor de mededinger, wenselijk wordt geacht, een bijdrage tot de maatschappelijke vooruitgang, misschien zelfs wel een onmisbare voorwaarde daarvoor. Het mededingingsrecht moet steeds het midden houden tussen vrijheid voor de mededinger, ook wanneer daardoor aan anderen schade wordt toegebracht, en anderzijds een bescherming tegen ontoelaatbare praktijken, waardoor de eerlijke bringers van de

²³ Baumbach-Hefermehl, blz. 1-11.

²⁴ Baumbach-Hefermehl, blz. 5-6, blz. 12-13 en blz. 14-19.

resultaten van hun inspanning benadeeld worden ten koste van parasiteurs, nabooters en verwarringzaaiers. „Het gaat om de juiste synthese tussen de vrijheid en de bescherming van succesvol initiatief”²⁵. Waar concurrentie is, is ook ongeoorloofde mededinging: „den Eigennutz hemmt nun einmal bei vielen keine sittliche Erwägung”²⁶. Men zou het kind met het badwater weggooien door de concurrentie lam te leggen om aldus de ongeoorloofde mededinging uit te schakelen. Men moet evenzeer waken tegen een te scherpe concurrentie (art. 1401 B.W., UWG) als tegen een te weinig aan concurrentie (W.E.M., Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen²⁷). De ondernemer, die in wettelijke bepalingen steun wil zoeken tegen te ver gaand overheids-ingrijpen, zal zich ook moeten neerleggen bij andere wettelijke bepalingen, waarbij de niet-georganiseerde massa van verbruikers wordt beschermd tegen het georganiseerde bedrijfsleven, evenals zulks zal geschieden door een wettelijke regeling van algemene voorwaarden in standaard-contracten (art. 6.5.1.3. van het ontwerp van het nieuwe B.W.²⁸).

Precies zestig jaar geleden behandelde de Nederlandse Juristen Vereniging de vraag: „Moet de oneerlijke mededinging door den wetgever worden bestreden, zoo ja hoe?”²⁹. Uit de vraagstelling blijkt duidelijk, dat het arrest Lindenbaum-Cohen nog niet was gewezen. Thans is het niet meer de vraag, of ongeoorloofde mededinging moet worden bestreden, maar alleen de vraag, hoe. Kan met de bescherming van art. 1401 B.W. enerzijds en met die uit de bijzondere wetten, w.o. die betreffende de industriële eigendom, anderzijds, worden volstaan, of bestaat er behoefte aan een nadere wettelijke regeling van dit onderwerp? Een vraag, waarop een gemotiveerd antwoord alleen kan worden gegeven, wanneer men zowel een blik over de grenzen heeft geworpen, als zijn oor te luisteren heeft gelegd bij stemmen uit de praktijk. Wat oog en oor tezamen hebben waargenomen, is in de volgende bladzijden neergelegd³⁰.

²⁵ Berkhouwer, blz. 105.

²⁶ Baumbach-Hefermehl, blz. 61-62.

²⁷ Baumbach-Hefermehl, blz. 34-39.

²⁸ Prof. Mr S. N. van Opstall, W.P.N.R. 4735.

²⁹ Praeadvies van Mr D. Josephus Jitta en Mr J. P. M. Aalberse, H.N.J.V. 1903.

³⁰ Mijn hartelijke dank gaat uit naar allen, die mij behulpzaam waren bij het verschaffen van gegevens en het kenbaar maken van

De ongeoorloofde mededinging heeft t.a.v. de ontwikkeling van de regels betreffende de buiten-contractuele aansprakelijkheid de rol vervuld van een verwarrende katalysator. Van een katalysator, omdat het juist onderwerpen van oneerlijke mededinging zijn geweest, die vaak de stoot hebben gegeven tot een nieuwe ontwikkeling in de rechtspraak van de Hoge Raad over art. 1401 B.W. Natuurlijk denk ik in de eerste plaats aan het arrest van 31 januari 1919³¹ betreffende de ongeoorloofde mededinging, die de drukker Cohen aan Lindenbaum aandeed. Dan aan de voorgeschiedenis van de in dit arrest voor het eerst neergelegde ruime opvatting van art. 1401: het artikel van Molengraaff in R.M. 1887³², waarin hij deze ruime opvatting verdedigde aan de hand van de ongeoorloofde mededinging. Luidde de titel van zijn artikel niet: „De oneerlijke concurrentie voor het forum van den Nederlandschen rechter, tevens een bijdrage tot de uitlegging van art. 1401 B.W. en van de wet op de handels- en fabrieksmerken”? Voetelink³³ heeft erop gewezen, dat dit artikel van Molengraaff weer zijn oorsprong vindt in een vonnis van de Rechtbank te Den Haag³⁴ over ontoelaatbare reclame en de daarop gevolgde gedachtenwisseling. Maar nog in meer opzichten heeft de ongeoorloofde mededinging t.a.v. de ontwikkeling van de rechtspraak op art. 1401 B.W. als een katalysator gewerkt; hoewel de Schutz-

desiderata. Hun bijdragen hebben mijn werk verlicht, ook voorzover zulks niet uitdrukkelijk uit tekst of noten blijkt. „Das Wichtigste steht nicht in den Notizen” (Wagner). In het bijzonder ben ik dank verschuldigd aan Mr T. Drion, Mr B. Baardman en Mr H. Wesseling (allen van de juridische afdeling van de N.V. Unilever), de juridische afdeling van de N.V. Philips Nederland, Prof. Mr P. Sanders, Prof. Mr H. Zwarensteijn, Nederlandse Huishoudraad, Consumenten Contact Orgaan, Nederlandse Consumentenbond, het Genootschap voor Reclame, Dr C. D. Schouten, secretaris van de S.E.R., Mr S. K. Martens, advocaat te 's-Gravenhage, het Ministerie van Economische Zaken en het Hoofdbedrijfscap Detailhandel. De Kon. Nederlandse Middenstandsbond bleek geen bijzondere desiderata te hebben t.a.v. de ongeoorloofde mededinging.

³¹ H.R. 31 januari 1919 N.J. 1919 blz. 61, W. 10465 met noot Molengraaff, W.P.N.R. 2564 met noot E.M.M.

³² Prof. Mr W. L. P. A. Molengraaff, R.M. 1887, blz. 373 e.v. Zie hieromtrent: Prof. Mr Paul Scholten, Molengraaff en de onrechtmatige daad, R.M. 1931, blz. 399 e.v.

³³ Voetelink, blz. 149-150.

³⁴ Rb. Den Haag 28 dec. 1855 W. 1856 nr. 1712.

normtheorie in Nederland niet aan de hand van een geval van ongeoorloofde mededinging is geïntroduceerd, is vervolgens de nadere toepassing hiervan vooral van belang geweest op het terrein van de ongeoorloofde mededinging. „De uitsluiting van onbeperkte aansprakelijkheid voor alle schade als gevolg van concurrentie, waarbij men enige rechtsnorm schendt, is zelfs naar mijn mening het voornaamste praktische belang van de relativiteitsleer”³⁵. De noodzaak om op deze leer een verfijning aan te brengen in de vorm van het zogenaamde correctief van Langemeijer vindt zelfs hoofdzakelijk zijn rechtvaardiging in de toepassing van de Schutznormtheorie op de ongeoorloofde mededinging (zie het in noot 35 genoemde tandarts-arrest). Tenslotte is ook de vraag, of en zo ja wanneer profiteren van eens anders contractbreuk een onrechtmatige daad oplevert, in de rechtspraak vooral tot een beantwoording gekomen n.a.v. gevallen van ongeoorloofde mededinging. Er is dus voldoende reden om de ongeoorloofde mededinging als een katalysator op het terrein van de onrechtmatige daad te beschouwen; de op dit terrein gerezen geschillen hebben een belangrijke stimulans geleverd voor de ontwikkeling van de rechtspraak van de Hoge Raad over art. 1401 B.W.

Een belangrijke stimulans zeker, maar tegelijk ook een verwarrende katalysator. De rechtsvragen, die bij geschillen op het terrein van de ongeoorloofde mededinging rezen, zijn daarbij soms beantwoord op een manier, die zo zeer is toegespitst op het — weliswaar niet enge, maar toch in ieder geval slechts een onderdeel van het gehele onrechtmatige-daad-terrein bestrijkende — gebied van de ongeoorloofde mededinging, dat daardoor algemene gezichtspunten te zeer uit het oog zijn verloren.

Daartoe wijs ik in de eerste plaats op de ontwikkeling van het onrechtmatigheidsbegrip. Hier werd men al aanstonds geconfronteerd met een moeilijkheid, waarop ik in par. 2 nader zal ingaan, en die hierin bestaat, dat, terwijl in het algemeen het veroorzaken van schade aan een ander onrechtmatig wordt geacht en tot schadevergoeding verplicht, wanneer de schade met schuld wordt toegebracht, op het terrein van de mededinging welhaast een geheel omgekeerde situatie wordt aangetroffen. Het veroorzaken van

³⁵ Concl. P. G. Langemeijer voor H.R. 17 jan. 1958 N.J. 1961/568 (onbevoegde uitoefening van de tandheelkunde).

schade aan een concurrent is daar doorgaans allerminst onrechtmatig. Men kan zelfs zeggen, dat het het geoorloofde doel van iedere concurrentie is de andere mededinger uit te schakelen. Onverschillig is, of de dader schuld treft. Door- gaans zal hij zelfs opzettelijk handelen. Toch is dit onvol- doende om op het terrein van de mededinging van een onrechtmatige daad te kunnen spreken. Daartoe is mede vereist, dat de *wijze, waarop* de schade aan de concurrent wordt toegebracht, op onzorgvuldigheid of op het overtre- den van wettelijke voorschriften wijst. Zo stond men voor de vraag: hoe is een onrechtmatigheidsbegrip op te bouwen, dat enerzijds omvat de gevallen, waarin het veroorzaken van schade in het algemeen onrechtmatig wordt geacht, behoudens een rechtvaardigingsgrond, en anderzijds de ge- vallen, waarin het veroorzaken van schade (aan een mede- dinger) niet onrechtmatig wordt geacht, tenzij zulks op een bepaalde wijze geschiedt. Daarbij heeft men zo zeer gelet op een formulering, die zou passen op de gevallen van ongeoorloofde mededinging, dat de onrechtmatigheidsformule *voor algemene doeleinden* minder bruikbaar is gewor- den. In par. 2 kom ik hierop terug.

Doch nog in meer opzichten heeft de ongeoorloofde mede- dinging verwarrend gewerkt op een zuivere begripsvorming t.a.v. de onrechtmatige daad. Daarbij denk ik in het *bijzon- der* aan de ontwikkeling van de rechtspraak, die is ingeluid met het zgn. Kolynos-arrest. Dit arrest en de recente Grun- dig-arresten worden steeds beschouwd als een antwoord op de vraag, onder welke omstandigheden een profiteren van eens anders contractbreuk onrechtmatig kan zijn. Dit is echter onjuist: de formulering van de Hoge Raad is zodanig toegespitst, dat slechts een min of meer helder of duister antwoord wordt gegeven op de vraag, wanneer de doorbreking van eens anders verkooporganisatie een onrecht- matige daad kan opleveren. Het gevaar dreigt, dat men aan het daar gegeven antwoord een algemene betekenis wil toe- kennen voor andere gevallen van profiteren van eens anders contractbreuk.

Par. 2. Juridisch uitgangspunt.

Het is moeilijk de mededinging in te passen in het systeem van het aansprakelijkheidsrecht. Wanneer is een mededin- gingshandeling rechtmatig, wanneer is deze onrechtmatig?

Van een mededingingshandeling is sprake, wanneer een ondernemer (waaronder mede zijn begrepen de beoefenaren van vrije beroepen, maar waartoe niet behoort het ambtelijke verkeer) naar buiten optreedt (interne regelingen in één bedrijf blijven buiten beschouwing) om langs directe of indirecte weg zijn debiet te vergroten ten koste van mededingers¹. Mededingers zijn slechts zij, die op dezelfde markt optreden, dus b.v. t.o.v. leveranciers, die geheel of gedeeltelijk dezelfde afnemers hebben qua plaats, tijd, soort artikel en type van afnemer. Hierbij moet echter rekening worden gehouden met substitutiemogelijkheden.

Het doel van iedere mededinging is zich zelf een voor-sprong te verschaffen boven de mededingers; het middel daarbij kan zijn het toebrengen van schade aan de concurrenten. Men heeft wel gezegd², dat geoorloofde mededinging overgaat in ongeoorloofde, wanneer het toebrengen van schade aan concurrenten niet meer middel is, doch uitsluitend doel wordt. Ik geloof niet, dat deze onderscheiding ons verder helpt bij de beantwoording van de vraag, waar de grens ligt tussen de geoorloofde en de ongeoorloofde mededinging. Geen enkele ondernemer zal handelen met het uitsluitend doel om zijn concurrent schade toe te brengen. Hij zal dit steeds doen om daar zelf beter van te worden. Wij kunnen dus nog verder gaan: ook wie handelt met — op korte termijn — geen ander doel dan uitschakeling van een mededinger, handelt daardoor nog niet onrechtmatig;

¹ Vgl. hieromtrent Mr G. H. C. Bodenhausen, R.M. 1935, blz. 3: criterium voor een concurrentiehandeling is: of gehandeld is uit concurrentiemotieven, met het doel om het debiet te vergroten of afnemingskansen te scheppen ten koste van beroeps- of bedrijfs-genoten; Reimer, blz. 511-514: ook indirect, via een derde, kan een mededingingshandeling verricht worden; hiervan is ook sprake, wanneer de handeling mede in het algemeen belang wordt verricht, mits het concurrentiemotief maar mede speelt; Reimer gevoelt meer voor een objectief doel van de handeling als bepalend element dan voor de subjectieve bedoeling van de handelende persoon; Baumbach-Hefermehl, blz. 120-125, i.h.b. blz. 120 („Wettbewerblich ist Gewerbetreibender jeder Unternehmer, der durch dauernde wirtschaftliche Tätigkeit einen Gewinn anstrebt”), blz. 123 (voorbeeld van indirecte mededingingshandeling) en blz. 125 („Objektiv liegt eine Wettbewerbshandlung in jedem Verhalten, das äusserlich geeignet ist, den Absatz eines Wettbewerbers zu fördern, wodurch der Absatz seiner Mitbewerber beeinträchtigt wird”).

² Baumbach-Hefermehl, blz. 94-95.

op lange termijn zal hij daarbij de bedoeling hebben zijn debiet na uitschakeling van de concurrent te vergroten.

Mededinging is uitzonderingssituatie bij onrechtmatige daad. Dit accentueert de moeilijkheid om de mededinging een plaats te geven in het onrechtmatigheidsbegrip. Alle gewone criteria schijnen hier te falen. Terwijl het doel van de rechtsorde de vrede is ³, schijnt het mededingingsrecht eerder in het oorlogsrecht thuis te horen: „Wer im Wettbewerb den Mitbewerber mit lauterer Mitteln schädigt, verdrängt oder gar vernichtet, handelt nicht unlauter; denn eine solche Folge ist wettbewerbeigen. Die Existenzvernichtung des Mitbewerbers ist noch kein Kriterium der Sittenwidrigkeit” ⁴. Terwijl de gelijkheid tot het wezen van het recht behoort, kan men van de mededinging zeggen: „Jeder Wettbewerber, der den Mitbewerber überflügeln will, strebt nach Ungleichheit” ⁵. Het afhandig maken van klanten van een ander is niet ongeoorloofd: „Sinn des Wettbewerbs ist geradezu das Ausspannen von Kunden” ⁶. Er bestaat geen norm: gij moogt niet andermans goodwill aantasten ⁷. Het is niet onrechtmatig een mededinger te bedreigen met economische ondergang: „dat de tot een concurrent gerichte bedreiging dat men zal zorgen dat hij kapot gaat, eigenlijk niet meer uitdrukt dan dat men zal trachten hem als mededinger in den handel uit te schakelen; dat zoodanig streven naar wat feitelijk het einddoel van allen concurrentiestrijd is, op zichzelf niet onrechtmatig behoeft te zijn” ⁸. „Niemals kan die wirtschaftliche Vernichtung des Mitbewerbers an sich sittenwidrig sein. Sittenwidrig sind immer nur die angewandten Mittel. Der anständigste Geschäftsbetrieb kann eine ganze Reihe von Geschäften vernichten!” ⁹. Beerman ¹⁰ verenigt zich hier-

³ Prof. Mr L. J. van Apeldoorn, Inleiding tot de studie van het Nederlandse recht, 14de druk, 1959, blz. 9-10.

⁴ Baumbach-Hefermehl, blz. 260.

⁵ Baumbach-Hefermehl, blz. 320.

⁶ Baumbach-Hefermehl, blz. 312.

⁷ Mr W. C. L. van der Grinten, De N.V. 1942/93, blz. 108. Daarmee is echter, anders dan van der Grinten betoogt, nog niet gezegd, dat de goodwill geen juridisch begrip zou zijn.

⁸ Rb. Amsterdam 8 april 1929 W. 12005, geciteerd door Beerman, blz. 166.

⁹ Baumbach, blz. 534, geciteerd door Beerman, blz. 165.

¹⁰ Beerman, blz. 166.

mee: deze opvatting moge hard lijken, in feite doet zij niets anders dan recht wedervaren aan het beginsel der vrije mededinging, die juist in het algemeen belang zoveel heeft gewrocht. Ook de door van der Ven ¹¹ opgestelde hoofdregel van de onzorgvuldigheid past niet op de mededinging: onzorgvuldig is het ernstig benadelen van een ander zonder redelijk belang te dienen door een handeling, waarvan men zich juist met het oog op het vermogen van die ander behoort te onthouden. Aangenomen, dat het nastreven van eigen belang in de concurrentiestrijd een redelijk belang is, en dat het vermogen van de mededinger door de mededinging wordt aangetast, zou uit de hier gegeven definitie moeten volgen, dat iedere mededinging onrechtmatig is.

Zelfs de in zegswijzen en spreekwoorden verzamelde oude volkswijsheid is niet van toepassing op het terrein van de mededinging. „Eigen roem stinkt”; maar reclame, ook de meest geoorloofde, bestaat uit niets anders dan eigen roem. „Goede wijn behoeft geen krans”; deze spreekwijze zou dodelijk voor het gehele reclamewezen zijn. „Een goede buur is beter dan een verre vriend”; maar op het terrein van de mededinging geldt, dat een concurrent in de naaste omgeving doorgaans ¹² gevaarlijker is dan een verre collega. „Al is de leugen nog zo snel, de waarheid achterhaalt haar wel”; maar advertenties mogen een aangename onwaarheid omtrent de steller vaak luide verkondigen en moeten zwijgen omtrent een onaangename waarheid betreffende een concurrent. „Wie een kuil graaft voor een ander, valt er zelf in”; maar in de sfeer van de mededinging is het graven van kuilen voor een concurrent aan de orde van de dag; en de kans, dat men er zelf in valt, is uiterst klein. Slechts twee spreekwijzen zijn ook op de mededinging van toepassing, maar dan moet men die ook in het Latijn zoeken: *mundus vult decipi, decipiamus ergo*; en: *oderint dum metuant*.

Grens tussen geoorloofde en ongeoorloofde mededinging.
Het behoeft dan ook niet te verbazen, dat men bij een zo weerbarstige stof altijd moeite heeft gehad een rechtsgrond te vinden voor de aansprakelijkheid ter

¹¹ J. J. M. van der Ven, blz. 112.

¹² Warenhuizen zoeken echter elkaars nabijheid op.

zake van ongeoorloofde mededinging. Men heeft de Franse leer van de aantasting van de industriële eigendom, de Duitse leer van Kohler van de aantasting van een persoonlijkheidsrecht, de leer van het misbruik van recht, die in de nieuwe Zwitserse wet ¹³ is belichaamd, de leer van de excessieve rechtsuitoefening van Roubier, de in Duitsland tot aanzien gekomen leer van de ongegronde vermogensvermeerdering, de plicht tot waarachtigheid van Aalberse ¹⁴. Al deze theorieën zijn ook weer bestreden. Zou men hier spreken van een industrieel eigendom, dan zou de consequentie zijn om ook toelaatbaar te achten de revindicatie en de bezitsactie (Beerman). De leer der ongegronde vermogensvermeerdering berust op een cirkelredenering; even goed zou men kunnen zeggen: de vermogensvermeerdering is ongegrond, omdat de mededinging ontoelaatbaar was (Voetelink). De plicht tot waarachtigheid kan geen grondslag opleveren, want lang niet altijd speelt het element van verwarring een rol. Men denke aan prijsbederf met bewuste gebruikmaking van eens anders contractbreuk (Beerman). Voetelink ¹⁵ merkt terecht op, dat de verklaring van het onderscheid in theoretische grondslag eerder gezocht moet worden bij de *categorie* van ontoelaatbare mededinging waarop de desbetreffende theoreticus zich blijkbaar in de eerste plaats geconcentreerd heeft dan bij de vraag, of sommige theorieën *rechten* beogen te beschermen, terwijl andere zouden aangeven, welke *strijdmiddelen* de mededinger mag gebruiken. Bij misleidende reclame denkt men aan de plicht tot waarachtigheid, bij denigrerende reclame aan de bescherming van een aan de concurrent toekomend persoonlijkheidsrecht op eer, goede naam, financiële reputatie enz., bij aanhakende reclame kan men denken aan aantasting van een immaterieel eigendomsrecht. Voetelink schrijft de grote verscheidenheid in theoretische grondslag toe aan twee hoofdoorzaken: de normaliteit der schadetoebren- ging en de dubbele gerichtheid der mededinging jegens de concurrent en jegens de consument. Moet men dan tot de

¹³ Zie de bijlagen achter dit praeadvies.

¹⁴ Zie omtrent deze theorieën: Beerman, blz. 87-89 en blz. 92-93; van Schaik, blz. 9; Voetelink, blz. 144-146; Berkhouwer, blz. 14; Mr J. P. M. Aalberse, H.N.J.V. 1903, blz. 164; Baumbach-Hefermehl, blz. 75-78.

¹⁵ Voetelink, blz. 145.

conclusie komen, dat het pas in de vorige eeuw begonnen onderzoek naar de theoretische grondslag nu reeds is vastgelopen en „que l'action en concurrence déloyale est une action en responsabilité” „d'une type spécial”, ce qui équivaut, d'un point de vue systématique, à déclarer insoluble ce problème” ¹⁶ ?

Terwijl Beerman en Baumbach-Hefermehl t.a.p. de ongeoorloofde mededinging gewoon willen incorporeren in de zorgvuldigheidsnorm, zoekt Pfeffer de grondslag van de aansprakelijkheid uit ongeoorloofde mededinging in: strijd met het algemeen belang. Mededinging, moet, aldus Pfeffer, van die aard zijn, dat het algemeen belang het meest wordt bevorderd, het minst wordt benadeeld. Uit dit hoofdbeginsel leidt Pfeffer ¹⁷ vier grondelementen af: a) het waarheidsbeginsel; b) het prestatie-beginsel: het succes moet gebaseerd zijn op eigen kracht, niet op „aanhaken” aan de kracht van een ander; het gaat er om, dat niet de zwakke, die op grond van eigen prestatie niet kan bestaan, de wapens van de sterke gebruikt, om die vervolgens uit te schakelen; c) het beginsel, dat alle aan de mededinging vreemde handelingen, zoals aanvallen op de persoon van de concurrent, gewerd moet worden; d) aanvallen op de mededinger, die hem benadelen, alleen om hem te benadelen, behoren gewerd te worden. Pfeffer blijft aldus minder in het vage, maar bleef toch niet onbestreden. Ook Veldkamp ¹⁸ zoekt de onrechtmatigheid in benadeling van het algemeen belang. Het algemeen belang is echter niet steeds beslissend voor de vraag van de behoorlijkheid. Boycot kan rechtmatig zijn, hoewel de handeling in strijd kan zijn met alle vier grondelementen. Anderzijds kan denigrerende, mits ware reclame in het algemeen belang zijn en desondanks onrechtmatig. „Was wirtschaftlich zweckmässig oder erwünscht ist, kann sittlich anstössig; was wirtschaftlich unzweckmässig oder unerwünscht ist, kann sittlich einwandfrei sein” ¹⁹.

¹⁶ Unidroit I, blz. 18 en Unidroit II, blz. 8.

¹⁷ Pfeffer, blz. 12-15.

¹⁸ Veldkamp, blz. 115-116; zie ook de m.i. niet geslaagde poging op blz. 119 dit criterium toe te passen op de m.i. gelijk liggende voorbeelden van de toegelaten concurrentie van de beurtschipper en de verboden concurrentie van de wilde bus. In beide gevallen poogde men de concurrentie te beperken ter wille van de mededingers.

¹⁹ Baumbach-Hefermehl, blz. 91.

Hoe zou men er over gedacht hebben, indien destijds, voordat de Planta-ziekte uitbrak, een concurrent zou hebben gewaarschuwd in advertenties, dat de Planta-margarine schadelijk voor de gezondheid was? Het woord „mededingingsvreemd” is een vage term, waarmee men niet veel verder komt ²⁰. Het doel om de ander te benadelen maakt een mededingingsbehandeling nog niet onrechtmatig: op korte termijn niet, omdat dit tijdelijke doel dan geneutraliseerd wordt door het uiteindelijke doel: vergroting van eigen debiet; op lange termijn niet, omdat op lange termijn een zodanig doel in de werkelijkheid niet voorkomt.

Kennelijk heeft Pfeffer uit Duitsland over willen nemen het onderscheid tussen „Leistungs Wettbewerb” en „Behinderungswettbewerb”. „Leistung Wettbewerb ist der positive Wettbewerb durch eigene tüchtige Leistung, die in der Förderung der Absatztätigkeit des eigenen Unternehmens besteht. Behinderung Wettbewerb ist der negative Wettbewerb durch Behinderung des Mitbewerbers, um dadurch erst freie Bahn für den eigenen Absatz zu gewinnen. Beides sind Mittel im Kampf um den Kunden, aber in ihrer Auswirkung sind sie grundverschieden. Der Leistungs Wettbewerb bringt die Angebote der Wettbewerber frei zur Geltung und öffnet dadurch den Markt; der Behinderung Wettbewerb unterdrückt die Angebote der Mitbewerber und schliesst dadurch den Markt. Leistungs Wettbewerb soll grundsätzlich erlaubt sein, auch wenn Schädigung und Existenzvernichtung des Mitbewerbers bezwekt ist.....; Behinderung Wettbewerb soll stets unerlaubt sein, weil bei ihm Mittel und Zweck auf Schädigung oder Vernichtung des Mitbewerbers gerichtet sind” ²¹. Het onderscheid lijkt op het eerste oog verhelderend, maar blijkt ons bij nader inzien niet te helpen bij de beantwoording van de vraag, waarom en wanneer mededinging onrechtmatig is. Het on-

²⁰ Mr G. H. C. Bodenhausen, R. M. Themis, 1939, blz. 100.

²¹ Baumbach-Hefermehl, blz. 97; vgl. ook Mr D. Josephus Jitta, H.N.J.V. I, blz. 162, geciteerd door Berkhouwer, blz. 12: „Voor zoover concurrentie tengevolge heeft dat de menschen zich inspannen om uit te munten in eigenschappen, die nuttig zijn voor de samenleving zooals zij is ingericht, is concurrentie iets goeds, iets dat niet zonder overwegende redenen moet worden belemmerd, en zelfs onder bepaalde omstandigheden, verdedigd moet worden tegen pogingen om hare vrijheid aan banden te leggen”.

derscheid is niet afdoende, b.v. bij misleidende mededelingen betreffende het eigen product. Concurrereet men door prijsverlaging, dan zou men denken aan „Leistungs Wettbewerb”. Maar hoe, als die lagere prijs mogelijk wordt gemaakt door belastingontduiking? ²². Zo keert men in arren moede weer terug naar de definitie van Molengraaff ²³. Mededinging geschiedt ter bevordering van eigen afzet en door het tot zich trekken van cliënten van anderen (daarmee is nog slechts gezegd, dat de concurrent tijdens de concurrentiestrijd schade heeft geleden; de bedoeling om eigen bedrijf te bevoordelen heeft geen invloed op de onrechtmatigheid); ongeoorloofd is deze mededinging, indien daarbij gebruik wordt gemaakt van middelen, die in strijd zijn met de goede trouw en de eerlijkheid in het handelsverkeer. Zo komt men echter weer terug bij de in de aanvang geschetste moeilijkheden: terwijl de wederrechtelijkheid in het strafrecht in de eerste plaats bepaald wordt naar de handeling van de dader en diens intentie, dient de onrechtmatigheid in het burgerlijk recht in de eerste plaats beoordeeld te worden naar de gevolgen voor de eventueel gelaedeerde. Dit criterium werkt, zolang men de waarschijnlijkheid van schade en het door de norm beschermde belang van de gelaedeerde voor de bepaling van de onrechtmatigheid primair acht, maar het faalt, zodra men het op de mededinging gaat toepassen: daar is juist iedere schade voor de *gelaedeerde* in het algemeen geoorloofd en schijnt de onrechtmatigheid slechts gezocht te kunnen worden in bepaalde door de *dader* toegepaste middelen. De onrechtmatigheid wordt niet meer beoordeeld naar het *gevolg* of het dreigende gevolg, noch naar het gelaedeerde belang of het beschermde belang, maar naar de toegepaste *middelen*.

Onderscheid tussen onrechtmatigheid en schuld. Om desondanks de ongeoorloofde mededinging te kunnen inpassen in het buiten-contractuele aansprakelijkheidsrecht, moet ik zeer in het kort uiteenzetten, van welke begrippen ik daarbij uitga. Het is gewenst een duidelijk onderscheid te maken tussen de onrechtmatigheid van

²² Baumbach-Hefermehl, blz. 99.

²³ Geciteerd door Vorstman, blz. 94-95; idem Baumbach-Hefermehl blz. 89: „Sittenwidrig ist, was dem Anstandsgefühl des verständigen und anständigen Durchschnittsgewerbetreibenden (Berufstandesgenossen) zuwiderläuft”.

de daad en de schuld van de dader²⁴, niet alleen, omdat de inhoud van het onrechtmatigheidsbegrip moet worden bepaald met het oog op de belangen van de eventueel geëeldeerde, terwijl de schuld zich naar de dader richt²⁵, maar ook, omdat de gevolgen in de praktijk verschillend zijn, al naar gelang er slechts sprake is van onrechtmatigheid zonder schuld — dan is reeds een verbodsactie mogelijk²⁶ — dan wel van onrechtmatigheid *en* schuld, in welk laatste geval tevens schadevergoeding kan worden gevorderd. Dit onderscheid tussen onrechtmatigheid en schuld dient niet alleen te worden gehandhaafd, wanneer de onrechtmatigheid bestaat uit strijd met het objectieve recht of inbreuk op eens anders subjectief recht, maar ook, wanneer de onrechtmatigheid is gelegen in overtreding van de zorgvuldigheidsnorm²⁷. Dit is met name op het terrein van de mededinging van belang. Het doen van een onware mededeling, hoewel men te goeder trouw meende, dat deze waar was, is onrechtmatig en verbiedbaar, maar schuld ontbreekt. Wie zich niet bewust is, dat hij een merk of

²⁴ Pfeffer, blz. 8-9; Slagter, blz. 11-14 en blz. 27-30; noot L.E.H.R. onder H.R. 17 dec. 1954 N.J. 1955/85; Mr J. J. Vriesendorp, N.J.B. 1962 blz. 150, verwijzend naar W.P.N.R. 3610 (1939) en Cour d'Appel Douai 13 okt. 1930; Prof. Mr L. E. H. Rutten W.P.N.R. 4312; H.R. 15 mei 1959 N.J. 1959/540 en de noot daaronder van H.B.

²⁵ R. J. Polak, blz. 72-93; Slagter, blz. 189-191.

²⁶ Pfeffer, blz. 8-9 en blz. 34; Mr H. Pfeffer, W. 12895; Mr H. Pfeffer R.M. 1938 blz. 468 en blz. 475; Dorhout Mees no. 478; Baumbach-Hefermehl, blz. 100 (al spreekt hij zich op blz. 104 tegen), en blz. 103; Berkhouwer, blz. 69. Een verbodsactie is ook mogelijk, wanneer nog slechts een inbreuk dreigt; het verweer van de dader, dat er geen vrees voor herhaling behoeft te bestaan, behoort niet spoedig te worden geloofd: Baumbach-Hefermehl, blz. 138-139 en Reimer, blz. 796 en blz. 798-801.

²⁷ Anders: Beerman, blz. 187-188, R. J. Polak, W.P.N.R. 4572 en Wolfsbergen, blz. 139-144. Beerman meent, dat een verbodsactie t.a.v. een daad, die onrechtmatig is wegens schending van de zorgvuldigheidsnorm, slechts mogelijk is, indien tevens schuld wordt bewezen. Het is noch juist, dat, zoals Beerman meent, de schuld-vraag kan worden beschouwd als te zijn herleid tot een vraag van oorzakelijk verband, noch dat het schuldelement geen zelfstandige rol meer zou spelen. R. J. Polak meent, dat het opzet in de zin van oogmerk tot onrechtmatigheidsgrondslag wordt gemaakt bij de ongeoorloofde mededinging. Ook dit is onjuist; er kan van onrechtmatigheid en verbiedbaarheid sprake zijn, zonder dat er schuld of opzet in het spel is.

handelsnaam voert in strijd met eens anders merk of handelsnaam, verricht een onrechtmatige en verbiedbare handeling, maar hij heeft geen schuld. Ook de objectieve onzorgvuldigheid kan aanwezig zijn, zonder dat tegelijk aan het schuldvereiste is voldaan²⁸. In de praktijk is het onderscheid slechts daarom van minder belang, omdat na enkele waarschuwing hij, die zich aan ongeoorloofde mededinging schuldig maakte, zonder dat hem schuld treft, en deze vervolgens niettemin voortzet, van dat tijdstip af schuld heeft²⁹. Men spreekt in dit verband van *mala fides superveniens*: een handeling, te goeder trouw begonnen, wordt te kwader trouw, indien men er mee doorgaat, na kennis te hebben gekregen van het schadelijke of onrechtmatige karakter³⁰.

Een tussenvorm tussen een verbodsactie en een vordering tot schadevergoeding is de vordering tot herstel in de vorige toestand. Enerzijds nadert een vordering tot herstel in de vorige toestand de vordering tot schadevergoeding, wanneer men b.v. rectificatie vraagt van een onjuiste publicatie van een concurrent; anderzijds verschilt deze van de vordering tot schadevergoeding, omdat in het eerste geval de storingsbron wordt uitgeschakeld, de onrechtmatige toestand wordt opgeheven, de onrechtmatige daad ongedaan

²⁸ Reimer, blz. 505. Anders m.i. ten onrechte Mr G. H. C. Bodenhausen, R.M. 1935, blz. 12, Mr G. H. C. Bodenhausen R. M. Themis 1939, blz. 100 en Drucker-Bodenhausen, blz. 170. Drucker-Bodenhausen, blz. 181 meent, dat de vraag, in hoeverre voor onrechtmatigheid van schadelijke mededelingen nodig is, dat de mededelende het schadelijk karakter heeft beseft, in die zin zal moeten worden beantwoord, dat het kunnen en moeten beseffen van het schadelijk karakter al voldoende is, terwijl in elk geval de mededelende zich niet zal kunnen beroepen op onkunde omtrent door hem medegedeelde feiten. Wat Drucker-Bodenhausen hier echter behandelt, is niet de vraag van de onrechtmatigheid maar die van de schuld.

²⁹ Drucker-Bodenhausen, blz. 170 (als deze erkent, dat bij objectieve onrechtmatigheid, terwijl de dader zich niet bewust is, dat hij verwarring sticht of inbreuk maakt, reeds een waarschuwing kan worden gegeven, dan erkent men toch ook, dat reeds op dat moment de handeling verbiedbaar is, anders zou men ook niet gerechtigd zijn een waarschuwing te geven); Mr G. H. C. Bodenhausen, R. M. Themis 1939 blz. 100 met een verwijzing naar H.R. 19 nov. 1937 en H.R. 4 maart 1938, B.I.E. 1938, blz. 85-86; Voetelink, blz. 153; vgl. Hof Amsterdam 5 nov. 1936 N.J. 1937/1036.

³⁰ Reimer, blz. 506.

wordt gemaakt, terwijl bij een vordering tot schadevergoeding alleen de schadelijke gevolgen — met instandhouding van de daad — worden weggenomen ³¹. Aangezien in Nederland herstel in de vorige toestand beschouwd wordt als een vorm van schadevergoeding, is voor deze actie het stellen van schuld een vereiste, anders dan in de Duitse Bondsrepubliek. Betekent dat, dat in Nederland geen rectificatie van een onjuiste publicatie kan worden gevraagd, indien de verspreider van het bericht te goeder trouw was? Dit zou onbevredigend zijn. Men kan ook niet zeggen: na waarschuwing heeft de dader in ieder geval schuld, want een *na* de publicatie plaats vindende waarschuwing kan geen wijziging brengen in de schuldvraag ten tijde van het plegen van de onrechtmatige daad. Maar men kan wèl zeggen: als A er door B op attent wordt gemaakt, dat hij een onjuiste mededeling heeft verspreid, waardoor B benadeeld wordt, dan pleegt A een nieuwe onrechtmatige daad, waaraan hij wèl schuld heeft, als hij na waarschuwing *nalaat* en weigert tot een rectificatie mede te werken. In de tweede plaats geeft een onjuiste publicatie door A, waaraan A geen schuld heeft, in ieder geval aan B het recht om op eigen kosten voor een rectificatie te zorgen, zonder dat deze publicatie van B op zich zelf als een onrechtmatige daad jegens A zal kunnen worden beschouwd.

Historische ontwikkeling van het onrechtmatigheidsbegrip. Erkent men, dat een onderscheid moet worden gemaakt tussen onrechtmatigheid en schuld, dan moet vervolgens de inhoud van het onrechtmatigheidsbegrip worden gezien. Wij zullen daarbij moeten teruggaan tot de oorspronkelijke betekenis van „onrechtmatig” in art. 1401 B.W. Bij het ontwerpen van het B.W. werd in zoverre van art. 1282 C.c. afgeweken, dat het element „onrechtmatig” werd ingevoegd. De betekenis hiervan was echter geen andere dan: niet te billijken, niet te rechtvaardigen, w.o. begrepen het geval, dat men handelt zonder eigen recht. Dat de betekenis niet verder ging dan uitdrukkelijk de mogelijkheid openen van rechtvaardigingsgronden, blijkt uit de Franse tekst van 1830 van het Nederlandse B.W., waarin onrechtmatig is vertaald door „illicite”, niet

³¹ Baumbach-Hefermehl, blz. 141-142.

door „illégal”. De bedoeling was om niet van de Code af te wijken, doch alleen om uit te sluiten, dat men aansprakelijk zou worden gesteld voor de schade bij de uitoefening van zijn recht toegebracht ³². Molengraaff stelde in zijn beroemde artikel in R.M. 1887 voor om het begrip onrechtmatigheid op te vatten in de zin van strijd met de goede zeden (dit zou vooral van belang zijn t.a.v. de ongeoorloofde mededinging) en strijd met de zorgvuldigheid. Het voorstel werd door Land bestreden: „onderkruipen door lage prijzen is deloyale concurrentie; maar is het niet in menig geval een fijne quaestie, welke prijzen behoorlijk zijn, en of niet de concurrent, die klaagt over het bederven van de markt, te hooge prijzen eischt van het publiek?” ³³. Een voorstel van wet tot wijziging van art. 1401 B.W. nam de formule van Molengraaff niet over, maar koppelde deze aan de reeds bestaande uitlegging, dat onrechtmatig was: in strijd met des daders rechtsplicht of inbreuk makend op eens anders subjectief recht. De Hoge Raad maakte deze formulering in 1919 tot de zijne, waardoor wetswijziging overbodig werd. Het zuivere stelsel van Molengraaff toetste alles aan de zorgvuldigheidsnorm en maakte bij de toepassing van art. 1401 B.W. geen gebruik van het subjectieve recht. De Hoge Raad heeft in dit opzicht Molengraaff niet gevolgd ³⁴. Van Goudoever ³⁵ was met deze ontwikkeling niet geheel gelukkig: wij moeten, aldus Van Goudoever, de fout van 1838 herstellen; als wij het woord „onrechtmatig” weer schrappen in art. 1401, dan is de basis voor een gezondere evolutie herkrege. Aldus zou men eleganter en met minder gedokter hetzelfde resultaat verkrijgen, dat nu langs de omslachtige weg van de formule van 1919 is verkregen.

Van andere aard is de critiek van R. J. Polak. Terecht merkt hij ³⁶ op, dat de formule — ontstaan, doordat de Hoge Raad achter de oude formule de nieuwe toevoeging heeft geplakt, in plaats van de oude door een geheel nieuwe formule te vervangen — ongelijksoortige criteria naast elkaar plaatst, immers ten dele ziet op het effect van de daad

³² Prof. Mr Paul Scholten. R.M. 1931 blz. 402.

³³ Van Goudoever, blz. 491.

³⁴ Prof. Mr W. H. Drucker, Molengraaff en de industriële eigendom, R.M. 1931, blz. 313 en blz. 318.

³⁵ Van Goudoever, blz. 497.

³⁶ Mr R. J. Polak, W.P.N.R. 4569.

(aantasting van een subjectief recht), en ten dele op de regels, die door de dader geschonden kunnen worden. Er ontbreekt een aanwijzing t.a.v. een gemeenschappelijk kenmerk van de vier onrechtmatigheidscriteria. Daardoor ontstaat een vervaging van grenzen tussen onrechtmatigheid en schuld, waardoor een verwarring is ontstaan. R. J. Polak³⁷ wil een onderscheid maken tussen: 1. ongeoorloofdheid of onrechtmatigheid, bestaande in hetzij a) rechtstreekse aantasting van een subjectief recht, hetzij b) onbehoorlijke aantasting van een anderszins beschermd rechtsbelang; 2. onzorgvuldigheid, bestaande in het niet voldoen aan de in een gegeven situatie passende waakzaamheid ter voorkoming van rechtsinbreuk. Rechten, aldus R. J. Polak, moeten door een ieder worden geëerbiedigd, belangen behoeven echter slechts tegen een bepaalde — onzedelijke — wijze van inbreuk te worden beschermd. Hierbij rijst dan het probleem van het onderscheid tussen een subjectief recht en een belang en tussen rechtens wèl en rechtens niet beschermde belangen.

Is voor onrechtmatigheid bepalend onbehoorlijk gedrag of dreigend gevolg?

Men vindt hier het oude probleem, dat vooral op de ongeoorloofde mededinging wordt toegespitst, weer terug: enerzijds acht men onrechtmatig — met het oog op de positie van de adspirant gelaedeerde — de aantasting van rechten en belangen; anderzijds acht men onrechtmatig — met het oog op het gedrag van de dader — de overtreding van een norm van objectief recht; enerzijds acht men onrechtmatig de aantasting van een rechtens beschermd belang als *resultaat* van een handeling; anderzijds is in andere gevallen die aantasting slechts onrechtmatig, indien deze aantasting op een bepaalde *wijze* geschiedt. R. J. Polak slaagt er in de eerste moeilijkheid te omzeilen, door de schending van een regel van objectief recht te elimineren, maar de tweede moeilijkheid lost hij niet op. Ook in Polaks systeem hangt in sommige gevallen (welke gevallen zijn dat? dat moeten zijn de gevallen van ongeoorloofde mededinging) de — met het oog op de positie van de *gelaedeerde* te bepalen — onrechtmatigheid af van de wijze, waarop de *dader* een bepaalde

³⁷ Mr R. J. Polak, W.P.N.R. 4570.

handeling verricht. De onrechtmatigheid wordt dan toch weer door het gedrag van de dader bepaald, niet door de gevolgen of dreigende gevolgen t.a.v. de (adspirant) gelaedeerde³⁸. M.i. kan men dan ook tegen de door R. J. Polak gemaakte onderscheiding hetzelfde bezwaar maken als Polak zelf maakt tegen de formule van 1919. Vanouds werd men beschermd (terecht) tegen aantasting van subjectieve rechten. Mede door de gevallen van ongeoorloofde mededinging wordt steeds meer van belang de aantasting van belangen, van een totale vermogenspositie met inbegrip van goodwill. R. J. Polak plakt nu achter de inbreuk op een subjectief recht de inbreuk op een belang (indien deze inbreuk op een bepaalde, ongeoorloofde wijze geschiedt), in plaats van deze formule door een geheel nieuwe te vervangen. Dat dit laatste naar mijn mening mogelijk is, moge uit het onderstaande blijken.

Telkens ziet men weer, hoe de ongeoorloofde mededinging roet in het eten gooit, wanneer men tracht het begrip onrechtmatigheid smakelijk op te dissen. Zo zegt R. J. Polak³⁹: de wijze, waarop de normen worden overtreden, is in principe voor de gelaedeerde irrelevant — maar bij de ongeoorloofde mededinging schijnt deze wijze toch weer een rol te spelen; soms is onrechtmatig de verboden gedraging, ongeacht de daaruit eventueel voortvloeiende schadelijke gevolgen; dan weer de gedraging, die op zich zelf niet door de rechtsorde wordt verboden, maar slechts onrechtmatig wordt, omdat deze in de gegeven c.q. dientengevolge te verwachten gevaarssituatie achterwege diende te blijven, waarbij dus een verplichting tot vermindering van nadelige *gevolgen* niet is nageleefd⁴⁰. Zo ook Houwing⁴¹: geschreven rechtsregels verbieden een gedraging ongeacht haar gevolg; ongeschreven rechtsregels verbieden een gedraging, die schade tengevolge kan hebben. De handeling, welke een

³⁸ In de definitie, die R. J. Polak aan het slot van zijn artikel in W.P.N.R. 4574 geeft, keert de inbreuk op een regel van objectief recht weer terug, zij het dan in de vorm van: overtreding van een ter bescherming van het getroffen belang geldende wettelijke verplichting. Men is dan toch weer gedwongen de zorgvuldigheid te toetsen aan de *wijze*, waarop de dader zich heeft gedragen; het (dreigende) *gevolg* voor de gelaedeerde is niet meer alleen beslissend.

³⁹ Mr R. J. Polak, W.P.N.R. 4569.

⁴⁰ Mr R. J. Polak, W.P.N.R. 4570.

⁴¹ Houwing I, blz. 18.

inbreuk op een subjectief recht veroorzaakt, is enkel om dat gevolg reeds onrechtmatig. De handeling, welke strijdt met de vereiste zorgvuldigheid, en schade veroorzaakt, is niet enkel om dat gevolg reeds onrechtmatig, aldus Houwing, zij is dat slechts, omdat zij bovendien maatschappelijk onbehoorlijk is. Vraagt men, waarom een handeling in strijd is met de maatschappelijke zorgvuldigheid, dan kan men antwoorden, dat verwijtbaar is, dat de dader niet voorzien heeft, dat zijn handeling een voor anderen schadelijk gevolg kon hebben, en dat hij desondanks de handeling niet heeft nagelaten⁴². Maar bij de ongeoorloofde mededinging loopt men onmiddellijk vast⁴³: „Wie zijn eigen omzet vergroot, verkleint vaak den omzet van zijn concurrenten. De schade, die hij aldus aan zijn concurrenten veroorzaakte, kon hij voorzien, heeft hij waarschijnlijk zelfs voorzien. Ten aanzien van dit gevolg heeft hij dus schuld, waarschijnlijk zelfs opzet. Maar wie zal hem enkel daarom verwijten, dat hij de vergrooting van zijn omzet niet achterwege liet?“. Vraagt men, wanneer belangen (b.v. winstverwachting, vermogenspositie in het algemeen, goodwill, contractuele belangen, industriële tekeningen en modellen, niet erkende merken, arbeidstempo van personeel) beschermd worden, alsof zij een subjectief recht waren, dan antwoordt R. J. Polak⁴⁴: de grens is te vinden in de aard van de concurrentie, van het contractueel bedongen belang, welke medebrengt, dat niet iedere vorm van laesie, al geschiedt deze bewust, onrechtmatig is te oordelen, doch slechts die, welke om haar onbehoorlijkheid het maatschappelijk evenwicht verstoort. Hoewel R. J. Polak⁴⁵) er enerzijds terecht van uitgaat, dat onzorgvuldigheid onrechtmatig is wegens het daarbij niet voldoende betrachten van de voorzichtigheid met het oog op de schadelijke gevolgen voor een derde, meent hij anderzijds, m.i. ten onrechte, dat het juridisch een geheel andere daad is, of men een ander met een mes steekt, dan of men bij het snijden nonchalant is en daardoor een ander met het mes verwondt, hoewel in beide gevallen onvoldoende rekening is gehouden met de mogelijkheid van schade voor een ander.

⁴² Houwing I, blz. 25.

⁴³ Houwing I, blz. 15.

⁴⁴ Mr R. J. Polak, W.P.N.R. 4570.

⁴⁵ Mr R. J. Polak, W.P.N.R. 4571.

Genoeg om aan te tonen, dat een definitie, die voor alle overige gevallen van onrechtmatigheid bevredigend schijnt te werken, steeds bij de ongeoorloofde mededinging vastloopt, en dat een definitie, die mede een grens trekt tussen de gevallen van geoorloofde en van ongeoorloofde mededinging, weer uit een algemeen oogpunt minder aanvaardbaar is, omdat het onrechtmatigheidscriterium dan gezocht wordt in het gedrag van de dader, en in de *wijze*, waarop hij de gelaedeerde nadeel berokkent, hoewel deze beide laatste factoren niet passen in het civielrechtelijke onrechtmatigheidsbegrip en t.a.v. de bescherming van de belangen van de (adspirant) gelaedeerde irrelevant behoren te zijn.

Onrechtmatig is de daad, die objectief voorzienbare schade waarschijnlijk maakt.

Een oplossing dient m.i. in deze richting te worden gezocht, dat men enerzijds komt tot een onrechtmatigheidsbegrip, dat niet is samengesteld uit ongelijksoortige elementen en geheel is afgestemd op de bescherming van de (adspirant) gelaedeerde, en anderzijds het begrip rechtvaardigingsgronden verder uitbouwt. Civielrechtelijke normen zijn geen aanvalsnormen maar beschermingsnormen, aldus terecht R. J. Polak ⁴⁶. Art. 1401 B.W. geeft echter niet alleen een regeling voor de vergoeding van reeds veroorzaakte schade, maar het is tevens een preventieve regel, die het ontstaan van schade dient te voorkomen ⁴⁷. De onrechtmatigheid is dan ook, anders dan R. J. Polak ⁴⁸ meent, niet alleen gelegen in de voltooide laesie, maar ook in de dreigende laesie. Het gaat er dus niet slechts om, zoals R. J. Polak ⁴⁹ meent, wat de gelaedeerde rechtens al dan niet behoeft te dulden. Zegt men: een onrechtmatige gedraging is een gedraging, die rechtens verboden is, dan wordt hiermee slechts een rechtsgevolg aangegeven van de onrechtmatigheid, doch niet een definiërende verklaring van haar inhoud ⁵⁰.

Het zou m.i. leiden zowel tot een verheldering van het

⁴⁶ Mr R. J. Polak, W.P.N.R. 4569.

⁴⁷ Pfeffer, blz. 10, Mr H. Pfeffer, De N.V. 1940/1941, blz. 15.

⁴⁸ R. J. Polak, blz. 93, Mr R. J. Polak, W.P.N.R. 4569.

⁴⁹ Mr R. J. Polak, W.P.N.R. 4569.

⁵⁰ Aldus terecht Mr R. J. Polak, W.P.N.R. 4569 noot 17a in zijn bestrijding van Prof. Mr J. Drion, W.P.N.R. 3992 e.v.

onrechtmatigheidsbegrip — met inbegrip van de relativiteitsleer — als tot een juiste afgrenzing tussen onrechtmatigheid en causaliteit, wanneer men de „objektiv nachträgliche Prognose” van Rümelin zou overhevelen van de causaliteit en zou maken tot de inhoud van het onrechtmatigheidsbegrip. Onrechtmatig is dan de handeling, die volgens „objektiv nachträgliche Prognose” gevaar voor schade voor derden met zich mee brengt. Wanneer door overtreding van dit verbod de voorzienbare schade intreedt, het gevaar zich verwerkelijkt, en de dader schuld treft (dus naast objectieve voorzienbaarheid ook subjectieve voorzienbaarheid van schade; naast objectieve verwijtbaarheid ook subjectieve vermijdbaarheid), bestaat er aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Aldus komt men tot een begrip onrechtmatigheid, dat past in de tegenstelling tussen burgerlijk recht en strafrecht. De civielrechtelijke norm dient in de eerste plaats ter bescherming van de gelaedeerde, onverschillig tot op zekere hoogte, op welke wijze aantasting van de belangen van de gelaedeerde dreigt of gerealiseerd wordt; de strafrechtelijke norm waakt tegen onbehoorlijke handelingen van de dader, onverschillig tot op zekere hoogte, wat de gevolgen voor het slachtoffer zijn. Daarom past niet in deze civielrechtelijke beschouwingswijze een norm, zoals men die dan voor ongeoorloofde mededinging zou moeten opstellen, waarbij de onrechtmatigheid niet gezocht wordt in de toegebrachte schade voor de gelaedeerde, maar in bepaalde onbehoorlijke midelen van de dader ⁵¹.

⁵¹ Unidroit I, blz. 18 noot 2 over Frankrijk: „Il semble, en dernière analyse, que la doctrine française identifie la règle violée avec le principe *neminem laedere*”; zie voorts de aldaar geciteerde schrijvers; Unidroit I, blz. 47: „En réalité, tous les droits subjectifs, à commencer par le droit de propriété, trouvent leur fondement, leur justification morale, précisément dans le *neminem laedere* et, en même temps, soustraient aux non-titulaires un domaine où ils pourraient sinon agir librement et honnêtement”. Vgl. ook Mr L. E. H. Rutten, W.P.N.R. 4313: indien daad en inbreuk samenvallen is de daad onrechtmatig, omdat inbreuk wordt gemaakt op een subjectief recht. Bij indirecte schade-veroorzaking wordt die handeling niet onrechtmatig geacht, omdat iemands recht is aangetast, maar omdat zij op zich zelf onrechtmatig is, en dus ook onrechtmatig zou zijn geweest, indien zij de aantasting niet veroorzaakt zou hebben. In de beide voorbeelden wordt de handeling onrechtmatig geacht, omdat daardoor nodeloos een abnormaal gevaar in het leven is geroepen; Slagter, blz. 20-22 en blz. 211-214.

Het gaat bij de onrechtmatigheid niet alleen om de objectieve voorzienbaarheid, maar inderdaad ook om de „objektief *nachträgliche* Prognose”: mede aan de hand van de achteraf bekend geworden gegevens vraagt men zich af, of men, objectief beschouwd, aldus gewapend, schade voor derden had kunnen en behoren te voorzien ⁵². De onrechtmatigheid is, evenals de causaliteit, — en in tegenstelling tot de schuld

⁵² Zie de uitspraken, genoemd bij Slagter, blz. 20-21, noot 67, blz. 22 noot 71 en blz. 211-212, noot 92, waaraan o.a. toe te voegen: Rb. Arnhem 16 febr. 1931 W. 12320 (schuld kan in geval van medische kunstfouten niet worden aangenomen, indien deze pas *achteraf* blijkt: *tijdens* het onderzoek moeten er reeds indicaties zijn geweest, die de arts door zijn schuld over het hoofd heeft gezien); H.R. 2 febr. 1933 N.J. 1933 blz. 1001 (het met onverminderde vaart blijven doorrijden, terwijl op een linker overzichtelijke zijweg een auto naderde, staat ten deze niet in oorzakelijk verband met de aanrijding, omdat de bestuurder redelijkerwijze mocht aannemen, dat van doorrijden met onverminderde vaart en onveranderde richting geen gevaar voor aanrijding te duchten was); H.R. 6 april 1933 N.J. 1933 blz. 881 (Loos levert een acetylene-cylinder met ondeugdelijke inhoud af, waardoor Zootjes een ongeval krijgt; besproken door van Goudoever, blz. 503, J. J. M. van der Ven, blz. 121, Mr R. J. Polak, W.P.N.R. 4571, Slagter, blz. 27-28 en Mr L. E. H. Rutten, W.P.N.R. 4313); H.R. 27 januari 1939 N.J. 1939/874 („dat het Hof terecht . . . de beslissing, of Staatsspoor aansprakelijk is voor de schade aan den kademuur toegebracht. . . hiervan afhankelijk heeft gesteld, of, alle omstandigheden van het geval in aanmerking genomen, de mogelijkheid van het intreden van het schadelijk gevolg Staatsspoor had behoren te weerhouden van het verhuuren van het terrein voor dat gebruik, zodat haar voor het verhuuren op dien voet verwijt treft”; commentaar van Mr J. Drion, W.P.N.R. 3994: alleen dan is er aansprakelijkheid ex art. 1401, „wanneer er zodanige mate van waarschijnlijkheid der rechtsinbreuk aanwezig was, dat deze de gedaagde had behoren te weerhouden van zijn handeling”; ook besproken door Mr R. J. Polak, W.P.N.R. 4571); H.R. 18 april 1940 N.J. 1941/130 (vordering tegen de bouwer en tegen de opdrachtgever-eigenaar van een portiekwoning op grond, dat eiser bij het binnenstappen van de huisdeur in de diepte is gestort langs een onafgeschutte keldertrap; het Hof heeft de aansprakelijkheid van de eigenaar van het gebouw aangenomen, indien het inderdaad het door eiser gestelde gevaar mocht opleveren, op grond, dat hij dit in het verkeer heeft gebracht, aangenomen, dat eiser een normaal gezichtsvermogen en een normale opmerkingsgave bezat; besproken door J. J. M. van der Ven, blz. 121-122, die de conclusie van Meijers in zijn noot onder het meerboeiarrest H.R. 5 mei 1933 N.J. 1933 blz. 875 — het is onzorgvuldig een ander een voorwerp ten gebruike te geven, dat gevaar voor diens persoon of goederen oplevert — te ruim geformuleerd acht en zelf concludeert (blz. 124): onzorgvuldig is het stellen van een groter gevaar dan waarop een normaal mens bedacht moest zijn); Ktg. Zevenbergen 29 jan. 1953

(die een element ex ante is) — een element ex post, maar onderscheidt zich in zoverre van de causaliteit, dat de onrechtmatigheid beoordeeld wordt op grond van een objectieve prognose, terwijl de causaliteit geconstateerd wordt door een diagnose. Men kan wèl, op grond van later bekend geworden gegevens, tot het oordeel komen, dat de dader, achteraf gezien, onrechtmatig heeft gehandeld, maar deze

V.R. 1955/6 (het uitvoeren van een plotselinge verkeerde manoeuvre, om een aanrijding met iemand op de linkewegheeft te voorkomen, ook al vindt zij — achteraf gezien — niet op de juiste wijze plaats, neemt niet weg de verantwoordelijkheid van degene, die de gevaarlijke situatie heeft doen ontstaan); Hof Arnhem 24 maart 1953 V.R. 1954/21 (appellant heeft onrechtmatig gehandeld door een uitermate gevaarlijke situatie te scheppen — het optakelen van bomen door middel van een dwars over een drukke verkeersweg gespannen kabel — zonder te zorgen voor een perfecte organisatie ter voorkoming van ongevallen); Rb. Haarlem 19 okt. 1954 V.R. 1956/45 (onrechtmatige daad door het scheppen van een gevaarlijke situatie; een vrachtauto met aanhangwagen begint een militaire sleep in te halen, hoewel op korte afstand een tegenligger nadert. Teneinde een botsing te voorkomen, remt deze krachtig, tengevolge waarvan hij over de weg gaat schuiven en schade oploopt. De omstandigheid, dat de chauffeur van de inhalende vrachtauto nog kans heeft gezien wederom achter de militaire sleep te gaan rijden neemt niet weg, dat door zijn wijze van rijden een gevaarssituatie is ontstaan van die aard, dat de tegenligger moest menen de dreigende botsing slechts door krachtig remmen te kunnen vermijden, zodat de bestuurder van de vrachtauto voor de gehele schade aansprakelijk is); Rb. Rotterdam 23 dec. 1955 V.R. 1956, 85 (aansprakelijkheid van carrosseriebouwers jegens het publiek wegens een ondeugdelijke trekhaakconstructie); Hof Amsterdam 27 juni 1957 N.J. 1958/104 (door een niet verwijtbare fabricagefout ontstaat een auto-ongeluk; niettemin een onrechtmatige daad van de autofabriek wegens de noodzaak, dat men op de afwezigheid van iedere, tot zo ernstige gevolgen kunnende leiden, fout dient te kunnen rekenen); H.R. 29 nov. 1957 N.J. 1958/31; H.R. 30 okt. 1959 N.J. 1961/576 (in de daarbij behorende conclusie zei P. G. Langemeijer o.m.: „Ik meen nu te mogen stellen, dat, wanneer onder de redenen, waarom de wetgever een bepaalde handelwijze heeft verboden, zich bevindt de daarvan te duchten schade voor een zekere categorie van personen, die handelwijze — behoudens wellicht bijzondere omstandigheden, die hier, zoals gezegd, niet aan de orde zijn — onrechtmatig is jegens hen, die tot bedoelde categorie behoren en ook inderdaad individueel door schade van de bedoelde soort worden bedreigd”); H.R. 28 april 1961 N.J. 1961/445; Asser-Rutten, blz. 491; noot Ph.A.N.H. onder H.R. 19 dec. 1947 N.J. 1948/456; noot L.E.H.R. onder H.R. 25 maart 1955 N.J. 1955/337; H.R. 16 mei 1946 N.J. 1946/564; noot L.E.H.R. onder H.R. 4 nov. 1960 N.J. 1961/362; noot D.J.V. onder H.R. 9 dec. 1960 N.J. 1963/1; Mr G. E. Lange-meijer, N.J.B. 1962 blz. 371; H.R. 6 april 1962 N.J.B. 1962 blz. 329.

achteraf bekend geworden feiten kunnen uiteraard de schuld niet beïnvloeden. Hoe groter schade dreigt, met des te geringer waarschijnlijkheid zal reeds onrechtmatigheid aanwezig kunnen worden geacht.

Mededinging is rechtvaardigingsgrond.

Gaat men van deze omschrijving van de onrechtmatigheid uit, dan komt het er vervolgens op aan de mededinging hierin de plaats te geven, die hieraan toekomt. Uit het voorgaande is reeds gebleken, dat deze plaats een uitzonderlijke moet zijn. Dat men rechtmatig aan een ander in mededinging schade mag toebrengen, is uitzonderlijk in ons systeem; dat dit alleen onrechtmatig is, indien de schade op een bepaalde wijze, door een bepaald gedrag van de dader, wordt toegebracht, is evenzeer uitzonderlijk. Aan dit uitzonderlijke karakter van de mededinging wordt ten volle recht gedaan, indien men er van uitgaat, dat — in overeenstemming met de zo juist opgestelde omschrijving van onrechtmatigheid — de handeling, waardoor schade voor een derde dreigt of aan een derde wordt toegebracht, terwijl zulks objectief voorzienbaar was, in beginsel onrechtmatig is, maar dat de in mededinging verrichte handeling een rechtvaardigingsgrond vormt. In onze op vrije mededinging berustende maatschappij wordt het in het algemeen belang geacht, dat men desnoods aan zijn mededingers schade toebrengt. Dan levert het handelen in mededinging evenzeer een rechtvaardigingsgrond op als de handeling van de overheid ten algemenen nutte, waarbij de overheid de daaruit voortvloeiende schade voor zijn rekening neemt⁵³. Het is onmogelijk de gelegaliseerde concurrentiestrijd in te passen in het vredessysteem van het recht, zolang men het uitzonderingskarakter ervan niet accentueert. Er valt geen bevredigende omschrijving van het onrechtmatigheidsbegrip te geven, indien men tracht zulke uiteenlopende rechtsfiguren als een culpose aanrijding en een opzettelijke mededingingsdaad onder één noemer te brengen. Dit op grond van het algemeen belang gerechtvaardigde uitzonderingskarakter van de mededingingshandeling kan echter verloren gaan,

⁵³ Zevende Voorste Stroom-arrest H.R. 19 dec. 1952 N.J. 1953/642.

in de eerste plaats, zodra de mededinging door privaatrechtelijke of publiekrechtelijke middelen wordt beperkt of uitgeschakeld. Men denke aan sanering, marktverdeling, vestigingsverboden enz. Wie in strijd daarmee een mededingingshandeling verricht — aangenomen, dat de privaatrechtelijke regeling niet nietig is of onverbindend wordt verklaard —, pleegt een onrechtmatige daad, omdat aan de ander schade wordt toegebracht of de ander met schade wordt bedreigt. Onverschillig is, of de overtreden norm ter bescherming van het gelaedeerde belang is geschreven. De onrechtmatigheid is immers niet gelegen in de overtreding van deze norm of van een contractuele bepaling, maar in de (dreigende) benadeling van de ander. De normovertreding heeft slechts deze functie, dat daardoor de rechtvaardigingsgrond wegvalt. De in het handelen in mededinging gelegen rechtvaardigingsgrond valt in de tweede plaats weg, indien de *wijze*, waarop de schade wordt toegebracht, d.w.z. het gedrag van de dader, onbehoorlijk is geweest. Dat is niets nieuws, alleen is dit element op een andere plaats gesteld, nl. niet als onderdeel van de onrechtmatigheid — waar dit element niet thuis hoort, omdat de onrechtmatigheid moet worden bepaald met het oog op de belangen van de gelaedeerde — maar als element, dat de rechtvaardigingsgrond opheft. Dat is juist, omdat de rechtvaardigingsgronden in tegenstelling tot het onrechtmatigheidsbegrip — niet door de belangen van de (adspirant) gelaedeerde worden bepaald, maar door de rechten of gerechtvaardigde belangen van de dader, door de wijze, waarop hij handelt, en door het algemeen belang.

Hiermee is uiteraard nog geen enkele bijdrage geleverd tot de oplossing van de vraag, waar de grens ligt tussen geoorloofde en ongeoorloofde mededinging. De strijd speelt zich echter op een ander vlak af: namelijk bij de beantwoording van de vraag, of er al dan niet een rechtvaardigingsgrond aanwezig is. Het probleem, wanneer mededinging ongeoorloofd is, is hiermee dus niet opgelost, alleen verplaatst. Deze verplaatsing levert echter twee voordelen op: de weg is thans vrij voor een onrechtmatigheidsbegrip, dat zuiver kan worden bepaald, zonder beïnvloeding van een element, dat er niet thuis hoort, en in de tweede plaats komt het bij de ongeoorloofde mededinging zo belangrijke probleem van de relativiteit van de onrechtmatige daad,

zoals wij aanstonds nader zullen zien, in een nieuw licht te staan.

Wie onmisbare werknemers aan een concurrerende werkgever aftroggelt, brengt evenveel schade aan de concurrent toe, wanneer hij dit doet door contractbreuk uit te lokken of door de werknemers een loon te bieden, dat hoger is dan geoorloofd, als wanneer hij slechts incidenteel van de contractbreuk van deze werknemers profiteert ⁵⁴. Uit een oogpunt van de gelaedeerde is het dus onverschillig, op welke wijze aan hem schade door de concurrent wordt toegebracht. In beginsel is er dus in beide gevallen onrechtmatigheid, maar in het laatste geval werkt de rechtvaardigingsgrond, gelegen in het handelen in mededinging, en in het eerste geval is er een uitzondering op de uitzondering, zodat weer naar de hoofdregel van de onrechtmatigheid wordt teruggekeerd. Zo kan men talloze gevallen aanwijzen, waarbij de rechtmatigheid en de onrechtmatigheid van mededinging dicht bij elkaar liggen en slechts gescheiden worden door het al dan niet wegvallen van een rechtvaardigingsgrond. Men denke b.v. aan het nabootsen van eens anders product, zonder dat bedrijfsgeheimen zijn ontfutseld, naast het geval, dat dit wel is geschied ⁵⁵; aan het uitspannen van verzekeringsposten door gebruik te maken van een lijst van verzekeringsnemers van de vroegere werkgever-verzekeraar, naast het geval, dat dit uitspannen geschiedt zonder van een aldus bemachtigde lijst gebruik te maken; aan het geval, dat A heeft verhuurd aan B; C is concurrent van D; D is gevestigd naast het pand van A; C koopt A om het contract met B te verbreken en het pand aan hem, C te verhuren; en daarnaast het geval, dat een en ander geschiedt zonder het element van de omkoping ⁵⁶; aan het geval, dat een firma kennis krijgt van een door haar concurrent te plaatsen advertentie in zeker weekblad en nu in een eerder verschijnend nummer een voor haar kopers voordeliger annonce doet opnemen, naast het geval, dat de concurrent niet door toeval maar langs een oneerlijke weg voorkennis krijgt omtrent de door de ander te plaatsen advertentie ⁵⁷; aan de invloed van het onbehoorlijk gedrag van rechtsvoorgangers

⁵⁴ Vgl. Baumbach-Hefermehl, blz. 313-315.

⁵⁵ Drucker-Bodenhausen, blz. 182.

⁵⁶ Vgl. Rb. Amsterdam 31 maart 1939 N.J. 1939/825.

⁵⁷ Vgl. Ktg. Zaandam 19 juni 1924 W. 11249.

op de vraag, of de handeling van een rechtsopvolger onrechtmatig is ⁵⁸; aan de vestiging van een concurrent zonder vergunning krachtens de Vestigingswet Bedrijven naast het geval, dat een zodanige concurrent zich vestigt — en even grote schade toebrengt —, terwijl hij wèl in het bezit is van een vergunning, of terwijl hij, zonder in het bezit daarvan te zijn, wèl aan de voorwaarden voldoet om een vergunning te verkrijgen ⁵⁹.

De onrechtmatigheid wordt dus in nauw verband gebracht met de mogelijkheid van schade, zoals ook de ratio van art. 1401 B.W. met zich mee brengt. De inhoud van de zorgvuldigheidsnorm wordt aldus uitgedrukt op een wijze, als waarop aansluit art. 13 lid 2 van het ontwerp Bestrijdingsmiddelenwet ⁶⁰: „Een ieder is verplicht ten aanzien van bestrijdingsmiddelen, ledige verpakkingen en resten van bestrijdingsmiddelen een zodanige zorgvuldigheid in acht te nemen, dat geen gevaar ontstaat voor de mens of voor dieren, welker instandhouding gewenst is en dat geen schade wordt toegebracht aan planten, delen van planten, grond of viswater, welke aan anderen toebehoren”. Niet alleen t.a.v. de onzorgvuldigheid, maar ook t.a.v. de rechtvaardigingsgrond kan op zo'n op het eerste oog weinig voor de hand liggende vergelijking worden gewezen, namelijk op de werkstaking. Het is een moderne gedachte ⁶¹, dat wanprestatie soms gerechtvaardigd wordt door een uit algemeen belang niet ontoelaatbare staking ter versterking van de eigen positie in de economische machtsstrijd. Hier is het schade toebrengen gerechtvaardigd door een uit algemeen belang niet ontoelaatbare mededinging ter versterking van de eigen positie van de mededinger. Een verantwoorde beoordeling door de rechter van de werkstaking (en van de al dan niet geoorloofde mededinging kan hetzelfde worden gezegd) zal slechts mogelijk blijken, wanneer hij zich meer dan tot dusverre verdiept in de sociale en economische achtergronden van het conflict, van de machtsstrijd, van de concurrentiestrijd, en rekening houdt met de sociale resp.

⁵⁸ Vgl. H.R. 29 nov. 1957 N.J. 1958/31.

⁵⁹ Vgl. Mr H. Pfeffer, De N.V. 1940/1941, blz. 15 en hierna Hoofdstuk II par. 10.

⁶⁰ S.E.W. 1960 blz. 349.

⁶¹ Panhonlibco-arrest: H.R. 15 jan. 1960 N.J. 1960/84.

economische consequenties van de staking resp. de mededinging ⁶².

De onrechtmatigheid wordt aldus in nauw verband gebracht met de mogelijkheid van schade. Past men deze gedachte toe op de bekende gevallen van doorbreking van een verkooporganisatie, dan schijnt dit tot een bevredigender uitkomst te leiden. Alleen hij, die schade te duchten heeft, kan bij enkele onrechtmatigheid een verbod vragen, dus niet de fabrikant of de importeur, voorzover hij niet kan aantonen, dat ook hij schade lijdt door de doorbreking van zijn verkooporganisatie, maar alleen de eventueel gedupeerde concurrerende detaillisten. De relativiteit van de onrechtmatige daad wordt betrokken op de waarschijnlijkheid van schade voor de betrokkene, niet op identiteit van beschermd en gelaedeerd belang. Iedere daad, die de kans op schade aanmerkelijk vergroot, is tegenover de betrokkene onrechtmatig behoudens een rechtvaardigingsgrond. Iedere daad, die niet voor de betrokkene de kans op schade aanmerkelijk vergroot, is niet onrechtmatig tegenover de betrokkene, ook al is deze in strijd met enige, ter bescherming van de betrokkene geschreven, norm. Daarmee wordt een beter systeem bereikt dan bij het betoog, dat de onrechtmatigheid tegenover de *fabrikant* mede bepaald wordt door de vraag, of de *detaillisten* niet kunnen navolgen ⁶³.

In de Toelichting op het Ontwerp voor het nieuwe B.W., boek 6 ⁶⁴ wordt de vraag besproken, of gewenst is een algemene regel, volgens welke hij, die schade veroorzaakt, tot vergoeding gehouden is, ook als hij geen fout heeft begaan, omdat zijn gedraging niet onrechtmatig was. Het ontwerp beantwoordt deze vraag ontkennend. Het element van de „onrechtmatigheid” dient, aldus de ontwerpers, te worden gehandhaafd. De door mij voorgestelde gedachte is niet geheel gelijk aan de door de ontwerpers van het nieuwe B.W. bestredene, maar er zijn wel punten van overeenstemming. De aldaar bestreden leer wil het element van de onrechtmatigheid laten vallen, ik wil het handhaven, maar de inhoud van het begrip niet ontleen aan de overtreding van een regel van objectief recht maar aan een element, dat

⁶² Vgl. Prof. Mr A. van Oven, N.J.B. 1962 blz. 883, citerend Prof. Mr N. E. H. van Esveld.

⁶³ Zie hieromtrent de Grondig-arresten, die in Hoofdstuk II par. 9 nader zullen worden besproken.

⁶⁴ Zie vooral blz. 638-639, blz. 642-644.

tot dusverre bij de causaliteit is ondergebracht. Het nieuwe B.W. wil in sommige gevallen de schuld elimineren, ik wil de overtreding van objectief recht elimineren. De norm-overtreding kan vervallen, want deze is of irrelevant (namelijk als geen Schutznorm is overtreden), of het is een schade voorkomende norm, die is overtreden, en bij overtreding daarvan is reeds onrechtmatigheid gegeven door het element van de adaequatie. Hoewel ik de verleiding moeilijk kan weerstaan, zal ik er van afzien op dit punt met de ontwerpers van het nieuwe B.W. in debat te treden. Thans zou mij dit te ver voeren en ik hoop er t.z.t in R.M. Themis gelegenheid toe te krijgen.

Voordelen van voorgestelde constructie.

De hier in het kort ontwikkelde gedachte, dat enerzijds de onrechtmatigheid reeds gegeven is, indien een handeling objectief voorzienbare schade voor een derde kan veroorzaken, dat anderzijds een uitbreiding moet worden gegeven aan de rechtvaardigingsgronden, dat het handelen in vrije mededinging op zich zelf reeds een zodanige rechtvaardigingsgrond vormt, en dat deze rechtvaardigingsgrond weer kan wegvallen, indien de wijze, waarop de dader zich gedraagt, onbehoorlijk is geweest, gekoppeld aan de aanstonds te bespreken beperkte werking van een relativiteitsleer, levert een beeld op, dat m.i. beter dan de tot dusverre geopperde vaak ingewikkelde gedachten omtrent onrechtmatigheid en relativiteit past bij de werkelijkheid, beter aansluit bij de historische ontwikkeling van art. 1401 B.W. en leidt tot betere begripsvorming en een logischer gedachtengang. Omtrent deze drie „voordelen” een enkel woord.

De hier voorgestelde constructie is meer in overeenstemming met de werkelijkheid, omdat in de eerste plaats de geoorloofdheid van het (opzettelijk) schade toebrengen aan een ander in mededinging eerder als een uitzondering op de hoofdregel dan als een toepassing daarvan moet worden beschouwd. De mededinging neemt als door het recht aanvaarde toestand een uitzonderlijke plaats in, die valt buiten het normale schema. In de tweede plaats wordt aldus de ontoelaatbaarheid van de ongeoorloofde mededinging gezocht in de voorzienbare schadetoebrenging of de schade-dreiging, niet in de bijkomstige normovertreding. Deze is slechts een stok om de hond te slaan. Niet daarover is de

gelaedeerde verontwaardigd, maar over de hem toegebrachte schade. De normovertreding wordt er met de haren bijgesleept. Wanneer ook een bijkomstige normovertreding of een contractuele wanprestatie een daad tot ongeoorloofde mededinging kunnen stempelen, dan is de verklaring hiervoor niet te zoeken in de betekenis, die de normovertreding heeft voor het constitueren van de onrechtmatigheid, maar in de betekenis voor het gemakkelijk wegvallen van de — als uitzondering te beschouwen — rechtvaardigingsgrond.

Dat de hier voorgestelde constructie beter aansluit bij de historische ontwikkeling van art. 1401 B.W., behoeft, na hetgeen hieromtrent reeds in het voorgaande werd gezegd, geen nader commentaar meer. Het begrip onrechtmatig wordt gereduceerd tot de eis, dat een rechtvaardigingsgrond ontbreekt.

Tenslotte wordt aldus een beter systeem verkregen, logischer begripsvorming. Wat b.v. te denken van de volgende citaten: R. J. Polak⁶⁵ noemt als criteria bij onbehoorlijke belangeninbreuk: de behoorlijkheid der gebezigde middelen en de redelijkheid van het gediende belang. Neen, deze twee criteria passen in het geheel niet in de onrechtmatigheid en leiden zelfs tot een tegenstrijdigheid met wat de hoofdstelling van R. J. Polak (en ook van mij) is, namelijk, dat de onrechtmatigheid moet worden getoest aan de belangen van de gelaedeerde, die op het spel staan. Maar men kan wel terecht het omgekeerde zeggen: de daad wordt niet onrechtmatig door onbehoorlijke middelen of door de onredelijkheid van het gediende belang, maar de behoorlijkheid de gebezigde middelen en de redelijkheid van het gediende belang leveren bij de mededinging een rechtvaardigingsgrond op. Bij onbehoorlijkheid der gebezigde middelen en bij onredelijkheid van het gediende belang valt die rechtvaardigingsgrond weer weg. Men kan dus niet zeggen, zoals R. J. Polak t.a.p. doet: bij de deloyale concurrentie is de onbehoorlijkheid gelegen in de onzedelijkheid van de toegepaste middelen, maar: de zedelijkheid van de middelen kan de onrechtmatigheid wegnemen, omdat bij mededinging een aan het algemeen belang ontleende rechtvaardigingsgrond optreedt. Het antwoord op de vraag, aldus R. J. Polak t.a.p., wanneer niet langer een beroep kan worden gedaan op de

⁶⁵ Mr R. J. Polak, W.P.N.R. 4572.

vrijheid om een ander, zelfs bewust, te treffen, in diens niet bijzonderlijk beschermd rechtsbelang, moet luiden: zodra misbruik van die vrijheid wordt gemaakt; zodra, nog steeds volgens R. J. Polak, het maatschappelijk evenwicht een schadelijke gedraging — welke de gelaedeerde normaliter heeft te dulden ingevolge de beperkte werking van zijn rechtsbelang — om de bijzondere hoedanigheid van die gedraging niet langer kan toestaan. Voorzover deze vage formulering ons verder helpt, ben ik het er niet mee eens. Wat bedoelt R. J. Polak met de vrijheid om een ander te laederen? Die vrijheid bestaat alleen bij de mededinging en bij de dagelijkse hinder. Het gaat niet aan ter wille van deze beide gevallen het gehele onrechtmatigheidsbegrip scheef te trekken („hoedanigheid van die gedraging”). Berkhouwer⁶⁶ schrijft: „Deze mededeling, indien aanwijsbaar onwaar, is de schadeveroorzakende handeling.....”; neen, de mededeling is zonder meer de schade veroorzakende handeling, onverschillig of deze waar of onwaar is. Alleen: indien deze waar is, dan kan er wellicht een rechtvaardigingsgrond zijn.

Aldus ook vermijdt men motiveringen, ter verklaring van het ongeoorloofde karakter van een bepaalde vorm van mededinging, die falen, doordat zij te algemeen luiden. Zo kan de ongeoorloofdheid van mededinging niet gebaseerd worden op het feit, dat door een concurrent verstrekte mededelingen geschikt waren om relaties van appellant afkerig te maken van het doen van zaken met hem⁶⁷. Met die overweging kan men iedere mededinging onrechtmatig verklaren.

Tegen de hier voorgestelde gedachtengang zou men het verwijt van vergroving kunnen maken. Vergroving doet een ontwikkeling in de richting van rechtsverfijning teniet, maar leidt anderzijds tot rechtseenvoud. Er is in het recht steeds

⁶⁶ Berkhouwer, blz. 41.

⁶⁷ Aldus ten onrechte Hof Leeuwarden 2 juni 1956 N.J. 1956/597; eenzelfde motiveringsfout wordt geconstateerd door Baumbach-Hefermehl, blz. 46-48 in de aldaar genoemde uitspraak betreffende de levering door een apotheek van het goedkopere loco-preparaat, hoewel op het recept voor een fondspatiënt het duurdere originele merkgeneesmiddel was voorgeschreven. Terecht daarentegen Pres. Rb. Groningen 11 aug. 1933 N.J. 1934 blz. 231 (concurrentiestrijd tussen een autobusonderneming en een taxidienst. Waar ged., schoon scherp concurrerend, bij het reizend publiek geen misleiding of verwarring sticht, noch ook eiseresses onderneming belastert of bekladt of iets van die aard doet, pleegt hij geen onrechtmatige daad).

een slingerwerking tussen rechtsverfijning en rechtseenvoud, evenals er een slingerwerking is tussen vrijheid en gebondenheid en tussen rechttersvrijheid en codificatiedrang. Enige tegendruk tegen een te vergaande rechtsverfijning kan wel eens gewenst zijn.

Rechtvaardigingsgronden. Rechtvaardigingsgronden kunnen worden ontleend aan het ongeschreven recht⁶⁸. Naast de aan het geschreven recht, namelijk het strafrecht, ontleende rechtvaardigingsgronden van noodweer, noodtoestand, wettelijk voorschrift en ambtelijk bevel, is er in ieder geval reden om hieraan als rechtvaardigingsgronden toe te voegen de mededinging⁶⁹, de dagelijkse hinder⁷⁰ en het schade veroorzakende overheidsoptreden in het algemeen belang, wanneer de overheid de daaruit voortvloeiende schade voor zijn rekening neemt⁷¹. Van hinder als rechtvaardigingsgrond is sprake, indien in het dagelijkse verkeer door een immateriële beschadiging een geringe materiële schade wordt veroorzaakt, die geduld behoort te worden.

Ook het overheidsoptreden kan een rechtvaardigingsgrond opleveren. R. J. Polak⁷¹ onderscheidt hierbij de rechtvaardigende taak en de rechtvaardigende bevoegdheid. Men kan zelfs zeggen, dat het handelen in overeenstemming met een wettelijk voorschrift eerder voor de overheid een rechtvaardigingsgrond oplevert, dan dat een zodanig handelen in strijd met een wettelijk voorschrift een onrechtmatige overheidsdaad zou opleveren. De vergelijking, die in het Ostermann-arrest⁷² gemaakt wordt tussen de overheid, die een wettelijk voorschrift van publiekrechtelijke aard overtreedt,

⁶⁸ Mr L. E. H. Rutten, W.P.N.R. 4312 met een verwijzing naar H.R. 20 dec. 1940 N.J. 1941/366 (Voorste Stroom V), H.R. 18 febr. 1944 N.J. 1944/45 no. 226 (Duinwater-arrest) en H.R. 19 dec. 1952 A.A. 1953 blz. 96 (Voorste Stroom VII). Zie ook Ontwerp nieuwe B.W., boek 6, Toelichting, blz. 647.

⁶⁹ Vgl. echter Baumbach-Hefermehl, blz. 52.

⁷⁰ Zie de vergelijking bij Voetelink, blz. 145 tussen hinder en mededinging. Vervalt, door het erkennen van deze en andere rechtvaardigingsgronden, ook niet het bezwaar van de ontwerpers van het nieuwe B.W. (Toelichting, boek 6, blz. 639) tegen het hier voorgestelde onrechtmatigheidsbegrip, dat men in de samenleving voortdurend aan elkaar schade berokkent, die niet voor vergoeding in aanmerking behoort te komen?

⁷¹ R. J. Polak, blz. 126 en W.P.N.R. 4573.

⁷² H.R. 20 november 1924 N.J. 1925 blz. 89.

met de burger, die in strijd met de strafwet handelt, lijkt op het eerste oog een aardig, elegant argument, maar deze vergelijking blijkt bij nader inzien te falen. De daad van de dief is niet onrechtmatig tegenover de gelaedeerde, omdat de dief in strijd met art. 310 Sr. handelt — een bepaling geschreven ter bestrijding van de misdaad —, maar omdat de dief aan de gelaedeerde zonder rechtvaardigingsgrond schade toebrengt. Men kan dus zeggen: het overheidsop treden kan — afgezien van het geval, dat de overheid handelt ter naleving van een wettelijk voorschrift — gerechtvaardigd zijn, indien:

- a. de verweten gedraging slechts in strijd is met een instructienorm;
- b. de overheid de door zijn daad veroorzaakte schade voor zijn rekening neemt en het overheidsop treden in het algemeen belang was;
- c. de overheid als wetgever optreedt;
- d. de overheid handelt binnen de vrije beleidssfeer.

Wanneer wij het onderscheid tussen enerzijds het dreigende gevolg als normbepalend en anderzijds de wijze van gedraging als normbepalend en het onderscheid tussen enerzijds de regel, die met het oog op de positie van de (adspirant) gelaedeerde wordt opgesteld, en anderzijds de regel, die op de dader is afgestemd, overbrengen op het onderscheid tussen het begrip onrechtmatigheid en de rechtvaardigingsgrond, dan komen wij tot een stelsel, dat aansluit bij de tot dusverre ontwikkelde gedachten. In dit verband citeer ik met instemming R. J. Polak⁷³: maatschappelijke onbetamelijkheid is een verkeerde term. Dit duidt op wat de *gemeenschap* de laedens zou kunnen verwijten, doch voor het civielrechtelijk oordeel gaat het om de belangeninbreuk, die de *gelaedeerde* zich al dan niet moet getroosten. Daarentegen is bij de rechtvaardigingsgronden, welke het gediend belang op de voorgrond stellen tegenover het geschaad belang, typerend, dat de *gemeenschap* en haar belangen in het oordeel betrokken raken.

Dat de bewijslast bij een rechtvaardigingsgrond op de dader rust, is geen bezwaar: de gelaedeerde begint de objectieve voorzienbaarheid, de schuld, de schade en het oorzakelijk verband tussen daad en schade te bewijzen; de dader

⁷³ Mr R. J. Polak, W.P.N.R. 4569.

beroept zich als rechtvaardiging op het feit, dat hij een en ander deed in de uitoefening van de concurrentiestrijd. Dit bewijs is gemakkelijk, daar het feit, dat dader en gelaedeerde van elkaar concurrenten zijn, een vermoeden behoudens tegenbewijs oplevert, dat zulks geschiedde in mededinging. Daarna kan de gelaedeerde weer bewijzen, dat het beroep op de rechtvaardigingsgrond faalt, omdat de dader gebruik heeft gemaakt van ongeoorloofde middelen.

Relativiteitsleer. De vordering uit onrechtmatige daad en die uit wanprestatie naderen elkaar steeds meer, vooral bij de ongeoorloofde mededinging: de vordering uit onrechtmatige daad wordt gerelativeerd door de Schutz-normtheorie, terwijl de contractuele vorderingen haast een absoluut karakter krijgen, doordat derden soms uit onrechtmatige daad kunnen ageren terzake van een wanprestatie tussen twee anderen, en, omgekeerd, een derde in bepaalde gevallen kan worden aangesproken terzake van profiteren van contractbreuk door de wederpartij van de eiser. Is het gewenst deze uitbreiding, o.a. bij de niet naleving van een gesloten verkooporganisatie, te handhaven? Aanvaardt men echter het beginsel, dan is het ook op andere gevallen van profiteren van eens anders contractbreuk toepasselijk, b.v. het reeds genoemde geval van verhuur van een winkelhuis aan een concurrent, na omkoping van de verhuurder om het contract met de vorige huurder te verbreken. De norm pacta sunt servanda beschermt alleen de wederpartij; kan men niettemin zeggen, dat ook derden hieraan een actie kunnen ontleen? Er wordt schade toegebracht met een middel, dat zijn onbehoorlijkheid slechts ontleent aan het feit, dat de wederpartij tegenover een derde wansprestatie pleegt. Het algemeen belang kan een schade toebrengende daad rechtvaardigen, namelijk bij nuttige overheidsdaden en bij mededinging van particulieren. Deze rechtvaardigingsgrond wijkt echter snel weer terug voor de aanvankelijke onrechtmatigheid, zodra het gedrag van hem, die zich op deze rechtvaardigingsgrond beroept, niet meer vlekkeloos is. Dit is o.a. het geval, als de schade toebrengende overheid geen schadeloosstelling aanbiedt, of de particuliere mededinger ongeoorloofde middelen bezigt, ook al is de overtreden zorgvuldigheidsnorm niet ter bescherming van de gedupeerde geschreven.

Het is niet mogelijk over ongeoorloofde mededinging te

schrijven zonder daarin de relativiteitsleer te betrekken. Juist op dit terrein heeft de Schutznormtheorie zijn grootste rol voor de nadere ontleding van het onrechtmatigheidsbegrip niet zonder belang, maar voor de aansprakelijkheidsvraag nutteloos kunnen spelen. Ondanks de vele op deze theorie uitgeoefende critiek⁷⁴ heeft de Hoge Raad deze theorie steeds gehandhaafd en stellen de ontwerpers van het nieuwe B.W. voor deze in het zesde boek te codificeren. Het is niet nodig hier mijn bezwaren tegen de Schutznormtheorie uitgebreid te herhalen⁷⁵. De twee hoofdbezwaren zijn: er zijn vele gevallen, waarin de overtreden norm niet het gelaedeerde belang beschermt en waarin er toch aanleiding is de gelaedeerde een actie toe te staan; en daarnaast: er zijn vele gevallen, waarin de overtreden norm het gelaedeerde belang wel beschermt, maar waarin er alle aanleiding is om aan de gelaedeerde geen actie toe te staan. Het eerste euvel is ondervangen door het zogenaamde correctief van Lange-meijer⁷⁶: als de geschreven norm het geschonden belang niet beschermt, is er wellicht een tweede, ongeschreven norm, die eveneens overtreden is, en die wel het geschonden belang beschermt. Zo b.v. de norm, dat de ene mededinger zich niet in de concurrentiestrijd door wetsovertreding een voor-sprong mag verschaffen op zijn mededingers, die zich wel aan de voorschriften houden, ook al strekte het overtreden voorschrift niet in het belang van de benadeelde concurrenten. Wanneer men zich realiseert, dat de Schutznormtheorie bedoeld is om een verfijning aan te brengen en de mogelijkheid te openen vorderingen *af te wijzen*, indien de on-

⁷⁴ Zie de schrijvers, genoemd bij Asser-Rutten, blz. 505 en Toelichting Ontwerp nieuwe B.W., boek 6, blz. 650 noot 7. Prof. Mr H. K. Köster, Causaliteit en voorzienbaarheid, inaug.orat. Amsterdam 1962 blz. 37 en blz. 43-44 spreekt van een ingewikkelde formule, die moeilijk toepasbaar is, waardoor de concrete uitkomst telkens moeilijk te voorspellen is. Deze theorie geeft slechts een schijnzekerheid, gebaseerd op een ingewikkelde, doch in zijn uitwerking en toepassing volkomen onvaste toverformule.

⁷⁵ Slagter, blz. 312-328, i.h.b. blz. 319 en 323-325; zie ook blz. 294 noot 26, en over de toepassing van deze leer op de mededinging t.a.p. blz. 295-300, R. J. Polak, blz. 111-114 en Dorhout Mees no. 446.

⁷⁶ Mr G. E. Langemeijer, N.J.B. 1934 blz. 619, besproken o.a. door Prof. Mr K. Wiersma, De sociaal-economische wetgeving en de burgerlijke rechter, S.E.W. 1958, blz. 108 en Toelichting Ontwerp nieuwe B.W., boek 6, blz. 656.

rechtmatigheid gefundeerd wordt op irrelevante wetsovertredingen, dan brengt toepassing van het correctief van Lan-gemeijer — ten gevolge hebbende, dat dergelijke vorderingen desondanks kunnen worden *toegewezen* — met zich mee, dat de betekenis van de Schutznormtheorie al aanzienlijk is verkleind. De betekenis ervan zou waarschijnlijk tot nihil gereduceerd kunnen worden, indien ook voor het tweede euvel een correctief zou kunnen worden gevonden. Dit tweede euvel komt in het kort hierop neer, dat een belang niet alleen kan worden beschermd door een hoofdnorm (b.v. art. 25 Wegenverkeerswet), maar ook door tal van onderliggende normen (Wegenverkeersreglement). Overtreding van zo'n onderliggende norm, hoewel ter bescherming van het gelaedeerde belang geschreven, behoort niet altijd een actie tegen de dader te rechtvaardigen⁷⁷. Het correctief t.a.v. dit tweede euvel zou dan hierin moeten bestaan, dat weliswaar de overtreden norm het gelaedeerde belang beschermt, maar dat, nu deze regel slechts een onderliggende norm is, daarnaast nog een toetsing nodig is aan een tweede norm, de hoofdnorm; pas als ook deze het geschonden belang beschermt, is er een aanspraak van de gelaedeerde⁷⁸. Ik laat nog buiten beschouwing de complicaties, die kunnen optreden, indien de betrokken norm niet zonder meer een bepaalde gedraging verbiedt, doch deze bindt aan een vergunning, die wellicht wel, wellicht niet kan worden verkregen⁷⁹.

In de Toelichting op het ontwerp voor het nieuwe B.W., boek 6⁸⁰ worden een groot aantal voorbeelden gegeven, waarin de Schutznormtheorie redding zou moeten brengen. Deze voorbeelden hebben mij niet overtuigd. Het zou mij te

⁷⁷ H.R. 5 juni 1931 N.J. 1932 blz. 113; H.R. 22 mei 1953 N.J. 1953/647 met noot Ph.A.N.H.; H.R. 17 dec. 1954 N.J. 1955/85 met noot L.E.H.R.; H.R. 22 dec. 1961 N.J. 1963/76 met belangwekkende noot van J.H.B.; Mr R. J. Polak, W.P.N.R. 4572 noot 107, die ook wijst op de omgekeerde regel: inachtneming van verkeersregels is niet steeds waarborg voor rechtmatigheid; H.R. 25 maart 1955 N.J. 1955/337.

⁷⁸ Vgl. Mr R. J. Polak, W.P.N.R. 4572.

⁷⁹ Deze complicatie speelde o.m. een rol in het Grofru-arrest H.R. 5 jan. 1951 N.J. 1951/494, W.P.N.R. 4266.

⁸⁰ Toelichting Ontwerp nieuwe B.W., boek 6, blz. 651-652. Zie ook de verdere verdediging aldaar van de Schutznormtheorie op blz. 650-657.

vervoeren om hierop diep in te gaan. Slechts een enkele algemene opmerking. Een deel van de voorbeelden is reeds daarom weinig overtuigend, omdat uit de in de noten genoemde vindplaatsen blijkt, dat de vordering ondanks het ontbreken van een Schutznorm (terecht) is toegewezen (eerste euvel). Een ander deel van de voorbeelden is weinig overtuigend, omdat aldaar de gewenste ontzegging van de vordering ook zonder Schutznormtheorie kan worden gefundeerd. Nog weer een ander deel van de voorbeelden is niet overtuigend, omdat de door de Schutznormtheorie te funderen afwijzing van de vordering in het geheel niet als een billijk resultaat wordt gevoeld. Zo b.v. het geval van het vee, dat bij een storm van een schip is gespoeld, terwijl het vee de storm overleefd zou hebben, indien het conform de wet tot voorkoming van besmettelijke ziekten vastgelegd was geweest. Als de schipper schuld heeft en schade aan het vee door het niet vastbinden van het vee kon voorzien (er was b.v. storm voorspeld), dan is toch een schadevergoeding op zijn plaats. Kon de schipper geen schade voorzien, dan is er geen schuld en dan wordt reeds op die grond de vordering tot schadevergoeding afgewezen. Daarvoor is de Schutznormtheorie niet nodig.

Juist op het terrein van de ongeoorloofde mededinging zijn er talloze gevallen, waarin het overtreden wetsvoorschrift niet strekt tot bescherming van de benadeelde mededingers, en waarbij toch een aanspraak aan de gelaedeerde behoort te worden toegekend. A ontduikt de belasting, waardoor hij zijn waren goedkoper dan de concurrent B aan het publiek kan aanbieden. A smokkelt waren naar het binenland en kan daardoor zijn waren goedkoper aan het publiek aanbieden dan de concurrenten. A levert geregeld gedestilleerd af van een lager alcoholgehalte dan besteld was, tegen de prijs van vocht met het hogere gehalte⁸¹. A en B hebben beiden een rijbewijs nodig om in hun bestelauto de waren bij de afnemers te bezorgen. Zij zakken beiden voor het rijbewijs. A neemt een chauffeur in dienst, waardoor zijn bedrijfskosten stijgen en zijn „Konkurrenzfähigkeit” afneemt. A gaat in strijd met de Wegenverkeerswet rijden zonder rijbewijs. Het

⁸¹ Rb. Den Bosch 12 april 1922 N.J. 1923 blz. 795 achtte dit onrechtmatig tegenover een concurrent; door Drucker-Bodenhausen, blz. 174-175 zonder protest besproken, hoewel geen Schutznorm was overtreden.

aantal voorbeelden is nog gemakkelijk uit te breiden, o.a. door hierin te betrekken de Winkelsluitingswet, de Arbeidswet, de Loterijwet, art. 451 ter en quater Sr. de Veiligheidswet enz.⁸² Toepassing van de Schutznormtheorie moet in alle gevallen tot ontzegging van de vordering leiden, tenzij de werking van deze leer met behulp van het correctief van Langemeijer wordt uitgeschakeld. Bij toepassing van de hierboven verdedigde opvatting moet echter een onderscheid gemaakt worden. Indien b.v. de concurrent A, die belasting ontduikt of smokkelt, de bespaarde belastinggelden gebruikt om zijn inkomen te verhogen, dan spreekt het vanzelf, dat de concurrenten hier niets mee te maken hebben. Dit is slechts het geval, indien de besparing gebruikt wordt om de mededingers te benadelen door prijsverlaging. Doch dat het onjuist zou zijn, om, zoals toepassing van de Schutznormtheorie met zich mee zou brengen, in alle bovengenoemde gevallen aan een concurrent geen vordering toe te kennen, is m.i. overtuigend betoogd door Langemeijer⁸³ met een vaker geciteerde zin: „Weinig dingen zijn meer geschikt het aanzien der rechtsorde te ondermijnen, dan het schouwspel, dat overtreding der wet niet slechts voor het oogenblik, maar ook op den duur voordeliger uitkomt dan haar naleving; dat de overtreder niet zelden de definitieve overwinning in den concurrentiestrijd behaalt”.

Juist de voorbeelden op het terrein van de ongeoorloofde mededinging tonen aan, dat een bevredigend resultaat niet wordt bereikt door de Schutznormtheorie toe te passen ter fundering van een relatieve onrechtmatigheid in het algemeen, maar door op een veel beperkter terrein — namelijk bij de beantwoording van de vraag, of de embryonale onrechtmatigheid weer door het vervallen van de rechtvaardigingsgrond terugkeert — de leer Demogue-Besier toe te passen, die door mij vroeger reeds is verdedigd⁸⁴. De vraag van de relatieve onrechtmatigheid wordt vervangen door die van de relatieve causaliteit, namelijk door te onderzoeken, of de schade ook zou zijn voorgevallen, indien ceteris paribus een voor de onrechtmatigheid beslissende omstandigheid

⁸² Zie de voorbeelden, genoemd bij Mr G. E. Langemeijer, N.J.B. 1934 blz. 620 en Pfeffer, blz. 35-36; zie ook Hoofdstuk II par. 10 hierna.

⁸³ Mr G. E. Langemeijer, N.J.B. 1934, blz. 621.

⁸⁴ Slagter, blz. 284-290.

ontbroken had. Toegepast op het terrein van de ongeoorloofde mededinging leidt dit algemene uitgangspunt tot de conclusie: een concurrent ontleent geen actie aan iedere wetsovertreding van een concurrent t.a.v. een wet, die niet ter bescherming van concurrenten is geschreven, doch alleen, als de onrechtmatige gedragingen geschikt zijn om de dader een noemenswaardige voorsprong op zijn concurrenten te bezorgen, en wel een, die hij, gegeven zijn hulpmiddelen, niet langs wettige weg (tenzij wellicht met onvergelijkelijk groter inspanning) zou kunnen verkrijgen. Alleen in dat geval gevoelen wij de wetsovertreding als een zo ernstige onbehoorlijkheid, ook tegenover de concurrent, dat zij een onrechtmatige daad jegens deze vormt⁸⁵. De schade is juist door de overtreding van het verbod veroorzaakt, want de concurrenten, die de voorschriften naleven, kunnen niet navolgen, zodat de overtreder een voorsprong verkrijgt.

De gehele Schutznormtheorie is slechts nodig, omdat strijd met het objectieve recht nog steeds als een de onrechtmatigheid constituerende factor wordt aangemerkt in navolging van H.R. 31 januari 1919. Bij inbreuk op een subjectief recht ligt het steeds voor de hand een actie toe te kennen; bij overtreding van de zorgvuldigheidsnorm kan men er van uitgaan, dat de norm zodanig is opgesteld, dat deze een aanspraak geeft aan de gelaedeerde. Alleen bij de strijd met het objectieve recht heeft men terecht begrepen, dat de gedraging — hoewel onrechtmatig, ongeacht haar gevolg⁸⁶ — toch onvoldoende aanknopingspunten oplevert voor een aanspraak van de gelaedeerde. Alleen hier, bij de strijd met het objectieve recht — omdat hier het verband tussen de normovertreding en de schade losgemaakt was —, werd een nadere eis van relativiteit gesteld. De Schutznormtheorie werd slechts nodig, doordat men in 1919 de oude formule plakte aan de nieuwe formule. Aldus is de Schutznormtheorie zelf een correctief op de leer van 1919. Zolang men strijd met het objectieve recht (ten onrechte) constituerend acht voor de onrechtmatigheid, is een nadere eis nodig. Schrappt men de strijd met het objectieve recht als normbepalend, dan wordt daarmee de Schutznormtheorie tegelijk nutteloos. Zolang men dit criterium niet schrappt, moet men wèl een correctief hanteren, maar komt de Schutznorm-

⁸⁵ Mr G. E. Langemeijer, N.J.B. 1934, blz. 617 en blz. 620.

⁸⁶ Houwing, I, blz. 18.

theorie wegens de twee hiervoor gereleveerde euvels hiervoor niet in aanmerking. Onderliggende, beschermende, maar bijkomstige normen (fietsbel) worden niet uitgeschaald door het beschermingscriterium. Waar het om gaat, is, dat de normovertreding essentieel was voor de ingetreden of dreigende schade, m.a.w., dat juist *door* de normovertreding de schade veroorzaakt werd. De conclusie is dus, dat datgene, wat vroeger de kern uitmaakte van de onrechtmatigheid, namelijk strijd met het objectieve recht, daaruit geheel behoort te verdwijnen. Zolang wij ons echter nog niet van deze oude legistitische erfenis *geheel* hebben losgemaakt, moeten wij niet alleen op het beperkte terrein van de vraag, of een rechtvaardigingsgrond vervalt, maar op het gehele terrein van de onrechtmatigheidsvraag ons behelpen met lapmiddelen, zoals de Schutznormtheorie en de leer van Demogue-Besier⁸⁷. Dit alles wordt m.i. overbodig, wanneer men

⁸⁷ Zie omtrent toepassing van de leer Demogue-Besier in de rechtspraak Slagter, blz. 288-289 noot 16, waaraan toe te voegen: Rb. Rotterdam 21 dec. 1956 S. en S. 1957/50 (aan meerboei in de Zeehaven Zaandam gemeerd liggende en alle voorgeschreven lichten voerende Walküre door Oceaan aangevaren. Diepe duisternis, doch overigens onbelemmerd zicht. Art. 218 A.P.V. 1910 van de gemeente Zaandam luidt: „Het is den schippers verboden hun vaartuigen op andere plaatsen of andere wijze in het havengebied te hebben liggen dan op die, welke door B. en W. zijn of worden aangewezen”. Nu zodanige aanwijzing door B. en W. nimmer heeft plaats gehad, kan daaruit niet de gevolgtrekking worden gemaakt, dat de Walküre op een verboden ligplaats heeft gemeerd, aangezien dan daaruit mede de onaanvaardbare consequentie zou moeten worden getrokken, dat sinds 1910 geen enkel schip ligplaats in de Zeehaven Zaandam heeft mogen nemen. Het feit, dat de Walküre zich niet bij het havenkantoor heeft gemeld (en daarom niet naar een veiliger ligplaats is verhaald), levert geen schuld aan de aanvaring op, o.m. omdat een aanvaring niet het redelijkerwijs te verwachten gevolg is van het niet-melden (gesteld al dat dit niet-melden onrechtmatig zou zijn); H.R. 23 november 1956, V.R. 1957/2 (al is de onoplettendheid van P. een onmisbare factor in de oorzakelijke reeks, die tot de botsing voerde, tevens staat vast, dat de botsing ook nimmer zou hebben kunnen plaatsvinden, indien de J. niet de vrachtauto als een obstakel op de rijbaan, waarop P. kwam aanrijden, had laten staan); H.R. 15 maart 1957 V.R. 1957/37 (voor de afwijzing van de vordering van de weduwe en het kind van de motorwielrijder tegen de automobilist was niet vereist, dat kwam vast te staan, dat bij „behoorlijk uitwijken” door de automobilist in de zin van art. 23 W.V.R. het ongeval eveneens en met dezelfde gevolgen zou zijn geschied, doch daartoe was voldoende, dat niet bleek, dat bij „behoorlijk uitwijken” door de automobilist de aanrijding met de motor-

uitgaat van het onrechtmatigheidsbegrip, als door mij voorgestaan. Deze dekt, gekoppeld aan rechtvaardigingsgronden, niet alleen inbreuk op een subjectief recht en strijd met de zorgvuldigheid, maar ook strijd met het objectieve recht, voorzover relevant: voorzover de normovertreding samenvalt met een handeling, die objectief „nachträglich” voorzienbare schade waarschijnlijk maakt. En juist de normovertreding valt dan als irrelevant weg, voorzover daarin — in de woorden van Houwing — een gedraging wordt

wielrijder, die zonder noodzaak het voor hem linkergedeelte van de weg bereed en bleef berijden, niet eveneens of niet met dezelfde gevolgen zou hebben plaats gehad); Rb. Rotterdam 26 april 1957 N.J. 1958/127 (aanrijding tussen twee auto's, namelijk een Chevrolet, die even had gestopt en een Volkswagen, die aan de Chevrolet geen voorrang gaf; toch geen aansprakelijkheid van de Volkswagen voor de aanrijdingsschade, omdat er i.c. geen oorzakelijk verband was tussen dat niet-voorrang-geven van de Volkswagen en de aanrijdingsschade, en wel omdat i.c. de Chevrolet grotere schuld had dan de Volkswagen, doordat de Chevrolet (ook al gaf de Volkswagen geen voorrang) te snel het kruispunt opreed en aldus de gevaarssituatie heeft geschapen); Rb. Utrecht 24 januari 1958 V.R. 1960/23 (in het feit, dat de auto te zwaar was beladen, is geen te verwijten medeschuld van de bestuurder gelegen, nu blijkens de door de politie genomen remproeven de remcapaciteit niet beneden het wettelijke vereiste was gedaald, zodat ook in de omstandigheid, dat wellicht de botsing minder hevig zou zijn geweest, geen schuld van de bestuurder kan worden gevonden); Hof Den Bosch 20 nov. 1958 V.R. 1959/113 (niet elke overtreding van een wettelijk voorschrift is zonder meer oorzaak van schadetoebrenging, doch een overtreder van een wettelijk voorschrift is slechts dan schuldig aan het toebrengen van schade, wanneer die schade als het redelijkerwijs te verwachten gevolg van de overtreding moet worden beschouwd); Hof Amsterdam 3 dec. 1959 N.J. 1960/501 (de N.S. bouwen een transformatorstation dicht voor een hotel, in strijd met de Bouwverordening; geint. heeft, door in strijd met art. 11 derde lid van de Bouwverordening van Ermelo te bouwen buiten de voorgevelrooilijn, onrechtmatig gehandeld, doch het vereiste causale verband tussen deze schending van de Bouwverordening en de door app. gestelde, uit de storing van zijn uitzicht voortvloeiende, schade ontbreekt. De schade zou in dezelfde omvang zijn ontstaan, indien de voorgevel met inachtneming van de Bouwverordening 3.30 m verder naar achteren zou zijn geplaatst); vgl. ook H.R. 12 febr. 1960 N.J. 1960/171 en het commentaar hierop in de Toelichting Ontwerp nieuwe B.W., boek 6, blz. 654 noot 5; in een aantal van bovengenoemde uitspraken wordt de gedachtengang van Demogue-Besier wel toegepast maar gekleed in overwegingen omtrent de schuld of de medeschuld; eenzelfde stilzwijgende toepassing van deze gedachtengang is te vinden bij Prof. Mr H. Drion, Kosteloos meerijden, V.R. juni 1958 blz. 113 noot 16.

verboden, ongeacht haar gevolg. De betekenis van overtreding door bedrijfsgenoten van regels van objectief recht, waarvan niet gezegd kan worden, dat zij geschreven zijn ter bescherming van de bedrijfsgenoten — maar die in de mededinging wèl deze betekenis hebben, dat de andere bedrijfsgenoten, die zich wèl aan deze regels houden, niet kunnen navolgen en *daardoor* de door normale concurrentie veroorzaakte schade niet kunnen afweren — is deze, dat daardoor aan het handelen in mededinging geen rechtvaardigingsgrond kan worden ontleend.

De hiervoor reeds aangestipte complicatie, die optreedt, wanneer de overtreden norm niet zonder meer een verbod geeft, maar slechts een verbod oplegt aan hen, die geen vergunning bezitten, leidt bij toepassing van de hiervoor verdedigde opvatting tot de volgende oplossing: een concurrent treedt op zonder vergunning; elimineert men het onrechtmatigheidselement, d.w.z. veronderstelt men, dat de concurrent optrad met vergunning, dan zou dezelfde schade zijn geleden; zulks leidt echter in dit geval niet tot de conclusie, dat de normovertreding derhalve irrelevant was voor de toegebrachte schade, zodat de gelaedeerde mededinger geen actie zou hebben. Immers in de laatste veronderstelling zou deze schade weliswaar ook geleden zijn, maar door een handeling, die krachtens een rechtvaardigingsgrond (handelen in mededinging) niet meer onrechtmatig is. De „verfijnde” leer Demogue-Besier behoort echter slechts tot afwijzing van de aanspraak te leiden, indien bij eliminatie van het onrechtmatigheidselement toch de schade intreedt, zonder dat deze door een handeling met rechtvaardigingsgrond is veroorzaakt.

Asser-Rutten⁸⁸ bestrijdt de leer Demogue-Besier. Hij meent, dat consequente toepassing van deze leer tot het resultaat zou leiden, dat de pleger van een onrechtmatige daad praktisch nooit aansprakelijk zou kunnen worden gesteld. Daartoe geeft hij het voorbeeld van het toebrengen van lichamelijk letsel. Anders dan Asser-Rutten meen ik echter, dat aldaar de eliminatie tot een juist resultaat leidt: de schade zou niet ook zijn veroorzaakt door de materiële daad, indien daaraan het onrechtmatige karakter ontbroken had, want de daad zou dan achterwege zijn gebleven (het

⁸⁸ Asser-Rutten, blz. 512.

toebrengen van lichamelijk letsel aan een ander is onrechtmatig), òf de schade zou slechts denkbaar zijn geweest, door een daad met een rechtvaardigingsgrond, in welk laatste geval de bovengenoemde verfijning van toepassing zou zijn.

Men dient de leer Demogue-Besier als een vervolgstuk te zien op de Schutznormtheorie, als een sluitstuk op de juiste door de Schutznormtheorie geuite gedachte ⁸⁹. Met de vaststelling, dat de overtreden norm een Schutznorm is, kan niet worden volstaan. Hiermede is immers slechts een verband gelegd tussen de overtreden norm en *het belang van de gelaedeerde*, dat om bescherming vraagt: daarmede is alleen het begrip „onrechtmatig” nader omljnd, zolang men schending van het objectieve recht als constituerend voor de onrechtmatigheid blijft beschouwen. Voor de *aansprakelijkheid* echter is mede vereist een verband tussen de overtreden norm en de *schade van de gelaedeerde*, die recht op vergoeding heeft. Er blijft dan noodzakelijk een speciaal causaal verband tussen de daad, voorzover in het te onderzoeken opzicht onrechtmatig, en de schade. De stap, die na toepassing van de Schutznormtheorie nog moet worden gezet, kan worden gedemonstreerd aan de hand van de noot van Meijers onder het arrest betreffende de onteigening Marchant d'Ansembourg ⁹⁰. Meijers zegt: een wetsvoorschrift, dat niet de strekking heeft private personen tegen nadelen te beschermen, kan overtreden worden zonder dat een vordering uit art. 1401 B.W. mogelijk zal zijn. Sterker nog, ook overtreding van die voorschriften, die wel strekken om bijzondere personen tegen nadelen te beschermen, zal tot geen vordering uit art. 1401 B.W. aanleiding geven, wanneer niet bepaald dat nadeel, waartegen het voorschrift heeft willen beschermen, ingetreden is. Tot zover Meijers. En nu de volgende stap: nog sterker, zelfs, wanneer bepaaldelijk die schade is ingetreden, waartegen het voorschrift heeft willen beschermen (fietsbel!), heeft de gelaedeerde geen aanspraak, indien de schade niet juist door die daad, voorzover onrechtmatig, is veroorzaakt.

Causaliteit. Na het voorgaande kan ik over de causaliteit kort zijn. Wordt de „objektiv nachträgliche Prognose” overgeheveld van de causaliteit naar de onrechtmatigheid, dan

⁸⁹ Slagter, blz. 332.

⁹⁰ H.R. 25 mei 1928 N.J. 1928 blz. 1688.

moet de causaliteit het zonder dit begrip stellen. Dit is geen verlies, maar winst aan zuivere begripsvorming. De causaliteitsvraag mag bij de toerekening niet centraal worden gesteld. De toerekening is geen natuur-wetenschappelijk, maar een maatschappelijk probleem. Wat de toerekenbare gevolgen ener handeling zijn, bepaalt niet de ervaringswet maar de norm⁹¹. T.a.v. de causaliteit heeft men eerst een beperking op de leer der *conditio sine qua non* aangebracht door de leer der *adaequate* veroorzaking; daarna heeft men deze weer uitgebreid door voor de voorzienbaarheid uit te gaan van de achteraf bekend geworden feiten. Eerst vindt dus een hypothetische eliminatie plaats (de *conditio sine qua non* methode) en vervolgens een hypothetische toevoeging (stel, dat de dader toen al wist, wat hem achteraf bekend is geworden, had hij dan met die feiten voor ogen schade kunnen voorzien, en was schade dan waarschijnlijk?). De beperking was uit een oogpunt van causaliteit onjuist, de uitbreiding was slechts juist, wanneer deze geschied was onder de auspiciën van de onrechtmatigheid. De behoefte om het uitsluitend negatieve criterium van de *conditio sine qua non* theorie door een positief criterium te completeren, was op zich zelf begrijpelijk, maar door de *adaequatie* als zodanig positief element bij de causaliteit te introduceren heeft men de causaliteit willen belasten met een aansprakelijkheids criterium, en heeft men de causaliteit, een element *ex post*, mede willen laten definiëren door de *adaequatie*, een element *ex ante*, zij het na de verfijning van Rümelin, een gematigd element *ex ante*.

Schade. Schade is iedere vermogensvermindering, ook benadeling van winstcapaciteit, aantasting van goodwill door onrust onder de cliëntèle te zaaien enz. Men moet onderscheiden:

- a. materiële beschadiging, die tot materiële schade leidt, b.v. de beschadiging van een auto, waardoor waardevermindering optreedt;
- b. immateriële beschadiging, die tot materiële schade leidt, d.w.z. een inbreuk door lawaai, stank of andere vormen

⁹¹ Mr R. A. V. Baron van Haersolte, R. M. Themis 1957, blz. 406, citerend Mr J. F. Glastra van Loon, Norm en handeling, blz. 193; Slagter, blz. 206.

van genotsvermindering, waarbij het rechtsobject onaangetast blijft ⁹²;

- c. materiële beschadiging, die tot immateriële schade leidt: gederfde levensvreugde, te vergoeden door smartegeld.

Niet nodig is, dat de schade reeds is toegebracht, voldoende is, dat schade dreigt ⁹³.

Voor het bewijs van daad en schade is de hulp van een agent provocateur rechtmatig, indien deze hulp nodig is om een anders niet te leveren bewijs boven tafel te brengen. De hulp van een agent provocateur is onrechtmatig, indien deze als uitlokker optreedt ⁹⁴.

Eigenrichting. De eigenrichting speelt bij de ongeoorloofde mededinging een grotere rol dan op de andere gebieden des rechts. De eigenrichting komt aan de orde bij de boycot en bij afweer tegen ongeoorloofde mededinging van een andere concurrent. Toch wordt de mededinging in de twee recente verhandelingen over de eigenrichting, namelijk van Cleveringa en van Rutten, slechts zeer terloops besproken. Rutten ⁹⁵ verwerpt de van Cleveringa ⁹⁶ afkomstige formule, dat eigenrichting geoorloofd is, tenzij zij ontaardt tot een onrechtmatige daad. Rutten gaat er van uit, dat de aanvaarding van rechtvaardigingsgronden berust op het ongeschreven recht, en komt zo tot de regel ⁹⁷, dat eigenrichting als zodanig ongeoorloofd is, maar dat de werking van dit beginsel wordt getemperd door de regel, dat de onrechtmatigheid wordt opgeheven door de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond. Rutten definieert eigenrichting als: een daad, waardoor iemand, zonder gebruik te maken van overheidshulp, een burgerrechtelijke aanspraak door dwangmiddelen verwezenlijkt; deze eigenrichting is

⁹² H.R. 29 jan. 1937 N.J. 1937/570 (Voorste Stroom: vermindering van genot is op geld waardeerbare schade) en H.R. 31 dec. 1937 N.J. 1938/517 (Nobel-Unitas). Mr R. J. Polak, W.P.N.R. 4570.

⁹³ H.R. 13 nov. 1914 W. 9810; H.R. 4 jan. 1952 N.J. 1953/158; A. G. Langemeijer voor H.R. 16 maart 1951 N.J. 1951/318; zie ook H.R. 4 maart 1938 N.J. 1938/948 en H.R. 18 aug. 1944 N.J. 1944/45 no. 598.

⁹⁴ Baumbach-Hefermehl, blz. 165.

⁹⁵ Rutten, blz. 14.

⁹⁶ Prof. Mr R. P. Cleveringa, W.P.N.R. 4290-4291; zie over mededinging W.P.N.R. 4290 noten 26 en 27.

⁹⁷ Rutten, blz. 15-16.

onrechtmatig, tenzij voor dit eigenmachtige optreden een rechtvaardigingsgrond aanwezig is. Zo'n rechtvaardigingsgrond kan aanwezig zijn, indien men zich snel moet verweren tegen een aantasting en effectieve spoedige rechts-hulp ontbreekt. Onder het ontbreken van effectieve rechts-hulp is mede te verstaan het geval, dat alleen door een openbare rectificatie afdoende herstel van schade door ongeoorloofde mededinging mogelijk is en een zodanige rectificatie en publicatie door de rechter niet wordt bevolen.

Verweren tegen betichting van ongeoorloofde mededinging.

Reimer⁹⁸ noemt vijf verweren tegen de betichting van ongeoorloofde mededinging: a. de eiser maakt zich zelf schuldig aan ongeoorloofde mededinging; b. het betreft een afweermaatregel van de dader; c. de daad was in het handelsverkeer gebruikelijk; d. verjaring; e. verwerking van recht.

Met terzijdelating van de laatste twee verweren kan omtrent de eerste drie het volgende worden opgemerkt: ad a. Het feit, dat de eiser zelf zich schuldig maakt aan ongeoorloofde mededinging, geeft aan de gelaedeerde nog geen vrijbrief om zijnerzijds ook ongeoorloofde mededinging te bedrijven. Er is dus een reden om de vordering tot verbod op die grond te ontfeggen. Een vordering tot schadevergoeding kan echter op die grond wèl worden ontfegd, omdat hetzij de wederzijdse vorderingen tot schadevergoeding tegen elkaar gecompenseerd kunnen worden, hetzij kan worden betoogd, dat de eiser geen schade in een *rechtmatig* belang heeft geleden⁹⁹. Ad b. Wie onbehoorlijke mededinging van de eiser afweert, doet een beroep op noodweer. Hiervoor moet aan drie eisen zijn voldaan: ogenblikkelijke onrechtmatige aanval, de afweermaatregel moet door deze aanval vereist zijn, en dit moet geschieden ten gunste van de aangevallene. Noodweer is steeds onrechtmatig, wanneer een vonnis in kort geding de dader reeds had kunnen helpen (tegengaan van eigenrichting). In noodweer mag met mid-delen worden gewerkt, die zonder noodweer ongeoorloofd zouden zijn. Noodweer rechtvaardigt wèl grove taal, maar geen onwaarheid. Noodweer is ook geoorloofd, wanneer de aanval *mede* tegen een derde was gericht. Noodweer tegen

⁹⁸ Reimer, blz. 866.

⁹⁹ Reimer, blz. 867-868.

noodweer is verboden, zodat de vraag rijst van iedere kinderruzie: wie is begonnen? Noodweer is gerechtvaardigd tegen een handeling, die slechts onrechtmatig is, doch waarbij schuld ontbreekt (b.v. de daad van een krankzinnige) ¹⁰⁰. Ad c. De handeling is in het handelsverkeer gebruikelijk. Bij de beantwoording van de vraag, of een rechtvaardigingsgrond, gelegen in het handelen in mededinging, wegvalt, is niet beslissend, of de handeling in de kring van handel, waartoe de betrokken onderneming behoort, gebruikelijk is en geoorloofd wordt geacht. De opvattingen van de handel en die van het algemene publiek omtrent hetgeen behoorlijk is, kunnen sterk uiteen lopen. Wat het publiek onbehoorlijk vindt, vindt de handel soms „scherp gespeeld”; wat het publiek een „handige zet” vindt, vindt de handel wellicht in strijd met de handelsmoraal ¹⁰¹. De rechter dient zelfs een unanieme mening van de handel te negeren, indien deze apert in strijd is met de goede zeden of met het algemeen belang (b.v. de belangen van de consumenten). Is er geen unanieme mening, dan kan de rechter zelf de onrechtmatigheid beoordelen. Wanneer dit beroep op handelsgebruik verworpen wordt, kan het wel zo zijn, dat de dader, te goeder trouw handelend volgens een — zij het onrechtmatig — handelsgebruik, geen schuld treft ¹⁰².

Par. 3. Economisch uitgangspunt.

De inhoud van het recht wisselt naar tijd en plaats, maar dit geldt wel in bijzonder sterke mate voor de mededinging, omdat daarbij de doelmatigheidsaspecten een zeer grote rol spelen, waarvoor rechtvaardigheidsaspecten somtijds wijken. Recht, rechtspolitiek en politiek zijn op dit omstreken terrein van de concurrentiestrijd, van de geoorloofde en de ongeoorloofde mededinging, van ordening of geen ordening, van kartels, fusies en monopolies, nauwelijks van elkaar te scheiden. De mogelijkheid om het particulier belang in harmonie te doen zijn met het algemeen belang via het prijsmechanisme bestaat alleen, indien aan twee voorwaarden is voldaan: een conjunctuurpolitiek ter bereiking van een

¹⁰⁰ Reimer, blz. 869-872 met een verwijzing naar par. 227 B.G.B.

¹⁰¹ Aldus H.R. 8 januari 1960 N.J. 1960/415 (scrabble); Molengraaff, blz. 145; Reimer blz. 502; Prof. Mr J. Offerhaus, geciteerd in A.A. jan. 1953 blz. 51 en B.I.E. 1953 blz. 32. Anders: H.R. 11 nov. 1937 N.J. 1937/1096 (Kolynos).

¹⁰² Reimer, blz. 872-873.

evenwichtige ontwikkeling en daarnaast zorg voor een gezonde mededinging. Het is onvermijdelijk, dat bij de beantwoording van de vraag, of de wet nadere regelen behoeft op het terrein van de ongeoorloofde mededinging, wordt uitgegaan van bepaalde opvattingen omtrent economie en politiek, zodat het juist voorkomt deze voorop te stellen.

Wanneer t.a.v. de mededinging wordt opgemerkt, dat de inhoud van het recht mede door doelmatigheidsoverwegingen wordt bepaald en dat deze doelmatigheidsoordelen met de tijd wisselen, dan wordt hiermede in het bijzonder bedoeld op het verloop van de conjunctuur. In een tijd van laagconjunctuur zal men behoefte hebben aan andere mededingingsregels dan in een tijd van hoogconjunctuur. Tijdens een baisse zal er behoefte bestaan aan regelingen, die de prijzen op peil houden en die waken tegen onderkruipers en outsiders. Tijdens een hoogconjunctuur zal er behoefte bestaan aan regelingen, die de strijd aanbinden met prijsverhogingen en met concurrentie beperkende afspraken. De versmade outsider en onderkruiper uit de baissetijd wordt een geprezen blokkadebreker en vrijheidstrijder. Thans leven wij in een hoogconjunctuur met tekorten aan de aanbodzijde en een voortschrijdende geldontwaarding, zodat weer voorop dienen te staan regels, die het de ondernemers moeilijker zullen maken om prijzen te verhogen of de kwaliteit te verlagen. Eén van de ernstigste gevaren tijdens een hausse is de sluipende inflatie, waardoor welvaartsstijging alleen ten goede komt aan loontrekken, ten koste van de trekkers van pensioenen en rente, en waardoor de spaarzin wordt ondermijnd. Zij, die belang hebben bij waardevast geld, hebben geen macht om deze wens kracht bij te zetten, en zij, die die macht hebben, hebben er geen belang bij de waardevastheid van het geld te bevorderen. De werknemers verlangen loonsverhogingen, die, wanneer deze gelijk zijn aan de productiviteitsstijging, ten koste van andere bevolkingsgroepen gaan, en die, wanneer deze de productiviteitsstijging overtreffen, tot vermindering van de waarde van het geld en tot prijsstijgingen leiden. De werkgevers verzetten zich nauwelijks tegen loonsverhogingen en hebben alleen belang bij doorberekening daarvan in de prijzen, waardoor de inflatiespiraal in de hand wordt gewerkt. Blijkbaar vrezen zij geen afzetproblemen bij een collectief doorberekende loonsverhoging. Zowel het stand-

punt van de werknemers als dat van de werkgevers is onjuist. De productiviteitsverhoging is niet alleen aan de werknemers te danken en dient ook niet alleen aan de werknemers ten goede te komen, doch aan de gehele bevolking door middel van prijsverlaging. De overheid heeft onvoldoende belang bij het tegengaan van inflatie, want de aflossing van de staatsschuld wordt aldus een steeds minder zwaar drukkende last. Aldus wordt de gewone consument het kind van de rekening. Men kan de waardeversterving van het geld niet, zoals Hooykaas destijds heeft voorgesteld¹, verzekeren door een eenvoudige wettelijke regeling, waarbij wordt bepaald, dat in leningen van openbare lichamen, spaarcontracten en levensverzekeringsovereenkomsten een clausule moet worden opgenomen, dat rentebetaling en aflossing geschieden zal op basis van koopkracht. De waardeversterving van het geld kan slechts voornamelijk door de economie en zeker niet uitsluitend door het recht worden bewerkstelligd. Het recht kan slechts een bijdrage geven door bevordering van de concurrentie, door het tegengaan van onredelijke prijsafspraken en door ondernemers zo min mogelijk te beschermen tegen aanvallen van outsiders, concurrenten en onpartijdige instanties (zoals de Nederlandse Consumentenbond) op hun producten of hun prijzen. De overheid dient bij de tegenstrijdige belangen tussen consumenten en handel en industrie in een tijd van hoogconjunctuur eerder aan de kant van de consumenten te staan. Als echter de consumenten noch van de werkgevers noch van de werknemers steun kunnen verwachten voor stabilisatie, prijsverlaging en bestrijding van inflatie, dan moet, waar een appèl aan het algemeen welzijn faalt, de deur verder geopend worden voor de struggle for life.

Naast dit conjuncturele aspect is er een structurele wijziging in ons economisch bestel te constateren, namelijk de vervanging van het klassieke marktmodel van de volledige mededinging door een tussenvorm tussen volledige mededinging (veel aanbieders en veel vragers op een homogene markt met een homogeen product) en een absoluut monopolie, waarbij monopolioïde en mededingingstendenzen in zeer ongelijke mate optreden. De beperking van de mede-

¹ Prof. Mr J. P. Hooykaas, H.N.J.V. 1953, II, blz. 44-48, bestreden door Prof. Mr C. H. F. Polak, H.N.J.V. 1953, II, blz. 71.

dinging gaat gepaard met een groei van de ondernemingen. Dit kan zowel voordelen (rationalisatie) als nadelen (prijsverstarring en machtsvorming) hebben ². Daar komt nog bij, dat door de E.E.G. het aantal fusies zal toenemen, omdat in Europees verband alleen de grotere ondernemingen zich zullen kunnen handhaven bij de geleidelijke afbraak van de tariefmuren. Internationaal is deze toenemende fusieering toe te juichen, omdat Nederlands concurrentiepositie daardoor sterker wordt. Vanuit een nationaal standpunt bekeken betekent dit echter, dat de concurrentie vermindert: vele kleine fabrikanten worden vervangen door weinige grote. Weliswaar zullen dan ook buitenlandse fabrikanten hier te lande gemakkelijker kunnen concurreren, maar het gevaar wordt toch groter van prijskartels en onderlinge afspraken. Het publiek (en de weinige kleine fabrikanten, die over blijven) komen daardoor in gevaar.

Nog een derde factor speelt in de huidige ontwikkeling een rol. Het directe contact tussen de deskundige detaillist en het om voorlichting vragende publiek vermindert door zelfbedieningszaken, supermarkets en branchevervaging of parallelisatie. De detaillist, die zijn assortiment verbreedt, zal niet meer t.a.v. alle door hem aangeboden producten even deskundig kunnen zijn. De detaillist zal steeds minder voorlichting kunnen geven en het publiek, dat zich tot zelfbedieningszaken wendt, schijnt daar ook niet om te vragen. Dit is echter slechts schijn, want op vele terreinen wordt het publiek steeds ondeskundiger. De mensen worden niet dommer, maar de producten, die zij willen kopen, worden moeilijker. Men behoeft nog geenszins aan duurzame ingewikkelde huishoudelijke apparaten, zoals wasmachines en televisieapparaten, te denken, om de juistheid van deze stelling te beamen. Wie wel eens een verslag van een vergelijkend warenonderzoek heeft gezien, onverschillig, of dit matrassen dan wel kampeerartikelen betreft, zal onder de indruk komen van de veelheid van de factoren, die bij de beoordeling van de kwaliteit van een product een rol spelen. Het publiek kan dit niet zelf beoordelen en moet dus afgaan op de voorlichting door de verkopers. Wanneer de detaillisten daartoe steeds minder in staat zijn, zal het

² Wiersma, blz. 5-6.

publiek in toenemende mate afhankelijk zijn van de voorlichting in de reclame door de fabrikanten zelf. Dit noopt tot de noodzaak zwaarder te tillen aan de voorlichtende taak van de reclame en aan de toelaatbaarheid van critiek op reclame, die in dit opzicht tekort schiet. Hoogconjunctuur kan niet alleen leiden tot prijsverhoging, maar ook tot kwaliteitsverlaging, b.v. beperking van de duurzaamheid. Ook in de reclame en tegenreclame dient de concurrentiestrijd verscherpt te worden. Daarnaast dwingt deze nieuwe ontwikkeling tot de vraag, of herziening gewenst is van de Vestigingswet Bedrijven, de Wet Beperking Cadeaustelsel en de Winkelsluitingswet.

Het voorgaande leidt tot de conclusie, dat alle vormen van mededinging, die tot prijsverlaging of tot kwaliteitsverbetering leiden, moeten worden aangemoedigd. Verkoop tegen een lagere dan de „officieel” vastgestelde prijs is in beginsel toe te juichen. „Prijsbederf” — een typisch middenstandswoord — is een voor de consument onbegrijpelijk en onverteerbaar begrip. Daar zullen wij in het volgende van uitgaan, in het volledige besef, dat men aldus niet tot eeuwigheidsoplossingen komt, en dat men in een ander tijdsgewricht behoefte zal hebben aan een ander mededingsrecht.

Deze conjuncturele en structurele ontwikkeling heeft voor het algemene mededingsrecht vooral betekenis op het terrein van de boycot (en alles wat hier mee samenhangt, zoals zwarte lijsten, sanering, exclusiviteitsregelingen), op het terrein van de vergelijkende reclame en op dat van de verticale prijsbinding. Zoals in tijden van hoogconjunctuur maatregelen moeten worden genomen om verlaging van prijzen en doorbreking van monopolies en gesloten verkooporganisaties te bevorderen, zo moeten er in tijden van crisis maatregelen worden genomen voor minimum-prijzen, gepaard met sanering. Een minimum-prijs zonder sanering zou betekenen een kunstmatige instandhouding van een (tijdelijk?) niet (meer) levensvatbaar middenstandsbedrijf. Sanering kan zowel langs privaatrechtelijke als langs publiekrechtelijke weg worden nagestreefd³. Langs privaatrechtelijke weg is sanering echter moeilijk zonder eventuele boycot als dwangmiddel door te voeren, omdat niemand zich in het

³ Pres. Rb. Dordrecht 25 nov. 1950 N.J. 1951/51.

algemeen belang wil opofferen. In zo'n situatie kan beter de Vestigingswet Bedrijven worden dienstbaar gemaakt aan een eventuele beperking van overmatige concurrentie, b.v. door inkrimping van het distributieapparaat te bevorderen, door bij overlijden van de ondernemer de opvolging aan een speciale vergunning te binden.

Moet de rechter de rechtmatigheid van een boycot toetsen, dan dient hij doel en middelen van de boycot in zijn oordeel te betrekken. Dit noopt hem tot een waardering van economische wenselijkheden, waarbij hij belangen van ondernemers en consumenten tegen elkaar moet afwegen. Indien het te doen is om uitbuiting van een monopoliepositie van de gezamenlijke boycotters ten koste van de consumenten (en de outsider), kan door de rechter strijd met de goede zeden (dus nietigheid van de overeenkomst tussen de boycotters) en een onrechtmatige daad (jegens de outsider) worden aangenomen ⁴. Ook hier weer zien wij de in par. 1 reeds gereleveerde samenhang tussen de bescherming van de concurrent en die van de consument. Toch kan de vraag rijzen, of er niet een onderscheid moet worden gemaakt tussen de boycot als pressiemiddel in een arbeidsgeschil en boycot als pressiemiddel in een geschil tussen twee concurrenten, omdat in het laatste geval nog sterker de economische factoren zullen overwegen, die de rechter niet ten volle kan overzien. „Bij boycot is het juist dit economische of sociale bij-oogmerk, dat een rechtvaardiging schijnt te geven aan de bedoeling om te benadelen en dat zodoende de aansprakelijkheid beperkt tot de gevallen, waarin ongeoorloofde middelen zijn gebruikt, of waarin het doel om te benadelen bovendien onredelijk of immoreel is” ⁵.

Ook het oordeel over de al dan niet toelaatbaarheid van vergelijkende reclame wordt sterk beïnvloed door de conjunctuur. In een baisse zal vergelijkende reclame en het verkondigen van onaangename waarheden over een concurrent doorgaans onrechtmatig worden geacht. Tijdens een hoogconjunctuur bestaat er aanleiding dit oordeel te herzien, omdat publicatie van een vergelijkend warenonder-

⁴ Molenaar, blz. 194; zie ook Mr H. Albarda, *Economische boycot*, 1934, blz. 83.

⁵ Wiersma, blz. 16-17.

zoek — mits het de waarheid, de gehele waarheid en niets dan de waarheid verkondigt — een krachtige stimulans voor de ondernemer, die er in de vergelijking slecht afkomt, zal zijn om zijn product te verbeteren en voor alle andere ondernemers een krachtige waarschuwing, die preventief kan werken, indien zij zouden willen overwegen de kwaliteit van hun product of de duurzaamheid er van te verminderen.

Een nog grotere betekenis heeft de conjunctuur voor de beoordeling van een verticale prijsbinding. Bij een individuele verticale prijsbinding stelt de ondernemer de tussenhandels- en de detaillistenprijzen en de daartussen liggende handelsmarges vast, en worden de elkaar opvolgende schakels in dezelfde lijn van ondernemer tot consument door contracten aan deze prijsvaststelling gebonden. Indien deze verticale prijsbinding een onzedelijke oorzaak heeft, is het contract nietig; is dit niet het geval, dan kan doorbreking van een verticale prijsbinding door een derde een onrechtmatige daad van die derde opleveren. De vraag echter, of de verticale prijsbinding nietig is en of doorbreking ervan een onrechtmatige daad oplevert, is weer voor een belangrijk deel afhankelijk van de economische situatie. Tijdens een baisse zal men eerder geneigd zijn prijsbinding als een positief te waarden instituut te zien dan tijdens een hausse. Zo schrijft Mok ⁶, dat, waar vergelijking mogelijk was tussen prijsgebonden en vrije artikelen, bleek, dat prijsbinding soms indiffernt is, vaker tot hogere, maar nooit tot lagere prijzen leidt. Leidt een enquête inderdaad tot dit resultaat, dan zal dit voor de wetgever en de uitvoerende macht een factor van groot belang zijn bij de beantwoording van de vraag, welk standpunt hij tegenover de verticale prijsbinding zal aannemen.

Op het terrein van het bijzondere mededingingsrecht dient bij de vraag van de invloed van de economische situatie op de wettelijke regeling uiteraard in de eerste plaats gedacht te worden aan de kartelwetgeving. Bij de toepassing van de eerste Nederlandse kartelwetgeving in 1935 ⁷ viel de klemtoon op de werking van de kartels ten

⁶ Mr M. R. Mok, S.E.W. 1961, blz. 276.

⁷ Wet van 24 mei 1935 S. 310 tot het algemeen verbindend en onverbindend verklaren van ondernemersovereenkomsten.

goede. Het was crisistijd en beperking van destructieve concurrentie was gewenst. De Wet Economische Mededinging van 1956⁸ daarentegen kwam tijdens de hoogconjunctuur tot stand, zodat niet te verbazen valt, dat daarbij de nadruk kwam te vallen op maatregelen *tegen* kartels en economische machtposities. In 1935 was algemeen verbindend verklaring vaak in het algemeen belang, dertig jaar later was dit het geval met de onverbindendverklaring⁹. In de U.S.A. ziet men een soortgelijke ontwikkeling. Onder invloed van de crisis in de dertiger jaren werd aldaar in 1937 het Miller-Tydings amendement op de Shermanact aangenomen, waardoor onder bepaalde voorwaarden verticale prijsbinding geoorloofd werd verklaard.

De stelling, dat de economische ontwikkeling invloed heeft op de inhoud van het door de wetgever en de uitvoerende macht tot stand gebrachte mededingingsrecht, zal derhalve weinig tegenspraak ontmoeten. Moeilijker ligt echter de vraag, of de rechter in zijn oordeel een wijziging in de conjunctuur mag laten meespreken en of hij dit kan doen. Wanneer het om tamelijk eenvoudige of kennelijke gevallen gaat, zal er niet veel bezwaar tegen bestaan, dat de rechter zo nodig het nietigheidszwaard hanteert. Maar dan moet er ook sprake zijn van een overeenkomst in strijd met de openbare orde of de goede zeden. Dit grove wapen belet de rechter rekening te houden met allerlei nuances, nuances bovendien, die de rechter niet volledig kan overzien of kan waarderen, omdat deze op economisch vlak liggen. Men kan zich b.v. voorstellen enerzijds een verticale prijsbinding, die zo apert onredelijk en onzedelijk is, dat het de rechter niet moeilijk valt deze tussen partijen nietig te verklaren (zodat a fortiori inbreuk op deze nietige verkooporganisatie ook geen onrechtmatige daad oplevert); daarentegen kan men zich anderzijds voorstellen een verticale prijsbinding, die zo redelijk en bescheiden is en zo bevredigend werkend voor alle belanghebbenden, dat deze niet alleen tussen de betrokkenen geldig wordt geacht, maar dat bovendien inbreuk er op als een ondermijning van een verkoopsorganisatie wordt aangemerkt, als een profiteren

⁸ Wet Economische Mededinging van 28 juni 1956 Stbl. 1958 no. 413.

⁹ Wiersma, blz. 6.

van eens anders contractbreuk, die een onrechtmatige daad van de doorbrekende derde oplevert. Maar tussen deze beide uiterste gevallen in bevindt zich een ruime marge van gevallen, waarbij de prijsbinding wel als onwenselijk wordt aangemerkt maar niet als onzedelijk. Kan dan de rechter zeggen: ik mag de prijsbinding niet nietig verklaren, want het gaat mij te ver om deze overeenkomst te beschouwen als hebbende een onzedelijke oorzaak, maar anderzijds vind ik de overeenkomst toch wel zo onwenselijk, dat buitenstaanders, die de verkooporganisatie trachten te doorbreken, mijn zegen hebben, zodat zij geen onrechtmatige daad plegen?

M.i. mag de rechter dat niet. Voorzover geen onzedelijke oorzaak een rol speelt, dient de rechter niet zo'n inconsequent tussenstandpunt in te nemen, als zojuist beschreven. Is de overeenkomst niet onzedelijk, dan blijft uiteraard wel de gewone juridische vraag bestaan, of en in hoeverre profiteren van eens anders contractbreuk een onrechtmatige daad oplevert, maar bij zijn oordeel daaromtrent dienen overwegingen van economische wenselijkheid geen rol te spelen, omdat de rechter daartoe de nodige gegevens mist, en omdat de beoordeling van deze doelmatigheid en het algemeen belang aan de uitvoerende macht is overgelaten.

Met instemming citeer ik hier Bregstein ¹⁰: „Thans het prijsknoeierijarrest ¹¹. Hier gaat het toch in wezen om zeer principiële vragen betreffende de individuele vrijheid als ook betreffende de grondslagen onzer economische orde. Het is zeer de vraag, of het de taak van den rechter is om op dit terrein ordenend op te treden. Het is zelfs de vraag, of hij hier doelmatig *kan* optreden. Ik wijs op de overweging van den Hoogen Raad, dat het verstoren der door den fabrikant geschapen verkoopsorganisatie een element voor de onrechtmatigheid der door den detailverkooper gepleegde verkoopsdaden oplevert. Zonder waardeering van de functie dezer verkoopsorganisatie in het economisch verkeer lijkt mij deze conclusie toch ietwat bout. Ik wijs er ook nog op, dat de vrijheid tot het maken van prijsafspraken in zekeren zin veronderstelt de vrijheid om te trachten deze te doorbreken, m.a.w., dat omgekeerd het binden der buitenstaanders, de z.g. boksters, impliceert het door de overheid con-

¹⁰ Bregstein, blz. 19-20.

¹¹ Kolynos-arrest H.R. 11 nov. 1937 N.J. 1937/1096.

troleeren der prijsafspraken. De eene vrijheid onderstelt als correlatieve correctie de andere. Ingrijpen in de eene brengt noodwendig een ingrijpen in de correlatieve mee. Doch al mag hier dan in beginsel geen taak voor den rechter zijn, een taak voor den wetgever is hier stellig. Het valt niet te ontkennen, dat de prijsknoeiërs parasieten waren: zij konden toch slechts daarom met een minimale winstmarge genoegen nemen, doordat de overige winkeliers zich aan vaste prijzen moesten houden, zoodat een deel van hun cliëntèle naar de prijsknoeiërs wegstroomde en deze laatsten dus een onevenredig grooten omzet verkregen. Ook hier, als bij de eigendomsoverdracht tot zekerheid, was de rechts-toestand, die volgens geldend recht bestond, onhoudbaar”¹².

De rechter dient economische wenselijkheden of doelmatigheden niet in zijn oordeel te verdisconteren¹³. Hij houde

¹² Anders van Goudoever, blz. 502 (geschreven in 1938, dus omstreeks dezelfde tijd): „Is prijszetting, tegenwoordig, werkelijk een economisch goed van zoo hooge waarde, dat ze deze overmaat van bescherming verdient, en is de „handelsmoraal”, tegenwoordig, werkelijk zoo streng, dat zij elke aanknooping verbiedt van handelingen, waardoor of waarbij een ander aan zijne plichten tekort doet?”. Wiersma, blz. 16-17 is het in een ander opzicht met Bregstein oneens en meent, dat de vraag van de toelaatbaarheid van kartels veilig aan de rechter kan worden overgelaten; zie daartegen Prof. Mr. G. J. Wiarda, R.M. Themis 1957, blz. 38-41.

¹³ Aldus ook de P. G. Langemeijer in zijn conclusie voor H.R. 12 jan. 1962 N.J. 1962/246 (Nibeja-Grundig), blz. 797 rechter kolom: „Ik zou dan allereerst deze stelling willen verdedigen, dat in beginsel het oordeel over de maatschappelijke wenselijkheid van de ontdoken overeenkomst hierbij geen rol behoort te spelen, wel te verstaan zo lang de geldigheid van die overeenkomst vaststaat”; voorts Prof. Mr. W. F. Prins, A.A. nov. 1962, blz. 34 e.v., noot onder H.R. 13 febr. 1962 N.J. 1962/318: art. 93 lid 5 Wet op de Bedrijfsorganisatie bepaalt, dat geen verordening van een bedrijfslichaam aan gezonde mededinging in de weg mag staan. „Het is duidelijk, dat art. 93 lid 5 de besturen rechtstreeks verbiedt regelen te treffen, die aan gezonde mededinging in de weg staan, maar voor de controle op de naleving van dit verbod lijkt de rechter niet de meest geëigende instantie. Men zou zich echter kunnen voorstellen, dat de rechter een verordening buiten toepassing laat, wanneer geen zinnig mens haar monopolistische strekking zou kunnen betwijfelen”. Idem Hof Den Haag 26 okt. 1949 N.J. 1950/472, besproken door Mr. J. van der Esch, N.J.B. 1951, blz. 11 („dat gemeld streven — nl. om bouwen in eigen beheer door fabrieken onmogelijk te maken — mogelijk tot economisch ongewenste gevolgen kan leiden, doch de beoordeling daarvan volgens het Kartelbesluit

zich aan het systeem, dat naast elkaar staan nietigheid, uit te spreken door de rechter, indien een overeenkomst een onzedelijke oorzaak heeft, en onverbindendverklaring van deze overeenkomst, uit te spreken door de minister op grond van de W.E.M., indien de overeenkomst strijdt met algemeen belang, evenals — met omgekeerde terminologie — naast elkaar staan de onverbindendverklaring van een gemeenteverordening door de rechter naast de vernietiging van die verordeningen door de Kroon ¹⁴. Verklaart de rechter het kartel nietig, dan pleegt degene, die desondanks het kartel (b.v. met een exclusiviteitsregeling) als ex-contractant blijft naleven, een onrechtmatige daad jegens de derde, die daardoor gedupeerd is; is het kartel geldig, dan kan, juist omgekeerd, de derde een onrechtmatige daad plegen, wanneer hij profiteert van niet naleving door een contractant ¹⁵. De maatstaf van het algemeen belang kan niet door de burgerlijke rechter gehanteerd worden. Dit begrip valt allerm minst samen met dat van de openbare orde en goede zeden van art. 1373 B.W. Het algemeen belang is een ruimer begrip, al gaat het te ver te zeggen ¹⁶, dat datgene, wat in strijd is met de openbare orde of de goede zeden, daardoor steeds ook in strijd is met het algemeen belang.

Het verdient daarom aanbeveling om met name op het economisch ingewikkelde en veel aspecten omvattende terrein van de handhaving van verticale prijsbinding en van andere kartels jegens buitenstaanders een zodanige regeling te treffen, dat de rechter, die zijn oordeel over de al dan niet onrechtmatigheid van een inbreuk op de prijsbinding of het kartel door een derde buitenstaander mede wil laten

van 5 november 1944 ter beoordeling staat van de Minister van Economische Zaken"; overigens trad het Hof terecht wel degelijk in een beoordeling van de vraag, of het vestigen van een soort monopolie van de erkende bouwpatroons strijdig was met de openbare orde of goede zeden, en beantwoordde die vraag vervolgens ontkennend); Hof Amsterdam 12 nov. 1953 N.J. 1954/126, geciteerd door Mr R. J. Polak, W.P.N.R. 4570 (de rechter mag het bedrijfsleven niet te zeer aan banden leggen door op algemene rechtsbeginselen berustende uitspraken; derhalve werd de imitatie van modeldessins niet onrechtmatig geoordeeld); H.R. 7 maart 1963, N.J.B. 1963 blz. 218.

¹⁴ Prof. Mr G. J. Wiarda, R.M. Themis 1957, blz. 41.

¹⁵ Wiersma, blz. 5.

¹⁶ Zoals Mulder en Mok, blz. 73-79 doen.

afhangen van het antwoord op de vraag, of de onderhavige prijsbinding of kartel een in het economische verkeer nuttige functie vervult, genoopt is deze praejudiciële vraag voor te leggen aan de instantie, die daartoe bevoegd en voldoende geoutilleerd is¹⁷. Onnodige vertraging moet hierbij voorkomen worden. Geen verwijzing behoeft plaats te vinden, indien partijen het over de praejudiciële vraag eens zijn.

Tot welke economische beschouwingen behalve de verticale prijsbinding ook andere onderwerpen uit het mededingingsrecht kunnen leiden, moge blijken uit hetgeen hierna in Hoofdstuk III, par. 1, zal worden opgemerkt omtrent zulke andere onderwerpen als prijsdiscriminatie, prijsdifferentiatie, productdifferentiatie. Hoe kan de rechter beoordelen, of prijzen al dan niet redelijk zijn? ¹⁸. Aan Wiersma ¹⁹ kan echter worden toegegeven, dat — maar dan zijn het ook doorgaans eenvoudiger kwesties — de rechter, die moet oordelen over de rechtmatigheid van een boycot en van een opzetcontract ²⁰, daarin vaak economische implicaties moet betrekken.

¹⁷ Een zodanige regeling zou overeenstemmen met par. 96 GWB lid 2: verplichting tot verwijzing naar de Kartelrechtbank. In een kort geding bestaat in de Duitse Bondsrepubliek geen verplichting ex par. 96 GWB tot verwijzing, omdat anders de betrokkenen zonder bescherming zouden zijn. De President geeft toch slechts een voorlopige beslissing, die zijn kracht verliest, zodra de Kartelrechtbank een uitspraak heeft gedaan. Zie hieromtrent Reimer, blz. 1274 e.v.; Baumbach-Hefermehl, blz. 1477-1479 en Mr P. Verloren van Themaat, S.E.W. Europa 1960, blz. 279-280. Vgl. ook art. 177 E.G.G.-verdrag.

¹⁸ Vgl. echter Pres. Rb. Dordrecht 25 nov. 1950 N.J. 1951/51 (dit betrof een slagersovereenkomst om zich te houden aan besluiten van de Saneringscommissie in die branche; strijd met de goede zeden, voorzover de slagers zich aan minimumprijzen moeten houden, ofschoon ook bij daaronder gelegen prijzen nog een redelijke ondernemerswinst te maken is).

¹⁹ Wiersma, blz. 16.

²⁰ Rb. Breda 29 sept. 1942 N.J. 1943/524 (opzetcontract; indien bij het bedrag, dat in verband met het monsteren wordt opgezet, stimuleren van de concurrentie wordt beoogd, behoeft dit geenszins te leiden tot nietigheid der overeenkomst); Ktg. Den Haag 27 dec. 1943 N.J. 1944/45 no. 549 (toezegging door een aannemer aan een collega van een vergoeding, voor geval wel aan de eerste en niet aan de laatste een inschrijving voor een overheidswerk gegund wordt; onzedelijke oorzaak, want strekkende tot het voorkomen van ongebreidelde concurrentie, het omkopen van een aannemer om hoger in te schrijven, dus prijsopdrijving, waardoor het openbaar belang geschaad is); Pres. Rb. Amsterdam 15 juli 1950 N.J. 1950/

Par. 4. Is een wettelijke regeling gewenst?

Er kan een onderscheid worden gemaakt tussen het algemene mededingingsrecht en het bijzondere mededingingsrecht. Het algemene mededingingsrecht omvat de onderwerpen, die getoetst worden aan art. 1401 B.W., het bijzondere mededingingsrecht omvat de onderwerpen, die in bijzondere wetten worden behandeld, zoals de Wet Economische Mededinging, de Wet Beperking Cadeaustelsel, de Loterijwet enz. De vraag, of wettelijke regeling van het mededingingsrecht gewenst is, heeft in de eerste plaats betrekking op het algemene mededingingsrecht, al zal daarnaast ook aandacht gegeven moeten worden aan de vraag, of de reeds bestaande bijzondere wetten bevredigend werken dan wel gewijzigd behoren te worden. In deze paragraaf komt alleen aan de orde de vraag, of het wenselijk is het algemene mededingingsrecht nader te codificeren, dus om een nadere detaillering te geven aan art. 1401 B.W. op het terrein van de ongeoorloofde mededinging. Nadat deze vraag in deze paragraaf in het algemeen is behandeld, zal deze nader worden uitgewerkt in hoofdstuk II; vervolgens komt in hoofdstuk III het bijzondere mededingingsrecht nader aan de orde.

Geschiedenis van vraagpunt 17. Tijdens de vergadering van de N.J.V. in 1941, waarbij de prae-adviezen werden behandeld over de vraag van de juiste verhouding tussen de bescherming, geboden door art. 1401 B.W., en die geboden door de wetten betreffende de industriële eigendom, werd ook een vraag in stemming gebracht over de ongeoorloofde mededinging. Deze derde vraag, luidende: „Is voor de bestrijding van de oneerlijke concurrentie een bijzondere wet gewenst?” werd met grote meerderheid van stemmen ontkennend beantwoord. Bij de voorbereiding van het nieuwe B.W. kwam dezelfde vraag aan de orde. Vraagpunt

(vervolg van blz. 65, noot 20)

683, geciteerd door Mr J. van der Esch, N.J.B. 1951, blz. 11-12 (lidmaatschap geweigerd van een vereniging; onrechtmatig? bestuur: neen; dit moet volgens het Kartelbesluit beoordeeld worden; Pres.: neen, wanneer een weigering om iemand als lid toe te laten het karakter zou hebben van een optreden in strijd met de zorgvuldigheid, dan is er een onrechtmatige daad, dus de burgerlijke rechter is dan bevoegd; daarbij blijft echter de vraag open, *wanneer* de weigering onrechtmatig is).

17 luidde: „Dient de wet verschillende handelingen op te sommen, die zij als oneerlijke concurrentie beschouwt of kan met de algemene omschrijving van de onrechtmatige daad worden volstaan?“. De Minister van Justitie stelde voor deze vraag als volgt te beantwoorden: „Ten aanzien van de oneerlijke concurrentie ware met de algemene omschrijving van de onrechtmatige daad te volstaan, daar de rechtspraak ten aanzien van de in de vraag bedoelde handelingen nog in ontwikkeling is en tot geen of weinig klachten aanleiding heeft gegeven“. De Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam ondersteunde in zijn adres aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal d.d. 11 december 1952 het voorlopige antwoord van de Minister van Justitie: „Daar de deloyale concurrentie uitgeslagen is op het vinden van nieuwe vormen, lijkt het ons zelfs niet zonder bedenking het Zwitserse systeem van voorbeelden („beispielsweise“) te volgen. Immers zal de rechter bij onstentenis van voorbeelden nog onbevangerender tegenover het euvel der deloyale concurrentie staan“.

Daarentegen werd tegen dit voorlopig antwoord met klem stelling genomen door van der Zanden en door Bodenhuisen, twee kenners bij uitstek van het mededingingsrecht. Van der Zanden¹ bestreed de argumenten van de Minister van Justitie. Dat de rechtspraak nog in ontwikkeling is, is geen argument om van een wettelijke regeling af te zien. De wetgever dient een richtsnoer te zijn voor de rechter, niet omgekeerd. Er behoeft niet te worden gevreesd, dat codificatie tot een verstarring en fixatie in deze ontwikkeling zou leiden, wanneer men de ook in andere landen, zoals Duitsland en Zwitserland, gevolgde enuntiatieve methode toepast. Ook het tweede argument van de Minister faalt. Het is niet juist, dat de rechtspraak niet tot klachten leidt. Van der Zanden noemt t.a.p. een aantal onbevredigende uitspraken². Maar men kan nog verder gaan: voor wetgeving is niet alleen plaats, als de rechtspraak onbevredigend is, maar ook, als steeds de rechter moet worden ge-

¹ Mr J. W. van der Zanden, B.I.E. 1952, blz. 130-132.

² H.R. 7 maart 1941 N.J. 1941/919 i.z. Tjoklat; Hof Den Haag 10 okt. 1933 B.I.E. 1934 blz. 63 i.z. Philips-Philco, Rb. Utrecht 28 dec. 1949 i.z. Lucky Lines voor postpapier tegen Lucky Strike voor sigaretten en Pres. Rb. Breda 11 aug. 1950 B.I.E. 1951 no. 69 i.z. Lucky Smile voor kauwgom tegen Lucky Strike.

adieerd om onzekerheden op te lossen; ook al doet de rechter dat bevredigend, dan blijkt daaruit toch, dat er behoefte betaamt aan een wet. Bovendien kunnen, aldus van der Zanden, nog twee argumenten vóór codificatie hieraan worden toegevoegd. In de eerste plaats bestaat er in de ons omringende landen Duitsland, België en Zwitserland ook een nadere wettelijke regeling en in de tweede plaats is Nederland uit hoofde van art. 10 bis van het Unieverdrag van Parijs — waarbij Nederland is aangesloten — volkenrechtelijk verplicht te zorgen voor een nadere wettelijke regeling ter beteugeling van de ongeoorloofde mededinging. Bodenhausen³ ondersteunde deze argumentatie krachtig. Op de rechtspraak is, aldus Bodenhausen, geen peil te trekken. Op het terrein van de ongeoorloofde mededinging levert deze rechtspraak een verwarrend beeld op. Aan de stemming van de N.J.V. in 1941 kan geen grote betekenis worden toegekend, omdat deze vraag slechts zijdelings met het onderwerp, dat toen behandeld werd, verband hield en dan ook slechts summier was toegelicht. Wetten op dit terrein geven houvast aan de rechter en werken preventief voor de rechtsgenoten.

Het betoog van deze twee deskundigen maakte blijkbaar zoveel indruk op de Vaste Commissie voor Privaat- en Strafrecht uit de Tweede Kamer, dat deze in afwijking van het voorlopige antwoord van de Minister voorstelde dit antwoord als volgt te doen luiden: „De wet dient bij wijze van voorbeeld verscheidene handelingen op te sommen, die zij als oneerlijke concurrentie beschouwt, naast een algemeen verbod daarvan”. De Minister van Justitie verklaarde zich bij nadere overweging met de zienswijze van de Vaste Commissie te kunnen verenigen. Hij stelde dus een gewijzigd voorlopig antwoord voor: „De wet dient naast een algemeen verbod van oneerlijke concurrentie enige handelingen op te sommen, die zij als oneerlijke concurrentie beschouwt”. In het Eindverslag van de Vaste Commissie nr. 17 blz. 3 is vraag 17 niet meer ter sprake gekomen.

Ongetwijfeld was de motivering voor de aanvankelijke ontkennende beantwoording weinig overtuigend, zoals

³ Prof. Mr G. H. C. Bodenhausen, W.P.N.R. 4280; zie omtrent de debatten in de N.J.V. 1941 en de daaraan toe te kennen betekenis J. M. Polak I en de aldaar in noot 7 genoemde debaters.

Voetelink ⁴ opmerkte. Een wettelijke regeling behoeft een verdere ontwikkeling van de rechtspraak in het geheel niet in de weg te staan. Dat is elders, b.v. in Duitsland, overduidelijk gebleken. De rechtspraak geeft op dezelfde vraag, b.v. t.a.v. de misleidende reclame, soms uiteenlopende antwoorden. Het gewijzigde standpunt van de Minister werd uiteraard door van der Zanden ⁵ toegejuicht. Er bleven nog slechts drie vragen over: a. is het niet beter het woord oneerlijke concurrentie te vervangen door ongeoorloofde mededinging?; b. moeten de voorbeelden vrijblijvend zijn, zoals het geval is met de voorbeelden in art. 1639 p en q B.W. dan wel bindend en c. moeten slechts een paar voorbeelden uit de Zwitserse opsomming worden overgenomen, of een zo volledig mogelijke enumeratie? Van der Zanden beantwoordt deze drie vragen alle in laatstbedoelde zin, zulks mede ter wille van de rechtszekerheid. Tijdens de mondelinge beraadslaging in de Tweede Kamer bracht mej. Zeelenberg de eerste twee vragen van van der Zanden ter sprake. Prof. Meijers als tijdelijk raadsadviseur van de Minister beantwoordde deze beide vragen in de door van der Zanden gewenste zin. Vervolgens werd conclusie 17 zonder hoofdelijke stemming aangenomen ⁶.

De ontwerpers van het nieuwe B.W. hebben deze conclusie op vraagpunt 17 echter naast zich neergelegd, zodat men in het ontwerp voor het nieuwe B.W. tevergeefs een regeling betreffende de ongeoorloofde mededinging zal aantreffen. De ontwerpers motiveren dit als volgt ⁷: „In afwijking van de in 1953 aanvaarde Conclusie 17 bevat de onderhavige titel geen bepalingen betreffende de onbehoorlijke mededinging. Het zou weinig zin hebben gedetailleerde bepalingen op dit terrein te ontwerpen, terwijl men doende is het in het EEG-Verdrag omtrent de mededinging bepaalde (artikelen 85 v.) nader uit te werken. Daarenboven is het de ontwerpers gebleken dat men bij het omschrijven van de gedragingen in de handel, die onder alle omstandigheden

⁴ Voetelink, blz. 191.

⁵ Mr J. W. van der Zanden, B.I.E. 1953, blz. 71-72.

⁶ Zie Bijlagen Handelingen Tweede Kamer 1952-1953, 2846, nos. 1, 3, 9, 11, 17, 18, 33 en 34; Handelingen Tweede Kamer 1952-1953, blz. 2759-2760; zie de weergave van het Voorlopig Verslag t.a.v. vraagpunt 17 in B.I.E. 1953, blz. 50-51 en van de mondelinge beraadslaging in B.I.E. 1953 blz. 94-96.

⁷ Toelichting Ontwerp nieuwe B.W., boek 6, blz. 642.

(afgezien van rechtvaardigingsgronden) als onrechtmatig moeten worden gekwalificeerd, vrij enge grenzen zou moeten trekken, hetgeen weer onvermijdelijk het gevaar zou meebrengen dat door velen alles wat buiten die grenzen valt als ongeoorloofd zou worden beschouwd”.

Rechtsvergelijking. Tot zover de geschiedenis van vraagpunt 17 met een korte weergave van de over en weer aangevoerde argumenten pro en contra codificatie. Thans valt te bezien, welk gewicht aan elk dezer argumenten moet worden toegekend. In de eerste plaats het beroep op de wetgeving in enige andere West-Europese landen met een vergelijkbaar rechtstelsel. Het is hier niet de plaats om uitvoerig een overzicht te geven van de in wetgeving en/of rechtspraak vastgelegde regeling van de ongeoorloofde mededinging in een aantal andere landen⁸. Juist op het terrein van de ongeoorloofde mededinging met de daaraan verbonden steeds toenemende internationale aspecten is rechtsvergelijking van belang voor de beantwoording van de ons thans interesserende vraag⁹. Dit klemmt te meer, nu de Nederlandse literatuur over de ongeoorloofde mededinging vrij beperkt is, indien men tenminste deze vergelijkt met de buitengewoon omvangrijke literatuur over dit onderwerp in België, Frankrijk, Engeland en vooral Duitsland¹⁰. Voor

⁸ Verwezen zij naar de teksten van de wettelijke regelingen, voorzover voor ons onderwerp van belang, in de Bijlagen bij dit praeadvies betreffende de Duitse Bondsrepubliek, Zwitserland en België (het recente ontwerp). De volledige tekst van het Belgische Koninklijke Besluit van 23 december 1934, van het Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb in Duitsland van 7 juni 1909 en van de Zwitserse federale wet „sur la concurrence déloyale” van 30 september 1943 is afgedrukt als bijlage bij Voetelink, blz. 196 e.v.; als bijlagen in het boek van Mulder en Mok zijn onder meer opgenomen de volledige tekst van de W.E.M., enige toepasselijke artikelen uit het E.G.K.S.-verdrag en het E.E.G.-verdrag, de volledige tekst van verordening 17 van de Raad van de E.E.G. en van de verordening 27 van de Commissie van de E.E.G.

⁹ Zie hoofdstuk I par. 1 noot 5 hiervoor: Mr H. Pfeffer, R.M. 1938 blz. 463-465; Mr W. L. Haardt, geciteerd door Mr F. J. W. Löwensteyn en G. H. A. Schut, A.A. jan. 1953 blz. 51 en B.I.E. 1953 blz. 32, verslag van het Interacademiaal congres over de oneerlijke concurrentie.

¹⁰ Zie de uitvoerige literatuurlijst betreffende deze landen (behalve Engeland), alsmede Luxemburg, Nederland, Zwitserland en betreffende het internationaal privaatrecht te dezer zake bij Gotzen II, blz. 675-697. Op deze lacune in Nederland wees o.m. Beerman blz. 136.

een uitvoeriger overzicht van de vreemde rechtsstelsels over de ongeoorloofde mededinging zij naar elders verwezen ¹¹.

In België bestaat een gedetailleerde regeling in het Koninklijk Besluit van 23 dec. 1934 ¹², dat binnen afzienbare tijd zal worden vervangen door een nieuwe wet op de oneerlijke mededinging ¹³.

In Frankrijk bestaat geen aparte wet inzake de ongeoorloofde mededinging, zodat in beginsel de situatie daar dezelfde is als bij ons en de mededinging daar getoetst wordt aan het algemene art. 1382 C.c. Roubier onderscheidt daarbij vier groepen: confusion, dénigrement, désorganisation interne d'une entreprise, désorganisation générale du marché. In Frankrijk bestaat echter wel een groot aantal bijzondere voorschriften tegen „fraudes” en misbruik van geografische herkomstaanduidingen enz. ¹⁴.

In de Duitse Bondsrepubliek geldt het Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb van 7 juni 1909, gewijzigd bij wetten van 9 maart 1932, 26 februari 1935 en 8 maart 1940 ¹⁵. Hierin wordt in par. 1 de „General-klausel” voorop gesteld, terwijl in een deel van de volgende bepalingen nadere gevallen worden geregeld, zoals par. 3

¹¹ Mr H. Pfeffer, R.M. 1938, blz. 463-465; Berkhouwer blz. 18-54 (uitstekend overzicht, helaas ontsierd door vele Germanismen); Prof. Mr G. H. C. Bodenhausen, W.P.N.R. 4280; Baumbach-Hefermehl, blz. 62-65; Gotzen I, blz. 55-86.

¹² Zie hieromtrent Mr H. Pfeffer, W. 12872, die de regeling toejuicht, behalve t.a.v. de herkomstaanduiding, en Prof. G. van Hecke, B.I.E. 1951 blz. 30-32; voorts Gotzen passim. Tekst bij Voetelink, blz. 196 e.v.

¹³ Zie hieromtrent Mr A. de Caluwé, S.E.W. 1963, blz. 19 e.v.; tekst hierachter onder de bijlagen; dit wetsontwerp, vooral de hoofdstukken I en II, zal nog sterke wijzigingen ondergaan, voordat het aan de Staten-Generaal zal worden aangeboden en nadat de adviezen van de Hoge Raad voor de Middenstand en van de Centrale Raad voor het Bedrijfsleven zullen zijn binnengekomen; er is vooral critiek op de voorgestelde bevoegdheid van de overheid om prijzen vast te stellen.

¹⁴ Prof. Mr G. H. C. Bodenhausen, W.P.N.R. 4280; Unidroit I, blz. 18-20; behalve een Merkenwet van 1857 kent Frankrijk o.m. een wet op de tekeningen en modellen van 1909 en de wet van 6 mei 1919 en het décret-loi van 30 juli 1935 „sur les appellations d'origine”. Zie voorts over Frankrijk Berkhouwer blz. 36-44.

¹⁵ Gedeeltelijke tekst hierachter onder de bijlagen; volledige tekst bij Voetelink, blz. 199 e.v. en Reimer, blz. 1095 e.v.

(onware mededelingen, die ten onrechte de schijn van een te gunstig aanbod wekken), par. 12 (omkopen van ondergeschikten bij het kopen van produkten) en par. 14 (omtrent het bedrijf van een ander schadelijke mededelingen verspreiden, tenzij deze mededelingen bewijsbaar waar zijn). Voorts is in deze wet geregeld de materie, die bij ons zijn regeling vindt in de Uitverkopenwet 1956. Is het typisch Duits, dat er een aparte bepaling (par. 11) aan het bier is gewijd? Aan de Generalklausel kan men verwijten, dat deze te weinig is uitgewerkt, waardoor men nog te vaak op de Generalklausel moet terugvallen. Zo zijn onder par. 1 o.m. begrepen uitlokking van contractbreuk met onbehoorlijke middelen, slaafse nabootsing, aantasting van de persoon van de mededinger door vergelijkende reclame en boycot¹⁶. Het Duitse UWG heeft de wetgever van talrijke andere landen geïnspireerd, zoals Luxemburg, Oostenrijk, de Scandinavische landen, Zwitserland en (voor 1945?) enige landen van Oost-Europa.

Zwitserland bevat in zijn federale wet van 30 sept. 1943, in werking sinds 1 maart 1945, de meest uitgewerkte regeling, resultaat van een lange ontwikkeling in rechtspraak en wetgeving, vooral van de Franse rechtspraak en art. 41 Code des Obligations suisse (= art. 1382 C.c.). Deze wet is gebaseerd op het beginsel van misbruik van recht. Art. 1 spreekt van misbruik van de vrijheid van economische concurrentie door bedriegelijke en andere middelen, die indruisen tegen de grondbeginselen van „Treu und Glauben”¹⁷.

Italië kent evenmin als Frankrijk een aparte wet op de ongeoorloofde mededinging, maar het heeft in zijn nationale

¹⁶ Zie omtrent Duitsland Berkhouwer, blz. 18-36, Unidroit I, blz. 11-16 en Mr H. Pfeffer, R.M. 1938, blz. 479: par. 1 UWG verdient geen navolging, want is bron van veel overbodige casuïstiek geworden.

¹⁷ Zie omtrent Zwitserland A. Troller, Der Schweizerische Gewerbliche Rechtsschutz, Basel, 1948; O. A. Germann, Unlauterer Wettbewerb enz., Zürich 1945; G. Beguin, B.I.E. 1950, blz. 3-4; Baumbach-Hefermehl, blz. 63 (er bestaat in Zwitserland bovendien een merkenwet van 26 sept. 1890, die ook voorschriften bevat omtrent herkomstaanduidingen en onderscheidingen); Sprüngli, Der unlautere Wettbewerb, Zürich 1955; Unidroit I, blz. 33-35. Uitgaande van een soort exclusief recht op de cliëntèle heeft men niet alleen een actie, wanneer gevaar dreigt van een aanval op de cliëntèle, maar ook in het geval, dat de activiteit van de onderneming zelf wordt gehinderd, terwijl men streeft naar het *verwerven* van cliëntèle.

wetgeving art. 10 bis van het Unieverdrag van Parijs geïncorporeerd. Ascarelli onderscheidt voor Italië drie categorieën: verwarring, dénigrement en soustraction. Onder het laatste verstaat hij: middelen, die in strijd zijn met de beginselen van een juiste bedrijfsuitoefening en die geschikt zijn om aan een ander schade toe te brengen, b.v. de toeloop verhinderen van klanten naar een andere ondernemer, in gevaar brengen van de efficiency van de organisatie van een ander bedrijf, boycot, dumping, aftroggelen van werknemers of leveranciers, bedrijfsgeheimen ontfutselen, alles indien de bedoeling is om schade aan de ander toe te brengen ¹⁸.

Engeland heeft geen afzonderlijke wet over de ongeoorloofde mededinging, behalve de Trade Marks Act van 1938. Men behelpt zich uitstekend met de op de equity gebaseerde passing-off-action (vgl. misleiding van publiek door aanhaken) ¹⁹.

In de Verenigde Staten van Amerika is het recht betreffende de unfair competition, gebaseerd op de equity, maar mede omvattend het anti-trust-recht, gevormd door de Sherman Act van 1890, de magna charta van de economische vrijheid, de Federal Trade Commission Act en de Clayton Act (1914), de Miller Tydings Act (1937) en de Robinson-Patman Act (1936). De afzonderlijke staten hebben vaak een niet uitputtende regeling en Fair Trade Acts. De Federal Trade Commission is bevoegd om oneerlijke concurrentie in het interstate handelsverkeer te verbieden ²⁰.

De voorlopige conclusie, die uit dit zeer summiere en onvolledige overzicht kan worden getrokken, is deze, dat inderdaad een groot aantal West-Europese landen een meer gedetailleerde regeling t.a.v. de ongeoorloofde mededinging heeft; waar de hoofdregel te weinig in afzonderlijke regels is uitgewerkt, bestaat het nadeel, dat men te snel weer moet terugvallen op de Generalklausel, zoals in Duitsland. Het heeft dus in ieder geval niet veel zin om te volstaan met een hoofdregel en slechts enkele uitwerkingen daarvan. Wil men tot een wettelijke regeling overgaan, dan dient men alle bekende categorieën van ongeoorloofde mededinging te om-

¹⁸ Zie omtrent Italië Unidroit I, blz. 39-42; Prof. M. Ghiron, B.I.E. 1950 blz. 150-152.

¹⁹ Baumbach-Hefermehl, blz. 62-65.

²⁰ Baumbach-Hefermehl, blz. 62-65; zie over Engeland en de U.S.A. Berkhouwer, blz. 44-54.

schrijven en daarbij niet terug te deinken van een keuze t.a.v. betwiste onderwerpen. Zo is .m.i. niet op zijn plaats de scepsis van Berkhouwer t.a.v. de doeltreffendheid van een wettelijke regeling, een scepsis, die Berkhouwer²¹ slechts baseert op het feit, dat in Frankrijk, waar men slechts werkt met art. 1382 C.c., vergelijkende reclame verboden is, en in Zwitserland, waar men een gedetailleerde regeling heeft, toegelaten. Het komt er immers op aan, *wat* men in die gedetailleerde regeling heeft bepaald. Bovendien behoeft een wettelijke regeling niet uitsluitend een verbodswetgeving te zijn. Het is zeer wel mogelijk, juist op het terrein van de vergelijkende reclame, in een wettelijke regeling onder bepaalde voorwaarden vergelijkende reclame toelaatbaar te verklaren, terwijl een rechter zonder wettelijke steun deze vrijmoedigheid niet aan zou durven.

Unieverdrag van Parijs. Het Unieverdrag van Parijs betreffende de industriële eigendom van 20 maart 1883 is herzien te Brussel op 14 december 1900, te Washington op 2 juni 1911, te Den Haag op 6 november 1925, te Londen op 2 juni 1934 en te Lissabon op 31 oktober 1958. Te Brussel is art. 10 bis opgenomen: „Tous les pays contractants s'engagent à assurer aux ressortissants de l'Union une protection effective contre la concurrence déloyale”. In de latere herzieningen is ook art. 10 bis weer betrokken, waarbij de aangesloten landen de verplichting werd opgelegd om ook enige nader omschreven gevallen van ongeoorloofde mededinging onrechtmatig te verklaren, doch men slaagde er niet in om alle voorbeelden, die men wel zou willen geven van gevallen van ongeoorloofde mededinging, in het verdrag op te nemen. De bedoeling van de wijzigingen was steeds om de verplichting van de aangesloten landen om een doeltreffende bescherming te waarborgen nog te verscherpen²². In 1958 werd tenslotte in Lissabon besloten om aan art. 10 bis lid 3 nog een derde geval toe te voegen, luidende: „3. les indications ou allégations dont l'usage, dans l'exercice du commerce, est susceptible d'induire le public en erreur sur la nature, le mode de fabrication, les caractéristiques, l'aptitude

²¹ Berkhouwer, blz. 109.

²² Zie omtrent het Unieverdrag Molengraaff, blz. 161-162 en omtrent de herhaalde wijzigingen van art. 10 bis de Reede, blz. 279 en blz. 309-310, Unidroit I, blz. 44-45 en Unidroit II, blz. 3-4.

à l'emploi ou la qualité des marchandises". Voorgesteld werd om onder 3 ook op te nemen een verbod van valse herkomst-aanduiding, maar de Verenigde Staten van Amerika spraken hiertegen een veto uit. Voorzover het art. 10 bis en art. 10 ter van het Unieverdrag betreft, ware het gewenst, dat Nederland, dat tot dusverre de versie van Lissabon van het Unieverdrag nog niet heeft aanvaard, zulks alsnog doet.

Behalve art. 10 bis is ook van belang art. 10 ter Unieverdrag. Dit vaak vergeten artikel schrijft voor, dat de aangesloten landen ter verzekering van de nakoming van de art. 10 (betreffende valse herkomstaanduiding) en art. 10 bis aan syndicaten moeten toestaan in rechte op te komen voor de belangen van de bij hen aangesloten bedrijfsgenoten. De vraag, die vroeger vooral tot een rijke en gevarieerde rechtspraak aanleiding heeft gegeven, namelijk, of aan een vakgroep een actie toekomt terzake van de vestiging door een concurrent zonder vestigingsvergunning ²³, ware wellicht eerder tot een bevredigende ²⁴ bevestigende beantwoording gekomen, wanneer men zich beroepen had op art. 10 ter Unieverdrag.

Het beroep van Bodenhausen en van der Zanden op de volkenrechtelijke verplichting van Nederland ex art. 10 bis Unieverdrag ten betoge van de noodzaak van een wettelijke regeling van de ongeoorloofde mededinging acht ik niet sterk, en wel om twee redenen. In de eerste plaats schrijft art. 10 bis wèl voor, dat de aangesloten landen moeten zorgen voor een doeltreffende bescherming tegen ongeoorloofde mededinging, maar het verdrag laat geheel in het midden, *op welke wijze* de aangesloten landen zich van die verplichting zullen kwijten, door een aparte wetgeving, dan wel door een algemene regel, die door de rechter t.a.v. de ongeoorloofde mededinging bevredigend wordt toegepast ²⁵.

²³ Beerman, blz. 186-187 betwist m.i. ten onrechte — en ook zonder art. 10 ter in de discussie te betrekken — de wenselijkheid van het toekennen van een actie aan verenigingen van fabrikanten, importeurs, grossiers e.d. Er zijn juist op het terrein van de ongeoorloofde mededinging vele gevallen, waarin niet één bepaald aangewezen concurrent de benadeelde is, maar alle mededingers in een bepaald rayon. Bovendien is het vaak voor een individueel bedrijf te kostbaar om zelf een procedure te beginnen. Beerman vreest, dat de syndicaten spijkers op laag water zullen zoeken.

²⁴ Zie hoofdstuk II, paragraaf 10.

²⁵ Idem Mr E. D. Hirsch Ballin, R. M. Themis 1954, blz. 373; Unidroit II, blz. 6; Berkhouwer, blz. 114.

Dat is een kwestie van wetstechniek. Voor de wetgever zou er slechts de verplichting bestaan om met een meer gedetailleerde wettelijke regeling te komen, indien de betrokkenen bij de rechter onvoldoende bescherming tegen ongeoorloofde mededinging zouden vinden. Dit kan in het algemeen in Nederland niet worden gezegd, al blijven er uiteraard desiderata over, zoals hieronder nader zal blijken. Ware de rechtspraak ten aanzien van het toelaten van verenigingen van bedrijfsgenoten als eisers voor bescherming van gezamenlijke belangen niet gewijzigd, dan had men inderdaad kunnen zeggen, dat Nederland zijn volkenrechtelijke verplichtingen uit het Unieverdrag niet ten volle nakwam. Daarvan is thans geen sprake. Men zou alleen nog een ogenblik kunnen twijfelen omtrent de stelling, dat Nederland niet zorgt voor een *doeltreffende* bescherming tegen ongeoorloofde mededinging, indien en zolang rechters weigeren hun fiat te geven aan publicatie van uitspraken in kort geding ter rectificatie van misleidende mededelingen omtrent een concurrent van de gedaagde. De aangesloten staten blijven echter ondanks het verdrag vrij zelf te bepalen, welke acties zij ter bescherming tegen ongeoorloofde mededinging willen toestaan (schadevergoeding, verbod, rectificatie) ²⁶.

Doch nog om een tweede reden faalt het beroep op art. 10 bis Unieverdrag ten betoge van een gedetailleerde wettelijke regeling. Bij de herziening van het Unieverdrag van Parijs te Washington in 1911 werd op voorstel van de Belgische delegatie vastgesteld, dat landen, die niet een afzonderlijke wetgeving op het terrein van de ongeoorloofde mededinging hadden, niet verplicht waren een speciale wet hieromtrent in te voeren ²⁷. Dezelfde reserve, in het bijzonder voor federale landen, werd op voorstel van Zwitserland bevestigd tijdens de herziening in Den Haag ²⁸. Tenslotte werd in 1934 te Londen een Hongaars voorstel om aan art. 10 bis een vierde nieuwe alinea toe te voegen, inhoudende, dat de aangesloten landen verplicht waren een speciale wettelijke regeling in te voeren, ingetrokken en omgezet in een „voeu” ²⁹.

²⁶ Unidroit II, blz. 7.

²⁷ Handelingen van Unieverdrag, herziening Washington, blz. 255.

²⁸ Handelingen van Unieverdrag, herziening Den Haag, blz. 578.

²⁹ Handelingen van Unieverdrag, herziening Londen, blz. 421, 422 en 591. Zie omtrent deze geschiedenis van de verdragsherzieningen G. Beguin, B.I.E. 1950, blz. 3.

In dit verband merk ik terzijde op, dat het gewenst voorkomt, dat Nederland alsnog toetreedt tot het Verdrag van Madrid van 14 april 1891 i.z. bestrijding van onjuiste opgaven betreffende herkomst van artikelen, herzien in Washington op 2 juni 1911, in Den Haag op 6 november 1925 en te Londen op 2 juni 1934, het onderwerp, dat ook reeds behandeld is in art. 10 Unieverdrag van Parijs. Ook al meent men, dat dit verdrag geen afdoende bescherming biedt³⁰, dan betekent aanvaarding toch in ieder geval een verbetering. De grote vraag bij een verbod van valse herkomst-aanduidingen is altijd deze: welk land moet bepalen, of een herkomstaanduiding vals is dan wel is gedenatureerd tot soortnaam: het land van herkomst van het oorspronkelijke product, of het land, waar het product met de — eventueel valse — herkomst aanduiding verspreid wordt³¹.

Mededingingsrecht van de E.E.G. De ontwerpers van het nieuwe B.W. zijn van oordeel ontslagen te zijn van de verplichting, hun opgelegd door conclusie 17 op de vraagpunten, met het betoog, dat het weinig zin zou hebben gedetailleerde bepalingen op het terrein van de ongeoorloofde mededinging te ontwerpen, terwijl men doende is het in het EEG-verdrag omtrent de mededinging bepaalde (art. 85 en 86) nader uit te werken. Om drie redenen kan ik mij met dit argument niet verenigen. In de eerste plaats kunnen op grond van de art. 85 en 86 EEG-verdrag alleen overeenkomsten en gentlemen-agreements („onderling afgestemde feitelijke gedragingen”) worden nietig verklaard. Daarbij denkt men in de eerste plaats aan kartels. Hier gaat het echter in de eerste plaats juist niet om overeenkomsten maar om de buiten-contractuele aansprakelijkheid (zonder dat nog van een economische machtspositie sprake is). In de tweede plaats zijn op grond van art. 85 en 86 E.E.G.-verdrag alleen nietig overeenkomsten enz. „welke de handel tussen Lid-Staten ongunstig kunnen beïnvloeden”. Dat heeft dus hoogstens betrekking op ongeoorloofde mededinging tussen onderdanen van twee of meer lid-staten. Anders dan op het terrein van het kartelrecht — en zelfs

³⁰ Zie blz. 6 noot 15 hiervoor.

³¹ Zie omtrent dit verdrag en omtrent herkomstaanduidingen Mr J. W. van der Zanden, W.P.N.R. 4318, Mr J. W. van der Zanden, B.I.E. 1953, blz. 127-128, Reimer, blz. 1263 en Mr H. Pfeffer, W. 12872 en de bij van der Zanden t.a.p. aangehaalde literatuur.

daar zal de W.E.M. nationaal naast de artt. 85 en 86 en de op grond daarvan uitgevaardigde Verordening no 17, die slechts communautair een rol speelt, een grote betekenis behouden ³² — speelt echter het algemene mededingingsrecht, gebaseerd op art. 1401 B.W., zich blijkens de overvloedige rechtspraak hoofdzakelijk slechts af op nationaal vlak. In de derde plaats, zelfs al zou dit alles anders zijn, dan nog verwacht ik niet, dat binnen afzienbare tijd de Europese Commissie zich zal gaan bezig houden met de vraag, of een bepaalde reclame van een bakker op Texel een ongeoorloofde mededinging betekent voor een andere aldaar gevestigde bakker. Weliswaar is men in Brussel bezig met het maken van een rechtsvergelijkend overzicht van het mededingingsrecht in de E.E.G.-landen, maar ik verwacht niet, dat men op grond hiervan spoedig een verordening zal overwegen, indien zulks al mogelijk zou zijn, die internationaal regels gaat geven omtrent zulke onderwerpen als misleiding van het publiek omtrent de aangeboden waar of de waar van de mededinger, nabootsing, afhandig maken van bedrijfsgeheimen, profiteren van eens anders contractbreuk, zich een voorsprong op andere mededingers verschaffen door middel van wetsovertreding. Dit alles zou dan moeten vallen onder de term, „dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt . . . vervalst”. Een ingewijde verzekerde mij, dat men in Brussel alleen nog wel 10 jaar bezig zal zijn, voordat men alle kartelaanmeldingen zal hebben afgewerkt. Men heeft in Brussel dus wel andere zorgen dan de onderlinge wedijver van bakkers op Texel.

Rechtszekerheid en preventieve werking. Het wordt tijd, dat ik na het weergeven van de argumenten pro en contra wettelijke regeling, die door anderen zijn aangevoerd, en na bestrijding van een deel dier argumenten, thans van mijn eigen opinie doe blijken. Laat ik die dan aanstonds vooropstellen: ik ben een gematigd voorstander van een nadere wettelijke regeling van de ongeoorloofde mededinging. De argumenten pro, die voor mij de doorslag geven, zijn de hier te bespreken argumenten van de rechtszekerheid en preventieve werking, en het hierna te be-

³² Mulder en Mok, blz. 239-241.

spreken argument, dat een overzicht van de Nederlandse rechtspraak op dit terrein leert, dat er nog vele onzekerheden zijn met uitspraken in uiteenlopende zin, waarbij een wettelijke regeling zowel grof — knopen doorhakend — als verfijnend — nuances aanbrengend, die alleen in een wettelijke regeling kunnen worden uitgewerkt —, maar in beide gevallen uiterst nuttig zal kunnen werken.

Men kan zich, in het algemeen gesproken, t.a.v. de ongeoorloofde mededinging drie systemen van wetgevings-techniek voorstellen: a) een algemene clause, zoals art. 1401 B.W.; b) een algemene clause, met als toevoeging een niet uitputtende opsomming van voorbeelden van gevallen van ongeoorloofde mededinging — met nog weer deze variatie, dat de voorbeelden bindend kunnen zijn, dan wel slechts een wederlegbaar vermoeden opleveren —; c) een limitatieve opsomming van alle denkbare gevallen van ongeoorloofde mededinging³³. Het laatste systeem valt reeds aanstonds af: de vindingrijkheid van de wetgever zal steeds worden overtroffen door die van het bedrijfsleven. „Tevergeefs zal men trachten eene volledige opsomming van de daden van oneerlijke concurrentie te geven, de list zeilt tusschen de regels door”³⁴. Er blijft dus over de keuze tussen een algemene regel, zoals wij thans reeds hebben, en een meer uitgewerkte regeling met een lijst van gevallen van dwingende³⁵ voorbeelden. Tegen dit laatste systeem wordt aangevoerd³⁶, dat door zo’n opsomming de werking van de algemene clause wordt verzwakt; de rechter zal bij gevallen, die dicht bij de opgesomde liggen, geneigd zijn tot een redenering a contrario. Ik sla dit gevaar niet hoog aan; de rechtspraak op het vergelijkbare systeem in de art. 1639 p en q B.W. toont aan, dat de rechter nimmer de betekenis van deze voorbeelden zodanig overschat, dat daardoor de werking van de algemene formule wordt verzwakt. En voor het overige: wanneer inderdaad de wetgever er in slaagt de gevallen zo scherp te formuleren, dat duidelijke grenzen getrokken kunnen worden, dan kan ik een a contrario redenering van de rechter slechts toe-

³³ Unidroit II, blz. 16-17.

³⁴ Mr D. Josephus Jitta, H.N.J.V. 1903, I, blz. 111, geciteerd door Berkhouwer, blz. 11 noot 1.

³⁵ Zie blz. 69 hiervoor.

³⁶ Unidroit II, blz. 17.

juichen; dan is het ook blijkbaar de bedoeling van de wetgever geweest om een geval, dat juist buiten die grenzen valt, niet als ongeoorloofde mededinging te beschouwen. In een apert geval (b.v. de wetgever heeft aan een bepaalde mogelijkheid van nuance niet gedacht) kan de rechter toch altijd op de algemene clausule terugvallen. Uit het hierna volgende moge blijken, dat ik evenmin deel de vrees van de ontwerpers van het nieuwe B.W., dat men terwille van een algemene geldigheid slechts zulke enge grenzen zou kunnen trekken, dat velen ten onrechte alles, wat buiten die grenzen zou vallen — en wat alleen onder bepaalde omstandigheden, dus niet steeds als ongeoorloofde mededinging moet worden aangemerkt — als geoorloofd zouden beschouwen. Het gaat er maar om, of men er in slaagt niet te vage en niet te enge grenzen te trekken. Doch er is meer. Het gaat bij de vraag: al of niet een wettelijke regeling, niet alleen om de vraag: een algemene clausule of daarnaast een enuntiatieve opsomming, want behalve aan een nadere begrenzing van de meest voorkomende gevallen van ongeoorloofde mededinging is er ook behoefte aan een aantal nadere regels van materieel recht — met name op het terrein van de handhaving van een verticale prijsbinding — en van formeel recht — kort geding, toelaatbare verweren, mogelijke acties (b.v. rectificatie door publicatie) en bewijs (agent provocateur) —.

Van de tegenstanders van een nadere wettelijke regeling noem ik Beerman, Voetelink en Hijman. Aanvankelijk aarzelt Beerman³⁷ nog: het Nederlandse mededingingsrecht is slechts gebouwd op art. 1401 B.W. „Dit stelsel heeft zijn voor- en nadeelen. Een voordeel ligt in zijn soepelheid, in het zich snel en gemakkelijk kunnen aanpassen aan de wisselende eischen van een gezond handelsverkeer. Een nadeel zal dikwijls zijn de rechtsonzekerheid waartoe het in de praktijk leidt. Over het al of niet toelaatbare van zekere vormen van concurrentie wordt veelal verschillend geoordeeld. Voordat de rechtspraak één lijn trekt kunnen er heel wat tegenstrijdige beslissingen vallen”. Maar volgens Beerman blijken de voordelen van een enkele algemene clausule toch wel te overwegen. De onbehoorlijke mededinging wisselt vaak van vorm, mede tengevolge van de ver-

³⁷ Beerman, blz. 133-134.

anderende conjunctuur. In 1938 klaagde men over prijsbederf, in 1941 over prijsopdrijving. Men kan dus slechts een casuïstische opsomming geven, die ten dele snel veroudert ³⁸. Hoewel inderdaad het mededingingsrecht, zoals ik al in par. 3 betoogde, nog meer dan ander recht aan veranderingen op grond van gewijzigde economische omstandigheden onderhevig is, meen ik, dat bij een meer gedetailleerde wettelijke regeling niet zo zeer het gevaar bestaat van snelle veroudering als wel de mogelijkheid, dat een deel van de bepalingen tijdens een hoogconjunctuur vrijwel buiten toepassing zal blijven en een ander deel tijdens een baisse. Bij de W.E.M. is het niet anders: tijdens een baisse meer toepassing van de mogelijkheid tot algemeen verbindend verklaring, tijdens een hoogconjunctuur meer toepassing van de mogelijkheid tot onverbindend verklaring. Het blijft een grote stap in de richting van de rechtszekerheid, wanneer men niet afwacht, totdat het tij gekeerd is, maar reeds bij voorbaat het arsenaal met wettelijke bepalingen gevuld heeft. Ook de verwijzing van Beerman ³⁹ naar de Duitse rechtspraak, waar ondanks een aparte wet toch vrijwel alles aan de Generalklausel wordt getoetst, faalt m.i. Zeker, er is een aparte wet, maar deze bevat voor een groot deel de materie, die in onze Uitverkopenwet staat en een bezwaar tegen de Duitse wet is juist, dat de Generalklausel slechts in enkele bepalingen, maar lang niet voldoende, nader is uitgewerkt. De Duitse rechtspraak — is dat een uiting van verschillende mentaliteit? — heeft aan par. 1 UWG een zeer strenge uitleg gegeven. Nederland heeft echter, aldus Beerman ⁴⁰, meer een drang naar vrijheid. Een prijsbederver wordt in Nederland als een vrijheidsheld binnengehaald, in Duitsland als een smokkelaar veroordeeld. „Wat men hier te lande wellicht te weinig had, heeft men naar mijn oordeel in Duitschland te veel”. Hier constateer ik weer het reeds eerder waargenomen misverstand: uitbreiding van de wetgeving betekent niet, hoeft althans niet te betekenen: uitbreiding van het aantal verbodsregels; een nadere wettelijke regeling dient slechts om nauwkeuriger grenzen te kunnen trekken; het is dus mogelijk in een

³⁸ Beerman, blz. 188.

³⁹ Beerman, blz. 183-184.

⁴⁰ Beerman, H.N.J.V. 1941, II, blz. 74-76.

wettelijke regeling toelaatbaar (vergelijkbare reclame) en vervolgbaar (aanspraak jegens de contractbreker, mogelijk door denuntiatieplicht) te maken, wat de rechter verbiedt of waar hij machteloos tegenover staat.

Ook Voetelink verwacht niet veel van een bijdrage tot de rechtszekerheid en de preventie, indien men tot een wettelijke regeling zou overgaan. Is er, zoals van der Zanden betoogt, in Nederland rechtsonzekerheid, omdat de Hoge Raad zich wel minstens twintig maal heeft moeten uitspreken over een geval van ongeoorloofde mededinging? Neen, meent Voetelink ⁴¹: er is in Nederland zonder aparte wet meer rechtszekerheid dan in Duitsland met een aparte wet: „Wie slechts enkele pagina's „Generalklausel” bij Calmann heeft doorgeworsteld, wordt zo overstelpt met uitspraken van het Reichsgericht, dat hem van der Zanden's bezorgdheid over de meer dan twintig cassatie-arresten van de Hoge Raad nog slechts kan doen glimlachen”. Vergeet Voetelink hier echter niet, wat hij elders zo treffend heeft gezegd: de Duitse rechter heeft de Generalklausel streng, degelijk, maar volmaakt humorloos uitgelegd. Het spelelement in de mededinging, met name in de reclame, is daar volledig miskend. Er is geen vrees, dat men in Nederland dezelfde kant zou opgaan. En nogmaals: men moet zich niet blind staren op de Duitse wet. Men kan zelfs zeggen, dat de onvoorzienbare zee van Duitse rechtspraak mede een gevolg is van het feit, dat men te veel aan de Generalklausel heeft overgelaten, te weinig in de aparte wet juist omtrent ons onderwerp heeft geregeld. De weerlegging van Voetelink van het beroep van van der Zanden en Bodenhausen op de preventieve werking vind ik al zeer zwak; het is niet meer dan een uiting van scepsis t.a.v. menselijke zwakheden; wanneer men meent, dat een wettelijke regeling 's mensen gedrag niet kan beïnvloeden, is verdere discussie op dit punt niet mogelijk.

En tenslotte Hijman ⁴². Hijman meent, dat aan een wettelijke regeling geen behoefte bestaat, omdat in veel meer gevallen dan tot dusverre geschiedt, een beroep kan worden gedaan op de wetten betreffende de industriële

⁴¹ Voetelink, blz. 168 en blz. 191-193. Idem Mr E. D. Hirsch Ballin, R. M. Themis 1954, blz. 373.

⁴² Mr A. Hijman, H.N.J.V. 1941, II, blz. 25 en blz. 28.

eigendom. Zo zal men zich, aldus Hijman, over schending van zijn merkenrecht kunnen beklagen niet alleen, als er vrees voor verwarring bestaat, maar ook bij vrees voor verwatering. „Aan ingrijpen door den wetgever bestaat geenerlei behoefte. Maar mogen deze debatten er toe bijdragen de overtuiging te versterken, dat tot dusverre te snel de weg van het gemeene recht wordt ingeslagen, waar het steilere pad van het speciale recht, dat den rechthebbende naar een hooger plateau kon leiden, open staat”. Dit betoog is m.i. reeds afdoende bestreden door Beerman ⁴³: van schending van de Merkenwet is slechts sprake bij vrees voor verwarring t.a.v. de herkomst; behoeft slechts verwatering te worden gevreesd, dan zoek men geen bescherming bij de Merkenwet maar bij het gemene recht, dus art. 1401 B.W.

Liever sluit ik mij aan bij de voorstanders van een wettelijke regeling, al wil ik mijzelf onder de gematigde voorstanders rekenen, omdat ik wèl een verbetering verwacht en mogelijk acht, maar mij bewust ben, dat juist op het glibberige terrein van de ongeoorloofde mededinging er steeds vaagheden en onzekerheden zullen overblijven. Tot de voorstanders van een wettelijke regeling reken ik naast de reeds genoemde Bodenhausen en van der Zanden: Telders ⁴⁴, Pfeffer, Berkhouwer en enige debaters op de vergadering van de N.J.V. 1941, Jhr Mr W. M. de Brauw en Prof. Mr J. Oranje. Het zijn weer vooral de argumenten van de rechtszekerheid en de preventieve werking, die door hen in vele toonaarden worden bezongen. Omtrent vele vragen bestaat onzekerheid. Men durft een proefproces niet aan ⁴⁵. Daarom kan men voor de beantwoording van de vraag, of er behoefte bestaat aan een wettelijke regeling, niet volstaan met een analyse van de Nederlandse rechtspraak, om daaruit dan — indien deze in het algemeen bevredigend blijkt te zijn — te concluderen, dat hieraan geen behoefte bestaat. Stelt men een onderzoek in bij de Nederlandse rechtspraak of ondervraagt men Nederlandse

⁴³ Mr A. C. W. Beerman, H.N.J.V. 1941, II, blz. 73-74.

⁴⁴ Prof. Mr B. M. Telders, met instemming geciteerd door Prof. Mr. J. C. van Oven, N.J.B. 1941, blz. 479: „het is gevaarlijk, naast een wettelijke regeling via art. 1401 B.W. een soort gevoelsrechtspraak te ontwikkelen, die de geheele wettelijke regeling te niet doet”. Zoo is het; wij moeten waken tegen hypertrophie van 1401!”

⁴⁵ Mr H. Pfeffer, H.N.J.V. 1941, II, blz. 54-56.

rechters, dan zal men doorgaans tot de conclusie komen, dat geen wettelijke regeling nodig is. De rechters voelen zich voldoende vrij en hebben voldoende aanknopingspunten in de wet. Dit is echter niet afdoende. De vraag is tevens, wat voor de rechter verborgen blijft. Heeft de rechtzoekende voldoende houvast om te weten, wat mag en wat niet? Is er behoefte aan meer preventief werkende regels? Aan de andere kant hoede men zich voor het geven van regels, waar misstanden ontbreken. Heeft de rechter een te grote vrijheid, te weinig steun in de wet, dan schept dit rechtsonzekerheid, schept rechtsongelijkheid, belast de rechter met een taak, die hij niet vervullen kan, ondermijnt zijn gezag ⁴⁶. De wetgever, niet de rechter dient in het algemeen aan te geven, wanneer boycot verboden is en wanneer toegestaan, wanneer vergelijkende en nabootsende reclame toelaatbaar is en wanneer niet. „Het is in deze materie m.i. juister te werken met een nauw afgebakende speciale wet waaraan men zich ook houdt dan dat men deze zaak aan de vrije beoordeling van den rechter overlaat. Ik vrees, dat men anders gevaar loopt te komen niet tot strijd tegen oneerlijke concurrentie maar tot oneerlijken strijd tegen de concurrentie” ⁴⁷. De rechtspraak loopt bij de rechtsontwikkeling op dit dynamische terrein ten achter, de wetgever dient er leiding aan te geven ⁴⁸. De gedupeerde kan de dader veel effectiever sommeren met ongeoorloofde mededinging te stoppen, als daarbij op een concrete op het geval toepasselijke wetsbepaling kan worden gewezen, i.p.v. op een vage Generalklausel. Waar deze elders niet voldoet, komt dat, omdat deze aldaar te weinig is uitgewerkt ⁴⁹. Art. 1401 B.W. is zo ruim geformuleerd, dat het aan de rechter voldoende en aan de justiciabele te weinig houvast geeft ⁵⁰. Een bijkomend voordeel van een speciale wet zou kunnen zijn, dat deze vruchtbaar zou kunnen werken t.a.v. de Nederlandse rechtsliteratuur, die op het terrein van de ongeoorloofde mededinging achterblijft bij die in het buiten-

⁴⁶ Houwing II, blz. 12.

⁴⁷ Jhr. Mr W. M. de Brauw, H.N.J.V. 1941, II, blz. 45-47.

⁴⁸ Prof. Mr J. Oranje, H.N.J.V. 1941, II, blz. 37.

⁴⁹ Mr W. L. Haardt, W.P.N.R. 4391; Mr H. Pfeffer, R.M. 1938, blz. 476; Drucker-Bodenhausen, blz. 166; J. M. Polak I; Baumbach-Hefermehl, blz. 110.

⁵⁰ Berkhouwer, blz. 111, blz. 113 en blz. 115.

land „om te zwijgen van Duitschland waar de literatuur een bijna benauwendenden omvang heeft aangenomen” ⁵¹.

Niet zonder betekenis is ook, dat vanuit kringen van de direct belanghebbenden aandrang wordt uitgeoefend op een nadere wettelijke regeling zowel nationaal ⁵² als in internationaal verband. Bij dit laatste denk ik in het bijzonder aan de wensen, geformuleerd tijdens het congres van de Internationale Kamer van Koophandel te Napels in 1957: de wetgeving van ieder land dient, in het kort gezegd, in het bijzonder bepalingen te bevatten, waarbij verboden worden alle vormen van misleiding t.a.v. eigen of eens anders onderneming of product, alle vormen van nabootsing en verwarring zaaien, onjuiste herkomstaanduidingen enz.; aan verenigingen van bedrijfsgenoten dient een vorderingsrecht te worden toegestaan; gezorgd moet worden voor een snelle rechtsgang; bij enkele onrechtmatigheid ook zonder schuld dient reeds een verbod mogelijk te zijn; de nationale rechter moet ook kunnen ingrijpen, indien de gevolgen van de onbehoorlijke mededinging zich slechts in het buitenland laten gevoelen ⁵³. Aangezien wijzigingen van het Unieverdrag van Parijs niet zelden hebben plaats gevonden op initiatief van de Internationale Kamer van Koophandel ⁵⁴, dient aan deze wensen wel enig gewicht te worden toegekend.

Natuurlijk is er een aantal kwesties, waarvoor codificatie op zich zelf niet nodig is, omdat de rechtspraak aan de hand van art. 1401 B.W. hierop al een vastomlijnd en bevredigend antwoord heeft gegeven, zoals t.a.v. de ophefmakende of misleidende reclame, de denigrerende reclame, het afhandig maken van bedrijfsgeheimen langs slinkse weg enz. Er zijn daarnaast echter vele vragen, waarop nog geen duidelijk, geen bevredigend of geen eensluidend antwoord door de rechtspraak is gegeven of gegeven kon worden, zoals: is vergelijkende reclame steeds onrechtmatig? Is parasiterende of aanhakende reclame steeds onrechtmatig? Is nabootsing zonder verwarringsgevaar maar wel met ver-

⁵¹ Beerman, H.N.J.V. 1941, II, blz. 74-76.

⁵² Zie de citaten uit de Memorie van Toelichting bij de begroting van Economische Zaken voor 1963, vermeld bij J. M. Polak II, blz. 15-16.

⁵³ Volledig gepubliceerd in B.I.E. 1957, blz. 147-148.

⁵⁴ De Reede, blz. 285.

wateringsgevaar onrechtmatig? Is nabootsing van eens anders niet door octrooi beschermd product alleen onrechtmatig, indien door nabootsing t.a.v. niet essentiële onderdelen verwarring wordt gesticht? Wanneer is doorbreking door een derde van een verkoopsorganisatie onrechtmatig, en hoe kan bevorderd worden, dat de contractbreker zelf kan worden aangesproken, i.p.v. de buitenstaander? In welke gevallen is boycot onrechtmatig? Is verwijdering van eens anders merk of contrôlestrook onrechtmatig? Het zijn alle vragen, waarop rechtspraak en/of literatuur uiteenlopende antwoorden geven⁵⁵. Naast tegenstrijdige uitspraken kan gewezen worden op onbevredigende uitspraken⁵⁶ en lacunes. Berkhouwer⁵⁷ noemt in dit verband de volgende desiderata: 1. aanprijzing van eigen product staat vrij, mits geen verwarring en geen concrete aanwijsbare onwaarheden; 2. vergelijkende reclame is ongeoorloofd, tenzij uitgelokt door een onrechtmatige daad van een mededinger, dan wel in zakelijke vorm verkondigd door een onpartijdige instantie; 3. publicatie van een straf- of civiel vonnis betreffende een concurrent is ongeoorloofd, tenzij de rechter daartoe verlof heeft verleend; 4. nabootsen van reclameleuzen is ongeoorloofd, indien deze getuigen van voldoende aanwijsbare oorspronkelijkheid en individualiteit. Ook omtrent de vraag, welke acties aan de benadeelde toe-

⁵⁵ Zie o.a. H.R. 26 juli 1953 (Hyster Karry Krane) N.J. 1954/90, A.A. 1953/54, blz. 10 met noot van Prof. Mr L.J. Hijmans van den Bergh; Prof. Mr G. H. C. Bodenhausen over dit arrest in N.J.B. 1954, blz. 365 e.v.; de door Beerman blz. 150 onbevredigend genoemde, door hem t.a.p. geciteerde uitspraken, waarbij parasiterende, aanhakende reclame niet onrechtmatig werd geoordeeld; de vraag, in hoeverre de onrechtmatigheid wegvalt dan wel verboden eigenrichting blijft bestaan, indien de dader in eigen reclame handelt ter afweer van een aanval, waaromtrent in verschillende zin Mr H. Pfeffer, blz. 305 en Baumbach-Hefermehl, blz. 159-161; de vraag, wanneer dumping onrechtmatig is, waaromtrent in verschillende zin Pfeffer, blz. 342-343 en Prof. Mr G. H. C. Bodenhausen, N.J.B. 1954, blz. 365 e.v. en blz. 383 e.v.; de vraag, in hoeverre het optreden van een agent provocateur rechtmatig is en de onrechtmatigheid van het gedrag van de „uitgelokte” wegneemt, waaromtrent Hof Den Haag 16 april 1934 W. 12808 (optreden geoorloofd; handeling van uitgelokte blijft onrechtmatig) en Pfeffer, blz. 78-79.

⁵⁶ Drucker-Bodenhausen, blz. 186 meent, dat de rechter toch te veel juiste klachten betreffende ongeoorloofde mededinging ten onrechte afwijst.

⁵⁷ Berkhouwer, blz. 116.

komen⁵⁸, of daar mede toe moet behoren een actie tot rectificatie⁵⁹ en of voor die actie schuld van de dader een vereiste is⁶⁰, bestaat onzekerheid. Bij rectificatie zijn verscheidene systemen denkbaar: de benadeelde mag zelf tot rectificatie overgaan, zij het op eigen kosten, zonder rechterlijk vonnis, als geoorloofde vorm van eigenrichting, indien zulks nodig is als afweer tegen een aanval van een mededinger; de benadeelde kan bij vonnis (in kort geding) een veroordeling vragen, dat de dader zelf tot herroeping van zijn misleidende annonce overgaat op diens kosten; de benadeelde vraagt stopzetting van de ongeoorloofde mededinging en de bevoegdheid het vonnis hieromtrent op kosten van de dader te publiceren⁶¹. Slechts omtrent weinige eisen hierbij bestaat zekerheid: publicatie van een strafvonnis ten nadele van een mededinger, terwijl dat strafvonnis geen betrekking heeft op ongeoorloofde mededinging t.o.v. degene, die tot publicatie wil overgaan, is steeds onrechtmatig; publicatie mag evenmin plaats vinden in denigrerende vorm of om een ander te vernederen⁶². De indruk bestaat, dat de rechter vrij afwijzend staat tegenover de mogelijkheid van publicatie, rectificatie, herroeping, droit de réponse, ten onrechte, omdat publicatie vaak de enige manier is om schade voor de mededingers te beperken of voor de toekomst af te wenden⁶³.

Indeling. In hoofdstuk II zullen de gevallen van ongeoorloofde mededinging, vallende onder art. 1401 B.W., aan de hand van de literatuur en van de Nederlandse rechtspraak

⁵⁸ Reimer, blz. 793 onderscheidt vijf verschillende acties.

⁵⁹ Par. 23 lid 4 UWG opent uitdrukkelijk de mogelijkheid, dat de rechter aan de benadeelde de bevoegdheid verleent om tot publicatie in door de rechter aan te geven vorm en omvang op kosten van de dader over te gaan.

⁶⁰ Zie hieromtrent Reimer, blz. 825 en blz. 837 (m.i. is herroeping een vorm van schadevergoeding, zodat wel schuld vereist is); Unidroit I, blz. 46.

⁶¹ Zie hieromtrent in uiteenlopende zin: Pfeffer, blz. 61-64; Berkhouwer, blz. 92; Reimer, blz. 732-733 en blz. 834-835; over Frankrijk: Berkhouwer, blz. 43-44 (onzekerheid); over Zwitserland: Voetelink, blz. 184 (publicatie van vonnissen, waarbij de mededinger wegens ongeoorloofde mededinging is veroordeeld, is in beginsel toegestaan).

⁶² Baumbach-Hefermehl, blz. 144-146; Reimer, blz. 826-828.

⁶³ Mr G. E. Langemeijer, N.J.B. 1936, blz. 685 e.v.

nader worden gerubriceerd en besproken, waarbij telkens zal worden nagegaan, of de huidige situatie bevredigend is en, zo neen, in hoeverre daarin door wetgeving verbetering zou kunnen worden gebracht. Daarbij moet worden voorop gesteld, dat de stand van de wetenschap m.b.t. de onbehoorlijke mededinging altijd iets fragmentarisch zal hebben; dat het vaak moeilijk is gevallen van onbehoorlijke mededinging tot meer algemene normen te herleiden resp. de verschillende gevallen te rubriceren ⁶⁴. Mij bewust van de betrekkelijkheid van alle onderscheidingen op dit gebied, zal ik in hoofdzaak, met een paar geringe afwijkingen, de indeling volgen van Bodenhausen en Drucker-Bodenhausen ⁶⁵, waarbij ik tevens, voorzover gewenst, gebruik zal maken van de door andere schrijvers ⁶⁶ toegepaste onderscheidingen en indelingscriteria. Mijn aanvankelijke voornemen om een uitvoerig kritisch overzicht te geven van de Nederlandse rechtspraak op dit terrein heb ik ten dele moeten opgeven, en wel door plaatsgebrek en door tijdsgebrek, terwijl de noodzaak zulks te doen zich niet zo sterk voordoet, nu, naar ik meen te weten, mijn mede-praeadviseur zich ook reeds uitvoerig van deze taak zal kwijten. Ik zal mij vooral toespitsen op die uitspraken in rechtspraak en literatuur, die tot nadere bezinning nopen t.a.v. de vraag: codificatie of niet. In het verleden zijn bovendien reeds herhaaldelijk rechtspraakoverzichten betreffende de ongeoorloofde mededinging gepubliceerd. Ik denk daarbij met name aan Bodenhausen, Pfeffer en Veldman ⁶⁷.

Burgerlijk procesrecht. Nog een enkel woord over het burgerlijk procesrecht en het strafrecht in verband met de ongeoorloofde mededinging. Eerst het burgerlijk procesrecht, waaromtrent slechts twee opmerkingen, namelijk betref-

⁶⁴ Mr C. Croon, B.I.E. 1957, blz. 106.

⁶⁵ Mr G. H. C. Bodenhausen, R.M. 1935, blz. 4; Drucker-Bodenhausen, blz. 168.

⁶⁶ Molengraaff, blz. 147-149; Veldkamp, blz. 10-11; Pfeffer, blz. 86-87; Berkhouwer, blz. 57; Voetelink, blz. 142; Baumbach-Hefermehl, blz. 111-114.

⁶⁷ Mr G. H. C. Bodenhausen, R.M. 1935, blz. 1 e.v.: rechtspraak tussen 31 januari 1919 en 1 juli 1934; Pfeffer, blz. 269-350: rechtspraak tussen 31 januari 1919 en december 1937; Veldkamp, passim: rechtspraak tussen 1 januari 1929 en 1 januari 1940.

fende het kort geding en betreffende de verdeling van de bewijslast.

Het is een gemeenplaats te zeggen, dat de meeste geschillen betreffende ongeoorloofde mededinging van spoedeisende aard zijn, zodat deze geschillen doorgaans bij wege van een kort geding aan de rechter ter beslissing worden voorgelegd. Een kort-geding-procedure is ook toelaatbaar, wanneer door de gevraagde beslissing het ontstaan of verder oplopen van uiterst bezwaarlijk aanwijsbare en/of verhaalbare schade kan worden vermeden⁶⁸. In het buitenland ziet men soms zelfs uitdrukkelijk bepaald, dat zaken betreffende ongeoorloofde mededinging steeds bij wege van kort geding mogen worden aangebracht⁶⁹.

Uiteraard is een kort geding slechts bruikbaar voor verbodsacties en daaraan verwante vorderingen en niet voor een schadevergoedingsactie, maar op dit terrein is een verbod (of een herroeping) vaak belangrijker dan schadevergoeding (met instandhouding van de daad). Pfeffer⁷⁰ heeft verdedigd, dat naar het voorbeeld van buitenlandse wetgevingen zou moeten worden bepaald, dat in beginsel alle zaken van ontoelaatbare mededinging in kort geding aangebracht kunnen worden, ook al zijn zij niet (meer) spoedeisend, of ook al moeten er rechtspunten in beslist worden. Ik zou van een zodanige incidentele wetswijziging geen voorstander zijn: waarom alleen op het terrein van de ongeoorloofde mededinging een gemakkelijker toegang tot de president in kort geding? Maar wèl kan de vraag worden gesteld, of er geen reden zou zijn voor een meer algemene wijziging t.a.v. de artt. 289 e.v. Rv., waardoor tegelijk, zij het op andere wijze, aan de wensen van Pfeffer tegemoet zou worden gekomen. Met handhaving van de eis van spoedeisendheid ware wellicht te overwegen in het Wetboek van B. Rv. een bepaling op te nemen, waardoor de mogelijkheid wordt geopend aan de President in kort geding een voorlopige verklaring voor recht te vragen. Daardoor

⁶⁸ Rb. Utrecht 29 juli 1931 W. 12482, met instemming geciteerd door Pfeffer, blz. 76.

⁶⁹ Zie omtrent België: Pfeffer, W. 12872 en Prof. G. van Hecke, B.I.E. 1951, blz. 32; omtrent Zwitserland: G. Beguin, B.I.E. 1950, blz. 3-4.

⁷⁰ Mr H. Pfeffer, R.M. 1938, blz. 498-499; vgl. R. J. Polak, blz. 43-51.

kan ook preventief worden ingegrepen en het risico voor beide partijen worden beperkt en schade voorkomen. Deze mogelijkheid zou algemeen gelden, maar in het bijzonder van belang zijn op het terrein van de mededinging, waar eerder dan op andere gebieden des rechts de vraag kan rijzen, of een voor de eiser voordelige en voor diens concurrent schadelijke handeling rechtmatig is dan wel niet. Juist omdat de factor van voor een derde dreigende schade hier geen beslissende rol speelt, zullen de betrokkenen hier nog meer belang hebben bij een voorafgaand oordeel van de President. Men neme b.v. het geval van vergelijkende reclame: A wil een advertentie plaatsen, waarin hij de resultaten publiceert van een vergelijkend warenonderzoek door een onpartijdige instantie, b.v. de Nederlandse Consumentenbond. Deze publicatie zou voor B schadelijk zijn. B wordt in kort geding gedagvaard, als hij tegen de voorgenomen advertentie bezwaar maakt zonder met concrete verweren te komen. Geeft de President zijn fiat, en wordt ten gronde de advertentie toch onrechtmatig geacht, dan behoeft A toch over het verleden geen schadevergoeding te betalen, want schuld ontbrak. Weigert de President de gevraagde voorlopige verklaring van recht aan de eiser, dan handelt de eiser bij plaatsing desondanks op eigen risico, tenzij de gedaagde in reconventie een verbod tot plaatsing heeft gevraagd en verkregen: dan is plaatsing verboden ⁷¹. Ook op andere wijze wordt weer een uitbreiding bepleit van de mogelijkheden om snel een rechterlijke beslissing uit te lokken ⁷². Het is hier echter niet de plaats om op deze zijdelingse suggestie nader in te gaan.

Een tweede opmerking betreft de bewijslast. De vraag van de bewijslastverdeling (zowel t.a.v. de onrechtmatigheid en de schuld als t.a.v. de omvang van de schade) ⁷³ is for-

⁷¹ Vgl. Prof. Mr P. W. Kamphuisen, N.J.B. 1943, blz. 17 e.v. en blz. 29 e.v. Zie echter nog art. 177 lid 3 E.E.G.-verdrag: op de president in kort geding rust niet de verplichting, die wel op de gewone rechter rust, om praesjudiciële vragen aan het Hof van de Europese Gemeenschappen voor te leggen (S.E.W. Europa, 1961, blz. 92).

⁷² Mr J. H. Blaauw, Een nieuw summier geding?, N.J.B. 1963, blz. 182 e.v.; Mr. W. de Rijke, N.J.B. 1963, blz. 245; vgl. openingsrede Mr A. Blom, H.N.J.V. 1962, II, blz. 5 e.v.

⁷³ De bewijsmoeilijkheid t.a.v. de omvang van de schade door ongeoorloofde mededinging wordt in Duitsland ten dele opgelost door par. 287 ZPO; Reimer, blz. 554.

meel een vraag van burgerlijk procesrecht, maar niet uit het oog mag worden verloren, dat in feite de verdeling van de bewijslast vaak beslist omtrent de materieelrechtelijke positie van beide partijen. Wanneer dan ook soms in het volgende hoofdstuk voorstellen t.a.v. een wettelijke regeling in materiële zin gekoppeld zullen worden aan regelingen omtrent de verdeling van de bewijslast, dan dient m.i. niet te snel het verwijt te worden gemaakt, dat aldus materieel en formeel recht met elkaar vermengd worden, en evenmin het verwijt, dat aldus het feit zou worden miskend, dat de meeste rechtsverwerkelijking zich buiten het proces afspeelt. De bewijslastverdeling beïnvloedt in feite mede de materieelrechtelijke positie, voorzover te verwerklijken of te handhaven. Ook buiten proces weet men dan, waaraan men toe is. Bovendien: regels van materieel recht, die de wetgever niet onder alle omstandigheden wil handhaven, kunnen soms het beste geformuleerd worden met behulp van een bewijslastverdeling. Daarmede is een concreter regeling te bereiken dan met een vage, slechts zuiver materieel gehouden, regeling. De betrekkelijke waarde van een rechtspraak-analyse is juist mede een gevolg van het feit, dat de meeste rechtsverwerkelijking zich buiten proces afspeelt, zodat een zodanig overzicht geen volledig beeld kan geven van eventuele lacunes in het Nederlandse mededingingsrecht.

Strafrecht. De belangrijkste strafrechtelijke bepaling op het terrein van de ongeoorloofde mededinging is art. 328 bis Sr., ingevoerd in 1915 bij de lex Aalberse. Het artikel beoogde echter meer de civielrechtelijke dan de strafrechtelijke bescherming van de mededinger te versterken. Het Lindenbaum-Cohen-arrest van de Hoge Raad was nog niet gewezen, zodat men door invoering van art. 328 bis Sr. de onder deze omschrijving vallende handelingen van onbehoorlijke mededinging onwettig en dus onrechtmatig kon noemen. Na 31 januari 1919 bleef slechts de strafrechtelijke functie over, die gering was. Aanvankelijk heeft zelfs art. 328 bis Sr na 1919 nog wel eens belemmerend gewerkt t.a.v. de civielrechtelijke bescherming: wat voor 1919 een strohalm was, werd daarna een hinderpaal. Op art. 1401 B.W. gebaseerde vorderingen terzake van ongeoorloofde mededinging werden soms afgewezen met het betoog, dat de daad

niet aan alle elementen van art. 328 bis Sr. voldeed ⁷⁴. Dit was uiteraard irrelevant: ook al is een handeling niet strafwaardig, daarom kan deze nog wel onrechtmatig zijn.

Naast art. 328 bis Sr. valt te wijzen op art. 337 Sr. (valse handelsnaam en merk), art. 326 bis (bescherming van werken van nijverheid tegen vervalsing van naam of teken), art. 329 (bedrog van de verkoper jegens de koper), art. 330 Sr. (aflevering van vervalste levensmiddelen) en art. 435 bis Sr. (misbruik van onderscheidingsteken) ⁷⁵.

De belangrijkste bepaling, art. 328 bis Sr., is tot dusverre vrijwel een dode letter gebleven. Dit is hoofdzakelijk een gevolg van het feit, dat een „bedriegelijke handeling” bewezen moet worden ⁷⁶. Er moet een objectief misleidende handeling aanwezig zijn; de bedoeling om te misleiden is niet voldoende ⁷⁷. Art. 328 bis Sr. stelt enerzijds te hoge eisen maar leidt anderzijds, indien aan alle eisen is voldaan, tot een te ernstige kwalificatie: misdrijf. Te overwegen ware derhalve om enerzijds de eis van „bedriegelijke handeling” te vervangen door die van opzet, en anderzijds de aldus gewijzigde en eventueel nader aan te vullen bepaling over te brengen van de titel over de misdrijven naar die omtrent de overtredingen ⁷⁸. Ik zou er noch voor voelen om op dit terrein een tuchtrecht in te voeren ⁷⁹ noch om, zoals in het buitenland geschiedt en door J. M. Polak ⁸⁰ bepleit wordt, de civielrechtelijke en de strafrechtelijke regeling van de ongeoorloofde mededinging bij elkaar aan te passen en te combineren. In par. 1 wees ik reeds op het dubbele karakter

⁷⁴ Zie omtrent de verhouding tussen art. 1401 B.W. en art. 328 bis Sr. van Wageningen, blz. 57.

⁷⁵ Pfeffer, blz. 15.

⁷⁶ Pfeffer, blz. 44, blz. 46-48 en blz. 340-342; Mr H. Pfeffer, R.M. 1938, blz. 496; van Schaik, blz. 11 en blz. 19; Drucker-Bodenhausen, blz. 167; Dorhout Mees nos. 436-445.

⁷⁷ H.R. 27 nov. 1924 N.J. 1925 blz. 177; H.R. 17 mei 1943 N.J. 1943/507; daarnaast is dan echter onverschillig, of een mogelijke klant dan wel een ander misleid is (H.R. 24 juni 1935 N.J. 1936/91).

⁷⁸ Dr J. Groenendaal, Inleiding tot de wetgevingstechniek, diss. Amsterdam 1956, stelling V; van Schaik, blz. 50-51; rapport Commissie Romeyn van de K.N.M.B. in 1930, vermeld door J. M. Polak I.

⁷⁹ Bepleit door van Schaik, blz. 67, bestreden door J. M. Polak I en aldaar noot 14.

⁸⁰ J. M. Polak I.

van het mededingingsrecht: ter bescherming van de concurrent en ter bescherming van de consument. In het eerste geval zal er niet veel behoefte bestaan aan strafrechtelijke bescherming, omdat de mededingers zelf voor hun belangen zullen en kunnen opkomen en men op dit terrein met strafrechtelijk ingrijpen voorzichtig moet zijn. Sterke uitbreiding van de strafrechtelijke bepalingen zou waarschijnlijk geen noemenswaardige wijziging brengen in een zeer terughoudend vervolgingsbeleid. Aan nadere strafrechtelijke bescherming bestaat dan ook m.i. alleen behoefte t.a.v. die handelingen, waarbij het publiek, de consumenten, tegen een ondernemer moet worden beschermd, en waarbij er geen (bepaald aangewezen) benadeelde concurrent is.

Hoe zeer de opvattingen ook op dit terrein uiteenlopen en hoezeer er dus behoefte bestaat aan een wettelijke regeling, die een eind maakt aan onzekerheid, blijkt ook hier: terwijl van Schaik ⁸¹ meent, dat het schenden van de originele verpakking en het verwijderen van contrôlestrepen omnium consensu een daad van oneerlijke mededinging is en ten onrechte nog niet strafbaar is verklaard, is de Hoge Raad ⁸² van oordeel, dat een zodanige handeling niet eens een onrechtmatige daad oplevert, laat staan strafbaar behoort te zijn.

HOOFDSTUK II

Algemeen mededingingsrecht

Par. 1. Nabootsing van eens anders onbeschermd merk of handelsnaam

Wij begeven ons thans naar een grensterrein van de onrechtmatige daad, grenzende aan dat van de wetten betreffende de industriële en intellectuele eigendom, en wel in deze par. grenzende aan de Merkenwet, de Handelsnaamwet en de Auteurswet, en in de volgende par. grenzende aan de Octrooiwet en de Auteurswet. In deze par. worden besproken de gevallen van nabootsing van de verkoopbaarheid van een product, in de volgende de gevallen van nabootsing van het product zelf.

⁸¹ Van Schaik, blz. 52-53.

⁸² H.R. 23 juni 1961 N.J. 1962/244, toegejuicht door Prof. Mr W. C. L. van der Grinten, De N.V. 1962/1963, blz. 168.

Het is hier niet de plaats om in te gaan op de vraag van de juiste verhouding tussen de bescherming, geboden door art. 1401 B.W., en de bescherming, geboden door de zo juist genoemde bijzondere wetten¹. Tussen de twee uiterste standpunten: namelijk de bijzondere wetten derogeren steeds aan art. 1401 B.W.² dan wel, zij derogeren er nimmer aan³, treft men vooral twee visies aan: waar de bescherming van de bijzondere wetten niet kan werken, kan een beroep op art. 1401 B.W. worden gedaan, behalve t.a.v. het door de Octrooiwet bestreken terrein⁴, en anderzijds: waar de bescherming van de bijzondere wetten niet kan werken, faalt ook een beroep op art. 1401 B.W., behalve t.a.v. het door de Merkenwet bestreken terrein⁵. Ik sluit mij aan bij degenen, die van oordeel zijn, dat daar, waar de bescherming van de bijzondere wetten niet kan werken, een beroep op art. 401 B.W. kan worden gedaan, behalve t.a.v. het door de Octrooiwet bestreken terrein. Een scherpe scheiding tussen in de wet vastgelegde subjectieve rechten en ongeschreven rechtsregels valt niet te maken; het toekennen van exclusiviteit aan de wetten, die subjectieve rechten in het leven roepen, berust op een *petitio principii*. Het is niet juist, dat, zolang men maar buiten het bereik van de verbodsbepalingen uit de bijzondere wetten blijft, men zich niet door betamelijkheidsoverwegingen behoeft te laten weerhouden om van eens anders geestes- of kweekproducten te profiteren, tenzij er sprake is van misbruik van recht. Ik verenig mij derhalve geheel met het betoog van A. van Oven⁴, die nog opmerkt: van rechtsmisbruik zou er slechts sprake kunnen zijn, als degene, die van ongeoorloofde mededinging wordt beticht, een subjectief recht had, waarvan hij misbruik maakt. Hiervan is echter geen sprake. Misbruik van vrijheid in het maatschappelijk verkeer is geen misbruik van recht. Het is een doublure van het zorgvuldigheidscriterium, waarbij men wellicht op een dwaalspoor is gebracht door een

¹ Zie hieromtrent de prae-adviezen van Mr H. van Wageningen en Mr A. C. W. Beerman, H.N.J.V. 1941.

² Mr C. Croon, H.N.J.V. 1941, II, blz. 42 en blz. 45.

³ Van Wageningen, H.N.J.V. 1941 *passim*; Mr G. H. C. Bodenhuis, H.N.J.V. 1941, II, blz. 38 en Prof. Mr P. W. Kamphuisen, H.N.J.V. 1941, II, blz. 59 en blz. 66.

⁴ Beerman, H.N.J.V. 1941, *passim*; Mr Ir C. J. de Haan, H.N.J.V. 1941, II, blz. 30-31; Prof. Mr A. van Oven, W.P.N.R. 4563.

⁵ Dorhout Mees nos. 415, 419, 430 en 431.

weinig gelukkig arrest van de Hoge Raad betreffende de vordering tegen de reparateur van een octrooischendend radiotoestel⁶. Het criterium van handelen zonder redelijk belang en met de uitsluitende bedoeling om te benadelen past niet op het terrein van de ongeoorloofde mededinging. Art. 1401 B.W. speelt op het gehele terrein van de ongeoorloofde mededinging een rol, tenzij de strekking van de wet (zoals de Octrooiwet) zich daartegen verzet. Heeft men daarentegen de *lex specialis* opgezet als een aanvullende regeling, dan verliest zij haar waarde niet door daarnaast een beroep op art. 1401 B.W. toe te laten, maar verandert zij hoogstens van karakter. Haar nut zal dan soms liggen in de omstandigheid, dat zij de industriële eigenaar een extra rechtsmiddel toekent, soms ook in de omstandigheid, dat zij een subjectief recht in het leven roept, waardoor onder het regime van H.R. 31 januari 1919 de onrechtmatigheid der gewraakte handelingen eenvoudiger vast te stellen is⁷.

Nabootsing van een niet beschermd merk. Noem ik gemakshalve een onderscheidingsteken, dat niet als merk op grond van de Merkenwet wordt beschermd, een etiket — in commerciële zin wordt „etiket” genoemd een merk, dat, hoezeer ook voldaan wordt aan de eisen van de Merkenwet, een geringe publiciteitswaarde heeft, omdat het niet gedragen wordt door een grote goodwill, bekendheid, voortgezette reclame —, dan zijn de volgende gevallen te vermelden van niet door de Merkenwet beschermde nabootsing van eens anders etiket:

- a. het merk mist onderscheidende kracht, bestaat b.v. uit een stadswapen;
- b. het gebruik van het merk door de ander leidt niet tot verwarringsgevaar m.b.t. de herkomst, maar slechts tot verwatering, waarbij van Wageningen nog weer een onderscheid maakt tussen het gebruik van een in hoofdzaak verschillend merk voor gelijksoortige waren en het gebruik van een in hoofdzaak gelijk merk voor ongelijksoortige waren;

⁶ H.R. 13 maart 1942 N.J. 1942/389.

⁷ Van Wageningen, blz. 78.

- c. het etiket dient niet ter onderscheiding van waren maar als aankleding, „Ausstattung” van een onderneming;
- d. het nagebootste merk is gedenuatureerd tot soortnaam;
- e. het betreft een collectief merk in strijd met art. 3 ter Merkenwet;
- f. het bezigen van een in hoofdzaak gelijk merk voor gelijksoortige waren, dat niet als een „gebruik” in de zin van de Merkenwet wordt beschouwd ⁸.

In al die gevallen kan men niet zeggen, dat het ontbreken van merkenbescherming de handeling eo ipso tot rechtmatig stempelt ⁹. Naast het geval, dat een merk wordt nagebootst, zonder verwarring omtrent de herkomst in het leven te roepen ¹⁰ bestaat het geval, dat men verwarring omtrent de herkomst sticht, zonder eens anders merk te schenden ¹¹. Is wèl in strijd met de Merkenwet gehandeld, dan is er tevens een onrechtmatige daad gepleegd. Dit is vooral van belang, indien de benadeelde merkgerechtigde voor een actie op grond van de Merkenwet onvoldoende heeft gesteld ¹².

Ad a. Nabootsing van een etiket, dat onderscheidende kracht mist, zal doorgaans evenmin een onrechtmatige daad opleveren ¹³. Dit zal slechts dan het geval kunnen zijn, indien de enkele nabootsing gepaard gaat met bijkomende omstandigheden, waardoor de verwarringsmogelijkheid geaccentueerd wordt ¹⁴. Dit kan o.a. het geval zijn, indien men een vrijmerk nauwkeurig in alle irrelevante details nabootst, terwijl de ander het vrijmerk, b.v. een stadswapen, had kunnen gebruiken zonder precies in de uitvoering de bij-

⁸ Van Wageningen, blz. 21; zie rechtspraak t.a.p., blz. 21-22, waaraan o.a. toe te voegen H.R. 4 jan. 1963 N.J. 1963/37.

⁹ Van Wageningen, blz. 23.

¹⁰ Rb. Rotterdam 31 dec. 1937 N.J. 1939/455 betreffende Salga-zuigers voor Chevrolet-auto's.

¹¹ Dit wekken van verwarring werd niet aanwezig geacht door Rb. Zutphen 20 okt. 1932 N.J. 1934 blz. 468.

¹² Rb. Amsterdam 21 febr. 1940 B.I.E. 1940 blz. 91 met noot; Pres. Rb. Middelburg 16 maart 1955 N.J. 1955/501.

¹³ Hof Amsterdam 26 nov. 1953 B.I.E. 1954 blz. 30 (pop „Marijke”); Hof Den Haag 9 juni 1954 N.J. 1954/462 (I.C. Plus - I.C.A.); Van Haersolte, blz. 587-588; Mr H. Pfeffer, Themis 1936, blz. 117.

¹⁴ H.R. 28 juni 1929 N.J. 1929 blz. 1750 (Holeproof Hosiery), besproken door van Haersolte, blz. 595, Beerman, blz. 114 en Dorchout Mees no. 424.

zonderheden van het nagebootste na te volgen (slag-schaduw) ¹⁵.

Ad b. Het zou tot „verwatering” van de Merkenwet leiden, indien men een beroep op schending van het merkenrecht ook zou toestaan, indien door de handelingen van de gedaagde geen vrees voor verwarring t.a.v. de herkomst wordt geschapen, doch slechts de vrees, dat het, voor een niet gelijksoortig product gebruikt, merk zou verwateren, dan wel, indien door de handelingen van de gedaagde een verkooporganisatie t.a.v. het merkartikel zou worden doorbroken ¹⁶. De ratio van de merkenbescherming is ook hier weer een dubbele: de consument wordt tegen verwarring beschermd, de ondernemer tegen toe-eigening van voor hem bestemde opdrachten door een nabootser ¹⁷. Deze ratio ontbreekt in de beide zojuist genoemde gevallen. In plaats van een schending van de Merkenwet zou hier aanwezig kunnen zijn een onrechtmatige daad ¹⁸, maar ik meen, dat zulks niet het geval behoort te zijn, tenzij bij de enkele nabootsing de verwatering gepaard gaat met een parasiteren, waarvoor ik moge verwijzen naar par. 6, terwijl ik voor de doorbreking van een verkooporganisatie moge verwijzen naar par. 9.

Ad c. „Ausstattung”, aankleding omvat een grote verscheidenheid van handelingen, die alle hierin overeenstemmen, dat zij door nabootsing van een van de middelen, waarmee een mededinger zijn producten aan de man brengt, de verkoopbaarheid van het eigen product bevorderen. Hieronder kan men rekenen nabootsing van het model van de waar, van de wijze van verpakking, van de wijze, waarop de winkelpuizen zijn beschilderd, van de wijze, waarop de bestelauto's zijn beschilderd en het personeel is geuniformeerd, van

¹⁵ Aldus terecht Veldkamp, De N.V. 1941/42, blz. 232 in zijn bestrijding van Rb. Haarlem 8 april 1941 N.J. 1941/850 betr. Haarlemmerolie; vgl. een overeenkomstige redenering t.a.v. technische navolging in H.R. 26 juni 1953 N.J. 1954/90 (Hyster Karry Krane).

¹⁶ H.R. 14 dec. 1956 N.J. 1962/242 i.z. Prins-Grundig.

¹⁷ Pfeffer, blz. 312-313.

¹⁸ Vgl. Beerman, blz. 121-122; Dorhout Mees, no. 453; Pres. Rb. Almelo 10 okt. 1931 N.J. 1932 blz. 1068 (pharmaceutische artikelen Rheumasan tegen beddelakens Rheumasan) meende, dat wellicht wèl een actie uit art. 1401 B.W. mogelijk was.

reclameleuzen, van de opmaak van advertenties, van originele denkbelden om publiciteit te verkrijgen (in de laatste drie gevallen, zonder dat de maker op bescherming krachtens de Auteurswet aanspraak kan maken), van emblemen, die noch merk noch handelsnaam zijn, van titels, van opschriften¹⁹. Van Haersolte²⁰ noemt nog het ophangen van reclameplaten van een concurrent in eigen zaak; het omgekeerde zou evenzeer een onrechtmatige daad zijn.

De moeilijkheid is hier weer een grenslijn te trekken tussen datgene wat men niet mag verbieden om monopolisering te vermijden (kleur van benzinepompen) en datgene wat men niet mag toelaten op straffe van een beloning voor de geestloze nabootsers en een ontgoocheling voor de vindingrijke initiatiefnemers. Men zal hier veel eerder dan in het geval onder b een onrechtmatige daad mogen aannemen. Dit is ook in overeenstemming met hetgeen leeft in kringen van belanghebbenden. Ik verwijs naar art. 2 lid 2 van de Regelen voor het Advertentiewezen 1963 en naar de Code voor het Reclamewezen, opgesteld door de Internationale Kamer van Koophandel in 1937 en laatstelijk herzien in 1955, onder II sub 1 b, beide ten dele aan het eind van dit praeadvies onder de bijlagen opgenomen. Nabootsing en verwarringsgevaar leveren hier tezamen een onrechtmatige daad op; van verwarringsgevaar is geen sprake, indien het nagebootste te weinig individualiteit had; deze individualiteit hangt af van kwaliteit (originaliteit) en kwantiteit (grote bekendheid, zoals C. en A.); ook hier is uiteraard schuld geen vereiste voor een verbodsactie²¹.

¹⁹ Van Haersolte, blz. 587-588; Mr G. H. C. Bodenhausen, B.I.E. 1937, blz. 25; Pfeffer, blz. 269; Molengraaff, blz. 149-150; vgl. Rb. Amsterdam 11 mei 1938 N.J. 1939/556 betr. verkoop N.J.H.C.-vlaggetjes, waaromtrent Dorhout Mees no. 424.

²⁰ Van Haersolte, blz. 590.

²¹ Pfeffer, blz. 270-282; Dorhout Mees, no. 452; Voetelink, blz. 169-171; in Duitsland zelfs onrechtmatig zonder verwarringsgevaar; terecht heeft H.R. 5 maart 1943 N.J. 1943/246 (Nivea-Hamea) de eis van verwarringsgevaar gehandhaafd; Voetelink, blz. 173-174 verwijst naar Rb. Utrecht 17 mei 1944 N.J. 1944/45 no. 763, waarin wel de eis van verwarringsgevaar werd gesteld en bovendien de onrechtmatigheid werd gemotiveerd met het zonder moeite en kosten profijt trekken van de vondst van een ander; Voetelink t.a.p. en Mr W. L. Haardt, W.P.N.R. 4391 menen, dat de nabootsing ook zonder verwarringsgevaar onrechtmatig dient te zijn; dit gaat mij te ver; weer te veel in de andere richting gaat Berkhouwer, blz. 101,

Ad d. Onder c bleek, dat een grote onderneming een voor-
sprong kan hebben op een kleine, doordat bij grote publici-
teit een „aankleding” met geringe originaliteit toch reeds
beschermenswaard kan worden. Daar staat tegenover, dat
men voor al te grote bekendheid ook kan worden gestraft.
Het merk gaat over in een soortnaam en verliest onder-
scheidende kracht, evenals een geografische herkomstaan-
duiding bij grote bekendheid kan denatureren tot een soort-
naam. Spoedig dient men een zodanige voor de merk-
gerechtigde tegelijk verheugende en bedroevende ontwikke-
ling, zodat het merkenrecht verloren gaat, niet aan te nemen;
nog minder spoedig, dat nabootsing van zo'n merk niet
onrechtmatig zou zijn. Gelukkig, dat ook een omgekeerde
ontwikkeling mogelijk is: van soortnaam tot merk ²².

Ad e. Een collectief merk is volgens art. 3 ter Merkenwet
verboden. Een collectief merk is bestemd om t.a.v. goederen
herkomst, kwaliteit, deugdelijkheid of andere eigenschappen
te waarborgen (b.v. keurmerk K.E.M.A.). Dit etiket wordt
collectief gebruikt door een aantal zelfstandige onder-
nemingen, die soms geheel los van elkaar staan en die slechts
dit gemeen hebben, dat zij op hetzelfde aanverwante gebied
werkzaam zijn, of in dezelfde streek gevestigd zijn of tot
dezelfde nationaliteit behoren ²³. Nabootsing van een col-
lectief merk door een buitenstaander om de indruk te
wekken, dat hij tot dezelfde kring behoort als de collectieve
ondernemingen, is een onrechtmatige daad.

die slaafse navolging van een reclamecampagne doorgaans recht-
matig acht, met het argument, dat de vooruitgang in handel en
industrie ten nauwste samenhangt met verspreiding van nieuwe
denkbeelden door navolging; dit argument gaat echter alleen op
voor technische nabootsing, niet voor de onderhavige aankleding;
hetzelfde verkeerde argument werd gebruikt door Hof Amsterdam
19 dec. 1934 N.J. 1935 blz. 404 (nabootsing van een nieuw denk-
beeld omtrent de vorm van reclame voor handelswaar, nl. een
kwartetspel, niet onrechtmatig geacht), geciteerd door van Haer-
solte, blz. 598 en bestreden door Mr H. Pfeffer, Themis 1936, blz.
127-130; terecht werd wel een onrechtmatige daad aanwezig geacht
bij het vrijwel ongewijzigd overnemen van reclameleuzen door Rb.
Utrecht 17 mei 1944 N.J. 1944/45 no. 763 en Hof Den Bosch
8 aug. 1944 N.J. 1946/672.

²² H.R. 14 april 1939 N.J. 1939/944 met noot E.M.M.
(Véritable).

²³ Pfeffer, blz. 283 en blz. 286.

Nabootsing van een niet beschermde handelsnaam. Van Wageningen²⁴ noemt drie gevallen, waarin inbreuk wordt gemaakt op een niet door de Handelsnaamwet beschermde handelsnaam:

- a. indien er geen bedrijf is, dus b.v. op zich zelf staande werkzaamheden of werk zonder winstoogmerk;
- b. namen, waaronder niet aan het rechtsverkeer wordt deelgenomen, b.v. dakreclame, populaire benaming;
- c. namen, waaronder wel aan het verkeer wordt deelgenomen, maar die niet de gehele zaak betreffen, maar een deel ervan.

Het tweede geval kan men ook beschouwen als een vorm van „aankleding”. Door de Wet van 30 juni 1954 S. 334, in werking getreden op 1 oktober 1954, tot wijziging van de Handelsnaamwet is de bescherming van de handelsnaam verbeterd, o.m. door invoering van de art. 5 a en 5 b. Men zal dus minder vaak zijn toevlucht behoeven te zoeken bij art. 1401 B.W. Waar zulks blijkens het bovenstaande nog nodig is, zal bij nabootsing met verwarringsgevaar deze toevlucht niet tevergeefs gezocht worden. Ook hier geldt weer, dat van verwarringsgevaar geen sprake kan zijn, indien de handelsnaam geen onderscheidend vermogen bezit, doch b.v. slechts een aanduiding geeft van de plaats van vestiging en/of de soort van onderneming; ook hier geldt, dat gering onderscheidend vermogen kan worden gecompenseerd door een grote bekendheid (Rotterdamsche Bank)²⁵. Aangezien een handelsnaam vaak een meer regionaal karakter heeft dan een merk, moet de vraag van grote bekendheid hier worden beantwoord in verhouding tot de omvang van de kring van potentiële relaties.

Hiernaast staat nog de kwestie van bescherming van titels van kranten, tijdschriften, brochures en boeken. Ook hier kan weer hetzelfde worden opgemerkt omtrent nabootsing, verwarringsgevaar, onderscheidend vermogen en originaliteit, en de relatieve betekenis daarvan in verhouding tot bekendheid en potentiële kring van afnemers. Mej. Mr Sonja

²⁴ Van Wageningen, blz. 64.

²⁵ Van Wageningen, blz. 73 en blz. 76; Hof Amsterdam 21 dec. 1949 N.J. 1950/715, W.P.N.R. 4223; Rb. Rotterdam 1 april 1955 N.J. 1955/488.

Boekman ²⁶ acht, nu de Merkenwet en de Handelsnaamwet hier niet toepasselijk zijn, zodat men aangewezen is op art. 1401 B.W., een aparte wettelijke regeling gewenst in de trant van de Handelsnaamwet, waarbij bescherming van de oudere titel tegen de jongere wordt verleend, indien verwarring dreigt. M.i. is een aparte wet niet nodig, indien een meer gedetailleerde regeling van de ongeoorloofde mededinging in het algemeen volgens de in hoofdstuk II te bespreken categorieën tot stand zou komen.

Tenslotte rijst nog de vraag, of het niet gewenst is tot een grotere bescherming te komen van wat men zou kunnen noemen titels van handelsnamen, zoals hotel (een wens van de Horeca!), restaurant, bank, spaarbank, warenhuis, supermarkt, groothandel. Zij, die deze titel aan hun handelsnaam laten voorafgaan, zonder dat het door hen uitgeoefende bedrijf op deze grootscheepse betiteling aanspraak kan maken, misleiden het publiek, brengen de titel in discrediet en benadelen degenen, die terecht van deze betiteling gebruik maken.

Conclusie. Overziet men het voorgaande, dan blijkt het niet eenvoudig deze gevallen onder één noemer te vatten. Wèl zou ik in ieder geval tot deze gemeenschappelijke noemer willen rekenen het verwarringsgevaar — weer in zijn dubbel aspect: misleiding van de consument en gederfde clientèle voor de concurrent—. Ik zou dus niet zo ver willen gaan als Bodenhausen, Pfeffer en Beerman ²⁷, die nabootsing ook zonder verwarringsgevaar reeds onrechtmatig achten ²⁸. Juist de verwarring in zijn beide aspecten bepaalt voor een

²⁶ Mej. Mr Sonja Boekman, W.P.N.R. 4374; Pres. Rb. Arnhem 15 jan. 1947 N.J. 1947/474 (V.V.V. Adresboek van Arnhem); Rb. Den Haag 1 dec. 1954 N.J. 1955/782 (tijdschriften „Bedrijf en Techniek” tegen „Techniek en Bedrijfsleven”).

²⁷ Mr G. H. C. Bodenhausen, R.M. 1935, blz. 15 (mits gepaard met parasiteren); Prof. Mr G. H. C. Bodenhausen, N.J.B. 1954, blz. 386-393 (geeft overzicht van rechtspraak in andere Europese landen, waaruit blijkt, dat aldaar navolging zonder verwarringsgevaar al onrechtmatig wordt geacht; het belang van verwarring als criterium is overschat; b.v. een merk wordt ook aangetast door verwatering zonder verwarring (niet accoord: dit is noch merkschending noch een onrechtmatige daad); Mr H. Pfeffer, N.J.B. 1939, blz. 173; Beerman, blz. 135.

²⁸ Idem Prof. Mr B. M. Telders, noot onder Pres. Rb. Rotterdam 30 jan. 1936, B.I.E. 1937, blz. 105-106; Mr J. H. Polenaar, N.J.B. 1939, blz. 310; Baumbach-Hefermehl, blz. 288; Reimer, blz. 538.

belangrijk deel de onrechtmatigheid. Zij, die menen, dat het verwarringselement wordt overschat, maken zich m.i. juist anderzijds schuldig aan een overschatting van het element van de enkele nabootsing. Men gaat dan uit van het prestatiebeginsel en betoogt, dat A een prestatie verricht, een originele gedachte met tijd en moeite uitwerkt en lanceert en dat B het resultaat nabootst en met de baten gaat strijken; daaruit wordt dan afgeleid, dat het nabootsen van niet originele denkbeelden toelaatbaar is. Inderdaad wordt in het laatste geval niet geparasiteerd op de kosten en moeite van de ontwikkeling van een denkbeeld (dat er al was), maar misschien wel op de kosten van de verbreiding van de bekendheid en de publiciteit. Dit is echter even parasitair. Men neme het geval, dat A een denkbeeld ontwikkelt, dat B dit denkbeeld overneemt en er met veel kosten bekendheid aan geeft, en dat C dan het denkbeeld van B weer nabootst om te profiteren van de door B geschapen goodwill. Het parasiteren heeft — afgezien van de vorm van aanhakende reclame, waaromtrent nader par. 6 — doorgaans naast het verwarringselement geen zelfstandige betekenis voor het onrechtmatigheidsbegrip. Immers het zaaien van verwarring, gekoppeld aan de nabootsing, houdt reeds in, dat men voortbouwt op eens anders geestesproducten in de hoop, dat het publiek, in verwarring gekomen, zich tot de nabootser zal wenden, waardoor deze laatste profiteert van vindingrijkheid, arbeid en/of bekendheid van de nagebootste. Slechts in het geval van verwatering van een merk (hiervoor onder b) heeft het parasitaire element een zelfstandige betekenis, omdat daar verwarringsgevaar ontbreekt.

Daarmede is dan meteen gezegd, dat aan de „ladderredenering”²⁹ slechts een betrekkelijke betekenis toekomt. De nabootser klimt langs de door de nagebootste gebouwde ladder omhoog, aldus kosten besparend, die de voorganger heeft moeten maken of gemaakt heeft. De bestrijding van deze redenering door B. M. Telders gaat echter m.i. te ver. Hij vraagt: is het een eis van handelsmoraal, dat iedereen gelijkelijk op de onderste sport van de ladder begint en gelijke moeite doet? Hoe oordelen wij over natuurlijke voorrechten van aanleg, geboorte, fortuin, plaatselijke ligging,

²⁹ Rb. Rotterdam 25 jan. 1929 N.J. 1929 blz. 1077 (Spiran beter als Asperin), verdedigd door Mr A. Hijman, bestreden door Prof. Mr B. M. Telders, t.a.p. (zie noot 28).

conjunctuur enz.? Mijn antwoord op die vragen is: inderdaad gaan wij er niet van uit, dat iedereen op de onderste sport van de ladder moet beginnen; wie een voorsprong heeft, mag daarvan profiteren; maar dat betekent nog niet, dat het een ander steeds is toegestaan om een natuurlijke of wettelijke voorsprong van de mededinger te elimineren.

Tenslotte kan men als gemeenschappelijk element nog noemen de stelselmatigheid („Planmäßigkeit”) ³⁰. In de hiervoor besproken gevallen ligt de stelselmatigheid eigenlijk reeds opgesloten. Nabootsing van eens anders etiket of niet beschermde handelsnaam heeft voor de nabootser alleen zin en is voor de nagebootste alleen schadelijk, indien zulks regelmatig plaats vindt. De betekenis van het element van de stelselmatigheid — dat wij weer zullen terugvinden bij de doorbreking van een verkoopsorganisatie — is dan ook eerder negatief: ook wanneer aan de elementen van nabootsing, verwarring en/of parasiteren is voldaan, dan nog is de daad niet onrechtmatig, indien een en ander slechts incidenteel heeft plaats gevonden.

Het verschil met de in par. 6 te bespreken aanhakende reclame is hierin gelegen, dat in de onderhavige par. besproken zijn de gevallen van nabootsing, zonder dat dit met reclame gepaard behoeft te gaan, en zonder dat men de naam van de ander misbruikt om zich zelf aan op te trekken, doch langs meer indirecte weg profiteert van wat de mededinger tot stand heeft gebracht, terwijl de vraag van de aanhakende reclame slechts een rol speelt, wanneer de ene mededinger zich met reclame tot het publiek wendt en daarbij minder geraffineerd rechtstreeks aanhaakt aan de bekende klank van de naam van de mededinger. Tenslotte heeft men nog het aanhaken aan het wetenschappelijke werk van een ander. „Daar zal juist bronvermelding tegen elke betichting van onfatsoen vrijwaren, terwijl in bijna alle zaken, waarin slaafse navolging op commercieel terrein tot toetsing kwam, het noemen van de naam van de gecopieerde juist als verzwarende omstandigheid wordt aangevoerd” ³¹.

³⁰ Baumbach-Hefermehl, blz. 288; anders Reimer, blz. 538: het is twijfelachtig, of „Planmäßigkeit” een nog niet onrechtmatige nabootsing tot een onrechtmatige kan stempelen; dat is juist, maar het element heeft dan ook geen positieve, alleen een negatieve betekenis.

³¹ Prof. Mr B. M. Telders, B.I.E. 1937, blz. 105-106.

Par. 2. Nabootsing van eens anders niet door octrooi of auteursrecht beschermd product.

Drie H.R. arresten. Drie na-oorlogse arresten van de H.R.¹ hebben op het thans te betreden terrein de leiding gegeven. Gemakshalve geef ik onderstaand weer de voor-naamste inhoud van deze drie arresten; allereerst het Hyster Karry Krane-arrest van 1953. Aangezien het, aldus de H.R., in het algemeen gesproken, aan een ieder moet vrijstaan om aan zijn industriële producten een zo groot mogelijke deugdelijkheid en bruikbaarheid te geven, is het — tenzij door een ander aan de Octrooiwet of aan de Auteurswet ontleende rechten daaraan in de weg staan — niet verboden om te dien einde, ten eigen voordele en mogelijk tot nadeel van een concurrent van in diens producten geopenbaarde resultaten van inspanning, inzicht of kennis gebruik te maken, zelfs wanneer enkel tengevolge van dat gebruik maken tussen het eigen product en dat van de concurrent bij het publiek verwarring mocht kunnen ontstaan. Nabootsing van het product van een concurrent is dus alleen dan ongeoorloofd, indien men zonder aan de deugdelijkheid en bruikbaarheid afbreuk te doen op bepaalde punten even goed een andere weg had kunnen inslaan en men door dit na te laten verwarring sticht. Ook het voeren van reclame op een wijze, die verwarring in de hand werkt, moet achterwege blijven, doch een verzuim te dien aanzien kan niet tot een verbod van het in de handel brengen van het product, doch enkel tot dat van een aldus opgezette reclame leiden.

H.R. 1956 betreffende de drukasbak: „slaafse” navolging van een product van een concurrent kan onrechtmatig zijn, ook al ligt de navolging niet op technisch terrein, al heeft de concurrent het desbetreffende product niet zelf ontworpen en al kan het publiek dank zij de navolging het

¹ H.R. 26 juni 1953 N.J. 1954/90 met noot Ph.A.N.H., A.A. okt. 1953 blz. 10, met noot H.B., W.P.N.R. 4443 (Hyster Karry Krane); zie ook aldaar de uitvoerige conclusie van A. G. Eggens en de leerzame noot van Ph.A.N.H. met veel buitenlandse literatuur en rechtspraak; het arrest is besproken bij Dorhout Mees no. 417; zie vervolg in H.R. 23 mei 1954 N.J. 1955/387, W.P.N.R. 4489, B.I.E. 1954 blz. 155 met noot Mr C. Croon: de vordering was niet gebaseerd op het door de H.R. aangelegde criterium; H.R. 21 dec. 1956 N.J. 1960/414 (drukasbak); H.R. 8 jan. 1960 N.J. 1960/415 (scrabble), beide laatste ook in A.A. okt. 1960 blz. 19 e.v. met noot Prof. Mr W. C. L. van der Grinten.

product verkrijgen tegen lagere prijs dan voorheen. Het Hof heeft het door thans-eiseres gevoerde verweer als zou het product van verweerder geen oorspronkelijkheid bezitten, verworpen met het oordeel, dat dit product voldoende onderscheidend vermogen heeft, terwijl in 's Hofs oordeel, dat het product van thans-eiseres zonder bezwaar op voor de deugdelijkheid en bruikbaarheid als drukasbak niet van belang zijnde punten (als vorm, afmeting, kleur, tekening) van verweerders product had kunnen afwijken, ligt opgesloten, dat thans-eiseres door op die punten af te wijken volgens het Hof verwarring bij het publiek had kunnen voorkomen. Voorzover uit het arrest blijkt, is het Hof echter tot zijn oordeel inzake dit verwarringsgevaar en de middelen om dat te vermijden gekomen, door verweerders asbak enkel te vergelijken met die van thans-eiseres. Voor de toetsing van de juistheid van dit oordeel, alsmede van 's Hofs beslissing inzake het onderscheidend vermogen van verweerders asbak kan echter van beslissend belang zijn de gestelde doch niet door het Hof onderzochte omstandigheid, dat er nog tal van gelijksoortige asbakken met roterend bovenstuk in de handel zijn. Zou die omstandigheid zich voordoen, dan zou de „slaafse” navolging door thans-eiseres van verweerders asbak slechts dan onrechtmatig zijn, indien deze zich uiterlijk van de andere in de handel zijnde modellen aanmerkelijk zou onderscheiden.

H.R. 1960 inzake scrabble: afgezien van de aan de Octrooiwet of aan de Auteurswet te ontlelen rechten, is nabootsing van het product van een concurrent alleen dan in strijd met de zorgvuldigheid, welke in het maatschappelijk verkeer betaamt, indien men zonder aan de deugdelijkheid en bruikbaarheid afbreuk te doen, op bepaalde punten even goed een andere weg had kunnen inslaan en men door dit na te laten, verwarring sticht. Deze zorgvuldigheid eist niet, dat het eigen product van dat van de concurrent verschilt op alle punten, waarop dat, zonder aan de deugdelijkheid en bruikbaarheid afbreuk te doen, mogelijk zou zijn. Zij brengt echter wel de verplichting mee om bij de nabootsing te doen, wat redelijkerwijs mogelijk en nodig is om te voorkomen, dat door gelijkheid de kans op verwarring ontstaat of vergroot wordt. Voor het antwoord op de vraag, of een gegeven handeling indruist tegen de in het maatschappelijk verkeer betamende zorgvuldigheid, is niet zonder meer beslissend, dat zij in de

betrokken tak van nijverheid als niet gebruikelijk en niet oirbaar wordt beschouwd.

Middenweg. Uit de hier weergegeven formuleringen blijkt, dat de Hoge Raad aan het in het Hyster Karry Krane arrest neergelegde beginsel trouw is gebleven, ondanks de soms op dit en de volgende arresten uitgeoefende critiek; er is slechts een verdere verfijning in de arresten van 1956 en 1960 aangebracht. De lagere rechtspraak heeft de leer van de Hoge Raad meestal trouw nagevolgd ².

In het Hyster Karry Krane arrest heeft de Hoge Raad

² Conform Hyster Karry Krane-arrest: Rb. Den Bosch 15 maart 1935 N.J. 1936/13, genoemd bij Pfeffer, blz. 292; Hof Amsterdam 23 okt. 1953 N.J. 1954/652, W.P.N.R. 4443; Pres. Rb. Amsterdam 14 dec. 1955 23 febr. 1956 B.I.E. 1956 blz. 149; Pres. Rb. Groningen 9 juli 1957 N.J. 1957/679; Hof Den Haag 26 juni 1958 N.J. 1959/418; Hof Leeuwarden 28 okt. 1959 N.J. 1960/314 (op andere gronden bekrachtigend na te noemen vonnis van Pres. Rb. Assen 2 dec. 1958 N.J. 1959/440).

Zie ook Pres. Rb. Zutphen 9 april 1954 B.I.E. 1954 blz. 137 en Hof Amsterdam 15 april 1954 B.I.E. 1954 blz. 122, bevestigend beantwoordende de vraag, of de nabootsing in het betrokken geval onrechtmatig was.

Deze vraag werd ontkennend beantwoord door: Pres. Rb. Utrecht 21 sept. 1953 en Hof Amsterdam 11 febr. 1954, B.I.E. 1954 blz. 135 („Linco"-haardkachels); Hof Arnhem 29 febr. 1956 B.I.E. 1957 blz. 4, vervolg van Hof Arnhem 18 mei 1955 N.J. 1955/645 (laadschop; waarschijnlijk niet onrechtmatig, wegens beperktheid van het verwarringsgevaar); Hof Leeuwarden 19 dec. 1956 N.J. 1957/409 (voorschands is niet bewezen, dat appellante door geïntimeerde geïmporteerde wandelwagentjes slaafs heeft nagebootst, nu appellante aannemelijk heeft gemaakt, dat andere wagentjes dan die van geïnt. haar ten voorbeeld hebben gestrekt. Alsdan is in dit geding niet van belang, dat app. in een circulaire (beweerdelijk ten onrechte) heeft medegedeeld, dat de wagentjes een vinding van haar zelf zijn. Men zou deze uitspraak een toepassing van de relativiteitsleer kunnen noemen: wellicht was de nabootsing t.o.v. de fabrikant, wiens wagentjes in werkelijkheid zijn nagebootst, onrechtmatig, doch niet tegenover geïntimeerde, importeur van een andere fabrikant van wandelwagentjes. Overigens is het toch wel vrij gortig, dat iemand in een circulaire zegt, dat de wagentjes een vinding van hem zelf zijn en er zich tijdens een procedure te zijner ontlasting op beroept, dat hij ze — van een ander — heeft nagemaakt. Toegegeven moet echter worden, dat, indien de nabootsing op zich zelf niet onrechtmatig is, het onrechtmatigheidsgehalte van de daad niet sterker wordt, doordat de nabootser in strijd met de waarheid annonceert, dat hij niet nabootst en origineel is; ook in dit opzicht is de (laatste) beslissing uit het Hyster Karry Krane arrest terecht nagevolgd; Pres. Rb. Groningen 8 mei 1957 N.J. 1958/416 (geen slaafse navolging van een petroleumkachel, gelet op de praktische

terecht een tussenweg bewandeld tussen de twee uitersten: iedere nabootsing is onrechtmatig, en: nabootsing van een niet geoctrooieerd product is vrijwel steeds rechtmatig. Ook al brengt het innemen van dit tussenstandpunt enige onzekerheid en moeilijkheden met zich mee, men mag er toch verheugd over zijn, dat de Hoge Raad niet heeft willen volgen de gemakkelijker maar onbevredigende weg, volgens welke nabootsing van een niet geoctrooieerd product vrijwel steeds rechtmatig is³. Met zeer uiteenlopende redeneringen moet worden rekening gehouden. Enerzijds gaat het niet aan ieder nabootsen door een parasiteur ten koste van degene, die zich de moeite en kosten van de ontwikkeling van een nieuw, maar niet octrooieerbaar product heeft getroost, rechtmatig te achten. Anderzijds zou voortdurende bescherming op grond van art. 1401 B.W. van een niet-geoctrooieerd product neerkomen op een grotere bescherming, dan aan een wel geoctrooieerd product toekomt, waarvan immers het octrooi na 18 jaar vervalt. Het algemeen belang is zowel gebaat bij verbreiding van nieuwe vindingen, dus bij nabootsing, als bij verbod van nabootsing, want daardoor ontstaat een stimulans voor uitvinders. Enerzijds is nabootsing wenselijk, omdat onze hele cultuur en techniek op navolging is gebaseerd, anderzijds dient het profiteren van andermans werk te worden beschouwd als te zijn in strijd met de zorgvuldigheid, die in het maatschappelijk verkeer betaamt. De vrees, dat men aldus zou komen tot ongelimiteerde bescher-

(vervolg van blz. 106 noot 2)

verbeteringen van het „nieuwe” model; in hoger beroep bevestigd).

Anders, m.i. ten onrechte: Pres. Rb. Assen 2 dec. 1958 N.J. 1959/440, op andere gronden bevestigd door Hof Leeuwarden 28 okt. 1959 N.J. 1960/314 (nu uit de nabootsing een duidelijke gelijkheid in uiterlijk en in eigenschappen blijkt, staat de gestelde nabootsing vast. Deze nabootsing is oneerlijke concurrentie, nu ten deze de gedragingen van gedaagden als onbehoorlijk moeten worden gekwalificeerd; of er sprake is van verwarring bij het publiek, dan wel deze te duchten is, is hierbij irrelevant).

Conform drukasbak-arrest: Hof Den Bosch 31 jan. 1957 N.J. 1957/408 (van nabootsing door app. kan geen sprake zijn, als andere fabrikanten de beweerdelijk nagebootste serviezen reeds fabriceerden en verhandelden, voordat geint. dat deed. De Pres. heeft verwarringsgevaar kennelijk aangenomen door de serviezen van geint. enkel te vergelijken met die van app. Dit zou onjuist zijn, als er nog tal van gelijksoortige serviezen van anderen in de handel zijn).

³ Anders Prof. Mr W. C. L. van der Grinten, A.A. 1960/61, blz. 21 e.v., noot onder H.R. 21 dec. 1956 (drukasbak) en H.R. 8 jan. 1960 N.J. 1960/415 (scrabble).

ming, verder gaand dan een octrooirecht, behoeft niet al te groot te zijn, omdat mode en het voortschrijden van de techniek hier belangrijke correctieven vormen ⁴.

De Hoge Raad heeft zich in het Hyster Karry Krane arrest aangesloten bij de oudere rechtspraak van het Duitse Reichsgericht. Met name is opvallend de overeenstemming met het Multigraph-arrest van het Reichsgericht van 3 dec. 1924 ⁵, dat ook zonder opzet om verwarring te stichten „die sklavische Nachnahme einer nicht oder nicht mehr geschützten Maschine als einen groben Verstosz gegen die guten Sitten erklärt, wenn ein Wettbewerber sich auf diese Weise die Verwertung fremder Arbeit und Erfahrungen auch insoweit zunutze mache, als deren Verwendung durch die Art der betreffenden Maschine nicht bedingt sei, soweit also der Gebrauchszweck der Maschine es nicht gerade erheische”.

Dat de Hoge Raad in het Hyster Karry Krane-arrest een middenweg heeft bewandeld, wordt ook treffend geïllustreerd door het feit, dat de twee belangrijkste bestrijders van het arrest, namelijk Bodenhausen ⁶ en van der Grinten ³, in hun critiek volmaakt met elkaar in strijd zijn: terwijl Bodenhausen van oordeel is, dat de bescherming van het niet geoctrooieerde product, die de Hoge Raad wil verlenen, nog niet ver genoeg gaat, staat van der Grinten op het standpunt, dat deze bescherming reeds te ver gaat, maar dat de door de Hoge Raad geëiste criteria voor onrechtmatigheid zo weinig bruikbaar zijn, dat, z.i. gelukkig, de Hoge Raad slechts een schijnbescherming aan het nagebootste product verleent.

De vraag, waar het bij dit onderwerp om gaat — indien men tenminste, anders dan van der Grinten, zich op het standpunt stelt, dat onder bepaalde omstandigheden nabootsing van eens anders product onrechtmatig dient te zijn —, is deze, welke bijkomende omstandigheden naast de nabootsing vereist zijn om tot onrechtmatigheid te kunnen concluderen.

⁴ Mr G. H. C. Bodenhausen, B.I.E. 1937 blz. 28.

⁵ Geciteerd bij Reimer, blz. 526-527, alwaar ook vermeld het Opel-Laubfrosch-arrest van 25 juni 1927; zie ook Baumbach-Hefermehl, blz. 287.

⁶ Prof. Mr G. H. C. Bodenhausen, N.J.B. 1954, blz. 365 e.v. en blz. 383 e.v.

Irrelevante factoren. Laten wij daarbij eerst, om een eenvoudiger overzicht te verkrijgen, nagaan, welke bijkomende factoren voor de beoordeling van de al dan niet onrechtmatigheid in ieder geval irrelevant zijn, waarbij ik begin met mij aan te sluiten bij van der Grinten³. In de eerste plaats behoeft de nabootsing niet te liggen op technisch terrein. Ik zou hieronder echter slechts willen verstaan, dat het nagebootste product niet technisch ingewikkeld behoeft te zijn (drukasbak). Voor het overige beperk ik mij wel in zoverre tot technische navolging, dat hier alleen aan de orde is nabootsing van eens anders niet geöctrooieerd product, onverschillig, of het om de inhoud (motor) dan wel om het sierlijke uiterlijk gaat, maar dat hier niet aan de orde is nabootsing van eens anders reclame, zijn niet onderscheidend merk enz., kortom de onderwerpen, die in de vorige par. besproken zijn⁷.

In de tweede plaats is onverschillig, of de nabootsing gescheidt door een concurrent of door een ander. Ik verenig mij met van der Grinten, die anders dan Houwing in zijn noot in de N.J., van oordeel is, dat een begeleidende omstandigheid, die tot de onrechtmatigheid bijdraagt, niet reeds kan worden gezien in het feit, dat de navolging geschiedt door een concurrent. In dit opzicht maakt van der Grinten een onderscheid tussen nabootsing van een product en vergelijkende reclame: daar zou een vergelijking door een niet-concurrent, zoals de Nederlandse Consumentenbond, wél toelaatbaar zijn, en een vergelijking door een mededinger niet. Ik ben het daar niet mee eens en kom er in par. 5 op terug.

In de derde plaats is onverschillig, of de nagebootste het product zelf heeft ontworpen, mits het slechts onderscheidend vermogen heeft. Het is onverschillig, of de nagebootste fabrikant het product zelf heeft ontworpen — en daarbij is het dan weer onverschillig, of, indien hij het zelf heeft ontworpen, hem dit veel of weinig moeite, tijd en geld heeft gekost — dan wel het op zijn beurt van een derde heeft overgenomen. Wanneer aan alle overige voorwaarden is voldaan, kan de nagebootste fabrikant B zich ook op onrechtmatigheid beroepen, indien hij zelf op zijn

⁷ Prof. Mr G. H. C. Bodenhausen, N.J.B. 1954, blz. 367, 368 en blz. 370; Baumbach-Hefermehl, blz. 286.

beurt het product van een derde A heeft overgenomen. Dat de nabootser C het weer van B en niet van die oorspronkelijke derde A namaakt, is een gevolg van het feit, dat de nagebootste fabrikant B er beter — en waarschijnlijk dankzij meer moeite en kosten — in geslaagd is dit product bekendheid te verschaffen. Daarom speelt het parasitaire element — waaromtrent hieronder nader — ook een rol, indien de nagebootste B op zijn beurt weer de nabootser van A was: het gaat niet alleen om degene, die een uitvinding doet, maar ook om degene, die er iets in ziet, die deze in praktijk brengt, exploiteert en er bekendheid aan geeft. Het talent verdient evenzeer bescherming als de talent scout. „Unzählige Kaufleute, Erfinder, Wissenschaftler verwenden täglich Mühe und Kosten auf unnütze und erfolglose Dinge. Arbeit hat keinen Wert; die Leistung entscheidet. Die Leistung wird durch Kostenafwand nicht bedeutender, durch müheloses, zufälliges oder hellseherisches Erreichen nicht wertloser. Es verdient keine Spur mehr Schutz, wer sein Leben lang an einer Sache gearbeitet hat, als wer dasselbe spielend erreicht” 8-9. Aldus ook Baumbach-Hefermehl 10: onjuist is het vroegere criterium uitsluiten van een resultaat, dat door een ander met moeite en kosten tot stand is gebracht. Omgekeerd is er geen onrechtmatige nabootsing, indien de nabootser het product verbeterd of gewijzigd heeft 11.

In de vierde plaats is onverschillig, of het publiek het product dankzij de nabootsing tegen een lagere prijs kan

8 - 9 Reimer, blz. 531, citerend Baumbach-Hefermehl, 7e druk, blz. 149.

10 Baumbach-Hefermehl, blz. 285; anders Reimer, blz. 540-542: technische nabootsing valt slechts onder par. 1 UWG, indien het nagebootste product een verbetering inhield. Het standpunt van Reimer is overigens niet geheel duidelijk. Op blz. 533 acht hij het i.t.t. blz. 522-523 wel „gleichgültig, ob es (het nagebootste product) mit oder ohne Mühe und Kosten geschaffen wurde”. Op blz. 532 begrijpt m.i. Reimer verkeerd het in de tekst weergegeven citaat van Baumbach-Hefermehl (zie noot 8-9). Het gaat niet om het uitzonderlijke geval, dat onnodig veel moeite en kosten worden gespendeerd voor een (pover) resultaat, dat door een gemiddeld mens zonder veel moeite en kosten bereikt had kunnen worden. Zo komt Reimer tot de m.i. onjuiste conclusie: „Das mit Mühe und Kosten von einem durchschnittlich Begabten geschaffene eigenartige Erzeugnis ist schützenswert.....”.

11 Reimer, blz. 526.

verkrijgen¹². Aldus zou immers de maatschappelijke vooruitgang gerealiseerd worden op kosten van de nagebootste, wiens researchkosten niet verdisconteerd worden in de verkoopprijs van de nabootser. Anders Pfeffer¹³, die een economisch criterium aanlegt: nabootsing is ontoelaatbaar in alle gevallen, waarin de nabootser door het overnemen in staat wordt gesteld met degene, wiens denkbelden hij overneemt, mede te dingen, terwijl hij dat zonder de nabootsing niet of slechts onder omstandigheden, die hem geen voordeel geven, zou hebben gekund. In het onderstaande kom ik er op terug, waarom juist op dit terrein echter het parasitaire element geen rol mag spelen.

In de vijfde plaats is onverschillig, of de nabootsing in de betrokken tak van nijverheid ontoelaatbaar wordt geacht¹⁴.

In de zesde plaats is ook hier weer onverschillig, of de nabootser opzettelijk nabootste, schuld daaraan had dan wel geheel te goeder trouw meende tot de nabootsing bevoegd te zijn, hetzij op grond van een vermeend eigen recht, hetzij op grond van een vermeend gemis aan bescherming van de nagebootste¹⁵.

In de zevende plaats is irrelevant het criterium, dat Callmann aanlegt. Callmann meent, dat uitbuiting van de moeite en kosten van een ander de nabootsing tot een onrechtmatige stempelt, indien er sprake is van ongerechvaardigde verrijking. Dit is terecht door Reimer¹⁶ bestreden: dit een verplaatsing van de moeilijkheid; immers, dan rijst aanstonds de vraag, wanneer een verrijking ongeachtvaardigd is.

In de achtste plaats is onverschillig, of de nabootsing al dan niet stelselmatig plaats vindt. In zoverre wijkt de maatstaf hier af van die bij de onrechtmatigheid van de nabootsing van de verkoopbaarheid van een product en van de doorbreking van een verkoopsorganisatie. Erg belangrijk is de vraag niet, want nabootsing zal doorgaans slechts in de sfeer van de stelselmatige en fabrieksmatige productie een rol spelen. De al dan niet stelselmatigheid is alleen van

¹² Reimer, blz. 535.

¹³ Pfeffer, blz. 291. Vgl. ook Pfeffer, blz. 289-290: criterium is z.i. het misbruik van door een ander gemaakte kosten en gedane inspanning.

¹⁴ Vgl. blz. 54 hiervoor.

¹⁵ Reimer, blz. 534 en blz. 540-541.

¹⁶ Reimer, blz. 536; vgl. blz. 16 hiervoor.

belang voor de vraag van de omvang van de schade¹⁷.

Vier vragen. Wat blijft er na deze schoonmaak over? De elementen van de verwarring en van het parasiteren, de vraag, of nabootsen ook zonder begeleidende omstandigheden onrechtmatig kan zijn en de vraag, of naast het gevaar van verwarring door nabootsing van technisch irrelevante details ook andere begeleidende factoren als constituerend voor de onrechtmatigheid moeten worden erkend.

Verwarringsgevaar. Terecht m.i. heeft de Hoge Raad voor de onrechtmatigheid de eis gesteld, dat door nabootsing van niet-technische details verwarring dreigt. Natuurlijk, er bestaat technische nabootsing met verwarring en zonder verwarringsmogelijkheid, b.v. omdat het nagebootste product iedere onderscheidende kracht mist (b.v. de drukasbak), en omgekeerd, verwarring is mogelijk zonder technische nabootsing, b.v. het scheppen van verwarring n.a.v. een listig gekozen tegenstelling¹⁸. Noch het een noch het ander is op zich zelf onrechtmatig. Alleen de combinatie ervan kan tot onrechtmatigheid leiden. Van der Grinten¹⁹ is van oordeel, dat het verwarringselement ons niet verder brengt: verwarring is òf niet mogelijk (koper van Elephankraan) òf irrelevant (koper van drukasbak). Zijn betoog stemt tot nadenken, maar is het geheel juist? T.a.v. de aankoop van een kraan is wel degelijk verwarring mogelijk. A ziet bij een collega ondernemer B een kraan, die hem geschikt lijkt. Hij vergeet het merk, onthoudt het uiterlijk. Een verkoper van een ander merk biedt hem een nagebootste kraan aan. Hij herinnert zich het uiterlijk en koopt de verkeerde kraan. Daarentegen treedt bij de asbak geen verwarring op, geen verwarring wel te verstaan in de beide aspecten, die reeds eerder besproken zijn: a) de consument wordt misleid en b) de nagebootste concurrent derft afzet. Stelt men het geval van de drukasbak zo scherp mogelijk, namelijk, dat er slechts twee fabrikanten zijn, de nagebootste fabrikant, wiens product dus wel onderscheidend

¹⁷ Prof. Mr L. J. Hijmans van den Bergh, noot onder H.R. 26 juli 1953, A.A. 1953/1954, blz. 10 e.v.; anders: Mr G. H. C. Bodenhausen, B.I.E. 1937, blz. 29 en Drucker-Bodenhausen, blz. 172.

¹⁸ Mr G. H. C. Bodenhausen, B.I.E. 1937, blz. 27.

¹⁹ Prof. Mr W. C. L. van der Grinten, A.A. 1960/1961, blz. 21; Reimer, blz. 534 en blz. 540-541.

vermogen bezat, en de nabootser. Terwijl bij de aankoop van de kraan beide facetten van de verwarring een rol spelen, is dit bij de drukasbak niet het geval. Daar blijft slechts het tweede element over. Het resterende element t.o.v. de concurrent is onvoldoende om via verwarring tot onrechtmatigheid t.o.v. de concurrent te kunnen concluderen, ook al lijkt het vreemd, dat het — t.o.v. de consument werkende — verdwenen element bij aanwezigheid bijdraagt tot de onrechtmatigheid t.o.v. de concurrent. Hetzelfde ziet men echter bij doorbreking van een verkoopsorganisatie: de voorsprong t.o.v. andere detaillisten draagt bij tot de onrechtmatigheid t.o.v. de fabrikant. Van verwarring is slechts sprake, indien de consument, product a willende kopen, misleid door de nabootsing, product b koopt. Van verwarring is geen sprake, indien de consument geen bepaalde voorkeur voor product a heeft, doch slechts voor een keuze wordt gesteld, en dan besluit het nagebootste (maar dat weet de consument niet of het interesseert hem niet) product b te kopen ²⁰.

Parasiteren. Evenzeer terecht m.i. heeft de Hoge Raad het element parasiteren niet relevant geacht voor de beoordeling van de al dan niet rechtmatigheid van technische nabootsing ²¹. Bodenhausen is het daar niet mee eens: hij acht van groot belang de mate, waarin de navolger zich een besparing heeft verworven, m.a.w. voor hem concurrentie mogelijk is geworden (of gemakkelijker gemaakt), doordat hij zich moeite en kosten heeft bespaard. Er is, aldus Bodenhausen, geen onrechtmatige daad, als door de nagebootste geen kosten zijn gemaakt of niet behoeften te worden gemaakt: nodeloos gedane moeite en bestede kosten worden niet door bescherming gehonoreerd.

Het gaat echter niet om de moeite en kosten, maar om het resultaat. Als dat resultaat onderscheidend vermogen heeft — en alleen dan bestaat er een mogelijkheid van be-

²⁰ Idem Rb. Arnhem 10 jan. 1955 N.J. 1955/790 (dekstoelen); de Rb. laat in het midden, of nabootsing zonder begeleidingsverschijnselen in navolging van Bodenhausen onrechtmatig kan worden geacht.

²¹ Idem Prof. Mr Ph. A. N. Houwing, noot onder H.R. 26 juni 1953 N.J. 1954/90; anders de door Houwing t.a.p. geciteerde schrijvers, Mr G. H. C. Bodenhausen, B.I.E. 1937, blz. 29 en Prof. Mr G. H. C. Bodenhausen, N.J.B. 1954, blz. 384.

scherming —, zal dat overigens doorgaans wel het gevolg zijn van daaraan bestede moeite en kosten. Op zich zelf is het een juiste gedachte, dat een resultaat, waarin moeite en kosten zijn belichaamd, bescherming waard is, en dat een ander, die daarvan profiteert, een parasiteur is. Alleen: die gedachte is reeds „uitgewerkt” (in dubbele betekenis) in de Octrooiwet. Daar, in de Octrooiwet, wordt de uitvinder beschermd tegen parasiteren door een ander. Het parasitaire element is reeds „uitgewerkt”, volledig gehonoreerd, in de Octrooiwet (anders dan bij de nabootsing van de verkoopbaarheid van een product, waar het parasitaire element in de Merkenwet niet is uitgeput). Daarom komt *buiten* de bescherming van de Octrooiwet alleen in aanmerking een aantasting, waarbij het onrechtmatigheidselement in *iets anders* dan het parasiteren is gelegen. Bodenhausen²² zegt van deze door hem veronderstelde gedachtengang, dat deze slechts juist zou zijn, indien men aan de uitvinder kan verwijten, dat hij heeft nagelaten de passende maatregelen te nemen om parasiteren te voorkomen, namelijk een octrooi aan te vragen. Dan zou men kunnen zeggen: gij hebt het aan U zelf te wijten, dat thans op Uw werk wordt geparasiteerd. Dit verwijt is echter, aldus Bodenhausen, niet juist; ook een niet geoctrooieerd product verdient bescherming, want veel is niet octrooieerbaar. Bodenhausen t.a.p. noemt enige krasse staaltjes. In het kader van de vraag van de N.J.V. is mijn reactie hierop echter *niet*: dan dient de rechter ruimere maatstaven aan te leggen bij de onrechtmatig verklaring van technische nabootsing, maar: dan dient de wetgever in deze lacune te voorzien, in de eerste plaats door eindelijk een Modellenwet tot stand te brengen ter nakoming van Nederlands volkenrechtelijke verplichting, aanvaard op 5 aug. 1948 door de toetreding tot de Overeenkomst van 's Gravenhage van 6 nov. 1925 betreffende het internationaal depôt van tekeningen of modellen van nijverheid²³ en daarin tevens een bescherming van gebruiksmodellen op te nemen. Mocht de bescherming van modellen nog niet tot de door Bodenhausen gewenste bescherming leiden — ik kan dat bij gebrek aan deskundigheid op dit terrein niet overzien —, dan rijst de vraag, of er wellicht reden is naast het gewone octrooi de

²² Prof. Mr G. H. C. Bodenhausen, N.J.B. 1954, blz. 368-369.

²³ Zie hieromtrent Drucker-Bodenhausen, blz. 68-69 en Dorhout Mees nos. 366-374 en no. 426.

mogelijkheid in de wet te openen van een tweede soort, zwakker octrooi, b.v. voor een hijskraan als geheel, waarbij de originele samenvoeging van op zich zelf niet octrooieerbare elementen tot een nieuw en beschermenswaard geheel leidt. Voor dit zwakkere octrooi zouden mindere eisen voor octrooieerbaarheid gelden en anderzijds een zwakkere bescherming, b.v. slechts gedurende zes jaar. De strenge maatstaf van de Hoge Raad voor de bescherming van een niet-geoctrooieerd product blijft dan volmaakt op zijn plaats, indien het een product betreft, dat octrooieerbaar was geweest. Men krijgt dan derhalve de volgende indeling: a) navolging van een uitvinding, die voor octrooi vatbaar zou zijn geweest, maar de uitvinder heeft nagelaten octrooi aan te vragen, of het is een buitenlands octrooi van een land, dat niet is aangesloten bij het Unieverdrag van Parijs; b) navolging van een uitvinding van de tweede soort, dus onder de huidige toestand wel beschermenswaard maar nog niet octrooieerbaar („zwak octrooi”); c) navolging van een denkbeeld, dat niet of niet meer voor octrooi vatbaar is, b.v. algemeen bekend is, of waarvan het octrooi is verlopen. Past men op deze indeling de maatstaf van het parasiteren toe, het verwijt, dat de een de researchkosten draagt en dat de ander daarvan zonder meer profiteert, dan bevindt men: a) parasiteren mag hier wel; een octrooi waakt juist tegen parasiteren, maar men heeft nagelaten een octrooi aan te vragen; dan kan er slechts sprake zijn van onrechtmatigheid bij verwarring door nabootsing van technisch niet relevante details; b) zolang de wetgever geen „zwak octrooi” erkent, dient nabootsing reeds onrechtmatig te zijn, indien parasiteren plaats vindt; c) hier kan van geen parasiteren sprake zijn, want voor toepassing van een algemeen bekend procédé behoeft men geen researchkosten te maken. Hier geldt dus weer alleen het criterium van verwarring door nabootsing van technisch irrelevante details. Het oordeel van de Hoge Raad, dat parasiteren niet een factor is, die de onrechtmatigheid bepaalt, is derhalve geheel juist voor de categorieën a) en c) — en ook niet te eng, waaromtrent hieronder nader —; alleen voor categorie b) is de omschrijving iets te eng. Stel: A is rechthebbende op een uitvinding, die slechts de bescherming van een „zwak octrooi” b waard zou zijn. B is nabootser. A zegt: B parasiteert op mijn uitvinding en schept verwarring. B erkent het parasiteren, maar ont-

kent, dat dit verboden is. A moet bewijzen, dat hij niet onder categorie a valt. B moet dan bewijzen, dat het nagebootste vrij is, algemeen bekend, dus onder categorie c valt. Lukt dit niet, dan wordt de uitvinding vermoed onder b te vallen. A moet dan de researchkosten bewijzen, B de overbodigheid daarvan.

Andere begeleidende omstandigheden? Thans nog de vraag, of nabootsen ook zonder begeleidende omstandigheden onrechtmatig kan zijn en de vraag, of naast het gevaar van verwarring door nabootsing van technisch irrelevante details ook andere begeleidende factoren als constituerend voor de onrechtmatigheid moeten worden erkend. De eerste van deze beide vragen is in het voorgaande tegelijk al beantwoord: de enkele nabootsing zonder verwarringsgevaar behoort niet onrechtmatig te zijn, omdat dan de ratio voor bescherming van het niet-geoctrooieerde product ontbreekt. Bodenhausen²⁴ zoekt na eliminering van alle begeleidingsverschijnselen, waaronder Bodenhausen ook het verwarringsgevaar rekent, het onrechtmatigheidscriterium voor de technische nabootsing in het ontbreken van een rechtvaardigingsgrond, d.w.z. deze nabootsing is ontoelaatbaar, indien zonder noodzaak wordt nagevolgd, terwijl geen onrechtmatigheid volgens Bodenhausen aanwezig is, indien het nagebootste zich als het ware opdringt, d.w.z. een voor de hand liggende of onmisbare functie vervult. Ik vind dit criterium niet zeer verhelderend en sluit mij aan bij de critiek hierop bij Pfeffer en Hijmans van den Bergh²⁵.

Wat de laatste vraag betreft, Bodenhausen heeft met kracht de stelling verdedigd, dat de Hoge Raad een te eng criterium heeft aangelegd, omdat technische nabootsing niet alleen onrechtmatig kan zijn bij verwarringsgevaar, maar ook bij andere begeleidende omstandigheden, als hoedanig Bodenhausen²⁶ met name noemt: strijd met een handelsgebruik, misleiding t.a.v. de hoedanigheid van de navolger, in discrediet brengen van de nagevolgde en schending van

²⁴ Mr G. H. C. Bodenhausen, B.I.E. 1937, blz. 25.

²⁵ Pfeffer, blz. 289-290; Prof. Mr L. J. Hijmans van den Bergh, noot onder H.R. 26 juli 1953, A.A. 1953-1954, blz. 15-16.

²⁶ Mr G. H. C. Bodenhausen, B.I.E. 1937, blz. 27; Prof. Mr G. H. C. Bodenhausen, N.J.B. 1954, blz. 394; Drucker-Bodenhausen, blz. 172; idem Dr Mr J. A. M. van Staay, de N.V. sept. 1960, blz. 97-98.

de verpakking. Het komt mij echter voor, dat Bodenhausen in 1954 soms vergat, wat hij in 1937 in zijn voortreffelijke artikel in B.I.E. had gezegd: technische nabootsing kan plaats vinden met begeleidingsverschijnselen, maar ook daar zonder. Deze begeleidingsverschijnselen kunnen zelfstandig een onrechtmatige daad vormen. In het Hyster Karry Krane arrest werden terecht de nabootsing en de aanduiding ervan afzonderlijk beoordeeld. Men kan hebben technische nabootsing zonder aanduiding (model navolgen zonder aanduiding) en aanhaken zonder nabootsing. De rechtmatigheid van technische nabootsing moet dus niet beoordeeld worden naar de aanduiding ervan. Technische nabootsing is niet slechts een onrechtmatige daad, indien deze mogelijk wordt gemaakt door misbruik van vertrouwen, schending van bedrijfsgeheimen enz. Deze begeleidingsverschijnselen zijn op zich zelf al onrechtmatig, b.v. ook, indien deze niet tot navolging hadden geleid, maar juist b.v. tot een — met spiegeling aan de ervaringen van een ander — geheel anders gekozen constructie.

Wat Bodenhausen hier zegt, is volmaakt juist, maar dient men deze gulden woorden ook niet toe te passen op de andere begeleidingsverschijnselen? Het afhandig maken van bedrijfsgeheimen is onrechtmatig, onafhankelijk, of deze afhandig gemaakte geheimen gebruikt worden voor technische nabootsing, dan wel voor andere doeleinden ²⁷. Hetzelfde geldt voor misleiding t.a.v. de hoedanigheden van de navolger, hierna in par. 3 te bespreken, van het in discrediet brengen van de nagevolgde, hierna in par. 4 te bespreken en van schending van de verpakking, hierna in par. 9 te bespreken. Al deze factoren zijn op zich zelf reeds onrechtmatig, ook los van enige nabootsing. Gaan deze verschijnselen wel gepaard met nabootsing, dan is de nabootsing niet onrechtmatig, omdat deze gepaard gaat met andere begeleidingsverschijnselen dan door de Hoge Raad aanvaard, maar het verschijnsel zelf is onrechtmatig, onafhankelijk, of dit gepaard gaat met nabootsing.

Heeft het nagebootste product geen onderscheidend vermogen (b.v. drukasbak), dan staat nabootsing vrij. Uit het feit, dat er meer dan twee fabrikanten hetzelfde of vrijwel

²⁷ Pres. Rb. Breda 5 jan. 1954 N.J. 1954/516, W.P.N.R. 4445, B.I.E. 1954 blz. 157 met noot Mr C. Croon; Prof. Mr G. H. C. Bodenhausen, N.J.B. 1954, blz. 383; Reimer, blz. 540-542. Zie hieromtrent par. 7 hierna.

hetzelfde product in de handel brengen, kan echter nog niet zonder meer worden afgeleid, dat er sprake is van zodanige „Dutzendware”²⁸. Het is immers mogelijk, dat slechts A de originele fabrikant is, en dat hij door verscheidene anderen wordt nagebootst. Het feit, dat B nabootst en een onrechtmatige daad pleegt, rechtvaardigt dan nog niet, dat C hetzelfde doet. A zal dan echter wel heel erg duidelijk moeten maken, dat alle anderen hem hebben nagebootst en dat hij daartegen optreedt. Men ontmoet hier een soortgelijke eis als die van de „Lückenlosigkeit”, de geslotenheid van een te handhaven verkooporganisatie, waaromtrent nader par. 9 hierna. Is de „nabootsing” echter algemeen, dan blijkt daaruit, dat de gelaedeerde geen product met onderscheidend vermogen had en bij dit algemene gebruik kan men niet van ongeoorloofd verwarringsgevaar spreken, maar van een geoorloofde vervangingsmogelijkheid.

Ik laat buiten beschouwing de onrechtmatigheid van reparatie aan een op octrooi inbreuk makende zaak, de onrechtmatigheid van de verkoop van onderdelen, terwijl de verkoper weet of moet weten, dat door de koper een octrooi-schendend gebruik kan (bedoeld is: waarschijnlijk zal) worden gemaakt²⁹ en de nabootsing van niet door de Auteurswet beschermde producten, welke kwestie ongeveer parallel loopt met die van nabootsing van niet door de Octrooiwet beschermde producten³⁰. Ook spreek ik niet over het kwekersrecht³¹.

²⁸ Reimer, blz. 525 en blz. 529-531; Hof Den Bosch 31 jan. 1957 N.J. 1957/408.

²⁹ H.R. 13 maart 1942 N.J. 1942/389, W.P.N.R. 4563, ook geciteerd door Mr R. J. Polak, W.P.N.R. 4572; Pfeffer, blz. 296; van Wageningen, blz. 43.

³⁰ Hof Amsterdam 12 nov. 1953 N.J. 1954/126, W.P.N.R. 4443 (de rechter moet er zich voor hoeden het bedrijfsleven al te zeer aan banden te leggen door op algemene rechtsbeginselen berustende uitspraken, waarvan de consequenties t.a.v. rechtszekerheid en monopolisering niet zijn te overzien; nabootsing van dessins niet onrechtmatig geoordeeld; speciaal t.a.v. modeartikelen is nabootsing gebruikelijk); Pres. Rb. Rotterdam 9 juli 1954 N.J. 1955/648, B.I.E. 1955, blz. 23, besproken door Prof. Mr G. de Grooth in W.P.N.R. 4489; van Wageningen blz. 51 en blz. 54 en de aldaar genoemde rechtspraak; van Wageningen verwijst naar art. 28 Auteurswet, dat nadrukkelijk zegt, dat de rechthebbende naast de speciale actie de schade-actie van het gemene recht kan instellen.

³¹ Molengraaff, blz. 107-108; Rb. Haarlem 2 nov. 1954 N.J. 1955/489.

Conclusie. De conclusie uit het voorgaande is, dat de Hoge Raad in de in de aanvang genoemde drie arresten een juiste maatstaf heeft aangelegd, en dat een uitbreiding van de mogelijkheid om een nabootsing *als zodanig* onrechtmatig te verklaren niet gewenst is. Terecht gaat de Hoge Raad verder met de bescherming tegen nabootsing van de verkoopbaarheid van een product dan met de bescherming tegen nabootsing van het niet geoctrooieerde product zelf, verder met de bescherming van een etiket buiten de Merkenwet om dan met een technisch procédé of product buiten de Octrooiwet om: het nabootsen van technische verbeteringen als zodanig is in het algemeen belang, het nabootsen van niet door de Merkenwet beschermde etiketten niet. Daarmee is ook het verschil verklaard tussen het Hyster Karry Krane-arrest en het Lucky Strike arrest (waaromtrent in par. 6 nader). In beide gevallen kon geen beroep worden gedaan op de bescherming krachtens de Octrooiwet resp. de Merkenwet, daar omdat er geen geoctrooieerde uitvinding was, hier, omdat er geen gelijkheid van waren bestond. Omdat deze wetten geen bescherming verleenden, was men op art. 1401 B.W. aangewezen. Dit leidde in het eerste geval niet tot bescherming, in het tweede wel. Dit verschil is niet te verklaren uit de al dan niet exclusiviteit, maar uit het feit, dat de Octrooiwet t.a.v. het parasitaire element een absorberende werking heeft en de Merkenwet niet, en uit het feit, dat bij de belangenafweging n.a.v. het nabootsen van een constructie — anders dan bij die n.a.v. het gebruik maken van eens anders etiket — ook de factor van de voor een bevredigende ontwikkeling van de productie noodzakelijke vrijheid van de producent een niet te verwaarlozen gewicht in de schaal legt³².

Par. 3. Misleiding van het publiek t.a.v. de aard (hoedanigheid, hoeveelheid, herkomst) van het aangeboden of de hoedanigheid van de aanbieder.

Twee aspecten. Nadat in de beide vorige paragrafen de beide gevallen van nabootsing zijn besproken, namelijk de nabootsing van de verkoopbaarheid van een product en de

³² Prof. Mr G. de Grooth, W.P.N.R. 4443; Prof. Mr A. van Oven, W.P.N.R. 4563; vgl. ook Prof. Mr J. C. van Oven, N.J.B. 1961, blz. 160-163; anders Berkhouwer, hiervoor geciteerd op blz. 98-99 noot 21.

nabootsing van het product zelf, komen thans aan de orde de gevallen van misleiding, en wel in deze paragraaf de misleiding omtrent het aangeboden en de aanbieder en in de volgende paragraaf misleiding omtrent het aanbod van de mededinger of omtrent de persoon van de mededinger. Juridisch liggen deze beide gevallen in zoverre niet gelijk, dat — zoals wij hierna nader zullen zien — iedere onwaarheid omtrent de persoon of het product van de mededinger onrechtmatig is, terwijl t.a.v. de aankondiging van het eigen product van de aanbieder niet iedere onwaarheid (b.v. overdrijving) ongeoorloofd is. Terwijl nabootsing van eens anders niet geotrooieerd product ook mogelijk is zonder in reclame deze nabootsing te accentueren, gaat het in deze en in de volgende paragrafen juist om de aankondiging tegenover het publiek. Met instemming citeer ik de door Voetelink¹ gegeven definitie van reclame: iedere in het bedrijfsleven op het publiek of op een bepaalde afnemerskring ingestelde kracht, die door producent of handelaar wordt aangewend teneinde de stroming van goederen of diensten naar de consument op een voor producent of handelaar gunstige wijze te beïnvloeden. In deze definitie vinden wij weer terug de twee aspecten van de mededinging, die reeds in hoofdstuk I par. 1 zijn besproken, namelijk de misleiding tegenover de consument en de derving van afzet voor de concurrent. „Voor de beoordeling in rechte van al dat soort (ophefmakende of misleidende) reclame komt het ons het veiligste voor, om als criterium aan te houden, of de reclame voor het publiek in zoodanige mate objectief misleidend te achten is, dat bona fide zakenlieden als gevolg der opgewekte misleiding verlies van beklanting te duchten hebben”². Inderdaad een dubbel criterium: misleiding van het publiek en derving van afzet voor de concurrent. Misleiding zonder dat een concurrent zich over derving van afzet kan beklagen, geeft de mededingers niet het recht zich over ongeoorloofde mededinging te beklagen. Dáár is dan ook ter bescherming van het publiek een efficiënte strafsanctie op zijn plaats. Anderzijds behoeft men niet zo ver te gaan, dat geëist wordt, dat één bepaalde concurrent aantoon, dat juist hij door de misleiding van

¹ Voetelink, blz. 137.

² Berkhouwer, blz. 66. Dubbel aspect: vgl. Pres. Rb. Amsterdam 28 nov. 1961, N.J. 1962/326.

het publiek afzet derft. Naast een collectieve actie van de benadeelde concurrenten dient men derhalve ook aan de individuele concurrent — mede in het belang van de consument — een actie toe te staan, ook al kan niet gezegd worden, dat de misleidende reclame zich tegen een bepaalde concurrent richt ³. Ook is denkbaar, dat door misleidende reclame niet alle concurrenten worden benadeeld, doch slechts sommige. Dan hebben slechts die laatsten een actie ⁴. Omgekeerd levert een reclameactie, waardoor de concurrent afzet derft, zonder dat er sprake is van misleiding van het publiek, evenmin ongeoorloofde mededinging op.

Daarentegen dient m.i. het belang van het al dan niet misleide publiek geen criterium te zijn. Tot een ander oordeel kwam het Hof te 's-Gravenhage bij arrest van 21 okt. 1926 ⁵ in een geval, waarbij iemand in advertenties de onjuiste indruk had gewekt, dat hij de officiële importeur van een bepaald merk Amerikaanse auto's was. De werkelijke officiële importeur achtte dit jegens hem onrechtmatig. Het Hof stelde hem echter in het ongelijk. Inderdaad, aldus het Hof, wordt de schijn gewekt, in strijd met de waarheid, dat de wederpartij officiële importeur is, maar het Hof kan niet inzien, dat dit feit op zich zelf de handelingen van de wederpartij onrechtmatig maakt, daar het toch voor het publiek onverschillig moet zijn, van wie de wederpartij zijn auto's betreft en voor het publiek alleen de betrouwbaarheid van die onofficiële dealer (die het Hof blijkbaar ongeacht achtte!) en van de auto's van belang is. Deze beslissing is m.i. niet juist: het *belang* van het publiek is geen criterium; het publiek kan juist het meest gebaat zijn bij de gemeenste concurrentie.

³ Idem de Franse rechtspraak: zie Voetelink, blz. 157.

⁴ Voetelink, blz. 164, citerend Rb. Amsterdam 17 jan. 1928 N.J. 1929 blz. 483 (Twee bakkerijen, die wél coöperatief georganiseerd waren, konden ageren tegen een N.V., die zich „De Groote Coöperatie” noemde) en Hof Amsterdam 15 juni 1933 N.J. 1934 blz. 113 (de wél-Chevrolet-dealer tegen de niet-Chevrolet-dealer in zijn district, die zich ten onrechte als zodanig uitgaf). Hierbij moet echter bedacht worden, dat mogelijk is, dat een misleidende reclame weliswaar niet onwaar tegenover B is, maar dat B er wél door benadeeld wordt. Dit laatste is beslissend. Zie blz. 5-6 noot 14 hiervoor. Zie ook de bij Voetelink, blz. 165 vermelde rechtspraak.

⁵ Hof Den Haag 21 okt. 1926, W. 1645, terecht bestreden door Berkhouwer, blz. 67. Cassatie tegen dit arrest werd verworpen bij arrest H.R. 10 juni 1927 N.J. 1927 blz. 1339.

Evenmin dient criterium te zijn, of de consument er door een lokmethode toe gebracht wordt iets anders te kopen dan hij voornemens was te doen (zolang zulks tenminste niet gepaard gaat met misleiding of nabootsing) ⁶. Men zou zelfs kunnen zeggen, dat de gehele betekenis van de reclame geen andere is dan het bestedingspatroon van de consument te wijzigen, in een andere richting te leiden dan de consument oorspronkelijk zelf van plan was. Zeker, men mag zich van deze vraag niet afmaken met de overweging, dat het geen zin heeft aan de consument objectieve voorlichting te geven, indien de meerderheid van het publiek zich bij zijn keuze toch liever laat leiden door allerlei minder reële factoren. Maar een afwijzing van deze overweging leidt alleen tot een pleidooi voor waarheid in de reclame, niet voor een verbod van lokmethodes.

Is echter aan beide aspecten van de misleiding voldaan, dan is onverschillig, of de overtreden norm alleen strekte ter bescherming van de consument om ook aan de concurrent een actie toe te kennen ⁷ omgekeerd komt ook aan de consument een actie toe ⁸, indien hij benadeeld is door overtreding (door de leverancier van de consument) van een slechts ter bescherming van de concurrenten van die leverancier geschreven norm. Aan een organisatie, die zich de bescherming van de belangen van de consumenten ten doel stelt, dient dezelfde bevoegdheid toe te komen.

Is voldaan aan beide aspecten van de misleiding en is er

⁶ Anders: Baumbach-Hefermehl, blz. 213.

⁷ Rb. Den Bosch 12 april 1922 N.J. 1923 blz. 795 (indien ged. verschillende malen gedestilleerd van een lager alcoholgehalte dan werd besteld, heeft verkocht, de kopers in de mening latende, dat zij gedestilleerd ontvingen tegen een prijs lager dan de normale, door eiser en andere destillateurs berekend voor gedestilleerd van een alcoholgehalte als het door de kopers van ged. bestelde, dan heeft ged. jegens de andere destillateurs iets gedaan, waardoor hij zich schuldig maakte aan oneerlijke mededinging, strafbaar gesteld bij art. 328 bis Sr. — dit is na 31 jan. 1919 irrelevant; zie blz. 91-92 hiervoor — althans iets, dat indruist tegen de zorgvuldigheid enz. t.a.v. zijn afnemers en van zijn vakgenoten); deze uitspraak wordt met instemming aangehaald door Drucker-Bodenhausen, blz. 174-175 hoewel geen Schutznorm overtreden was; vgl. blz. 44 hiervoor.

⁸ Rb. Rotterdam 19 mei 1948 N.J. 1949/383, W.P.N.R. 4137 (aanbesteder droeg aannemer op bouwplaten te gebruiken, die in folders als onbrandbaar werden aangemerkt. Zij bleken wel brandbaar te zijn. Onrechtmatige daad van de verkoper tegenover de aanbesteder). Zie hieromtrent ook W.P.N.R. 4220.

sprake van misleiding van het publiek t.a.v. de aard (hoedanigheid, hoeveelheid, herkomst) van het aangeboden of de hoedanigheid van de aanbieder, dan bestaat er vrijwel geen verschil van mening over, dat een zodanige misleiding een vorm is van ongeoorloofde mededinging. Let men alleen op *deze* vorm van ongeoorloofde mededinging, dan zou het even eenvoudig als overbodig zijn zulks uitdrukkelijk in de wet te regelen⁹. Toch blijken er in de praktijk stemmen op te gaan voor een wettelijke regeling ook op dit punt. De Minister van Economische Zaken heeft juist onlangs hieromtrent het overleg geopend met de Minister van Justitie¹⁰. De Nederlandse Huishoudraad heeft in een brief van 11 nov. 1960 aan de Staatssecretaris van Economische Zaken aangedrongen op maatregelen tegen advertenties, die: 1. oneerlijke beweringen bevatten; 2. in grote letters oneerlijke beweringen bevatten en een correctie daarop geven in kleine letters; 3. meer beloven dan ooit te realiseren is; 4. artikelen ten onrechte aanbevelen als onmisbaar voor een goede gezondheid; 5. een vergelijkende aanduiding geven zonder meer (beter, goedkoper, groter, sneller, witter etc.); 6. niet-gespecificeerde garanties vermelden ofwel t.a.v. de samenstelling ofwel t.a.v. gebruiksduur of waarde; 7. willen imponeren door quasi wetenschappelijke terminologie; 8. appelleren aan minder goede eigenschappen van de mens of te zeer doortrokken zijn van de gedachte aan sex-appeal. De verlangens van deze dames van de Nederlandse Huishoudraad zijn zeker (behalve die onder 5 en 8) het overwegen waard en zijn ook begrepen onder na te vermelden categorieën van misleiding. Men zie ook de hiermede in grote lijnen overeenstemmende verlanglijst van het Consumenten Contact Orgaan C.C.O.¹¹. Gewezen kan worden op de wetgeving in Engeland en in de Verenigde Staten van Amerika. In Engeland werd in 1887 de Merchandise Marks Act ingevoerd, gewijzigd in 1953, waarbij strafbaar is gesteld de verkoop van goederen onder een onjuiste aanduiding (false trade description) (vgl. onze Warenwet), welke wet sinds 1953 ook verbiedt verkoop

⁹ Zie omtrent het misleidende aanbod: Dorhout Mees, nos. 454-457.

¹⁰ Memorie van Toelichting bij de begroting van Economische Zaken voor 1963, geciteerd bij J. M. Polak II, blz. 15-16.

¹¹ Geciteerd bij J. M. Polak I.

onder een misleidende aanprijzing. In de Verenigde Staten van Amerika bestaat de Federal Trade Commission Act van 1914, die de consument beschermt tegen opzettelijk onjuiste aanprijzing van consumptiegoederen. Dat ook in kringen van de advertentiebureaux zelf wordt beseft, dat misleidende reclame moet worden tegengegaan, blijkt uit art. 2 lid 2 van de Regelen voor het Advertentiewezen 1963 en uit de art. I. onder 3, 4 en 5 van de Code voor het Reclamewezen van de I.K.K., beide hierachter onder de bijlagen opgenomen.

Misleiding is mogelijk door alle reclamemiddelen. Nodig is, dat in een ruimere kring van personen onwaarheid wordt gedebiteerd. Daarbij moet rekening worden gehouden met het niveau van de mensen, waarvoor de mededeling bestemd is (natuurlijk voor huisvrouwen of voor wetenschapsmensen). Het gaat om de indruk, die de reclame maakt op de doorsnee-lezer, niet om de indruk op uitzonderlijk domme of knappe lezers. Het gaat om een eerste indruk, niet om een scherpe analyse: het publiek leest slechts oppervlakkig. Verboden misleiding is alleen aanwezig, indien een normaal publiek in verwarring zou komen. Er is dus wel verwarring, indien slechts deskundigen er niet in zouden lopen; er is geen misleiding, indien het aanbod alleen aan een kleine groep deskundigen (b.v. wederverkopers) wordt gedaan ¹².

Acht categorieën. Drucker-Bodenhausen ¹³ onderscheidt bij de misleidende reclame zes categorieën, waaraan ik nog twee toevoeg:

a. misleiding omtrent de aard van de onderneming ¹⁴;

¹² Reimer, blz. 597-602; Baumbach-Hefermehl, blz. 365-366; Voetelink, blz. 167; Rb. Amsterdam 2 febr. 1922 N.J. 1923 blz. 641.

¹³ Drucker-Bodenhausen, blz. 173-178.

¹⁴ Pfeffer, blz. 337: misleiding omtrent voortzetting van van ouds bekende zaak; Baumbach-Hefermehl, blz. 368, 409-412 en 423-432: bank, spaarkas, fabriek, „Haus”, speciaalzaak, gemeentelijke of staatsinstelling, instituut, eenheidsprijszaak, hotel (zie de wens tot bescherming van deze titel, geuit door de voorzitter van de Horeca op het Horecacongres op 5 okt. 1962 te Groningen, N.R.C. 6 okt. 1962), oprichtingsdatum (vgl. Rb. Haarlem 8 april 1941 N.J. 1941/850 betreffende Haarlemmerolie; poging het debiet van het jongere bedrijf te vergroten ten detrimente van het debiet van het sedert enige eeuwen bestaande bedrijf van eiser), groothandel, grootste, Nederlandse (vgl. Hof Amsterdam 3 jan. 1935 W. 12860,

- b. misleiding omtrent de hoedanigheid of de samenstelling van het aangeboden product ¹⁵;
- c. misleiding omtrent de hoeveelheid der aangeboden waar ¹⁵;
- d. misleiding omtrent de herkomst ¹⁶;
- e. misleiding omtrent verkregen onderscheidingen ¹⁷;

Voetelink, blz. 165), nationale, internationale, alleenverteenwoordiging (zie rechtspraak bij Pfeffer, blz. 334-335; deze rechtspraak acht dit ten onrechte niet steeds onrechtmatig), erkende importeur (Pres. Rb. Amsterdam 14 jan. 1934 N.J. 1934 blz. 254), origineel importeur (Hof Den Haag 2 jan. 1959 N.J. 1960/321; merkwaaardigerwijze volgde slechts een verbod van verdere onware publicaties, niet bovendien een gebod tot rectificatie van de onware publicaties, die reeds hadden plaats gevonden).

¹⁵ Baumbach-Hefermehl, blz. 367 (lokartikelen, verkorte uitgave van boek of muziekstuk); Pfeffer, blz. 336 en blz. 338 (te laag alkohol-percentage, verkeerde electriciteitsspanning, misleiding omtrent bezit van octrooi); Pres. Rb. Den Haag 7 juli 1931 N.J. 1931 blz. 1515 („Philips Halve Prijzen Winkel”, zonder vermelding, dat de lampen tweedehands waren); Pres. Rb. Groningen 10 febr. 1958 N.J. 1958/460 (misleiding in advertentie, waarbij Falcon en Shelter regenjassen tegen halve prijs werden aangeboden); Hof Amsterdam 5 jan. 1956, vernietigend Pres. Rb. Utrecht 15 aug. 1955 B.I.E. 1956, blz. 43 (opnemen in adresboek van fabrikanten, die niet recht hebben op het desbetreffende merk; onrechtmatige daad van die uitgever); zo dienen ook onrechtmatig te zijn misleidingen omtrent de met het aangeboden product te bereiken resultaten (centrifuges, waar de was „strijkdroog” zou uitkomen; wasmiddel met extra veel schuim, dat echter geen enkel verband houdt met de wascapaciteiten van het wasmiddel); daar tegenover Hof Den Haag 26 maart 1934 N.J. 1935 blz. 138 (waarschuwingen van de Koninklijke Shell, waarvan de inhoud niet onwaar of misleidend is, om enkel Shell producten te kopen; geen onrechtmatige daad tegenover haar concurrenten).

¹⁶ Molengraaff, blz. 152; Hof Amsterdam 11 maart 1954, vernietigend Pres. Rb. Haarlem 3 nov. 1953, B.I.E. 1954, blz. 108 („Zwitserse” horloges); Rb. Rotterdam 26 okt. 1955 N.J. 1956/651 (indruk gewekt, dat de whisky in Schotland was gefabriceerd; ten onrechte niet onrechtmatig geacht; terecht vernietigd door Hof Den Haag 7 nov. 1956 N.J. 1958/177); Pres. Rb. Amsterdam 9 dec. 1955 B.I.E. 1956, blz. 33 (suggereren, dat Riam-stofzuiger van Zwitserse makelij is); Pres. Rb. Amsterdam 28 nov. 1961 N.J. 1962/326 („Zwitserse” horloges).

¹⁷ Reimer, blz. 653-654 (ook erkenningen, prijzen, diploma's, medailles; gebruik van een voor een beter of ander product verleende onderscheiding voor een slechter product); Baumbach-Hefermehl, blz. 420-422 (ook onrechtmatig is geuren met onderscheiding, die ondernemer zich zelf toekent; de tentoonstelling met prijzen was een doorgestoken kaart).

- f. misleiding omtrent de hoedanigheid van de aanbieder ¹⁸;
- g. misleiding omtrent de prijs ¹⁹;
- h. misleiding omtrent de aanleiding tot de verkoop ²⁰.

Voor al categorie b heeft aanleiding gegeven tot een rijke rechtspraak in Nederland en nog veel meer in Duitsland. Staat men in Duitsland nog enigszins vrijzinnig tegenover comparatieve reclame (b.v. sneller, beter, witter, als men maar niet er aan toevoegt: dan wat anders?), t.o.v. de superlatieve reclame ²¹ is men in Duitsland al snel geneigd tot ongeoorloofdheid te concluderen. Zo noemt Reimer ²² onder vermelding van Duitse rechtspraak onrechtmatig de volgende kwaliteitsaanduidingen van aangeboden waar: beste, uitgezocht, selectie, echte Camembert, origineel, fabrieksnieuw, fijnste, gegarandeerde, meesterwerk, nieuwste, zuiverste, onschadelijkste, „Staatlich geprüft“, alcoholvrij, nicotinevrij, coffeïnevrij, „Buttergebäck“, „echter fetter Holländer Käse“, export-bier, waterproof, percentages samenstelling, leer (i.p.v. Fiber). M.i. behoren lang niet al deze uitdrukkingen ontoelaatbaar te zijn, zoals beste, uitgezocht, selectie, fijnste, gegarandeerde, meesterwerk, nieuwste, zuiverste, onschadelijkste. Voetelink ²³ schrijft omtrent deze strenge maatstaf in Duitsland t.a.v. misleidende, ophefmakende reclame: „Men zal zich afvragen, waar dit humorloze streven naar perfectionisme, dit miskennen van onderscheid tussen — Aalberse heeft het zo treffend gezegd — waarheid en waarachtigheid aan toe te

¹⁸ Reimer, blz. 648-653 (aanduiding van beroepen, zonder daarvoor gekwalificeerd te zijn, b.v. architect, arts, hofleverancier); Baumbach-Hefermehl, blz. 212 en blz. 433-435 (leerling van Prof. X, specialist in....., gediplomeerd....., academische graad, apotheker, advocaat, ingenieur).

¹⁹ Reimer, blz. 644-648 (prijsaanduidingen: direct, fabrieksprijs, eenheidsprijzen, gratis, afbetaling zonder prijsverhoging, uitschakeling van tussenpersonen enz.); Baumbach-Hefermehl, blz. 413-414 (reparaties kosteloos, alleen onderdelen worden in rekening gebracht, terwijl in werkelijkheid de onderdelen in prijs verhoogd zijn) en blz. 418-420.

²⁰ Berkhouwer, blz. 72; Pfeffer, blz. 336-337; Baumbach-Hefermehl, blz. 422; Reimer, blz. 654-655 (gelegenheidskoop, dwangverkoop tegen spotprijzen); Voetelink, blz. 159.

²¹ Dr Günter Joetze, Die sogenannte „Superlativreklame“ in der Dogmatik des Werberechts, Berlin, 1962.

²² Reimer, blz. 623-630.

²³ Voetelink, blz. 161.

schrijven is". Wellicht kan Voetelink het antwoord vinden in hetgeen hij zelf eerder²⁴ heeft geschreven: het gehele reclamewezen is nu eenmaal — zoals Huizinga het uitdrukt — gebaseerd op die houding van halve ernst, die karakteristiek is voor ver voortgeschreden culturen. Overigens is er geen reden om ons al te zeer op de borst te slaan, wanneer wij zien, dat in de reclamenota van het Consumenten Contact Orgaan C.C.O. bezwaar wordt gemaakt tegen erotiek in de reclame (blz. 9) en tegen het verleiden van de consument via het appelleren aan bepaalde situaties of gevoelens (statusgevoelens, oudergevoelens, gezondheid, bepaalde zeer gevoelige menselijke eigenschappen enz.) (blz. 16). Het gaat mij veel te ver om hier rigoureus door een rechtens te handhaven verbod in te grijpen.

Een geografische herkomstaanduiding in strijd met de waarheid kan niet alleen plaatsvinden door de uitdrukkelijke vermelding van een vreemde stad of vreemd land, maar ook door het gebruik van een vreemde taal, door illustraties, die de indruk wekken van een vreemd land enz.²⁵ Vindt de vervaardiging van het product in verscheidene productiefases plaats, dan is soms beslissend de herkomst van de grondstof, onverschillig, waar de productie plaatsvindt (Havanna-sigaren), soms omgekeerd (Sheffield-messen)²⁶. De herkomstaanduiding kan nog in twee étappes een verdere ontwikkeling doormaken. In de eerste plaats kan de herkomstaanduiding tevens een kwaliteitsaanduiding worden, zonder dat het herkomstkarakter verloren gaat. Onrechtmatig is dan niet alleen die herkomstaanduiding, gebruikt door een fabrikant uit een andere plaats of een ander land, maar ook een herkomstaanduiding, die geografisch in overeenstemming met de waarheid is, maar kwalitatief daaraan niet voldoet²⁷. In de tweede plaats kan

²⁴ Voetelink, blz. 138-139.

²⁵ Reimer, blz. 635-638; Berkhouwer, blz. 70.

²⁶ Prof. Mr G. H. C. Bodenhausen, N.J.B. 1947, blz. 592-593; Reimer, blz. 630-635.

²⁷ Reimer, blz. 630-635; Baumbach-Hefermehl, blz. 395-409 (voor staal uit Solingen bestaat een aparte wet). Een complicatie kan nog optreden, doordat een industrie, die in plaats A bekendheid heeft gekregen, met behoud van die plaatsnaam haar zetel naar een andere plaats overbrengt, b.v. van Tsjecho-Slowakije of Oost-Duitsland naar de Duitse Bondsrepubliek; zie hieromtrent (Gablonz glas): Reimer, blz. 641-642 en Baumbach-Hefermehl, blz. 395-409.

de herkomstaanduiding overgaan tot uitsluitend een aanduiding van kwaliteit of wijze van fabricage, zodat het karakter van geografische herkomst geheel verloren gaat. Dan ziet men een analoge ontwikkeling van herkomstaanduiding tot soortnaam (tot uiting komend door toevoeging van de werkelijke plaats van herkomst, b.v. Grols Pilsener²⁸) als van merk tot soortnaam. Evenals in het laatste geval criterium voor de bescherming behoort te zijn, of bij het publiek nog redelijkerwijze de indruk kan bestaan, dat het product afkomstig is van een bepaalde fabrikant, de merkgerechtigde, zo dient hier de vraag te zijn, of bij het publiek nog de indruk kan bestaan, dat het product afkomstig is uit een bepaalde plaats, resp. een bepaald land²⁹. Bij herkomstaanduidingen zal zo'n ontwikkeling eerder kunnen worden aangenomen dan bij merken.

Misleiding omtrent de aanleiding tot verkoop („wegens emigratie”; „wegens opheffing”) behoort m.i. niet ongeoorloofd te zijn. Wanneer het motief *tussen partijen* reeds irrelevant is en niet leidt tot een onzedelijke oorzaak van de overeenkomst³⁰, dan behoort dit motief ook t.o.v. derden irrelevant te zijn en niet te leiden tot een onrechtmatige daad. Het behoort voor de consument onverschillig te zijn, op grond van welke motieven de wederpartij een aanbod doet. De waarde van dit aanbod zelf behoort zijn keuze te bepalen, niet het motief tot dit aanbod.

Overdrijving geoorloofd. De waarheidseis geldt bij misleiding omtrent de aanbieder zelf of diens aanbod minder streng dan bij misleiding omtrent het aanbod of de persoon van de mededinger. Kennelijke overdrijving is geoorloofd, omdat in zoverre de reclame niet au serieux genomen wordt. Men wil graag tegenover de buitenwereld zijn een oude onderneming met een jong artikel³¹. Zolang men

²⁸ Door dergelijke toevoegingen vervalt het verwijt van onware herkomstaanduiding, maar komt er soms voor in de plaats het verwijt van aanhaken; Baumbach-Hefermehl, blz. 395-409; Prof. Mr G. H. C. Bodenhausen, N.J.B. 1947, blz. 587.

²⁹ Reimer, blz. 630-635; Baumbach-Hefermehl, blz. 404 (door toevoeging van „echt” of „origineel” kan de kwaliteitsaanduiding toch weer terugkeren tot herkomstaanduiding); Pfeffer, blz. 338-339; Berkhouwer, blz. 70.

³⁰ H.R. 3 febr. 1928 N.J. 1928 blz. 399 (Monte-Carlo arrest).

³¹ Reimer, blz. 616-622.

zich van concrete onjuistheden onthoudt (postdateren van jaartal bij uitgave van boek en tijdschrift of van bouwjaar van auto's), moet men hier met een milde glimlach tegenover staan. „Het gevaar der overdrijving begint daar waar zij geloofwaardig schijnt”³². „Het merkwaardige daarbij (bij ophefmakende en misleidende reclame) is dat de zaak eigenlijk zoo gesteld is, dat, hoe overdreven de reclame is, des te geringer de kans is, dat een concurrent zich geschaad kan achten”³³. Sterke overdrijving is minder erg dan een lichte overdrijving, want de eerste is kennelijk onwaar, zodat niemand er inloopt³⁴. „Men mag leugens opnemen, die niemand gelooft en waarvan men weet, dat niemand haar gelooft: dit is immers geen leugen. Hoe groter leugen, hoe geringer leugen”³⁵. Houwing t.a.p. heeft m.i. de juiste grens aangegeven. Onwaarheden en onjuistheden zijn onrechtmatig, als men weet of behoorde te weten, dat anderen in vertrouwen op de waarheid of juistheid zullen handelen. Bij aanprijzingen en opvijzelingen zal men niet licht aannemen, dat anderen in vertrouwen op de juistheid daarvan handelen, dat is: daarom de waar zullen kopen. Maar hier is dan meteen de grens: in zoverre als de ondernemer dit wel moet aannemen, moeten zijn mededelingen vooreerst waar zijn en heeft hij voorts t.a.v. de juistheid een zekere zorgvuldigheid te betrachten. Veldkamp³⁶ drukt zich dan ook te sterk uit, wanneer hij betoogt, dat de concurrent in het verheerlijken van eigen waar de objectiviteit niet in acht behoeft te nemen.

Hoewel men er ook in Duitsland van uit gaat, dat een kennelijke overdrijving in strijd met de waarheid niet onrechtmatig is, wordt daar toch vrij spoedig onrechtmatig-

³² Berkhouwer, blz. 63.

³³ Berkhouwer, blz. 57.

³⁴ Pfeffer, blz. 332.

³⁵ Houwing III, blz. 18-19; daarentegen vind ik de onderscheiding bij Houwing III, blz. 5 tussen subjectieve waarheid en objectieve onjuistheid niet zeer verhelderend; dient men niet eerder te zeggen: a. het gaat om de *volledige* waarheid, dus niet alleen om *gunstige* verschillen, zoals een lagere prijs (idem Berkhouwer, blz. 63) en b. verboden is ook datgene, wat waar is voor de deskundige insider, maar dat voor het publiek een schijn wekt, die onwaar is.

³⁶ Veldkamp, blz. 74.

heid aangenomen ³⁷. Par. 3 UWG verbiedt het doen van onware mededelingen, waardoor de schijn wordt gewekt van een bijzonder gunstig aanbod. De mededelingen moeten geschikt zijn om schade aan mededingers toe te brengen. Niet nodig is, dat de schade werkelijk intreedt ³⁸. Kan de omvang van de schade voor de eisende mededingers niet bewezen worden, en is ook niet waarschijnlijk, dat deze groot zal zijn, dan dient met een verbod te worden volstaan en kan geen andere dan symbolischschadevergoeding worden toegewezen ³⁹. Is ondenkbaar, dat de eisende mededingers ooit door de misleiding schade zouden kunnen leiden, dan dient zelfs een vordering tot verbod niet te worden toegewezen.

Par. 4. Kleinering t.o.v. het publiek van de aard (hoedanigheid, hoeveelheid, herkomst) van het door een mededinger aangeboden of van de hoedanigheid van een mededinger.

In deze paragraaf komt aan de orde de misleiding en de kleinering omtrent de persoon of het product van de mededinger, d.w.z. in de eerste plaats de schadende onware mededelingen, dus de denigrerende reclame, doch daarnaast die denigrerende reclame, waarbij geen onware feiten worden medegedeeld, doch waarbij de persoon van de mededinger in een (op zich zelf waar) slecht daglicht wordt gesteld. Uit hetgeen men doorgaans de vergelijkende reclame noemt licht ik uit naar deze paragraaf die vergelijkingen, die op onwaarheid berusten. Aldus combineer ik alle gevallen, waarin mededelingen omtrent de mededinger of diens product onrechtmatig zijn. Deze onrechtmatigheid doet zich voor, indien de schadende mededeling onwaar dan wel onnodig grievend, kleinerend, denigrerend is. Is de schadende mededeling onwaar, dan is deze steeds onrechtmatig; is deze waar, dan kan deze toch nog onrechtmatig zijn, namelijk, indien deze onnodig grievend of denigrerend is. Dit laatste is steeds het geval, indien de mededeling betrekking heeft op de persoon van de mededinger

³⁷ Reimer, blz. 554, 601-602 en 604-615; Baumbach-Hefermehl, blz. 374-378 (beweringen, die voor onderzoek door het publiek vatbaar zijn, dienen waar te zijn; bescheidenheid wordt gestraft).

³⁸ Reimer, blz. 602-603; H.R. 4 jan. 1952 N.J. 1953/158.

³⁹ Rb. Amsterdam 25 febr. 1942 N.J. 1942/750; Rb. Amsterdam 4 nov. 1942 B.I.E. 1943 blz. 44 en Hof Amsterdam 18 juni 1947 N.J. 1947/573.

(b.v. dat hij vroeger failliet is geweest, dat hij strafrechtelijk is veroordeeld, dat hij zijn personeel slecht behandelt, dat zijn levenswandel niet onberispelijk is, dat hij behoort tot een bepaald geloof, ras of nationaliteit); heeft de ware schadelijke mededeling betrekking op diens product, dan is deze onrechtmatig, indien zulks geschiedt in onnodig grievende toon. Dit laatste zal vrij spoedig aangenomen moeten worden; een uitzondering hierop zal aanwezig zijn, indien er sprake is van een geval van toelaatbare vergelijkende reclame, hierna in par. 5 te bespreken ¹.

Dat schadelijke mededelingen omtrent de persoon van de mededinger steeds onrechtmatig worden geacht, is een gevolg van de overweging, dat de door de erkenning van de vrije mededinging geschapen uitzonderingstoestand niet zo ver mag gaan, dat ook aanvallen op de eer, de goede naam en de persoonlijkheid van de mededinger zouden zijn toegestaan, alsmede van de overweging, dat de persoon van de mededinger irrelevant is t.a.v. het door hem geleverde product. Dit laatste gaat echter niet op in het geval, dat de kwaliteit van de prestatie in hoge mate afhangt van de kwaliteit van de persoon, zoals bij de vrije beroepen en bij functies, waar de betrouwbaarheid een vrijwel beslissende maatstaf is.

Men mag aannemen, dat t.a.v. het bewijs van de waarheid resp. onwaarheid dezelfde verdeling van de bewijslast geldt als in Duitsland. Wanneer A een schadelijke mededeling omtrent B of diens product doet, moet B aannemelijk maken, dat hij schade lijdt of dreigt te gaan lijden. Daarmee komt de onrechtmatigheid *prima vista* vast te staan, maar A moet aantonen, dat zijn mededeling waar was. Dan ligt het weer op de weg van B om aan te tonen, dat de mededeling desondanks onrechtmatig was, b.v. in onnodig grievende vorm. Men zie par. 14 UWG, hierachter onder de bijlagen opgenomen: het beweemde feit moet niet bewijsbaar waar zijn. Buiten het terrein van de mededinging geldt in Duitsland par. 824 B.G.B., dat m.i. een betere regeling

¹ Zie omtrent misleiding en kleinering betr. de mededinger of diens product: Molengraaff, blz. 151 (aanvallen op mededinger); Dorhout Mees no. 458 (afbreken), no. 461 (onware mededelingen) en no. 464 (misleiding en afbreken); Pfeffer, blz. 314-315 (met een beroep op het prestatiebeginsel, dat Pfeffer echter bij de ware vergelijkende reclame buiten beschouwing laat); Reimer, blz. 545-547.

geeft dan de slechts op belediging betrekking hebbende artt. 1408 e.v. B.W.: 1. „Wer der Wahrheit zuwider eine Tatsache behauptet oder verbreitet, die geeignet ist, den Kredit eines anderen zu gefährden oder sonstige Nachteile für dessen Erwerb oder Fortkommen herbeizuführen, hat dem anderen den daraus entstehenden Schaden auch dann zu ersetzen, wenn er die Unwahrheit zwar nicht kenne, aber kennen muss”. Daar rust dus het bewijs van de onwaarheid op de benadeelde². Wist A niet of behoefde hij niet te weten, dat de door hem ten nadele van zijn mededinger B gelanceerde schadende mededeling onwaar was — terwijl deze achteraf blijkt inderdaad onwaar te zijn —, dan doet deze onbekendheid niets af aan de onrechtmatigheid en dus aan de verbiedbaarheid; slechts de schuld ontbreekt dan en schadevergoeding kan niet worden gevorderd. Het gaat te ver te zeggen, dat alleen reeds in het verspreiden van onware mededelingen schuld is gelegen³, evenzeer als het anderzijds te ver gaat te beweren, dat de koopman bij het maken van reclame eigen waar onbegrensd mag verheerlijken⁴.

Zoals ik reeds eerder zei, is m.i. de door Houwing⁵ gemaakte onderscheiding tussen subjectieve of bewuste onwaarheid en de objectieve onjuistheid van een mededeling niet zeer verhelderend. Een mededeling is waar of onwaar. Tertium non datur. Wie een onware mededeling doet, kan zulks per vergissing te goeder trouw doen of daaraan schuld hebben. In het eerste geval is er alleen onrechtmatigheid, in het tweede geval tevens schuld. In het laatste geval kan men aan de spreker verwijten, dat hij wist of behoorde te weten, dat de mededeling onwaar resp. grievend was en dat hij wist of behoorde te weten, dat in vertrouwen op de waarheid der mededeling gehandeld zou worden (d.w.z. dat klanten van B worden afgeschrikt om met B zaken te doen, waardoor B schade lijdt). Is de mededeling waar en niet grievend, dan is deze niet reeds onrechtmatig door de

² Reimer, blz. 719; Baumbach-Hefermehl, blz. 505-521.

³ Anders: Rb. Groningen 29 febr. 1924 N.J. 1924 blz. 689 en Beerman, blz. 137-138 met een verwijzing naar Hof Amsterdam 18 maart 1937 N.J. 1938/32.

⁴ Rb. Amsterdam 17 okt. 1930 N.J. 1931 blz. 565, geciteerd door Prof. Mr M. H. Bregstein, W.P.N.R. 4306.

⁵ Houwing III, blz. 5 en blz. 12; vgl. blz. 129 noot 35 hiervoor.

enkele omstandigheid, dat de mededeling de strekking heeft of kan bewerken, dat de afnemers van het doen van zaken met de mededinger zullen worden weerhouden ⁶.

Afgezien van de in par. 5 te bespreken vergelijkende reclame kan immers een zodanige mededeling rechtmatig zijn, indien de verspreider ervan hetzij op noodweer hetzij op het algemeen belang een beroep kan doen; in het eerste geval zal men zelfs, rekening houdende met de emotionele afweer, enige onheuse termen moeten excuseren. Wie ten onrechte in het openbaar beschuldigd wordt van ongeoorloofde mededinging, kan de daardoor te lijden schade soms slechts uitsluitend afwenden door onmiddellijk terug te slaan. Hetzelfde geldt, indien B zich omtrent A aan denigrerende reclame schuldig maakt. A moet er slechts voor zorgen niet in dezelfde fout te vervallen als hij aan B verwijt ⁷. De bewijslast t.a.v. de rechtvaardigingsgrond rust uiteraard op A. Ook een beroep op het algemeen belang kan een ware, niet grievende, schadelijke mededeling rechtvaardigen. Zie par. 14 lid 2 UWG. Ook hier moet men relativeren. Wie de ware mededeling verspreidt, dat B op de rand van het faillissement staat, handelt rechtmatig, wanneer hij die mededeling slechts doet aan potentiële schuldeisers (leveranciers), onrechtmatig, wanneer hij zulks doet aan potentiële debiteuren (afnemers). De ontvanger van de mededeling moet een gerechtvaardigd belang hebben bij het vernemen van het bericht ⁸.

In de onware of grievende, schadelijke mededeling behoeft de naam van de andere mededinger niet apart genoemd te zijn. Deze andere mededinger heeft toch het recht zich over de publicatie te beklagen, indien hetzij de gehele

⁶ Anders (met nuances): Berkhouwer, blz. 95; Hof Den Bosch 5 dec. 1933 N.J. 1934 blz. 1379, besproken door Prof. Mr G. de Grooth, De N.V. april 1953 blz. 5 (de eigenaar van een hotelpand, die — vreemde, dat zijn huurder met financiële hulp van de brouwerij een pand zal kopen om daarin zijn hotel te exploiteren — zich tot die brouwerij wendt met mededelingen omtrent zijn huurder, geschikt om die brouwerij afkerig te maken, handelt onrechtmatig, onafhankelijk van de waarheid van zijn mededelingen); Hof Den Bosch 5 nov. 1945 N.J. 1947/559 (hier echter wel grievend).

⁷ Reimer, blz. 545-548; Rb. Haarlem 11 nov. 1958 N.J. 1959/445.

⁸ Reimer, blz. 546 en blz. 719; Pfeffer, blz. 316; beroep op het algemeen belang verworpen door Pres. Rb. Groningen 5 maart 1956 N.J. 1956/506 en Rb. Leeuwarden 7 jan. 1960 N.J. 1962/403.

groep, waartoe hij behoort, het slachtoffer is van de mededeling, hetzij voor degenen, die van het bericht direct of indirect kennis kunnen nemen, duidelijk is of kan worden, wie met de niet met name genoemde kleinerend besproken mededinger bedoeld wordt ⁹.

De hier besproken maatstaven gelden ook buiten het terrein van de mededinging, met name op het terrein van de redactionele dagbladpublicaties ¹⁰.

Ook van de in deze paragraaf besproken vorm van ongeoorloofde mededinging kan worden gezegd, dat alleen ter beoogeling hiervan een wettelijke regeling even eenvoudig als overbodig zou zijn. De onrechtmatigheid is doorgaans evident, wordt door stemmen uit de praktijk als zodanig ook opgevat ¹¹, het trekken van een grens tussen rechtmatig en onrechtmatig is hier minder moeilijk dan bij andere vormen van ongeoorloofde mededinging ¹². Een onrecht-

⁹ Reimer, blz. 544-545 (de directeur heeft een actie, als de procuratiehouder of de dealers worden aangevallen; anders ten onrechte Hooggerechtshof Ned. Indië 18 febr. 1937 N.J. 1937/398; de zelfstandige vertegenwoordigers en agenten hebben een actie anderszids, indien het hoofdbedrijf wordt aangevallen); H.R. 25 mei 1951 N.J. 1951/541, besproken door Prof. Mr M. H. Bregstein, W.P.N.R. 4306 en door Prof. Mr G. de Grooth, De N.V. april 1953, blz. 4 (chemisch azijn tegen natuuraazijn); Hof Amsterdam 24 mei 1956, N.J. 1956/574 (Ziekenfonds „De Volharding” tegen Mij. tot Bevordering der Geneeskunst); Hof Den Haag 6 mei 1959 N.J. 1960/217.

¹⁰ Hof Den Haag 18 april 1958 N.J. 1958/428. Zo zijn er ook parallellen te trekken tussen de boycot als vorm van ongeoorloofde mededinging en de boycot in de sociale strijd.

¹¹ Code voor het Reclamewezen van de I.K.K. (zie bijlagen hierachter), II onder 2 slot: „Kleinerende toespelingen op enigerlei produkt, dienst of onderneming zijn onder geen omstandigheden veroorloofd”.

¹² Zie b.v. de volgende rechtspraak omtrent afkammen, waar-schuwen tegen concurrent, productvergelijking: Rb. Amsterdam 22 nov. 1926 W. 11609; Pres. Rb. Rotterdam 30 nov. 1929 N.J. 1930 blz. 36; Pres. Rb. Den Haag 9 dec. 1929 W. 12061; Rb. Amsterdam 17 okt. 1930 N.J. 1931 blz. 565; Pres. Rb. Rotterdam 12 dec. 1930 N.J. 1931 blz. 781; Pres. Rb. Alkmaar 22 april 1932 N.J. 1933 blz. 1078 (bij de vergelijking ontbreekt iedere waarborg van objectiviteit); Pres. Rb. Amsterdam 13 juli 1931 W. 12389; Hof Amsterdam 18 maart 1937 N.J. 1938/32; Rb. Rotterdam 3 okt. 1938 N.J. 1939/636; Rb. Rotterdam 18 dec. 1939 N.J. 1940/1059; Pres. Rb. Alkmaar 22 april 1940 N.J. 1941/126; Rb. Amsterdam 19 nov. 1937 B.I.E. 1940 blz. 28; Hof Amsterdam 16 okt. 1941 N.J. 1942/703 (het kopje is onvolledig; het ging om onware mededelingen); Pres. Rb. Middelburg 18 aug. 1948 N.J. 1949/93 (be-

matige publicatie wordt door voortzetting ervan nog niet tot een rechtmatige ¹³.

Vooraf begrafenisondernemers en makers van grafzerken hebben het moeilijk op het terrein van de mededinging. Men vraagt zich af, of in Duitsland gebrek aan kiesheid — die juist op dit macabere terrein een grote rol speelt — niet te snel vereenzelvigd wordt met onrechtmatigheid. Zo mag aldaar een begrafenisondernemer geen annonces met reclame sturen naar een huis, waarvan hij weet, dat daar iemand ernstig ziek ligt. Het is een maker van grafzerken verboden een concurrent belachelijk te maken. „Ein Grafmallieferer setzt den Namen eines Mitbewerbers als den eines Verstorbenen auf ein Schaugrabmal, vgl. RG 39,566” ¹⁴. In arren moede legde de President Rb. Haarlem ¹⁵ in een concurrentiestrijd tussen twee begrafenisondernemingen aan beiden de plicht op om een volstrekt stilzwijgen — als het graf — te bewaren, hoewel in het algemeen zulks een te ver gaand verbod zou zijn; door vroegere publicaties was reeds zoveel schade berokkend, dat deze alleen door algeheel stilzwijgen enigszins was te herstellen.

vestigd door Hof Den Haag 4 mei 1949 N.J. 1949/705); Hof Den Bosch 22 febr. 1955 N.J. 1955/607 (ten onrechte gesuggereerd, dat geïnt. onoirbare handelspraktijken zal bedrijven; bevel tot rectificatie).

Twijfelachtig t.a.v. de juistheid der beslissing echter: Pres. Rb. Amsterdam 16 okt. 1930 W. 12433, geciteerd door Molenaar, blz. 199 (onrechtmatig is het plaatsen in een verenigingsblad van een annonce, in vorm en stijl gelijkend op de bekendmakingen, waarmede de politie tegen gevaarlijke en onbetrouwbare personen meent te moeten waarschuwen, luidende: Het Bondsbureau ziet zich genoodzaakt den leden aan te raden om voor ze in relatie treden met den heer H. Peletier te Leeuwarden, inlichtingen te vragen aan het Bondsbureau); tegenover een beperkte kring van ontvangers van de mededeling behoeft zo'n waarschuwing, indien terecht, nog niet steeds onrechtmatig te zijn; omgekeerd: Pres. Rb. Amsterdam 19 jan. 1954 en Hof Amsterdam 25 juni 1954 B.I.E. 1955 blz. 38 (openlijke bekendmaking, dat een bepaald bedrijf merkenrecht heeft op bepaalde merken („Koh-I-Noor”) en dat van anderen afkomstige producten „namaak” zijn. Onrechtmatige daad? Pres.: ja, Hof: neen); indien er niet tevens merkenschending is, is „namaak” een denigrerend woord, dus m.i. in beginsel wél onrechtmatig.

¹³ H.R. 4 febr. 1949 N.J. 1949/185, W.P.N.R. 4136 (Haarlemmerolie; dit betrof misleiding t.a.v. eigen onderneming, niet kleinering van andermans product).

¹⁴ Baumbach-Hefermehl, blz. 272.

¹⁵ Pres. Rb. Haarlem 24 juli 1933 N.J. 1934 blz. 1097.

Indien A een kleinerende advertentie ten nadele van B plaatst, kan B, indien A schuld heeft en B schade lijdt, schadevergoeding vorderen. Heeft A geen schuld en/of heeft B (nog) geen schade geleden, dan kan B een verbod vragen van verdere publicatie, ook al getuigt A, dat er geen vrees voor herhaling behoeft te bestaan¹⁶ en B kan bovendien rectificatie vragen t.a.v. de reeds gedane onware schadende mededeling. Indien rectificatie niet¹⁷ of niet op doeltreffende of snelle wijze is te verkrijgen, maakt B zich niet aan verboden eigenrichting schuldig door een tegenadvertentie te plaatsen. Eenstemmigheid omtrent dit laatste punt bestaat echter niet.

Par. 5. Het doen van ware, schadende mededelingen en vergelijkende reclame.

Vergelijken, misleiden en aanhaken. In deze paragraaf wordt samengevat de bespreking van het doen van ware, schadende mededelingen en de vergelijkende reclame. Uit het onderwerp, dat men in ruime zin vergelijkende reclame kan noemen, heb ik enerzijds uitgelicht de gevallen, waar de vergelijkende reclame samenvalt met misleiding van het publiek of met denigerende reclame, beide hiervoor in par. 4 besproken en anderzijds de gevallen, waarin vergelijkende reclame gepaard gaat met aanhaken of aanleunen, welke gevallen hierna in paragraaf 6 zullen worden besproken. Indien de vergelijkende reclame, gezuiverd aan beide zijden van elementen, die een andere kleur hebben, aldus beschouwd wordt, d.w.z. de ware, objectieve, noch misleidende, noch grievende, noch aanhakende vergelijking, dan is de juridische waardering daarvan geen andere dan die van het doen van ware, schadende mededelingen, zonder dat zulks in de vorm van een vergelijking plaatsvindt. Men is te snel geneigd de vergelijkende reclame als onrechtmatig

¹⁶ Pres. Rb. Dordrecht 13 aug. 1957 N.J. 1958/182; H.R. 4 jan. 1952 N.J. 1953/158, W.P.N.R. 4375 (aftroggelen van een klant door onware mededelingen en verdachtmakingen is een onrechtmatige daad. Een mislukte poging daartoe eveneens. Dan evenwel geen schade. Dus geen schadevergoeding, wel verklaring voor recht en verbod voor de toekomst met een dwangsom).

¹⁷ Bevel tot rectificatie m.i. ten onrechte geweigerd door Pres. Rb. Dordrecht 20 nov. 1957 N.J. 1958/366. Van Schaik, blz. 54 geeft het geval: A zet een advertentie in het blad van de N.S.B.: U kunt gerust kopen bij B. B wordt aldus ten onrechte voor N.S.B.-er aangezien.

te beschouwen, omdat men deze slechts ziet in het licht van misleiding of van het aanhaken ¹. Alleen uit het feit, dat een duidelijke vergelijking vaak niet mogelijk is zonder daarbij de naam van de mededinger, met wiens product vergeleken wordt, te noemen, kan nog niet worden afgeleid, dat men met een geval van aanhaken te doen heeft. Daar gebruikt de mededinger de naam van de ander om zich via de goede reputatie van de mededinger naar boven te werken; bij de vergelijkende reclame zonder meer wordt de naam van de andere mededinger niet genoemd om te profiteren van de goodwill van diens naam, maar slechts ter aanduiding van het product, waarmee wordt vergeleken. Terecht onderscheidt Beerman ² dan ook twee vormen van vergelijkende reclame: a. naast elkaar stellen met de bedoeling, dat de vergelijking ten gunste van het eigen product uitvalt; b. vergelijking met het doel om het eigen product te spiegelen aan de bekendheid en de goede roep van het concurrerend bedrijf. Onjuist is dan ook de mening ³, dat vergelijkende reclame steeds dan en daarom onrechtmatig is, wanneer bij het trekken van de vergelijking het product van de concurrent wordt aangeduid met het door deze concurrent gevoerde woordmerk. Men vraagt zich af, hoe men moet kunnen vergelijken zonder het andere merk te noemen. Bij aanhaken wordt niet de nadruk gelegd op de verschillen maar op de gemeenschappelijke eigenschappen van beide producten. Het publiek wordt dus niet tot nadenken gebracht, maar er wordt geprofiteerd van de traagheid van de openbare mening, die zich vertrouwd voelt bij reeds algemeen bekende voorstellingen. Daarentegen wordt bij de vergelijkende reclame de openbare mening tot denken gebracht en wordt de nadruk gelegd op de verschillen tussen beide producten. Anderzijds behoeft bij de vergelijkende reclame de aanprijzing van het eigen product niet gepaard te gaan met het afbreken van andermans

¹ Zie b.v. Molengraaff, die de vergelijkende reclame behandelt als een onderdeel van de aanhakende reclame; terecht echter Prof. Mr M. H. Bregstein, W.P.N.R. 4304.

² Beerman, blz. 143.

³ Pres. Rb. Breda 1 sept. 1936 N.J. 1936/911; Hof Amsterdam 1 nov. 1939 N.J. 1940/721; Hof Amsterdam 31 jan. 1940 N.J. 1940/809.

product ⁴. De door Pfeffer ⁵ gemaakte onderscheiding tussen vier soorten reclame: misleidende, denigrerende, slaafse navolging en objectief vergelijkende, wordt niet tot de mijne gemaakt, omdat m.i. deze onderscheiding niet samenvalt met de juridisch relevante punten van overeenstemming en verschil. Bij misleiding moet men onderscheiden misleiding t.a.v. eigen product of t.a.v. eens anders product. In het laatste geval is er geen verschil met denigrerende reclame. Nabootsende en aanhakende reclame vallen niet samen.

Het doen van onware, schadende mededelingen door een mededinger ten nadele van een andere mededinger en het openbaren van een onware of onvolledige vergelijking behoort steeds — dus niet slechts „nagenoeg altijd” ⁶ — onrechtmatig te zijn (behoudens een rechtvaardigingsgrond, die men zich echter hier niet gemakkelijk kan voorstellen). Wij kunnen dus buiten beschouwing laten de gevallen, waarin niet een zuivere vergelijking ter toetsing kwam. Zo mag men nimmer het arrest inzake De Haans ochtendvoer ⁷ ten tonele voeren als bewijs, dat de Hoge Raad vergelijkende reclame onrechtmatig acht. Anders dan Houwing ⁸ meent, bevatte de toen betwiste circulaire wel

⁴ Reimer, blz. 548-549 met een verwijzing naar Nerreter, GRUR, 1938, blz. 8-18.

⁵ Pfeffer, blz. 301.

⁶ H.R. 13 maart 1941 N.J. 1941/660 (Felix kattenbrood) met noot P.S., instemmend besproken door Houwing III, blz. 17, kritisch besproken door Molenaar, blz. 199 en Prof. Mr G. de Grooth, De N.V. april 1953, blz. 4; zie hieromtrent ook Berkhouwer, blz. 86; Prof. Mr M. H. Bregstein, W.P.N.R. 4306; Dorhout Mees no. 458; vervolg van dit arrest in Hof Den Haag 29 mei 1941 N.J. 1941/846 (aan de onrechtmatigheid doet niet af, dat de circulaires slechts zijn verspreid in een beperkt aantal, dat deze tot opschrift droegen „vertrouwelijk” en dat de afneemster van die concurrent (de Handelskamer) de waar verkocht heeft beneden haar inkoopsprijs); Bregstein, W.P.N.R. 4303.

⁷ H.R. 22 nov. 1934 N.J. 1935 blz. 529 („afbrekend bespreken van het product van een bepaalde concurrent is onrechtmatig”).

⁸ Houwing III, blz. 17, die nog verwijst naar Rb. Amsterdam 17 okt. 1930 N.J. 1931 blz. 565; het arrest is ook besproken door Pfeffer, blz. 316-317 (hij is m.i. ten onrechte van oordeel, dat de juistheid van de mededelingen geen rol speelt; op blz. 318 noemt hij vonnissen, waarbij de vraag, of de mededeling waar was, wel als maatstaf werd genomen), J. J. M. van der Ven, blz. 73 (die m.i. ten onrechte als regel uit dit arrest wil afleiden, dat het in strijd is met de zorgvuldigheid om te wijzen op gebreken van en het

degelijk een onjuistheid, althans een insinuatie, die onbewezen bleef. Hierop is terecht door Bregstein ⁹ gewezen.

Vergelijking in 5 gevallen steeds rechtmatig. Er bestaat echter allerm minst eenstemmigheid omtrent de vraag, of en zo ja wanneer een objectief vergelijkende reclame toelaatbaar kan zijn. Men kan slechts zeggen, dat omtrent de navolgende categorieën vrijwel overeenstemming bestaat omtrent de rechtmatigheid:

- a. vergelijking niet in het openbaar, maar op verzoek van een klant;
- b. de vergelijking is nodig om een technische verbetering te kunnen verduidelijken;
- c. geen vergelijking van producten maar van systemen;
- d. vergelijking ter afweer van een aanval op de onderneming of het product van de mededinger;
- e. vergelijking is in het algemeen belang ¹⁰.

Ad a. Par. 14 lid 2 UWG regelt dit geval uitdrukkelijk. Terwijl bij toepassing van par. 14 lid 1 UWG de dader moet aantonen, dat zijn schadelijke mededeling waar was, staat het een dader vrij om mededelingen te doen aan een individuele klant, dus niet in het openbaar (dit is iets ruimer dan „vertrouwelijk”) en terwijl de ontvanger er belang bij heeft; in dat geval moet de gelaedeerde bewijzen, dat de mededeling onwaar was ¹¹.

Ad b. In technische reclame, doorgaans voor een beperkte kring van deskundige afnemers, dus niet voor het

ontzeggen van bepaalde belangrijke eigenschappen aan de handelswaar van een ander, die met name is genoemd, zulks bij het aanprijzen van eigen soortgelijke waar, onverschillig, of de mededelingen waar dan wel onwaar zijn), Prof. Mr G. de Grooth, De N.V. april 1953, blz. 3-4, Berkhouwer, blz. 75 en Dorhout Mees no. 459.

⁹ Prof. Mr M. H. Bregstein, W.P.N.R. 4305 vraagt, of de Hoge Raad de circulaire zonder de insinuatie over de samenstelling van het eiwit en met de overigens objectieve vergelijking tussen twee soorten ochtendvoer geoorloofd zou hebben geacht.

¹⁰ Baumbach-Hefermehl, blz. 228-230 (noemt a, b en d).

¹¹ Baumbach-Hefermehl, blz. 518-521; Prof. Mr G. de Grooth, De N.V. april 1953, blz. 5; Hooggerechtshof Ned. Indië 18 febr. 1937 N.J. 1937/398; Pres. Rb. Amsterdam 26 juli 1937 B.I.E. 1938, blz. 17; Rb. Rotterdam 17 juni 1938 N.J. 1939/580 (verkeerd kopje: geen onware uitlatingen).

grote ondeskundige publiek, kunnen verbeteringen van de techniek in een nieuw product soms alleen duidelijk gemaakt worden door een vergelijking met de tot dusver bestaande producten ¹².

Ad c. Systeemvergelijking is geoorloofd, mits uiteraard waar; b.v. chemisch azijn tegen natuuraazijn; koffie met en zonder cafeïne, sigaretten met en zonder filter; detailhandel tegen warenhuizen; contante verkoop tegen koop op afbetaling; particuliere ondernemer tegen coöperatie. Er is geen onrechtmatigheid, want deze vergelijking is in beginsel noch vóór noch tegen een bepaald product of een met name genoemde ondernemer. Bovendien is een ware systeemvergelijking haast een wetenschappelijk dispuut. Systeemvergelijking kan echter de dekmantel worden voor denigrende reclame ten nadele van één bepaalde mededinger of één bepaald product. Aldus onttaart wordt de systeemvergelijking onrechtmatig ¹³.

Ad d. Men dient niet te spoedig aan te nemen, dat vergelijkende reclame uitsluitend als afweer tegen een publicatie van een mededinger een geoorloofde vorm van eigenrichting is. Dit is slechts het geval, indien rectificatie via een kort geding niet, niet efficiënt genoeg of niet tijdig genoeg te verkrijgen zou zijn ¹⁴. Niet iedere provocatie van de een excuseert een publicatie van de ander.

¹² Reimer, blz. 551; Baumbach-Hefermehl, blz. 224-230.

¹³ Reimer, blz. 552-553; Baumbach-Hefermehl, blz. 221-230.

¹⁴ Pfeffer, blz. 305; Berkhouwer, blz. 26-28; Houwing III, blz. 17-18 (met een verwijzing naar Hof Den Haag 29 mei 1941 N.J. 1941/846 concludeert hij m.i. te algemeen, dat de zorgvuldigheid zou eisen, dat men in de concurrentiestrijd niet een met name genoemde concurrent betreft, noch door het publiceren van onjuiste, noch ook van juiste mededelingen); Prof. Mr G. de Grooth, De N.V. april 1953, blz. 4 (z.i. had Felix kattenbrood zich in H.R. 13 maart 1941 N.J. 1941/660 er op kunnen beroepen, dat de publicatie geschiedde ter noodzakelijke verdediging van het eigen bedrijf); Bregstein, W.P.N.R. 4304 (met instemming citerend Godinot, La concurrence déloyale ou illicite, 1932 en Fredericq, La concurrence déloyale, 1935); Reimer, blz. 550; Dorhout Mees no. 460; Baumbach-Hefermehl, blz. 270 (met een verwijzing naar BGH 54.333); Rb. Rotterdam 5 juli 1934 N.J. 1935 blz. 901 (m.i. ten onrechte geen onrechtmatige daad aanwezig geacht op de enkele grond, dat eiser zelf tevoren in een blad zijn zuiveringsmethode had aangeprezen; doet dat er iets toe?).

Ad e. Nog voorzichtiger dient men te zijn met het toelaten van vergelijkende reclame op grond van het algemeen belang. Het algemeen belang zal vaak beter gediend zijn door aangifte bij een controlerend orgaan. Dan is eigenrichting verboden. Het algemeen belang kan b.v. met zich mee brengen, dat het gewenst is te wijzen op wantoestanden op het terrein van de mededinging en dat aan de consument een ruime sortering ter keuze wordt aangeboden. Wanneer dan een winkelier verscheidene producten naast elkaar etaleert, en daarbij door vermelding van prijs of kwaliteit één product in het volle daglicht stelt, is zulks niet onrechtmatig, zolang hij de andere producten maar niet kleineert¹⁵.

¹⁵ Prof. Mr M. H. Bregstein, W.P.N.R. 4306; Prof. Mr G. de Grooth, De N.V. april 1953, blz. 5; Reimer, blz. 551-552 en de aldaar vermelde rechtspraak; anders ten onrechte: Rb. Amsterdam 18 dec. 1931 N.J. 1933 blz. 424: onrechtmatige daad door het verspreiden door een concurrent onder de afnemers van een hoogst ongunstig oordeel over een product van eiseres. Voor de vraag, of ged. zich door de verspreiding aan een onrechtmatige daad schuldig maakt, is het onverschillig, of eiseres zelf een onrechtmatige daad heeft gepleegd door waren in de handel te brengen, die noch op de naam „diermeel”, noch op die van „vleesbeenderenmeel” aanspraak konden maken. (Op zich zelf is het juist, dat de onrechtmatige daad van de gelaedeerde de onrechtmatige daad van de dader niet rechtvaardigt; iets anders is het echter, dat publicatie van de waarheid — namelijk, dat de ander onwaarheid verkondigt — niet steeds onrechtmatig behoeft te zijn). Evenmin doet ter zake, of het onderzochte monster al dan niet de waar vertegenwoordigt, welke eiseres in de handel brengt (m.i. wèl relevant). Indien immers al de analyse een getrouwe weerspiegeling zou zijn van de staat van de waar, zoals die eiseresses fabriek verlaat, dan behoeft zij zich toch niet te laten welgevalen, dat een concurrent een in hoge mate ongunstig oordeel over haar waar onder gegadigden verspreidt. Iemand, die aldus handelt, pleegt een onrechtmatige daad en is tot schadevergoeding gehouden. Een beroep op het algemeen belang — gesteld al dat dit zou disculperen (ja, dat doet het! Zie de nuttige overheidsdaad met aanbieding van schadeloosstelling) — gaat hier niet op, omdat de ged. hoewel een semi-officieel lichaam (N.V. Nederlandsche Thermo-Chemische Fabrieken), dat tot taak heeft controle uit te oefenen op de deugdelijkheid van voedingsmiddelen, ten deze niet als zodanig optrad, immers zelf bij antwoord stelde, dat zij de analyse aan enkele *afnemers* had getoond of een afschrift daarvan had verstrekt. (Als het meerdere mag — ruime verspreiding in het algemeen belang —, mag ook het mindere: het algemeen belang wordt dan alleen minder gediend) en Hof Den Bosch 3 dec. 1953 N.J. 1954/316, W.P.N.R. 4444 (ten onrechte onrechtmatige daad aangenomen van directeur van gemeentelijk gasbedrijf, die in circulaire aan gasfitters zegt, dat materiaal van eiser ondeugdelijk is en niet meer mag worden verstrekt op straffe van afkeuring).

Drie H.R. arresten. Op het terrein van de vergelijkende reclame en het doen van ware schadelijke mededelingen zijn vooral drie arresten van de Hoge Raad van belang: H.R. 1937 i.z. Somnifen-Solubarb, H.R. 1941 i.z. Pesie en H.R. 1946 i.z. verwijdering uit firmanaam. H.R. 1937¹⁶ betrof de klacht van de importeur van Somnifen, dat de Nederlandse Maatschappij ter bevordering der Pharmacie zonder commentaar naast elkaar als gelijkwaardig had vermeld Solubarb (een N.M.P.-product) en Somnifen, waarvan het laatste duurder is. De Hoge Raad achtte het niet onrechtmatig het publiek in te lichten, dat een preparaat van Nederlandse oorsprong even deugdelijk is als een buitenlands preparaat en tevens goedkoper is, onverschillig of de N.M.P. het oog heeft op de vakbelangen harer leden en of zij zelf Solubarb in de handel brengt of doet brengen. In de publicatie staat geen onwaarheid en de reputatie van Somnifen wordt niet aangetast. Bijvoegmerken zijn ondergeschikt aan het hoofddoel, namelijk de voorlichting van het Nederlandse publiek.

M.i. dienen hier twee elementen als irrelevant terzijde worden gesteld. In de eerste plaats de nationalistische omstandigheid, dat het goedkopere, even goede product Nederlands was en het andere buitenlands. Het behoort bij overigens gelijk blijvende omstandigheden geen verschil in de rechtmatigheid te maken, of men annonceert, dat een buitenlands product goedkoper en even goed is als een Nederlands product¹⁷. In de tweede plaats is m.i. irrelevant, dat de publicatie plaats vond niet door een gewone mededinger-fabrikant, maar door de N.M.P. Het gaat om de

¹⁶ H.R. 24 dec. 1937 N.J. 1938/601, besproken door Mr H. Pfeffer, R.M. 1938, bl. 470, Prof. Mr W. C. L. van der Grinten, De N.V. 1942/1943, blz. 107, Prof. Mr G. de Grooth, De N.V. april 1953, blz. 4, Berkhouwer, blz. 78, Prof. Mr M. H. Bregstein, W.P.N.R. 4305 en Dorhout Mees no. 463.

¹⁷ Idem Beerman, blz. 141; vgl. ook Reimer, blz. 546 met een verwijzing naar R.G. 15 nov. 1932: onrechtmatig is de mededeling, dat een concurrent een buitenlander is of met buitenlands kapitaal werkt, omdat dit leidt tot tegenmaatregelen in den vreemde, dus uiteindelijk schadelijk voor de Duitse economie en daarom onrechtmatig. Men ziet: het egoïsme op korte termijn werd geneutraliseerd door egoïsme op lange termijn. Thans zou de motivering eerder moeten zijn, dat in de E.E.G. discriminatie naar nationaliteit is verboden. Anders m.i. ten onrechte (nationale overweging wél relevant): J. J. M. van der Ven, blz. 76; zie ook Pfeffer, blz. 302.

inhoud van de publicatie, niet om de herkomst ervan. Men kan hoogstens zeggen, dat een onpartijdige herkomst een vermoeden schept van een onpartijdige inhoud en omgekeerd. Waar het slechts op aankomt is, dat objectieve voorlichting, wel verre van onrechtmatig te zijn, een algemeen belang van grote betekenis vertegenwoordigt. Dit is veel meer een sociaal belang dan de bescherming van een door reclame gevestigd debiet ¹⁸.

Het Pesie-arrest van 1941 ¹⁹ geeft een bevestiging van hetgeen hiervoor reeds is besproken. Wie zonder toeleeg om te benadelen ware mededelingen over een ander doet, wetende, dat deze geschikt zijn om de ander te benadelen, handelt niet reeds daardoor in strijd met de zorgvuldigheid. Of hij dit doet, hangt af van de omstandigheden: werden de mededelingen gedaan met de toeleeg om te benadelen, werden zij al dan niet in het openbaar gedaan, geschieden zij ongevraagd, dan wel gevraagd, en zo dit laatste het geval is, werden zij gedaan in antwoord op een algemeen verzoek om inlichtingen, of wel op een vraag omtrent de waarheid van een bepaald feit?

H.R. 1946 i.z. verwijdering uit firmanaam ²⁰ heeft vragen opgeworpen. A dreigde openbaar te zullen maken per advertentie, dat B, zijn vroegere compagnon, voor een misdrijf was veroordeeld, indien B de naam van A niet uit de firma van de door B gedreven onderneming zou verwijderen. Zou deze publicatie een onrechtmatige daad zijn en dus de bedreiging daarmee eveneens? De Hoge Raad beantwoordde die vraag ontkennend. Hij, die in het openbaar en ongevraagd (dus deze beide, in het Pesie-arrest genoemde, omstandigheden werden niet beslissend geacht voor de onrechtmatigheid) omtrent een ander een ware mededeling doet, wetende, dat de openbaarmaking daarvan aan die ander schade zal toebrengen, pleegt zonder meer nog niet een onrechtmatige daad. Dit zal eerst zo zijn,

¹⁸ Noot E.M.M. onder H.R. 24 dec. 1937 N.J. 1938/601; Mr J. H. Polenaar, N.J.B. 1938, blz. 1018-1019; Prof. Mr G. de Grooth trekt het beroep op het algemeen belang hier m.i. ten onrechte in twijfel.

¹⁹ H.R. 28 nov. 1941 N.J. 1942/190, besproken door Houwing III, blz. 14, Prof. Mr G. de Grooth, De N.V., april 1953, blz. 5, Berkhouwer, blz. 86 en Dorhout Mees, no. 459.

²⁰ H.R. 16 mei 1946 N.J. 1946/564, besproken door Prof. Mr M. H. Bregstein, W.P.N.R. 4306.

indien uit de verdere omstandigheden volgt, dat die wetenschap hem, bij inachtneming van een behoorlijke zorgvuldigheid tegenover die ander, had behoren te weerhouden van het doen dier mededeling. Op zich zelf had A er een redelijk belang bij, dat zijn naam uit de firma werd verwijderd, omdat hij werd aangezien op het misdrijf van zijn ex-medefirmant. Deze laatste was niet vrijwillig bereid de firmanaam te schrappen. Men kan zich echter afvragen, waarom de Hoge Raad hier nog een vorm van geoorloofde eigenrichting aanwezig heeft geacht, nu A toch door rechtsmaatregelen hetzelfde had kunnen bereiken. Berkhouwer²¹ wees er terecht op, dat A bovendien had kunnen volstaan met de mededeling, dat hij 4 jaar geleden uit de firma was getreden, zonder de toevoeging, dat hij dus niets te maken had met de latere veroordeling van B wegens valsheid in geschrifte.

In lagere rechtspraak is herhaaldelijk beslist, dat het doen van ware mededelingen of een objectieve vergelijkende reclame niet onrechtmatig is. Ik moet wegens tijds- en plaatsgebrek met een vermelding van de vindplaatsen volstaan²². De Code voor het Reclamewezen van de I.K.K. bepaalt echter onder II. 2: „Directe vergelijking met het artikel, de dienst of het bedrijf van een concurrent behoort te worden ontweken”.

In Zwitserland en Oostenrijk²³ wordt objectief vergelijkende reclame doorgaans rechtmatig geacht, in Duitsland, Frankrijk en België²⁴ niet, maar in laatstgenoemde

²¹ Berkhouwer, blz. 90-91.

²² Pres. Rb. Rotterdam 12 dec. 1930 N.J. 1931 blz. 781; Hof Arnhem 22 nov. 1933 N.J. 1934 blz. 445; Rb. Utrecht 21 nov. 1934 N.J. 1936/567; Residentiegerecht Bandung 15 febr. 1935 B.I.E. 1937 blz. 130; Rb. Almelo 6 jan. 1937 N.J. 1937/885, geciteerd door Prof. Mr. M. H. Bregstein, W.P.N.R. 4306; Hof den Bosch 2 nov. 1943 N.J. 1947/230; Hof Den Haag 4 mei 1949 N.J. 1949/705, geciteerd door Prof. Mr. M. H. Bregstein, W.P.N.R. 4306; Pres. Rb. Den Haag 1 april 1952 en Hof Den Haag 25 maart 1953 B.I.E. 1955, blz. 37; Pres. Rb. Amsterdam 4 nov. 1955, Praktijk-gids R.A. no. 415; vgl. ook H.R. 14 dec. 1935 N.J. 1936/559, besproken door Prof. Mr. G. de Grooth, De N.V., april 1953, blz. 4.

²³ Baumbach-Hefermehl, blz. 215-216; Zwitserse Bundesgericht B.G.E. 22, 1164 ff, geciteerd door Prof. Mr. M. H. Bregstein, W.P.N.R. 4303.

²⁴ Mr. H. Pfeffer, R.M. 1938, blz. 471-472; Berkhouwer, blz. 26 en blz. 42; Voetelink, blz. 182 en blz. 186-187.

landen treft men nog vele nuances aan, terwijl ook lang niet iedereen aldaar de vergelijkende reclame onrechtmatig acht. Voetelink t.a.p. herhaalt n.a.v. de door hem geciteerde Franse schrijvers, die vergelijkende reclame rechtmatig achten, de door hen gestelde vraag, waarom het aan een mededinger niet vrij zou staan, al dan niet in de vorm van een vergelijking, om een ware, schadende mededeling ten nadele van een concurrent te doen, terwijl zulks aan een journalist wèl vrijstaat. Het publiek zal eerder een (in beginsel onpartijdige) journalist geloven dan een partijdige concurrent. Men zou dus eerder het omgekeerde verwachten: de ongeloofwaardige mededinger mag meer publiceren dan de betrouwbare journalist. Het door Voetelink gegeven antwoord bevredigt mij niet: hij meent, dat de concurrent aan de publicatie veel meer ruchtbaarheid zal geven dan een journalist. Ik geloof niet dat dit juist is. De ondernemer, die er via een public relations officer in slaagt door te dringen tot de redactionele kolommen, slaat de daardoor bereikte publiciteit veel hoger aan dan zijn eigen advertenties in hetzelfde dagblad. Dit zo zijnde, kan men moeilijk aan de mededinger een publicatie verbieden, die aan een journalist zou hebben vrijgestaan ^{24a}.

Elimineren van bijkomstige factoren. Zowel Voetelink als anderen hebben voor Nederland de toelaatbaarheid van vergelijkende reclame bestreden ²⁵. Voorzover echter hun bezwaren gericht zijn tegen de niet objectieve vergelijkende reclame, doch tegen misleidende, denigrerende of aanhakende vergelijking, treffen zij geen doel, want deze nevenomstandigheden heb ik voor een zuivere beoordeling van de vergelijkende reclame juist geëlimineerd. Zo maakt Voetelink t.a.p. bezwaar tegen een terecht scheef getrokken reclame, waarbij men verzuimt die eigenschappen te vermelden, waarin het andere product het eigen overtreft. Inderdaad bedoel ik met waarheid de volledige waarheid en niets dan de waarheid. Men moet dus ook niet één van de vele concurrenten uitkiezen om uitsluitend de vergelijking met diens waar te trekken. Daarentegen acht ik, anders

^{24a} Zie Hof Amsterdam 25 febr. 1960 N.J. 1960/502, terecht vernietigend Rb. Amsterdam 3 febr. 1959 N.J. 1959/403.

²⁵ Voetelink, blz. 142 en blz. 181; Mr E. D. Hirsch Ballin, R.M. Themis 1954, blz. 375; Reimer, blz. 543.

dan Hirsch Ballin t.a.p., geen onrechtmatige verzwijging gelegen in de omstandigheid, dat de vergelijkende mededinger verzwijgt, dat het resultaat van zijn voor het overige waarheidsgetrouwe vergelijking niet slechts ten eigen bate opgaat, doch evenzeer ten bate van andere mededingers. Is b.v. bij een vergelijkend warenonderzoek door een objectieve instantie uit de bus gekomen, dat A no. 2 is, B no. 5 en C no. 1, dan mag A adverteren, dat hij no. 2 is geworden en dat er nog drie onder hem waren, en C, dat hij no. 1 is gebleken en dat hij er nog vier onder zich heeft. A behoeft zich niet te laten weerhouden onder referte aan het resultaat van zijn vergelijking de klanten bij voorkeur tot zich te trekken. Men zie b.v. naar de reclame, die autofabrikanten maken n.a.v. de uitslagen van een rally. Ook het argument van Reimer t.a.p. tast in wezen de toelaatbaarheid van vergelijkende reclame niet aan. Hij noemt dit aantasting van de persoon of de prestatie van de mededinger, aantasting van diens goodwill, diens crediet bij het publiek. Dat is op zich zelf juist, maar de gehele mededinging is niet anders. Het argument, ware het juist, zou de gehele mededinging onrechtmatig maken. Aan Reimer t.a.p. kan slechts worden toegegeven, dat misleidende en kleinerende vergelijkende reclame onrechtmatig is. Hieronder zijn resp. o.m. begrepen het geval, dat een vergelijkend warenonderzoek is gebaseerd op een monster, dat eenzijdig en zonder controle van de ander getrokken is en het geval, dat de *persoon* van de ondernemer in een slecht daglicht wordt gesteld ²⁶.

Bezwaren tegen toelaatbaarheid. Na uitschakeling van deze bijkomstige factoren blijft de zuivere vergelijking en het zuivere doen van ware, schadende mededelingen over. Berkhouwer en Beerman ²⁷ blijven deze ook dan nog onrechtmatig achten. Het lanceren van de waarheid kan uit onedele, ontolereerbare motieven voortspruiten, welke door Calmann worden getypeerd als „unlautere Wahrhaftigkeit”. „Der Mitbewerber ist nicht berufen der Erzieher zu spielen,

²⁶ Resp. Hof Amsterdam 17 okt. 1934 W. 12831; Prof. Mr M. H. Bregstein, W.P.N.R. 4306 n.a.v. H.R. 13 maart 1941 N.J. 1941/660 (Felix kattenbrood).

²⁷ Berkhouwer, blz. 23 en blz. 75; Beerman, blz. 141, citerend Callmann, Der unlautere Wettbewerb, 1932.

wo es ihm tatsächlich nur darauf ankommt den Konkurrenten zu schädigen". Dit argument maakt geen indruk op mij. Natuurlijk is het motief voor de mededinger niet, dat hem er zo veel aan gelegen is de waarheid aan het publiek te verkondigen, maar er wordt dan ook geen beroep gedaan op het algemeen belang. Er wordt slechts een beroep gedaan op het feit, dat vrije mededinging geoorloofd is. Het publiek is de lachende derde bij de concurrentiestrijd. Deze strijd kan zowel tot prijsverlaging als tot productieverbetering leiden. Waarom zou de concurrent alleen — uit eigen belang — de rol van prijsleider mogen spelen en niet die van opvoeder tot en opvoeder van kwaliteitsverbetering?

In de tweede plaats wordt tegen de toelaatbaarheid van vergelijkende reclame steeds weer aangevoerd het door het Duitse Reichsgericht²⁸ gebezigde argument: men mag niet rechter in eigen zaak zijn. Alleen het publiek mag vergelijken. Een concurrent behoeft zich niet te laten welgevalen, dat zijn product door een ander gebruikt wordt om zich zelf op te hemelen: „Es ist eine Vergleichung der eigenen Ware mit der des Wettbewerbers behufs Anpreisung der ersteren auf Kosten der angeblich nur eine geringere gewerbliche Leistung darstellenden fremden nach den Grundsätzen des anständigen Wettbewerbs nicht zulässig. Ein durch solche Vergleichung ausgeübtes Richteramt in eigener Sache fällt aus dem Rahmen eines ordnungsmässigen Wettbewerbs hinaus. Die Mitbewerber, auch wenn ihre gewerbliche Leistungsfähigkeit tatsächlich geringer sein sollte, brauchen sich nicht gefallen zu lassen, in den fremden Anpreisungen als Mittel zur Erhöhung der eigenen Leistungsfähigkeit des Anpreisenden verwendet zu werden. Die Abwägung etwa bestehender Beschaffenheitsunterschiede zwischen den Waren verschiedener Hersteller trotz gleichen oder sogar höheren Preises muss dem Verkehr selbst überlassen bleiben". Het bewijs van de waarheid van zijn vergelijking behoort de mededinger niet te baten. Een juiste vergelijking is vaak niet mogelijk; wat de een op prijs stelt, waardeert een ander minder.

Lagere rechtspraak heeft soms de enkele vergelijking,

²⁸ R.G. 6 okt. 1931, geciteerd bij Reimer, blz. 550, alwaar ook verdere Duitse rechtspraak; Baumbach-Hefermehl, blz. 218-221; Berkhouwer, blz. 25; Roubier, Le droit de la propriété industrielle, 1952, geciteerd door Prof. Mr M. H. Bregstein, W.P.N.R. 4304.

zonder dat van onwaarheid bleek en het doen van ware, schadende mededelingen onrechtmatig geacht ²⁹.

Argumenten vóór toelaatbaarheid. Met deze rechtspraak kan ik mij niet verenigen. Ik kom hierbij terug op hetgeen ik schreef in par. 3 van Hoofdstuk I: ik stel hier geen eeuwigheidsoplossing voor, maar ben van mening, dat tijdens een hoogconjunctuur zo min mogelijk belemmeringen in de weg mogen worden gelegd aan pogingen om weerstand te bieden aan een algemene neiging van de ondernemers om de prijzen te verhogen en de kwaliteit te verlagen. Thans gaat het vooral om dat laatste. Vergelijkende reclame kan zowel repressief als preventief bijdragen tot een verbetering van de kwaliteit of tot een verlaging van de prijs ³⁰. Ook in de reclame dient tijdens een hoogconjunctuur de con-

²⁹ Hof Amsterdam 16 nov. 1951 N.J. 1952/33, W.P.N.R. 4311, besproken door Prof. Mr G. de Grooth, De N.V. april 1953, blz. 5 (een aannemer, op twee na laagste bij een aanbesteding, schrijft een brief aan de aanbesteder, niet uit winstbejag maar uit verontwaardiging, dat de laagste inschrijver een collaborateur was. Het werk wordt niet gegund aan de laagste inschrijver. Het Hof acht hier een onrechtmatige daad aanwezig. M.i. is irrelevant, of het motief van de mededeling verontwaardiging dan wel winstbejag was. Hoewel men geneigd zou zijn, indien men dit motief wél relevant acht, de mededeling uit verontwaardiging eerder toelaatbaar te achten, is bij nadere overweging eerder een tegenovergestelde conclusie op zijn plaats: handelt de aannemer uit winstbejag, dan handelde hij als mededinger. Een normale mededingingshandeling is rechtmatig; daarentegen mag een particulier niet aan een derde schade toebrengen, onverschillig, of dit uit verontwaardiging, uit wraak dan wel uit andere gevoelens geschiedt. Handelde de aannemer uit verontwaardiging, dan handelde hij niet in mededinging maar als particulier); Pres. Rb. Groningen 5 jan. 1954 N.J. 1954/527, bevestigd door Hof Leeuwarden 5 jan. 1955 B.I.E. 1955 blz. 27. Zie ook de bij Prof. Mr G. de Grooth, De N.V. april 1953, blz. 3 noot 21 en Beerman, blz. 145-146 geciteerde rechtspraak, waarbij de vraag van de waarheid voor de al dan niet rechtmatigheid van vergelijkende reclame irrelevant werd geacht.

³⁰ Idem Veldkamp, blz. 70-73, wiens betoog ik in beginsel juist acht. Helaas maakte hij het zijn bestrijders, zoals Berkhouwer, blz. 82-83 en Beerman, blz. 143, gemakkelijk, door in de eerste plaats het onjuiste argument te hanteren, dat men t.a.v. zich zelf de meest brallende onwaarheid zou mogen verkondigen, en door in de tweede plaats op blz. 70-71 ten gunste van zijn standpunt enige rechterlijke uitspraken te citeren, waarin allerminst in *het algemeen* vergelijkende reclame toelaatbaar werd verklaard, doch slechts een vergelijking niet in het openbaar en op verzoek van een klant.

currentie te worden geactiveerd. De consument moet eerder worden beschermd tegen de ondernemers dan omgekeerd. Tijdens een periode van laagconjunctuur kan men hier anders over denken.

Bedrijfsspionage — één van de door Pfeffer³¹ genoemde argumenten tegen vergelijkende reclame — behoeft niet te worden gevreesd, wanneer het gaat om de publicatie van een vergelijkend warenonderzoek, dat verricht is door een objectieve instantie (b.v. T.N.O.). In het uitzonderlijke geval, dat een vergelijking, afkomstig van een mededinger, aan alle eisen van objectiviteit voldoet, moet het onderzoek gebaseerd zijn op het voor iedereen verkrijgbare product, niet op de wijze van vervaardiging daarvan. Bedrijfsspionage is op zich zelf onrechtmatig — zie par. 7 hierna — maar maakt een vergelijking, die ook zonder bedrijfsspionage kan plaatsvinden, daardoor nog niet steeds onrechtmatig.

De steeds weer herhaalde redenering³², dat de concurrent niet rechter in eigen zaak mag zijn en dat de beoordeling van de aangeboden producten aan het publiek zelf moet worden overgelaten, faalt. Aangenomen, dat de gepubliceerde vergelijking waar en volledig waar is — en daar gaan wij thans steeds van uit —, oordeelt niet de concurrent, maar alle concurrenten zijn in de gelegenheid de feiten aan het publiek voor te leggen. Het is niet juist, dat de beoordeling van producten aan het publiek kan en moet worden overgelaten. Het publiek mist de deskundigheid om zulks te beoordelen. Voor de juiste waardering spelen vele factoren een rol, zoals samenstelling, duurzaamheid, versheid, prijs, technische eigenschappen, waar het grote publiek geen verstand van heeft. Men kan toegeven, dat andere factoren, zoals smaak en uiterlijk niet voor objectieve vergelijking vatbaar zijn, en dat de een daarover anders zal denken dan de ander. Gelukkig maar! Het publiek is niet onmondig maar wel ondeskundig.

Evenzeer behoort de herkomst van de publicatie irrelevant te zijn, alleen de inhoud ervan behoort te beslissen³³. Is de

³¹ Mr H. Pfeffer, De N.V. 1940/1941, blz. 94.

³² Mr H. Pfeffer, De N.V. 1940/1941, blz. 94; Berkhouwer, blz. 25 en blz. 82; terecht bestreden door Prof. Mr M. H. Bregstein, W.P.N.R. 4304.

³³ Anders: Beerman, blz. 148; Mr H. Pfeffer, De N.V. 1940/1941, blz. 94; Berkhouwer, blz. 78-80.

publicatie afkomstig van een objectieve instantie, zoals de Nederlandse Consumentenbond, de Nederlandse Huishoudraad, de Nederlandse Vereniging van Huisvrouwen, het Consumenten Contact Orgaan, dan levert dit een wederlegbaar vermoeden op, dat de publicatie waar is. Hierin komt geen wijziging, doordat een ondernemer deze publicatie ten eigen voordele overneemt en er in groter kring bekendheid aan geeft³⁴. Is omgekeerd de vergelijking uit de koker van een mededinger, dan levert dit eveneens een wederlegbaar — dus niet een onwederlegbaar³⁵ — vermoeden op, dat de schadende mededeling niet waar is.

Waarom zou het de mededinger niet vrij staan de waarheid van zijn in zakelijke, niet grievende, misleidende of aanhakende vorm gedane mededeling aan te tonen? Waarom zou het resultaat van een vergelijkend warenonderzoek alleen gepubliceerd mogen worden in het periodiek van een vereniging als de Nederlandse Consumentenbond en niet in de dagbladpers? Noch de omvang van de lezerskring^{35a} noch, de vraag, wie de kosten van de — qua inhoud dezelfde — publicatie draagt (de objectieve instantie, dan wel de subjectieve mededinger, die de advertentie plaatst), noch het motief voor de publicatie behoort enig gewicht in de schaal te leggen. Het is niet juist, dat de voorlichting van het publiek ook kan worden bevorderd door een wettelijke plicht tot vermelding van de samenstelling der waren³⁶. Die samenstelling op zich zelf zegt het ondeskundige publiek niets. Inwilliging van deze eis zou omslachtig zijn. Vermelding van de samenstelling baat niet, wanneer het om eigenschappen gaat, die niet aanstonds

³⁴ Idem Veldkamp, blz. 65-66 (uit angst voor repercussies en sancties kan ook de van een mededinger afkomstige vergelijkende reclame objectief zijn); het is opvallend, dat Berkhouwer, blz. 78, die t.a.v. vergelijkende reclame zeer streng is, t.a.v. de vergelijking door een objectieve instantie zeer tolerant is: alsdan bepleit hij — zoals in het geval van Solubarb-Somnifen — onthouding van ingrijpen, zolang objectieve voorlichting wordt beoogd en geen particuliere reclame; m.i. is dit niet juist; het gaat er niet om, wat wordt beoogd, maar wat in feite geschiedt; het effect van de publicatie veranderde niet, als de N.M.P. zelf de Solubarb had verhandeld of gefabriceerd).

³⁵ Anders: Prof. Mr G. de Grooth, De N.V. april 1953, blz. 4.

^{35a} Anders: Rb. Amsterdam 3 april 1936 N.J. 1937/349; vgl. echter ook Pfeffer, blz. 322.

³⁶ Zoals voorgesteld door Drucker-Bodenhausen, blz. 173.

voor leken uit de samenstelling kunnen blijken, zoals duurzaamheid, trekvastheid, elasticiteit.

Verbiedt men vergelijkende reclame, dan betekent dat, dat men bescherming wil bieden aan hen, die onwaarheid adverteren of onvolwaardige producten verkopen. Het complement op de grote vrijheid om eigen producten tot op zekere hoogte op te hemelen ten nadele van de concurrentie ter bevordering van eigen afzet moet gevonden worden in het recht op vergelijkende reclame — het droit de réponse ook buiten de redactionele kolommen —. Hetzelfde geldt ook voor het doen van ware schadelijke mededelingen. In beide gevallen is het algemeen belang gebaat met objectieve voorlichting van het publiek ³⁷. Zou men een onrechtmatige daad moeten aannemen, indien iemand vóór het uitbreken van de Planta-ziekte daartegen gewaarschuwd had? En zou het daarbij, los van de inhoud, verschil hebben gemaakt, of deze waarschuwing afkomstig zou zijn geweest van een concurrerende margarinefabrikant dan wel van de Kon. Mij. tot Bevordering der Geneeskunst? Het komt slechts op de inhoud aan en op het (zelfde) effect tegenover de benadeelde fabrikant. Zo kan men zich ook een campagne voorstellen tegen de gevaren van het sigarettenroken. Maakt het dan verschil, of deze reclamecampagne gefinancierd wordt door de Kon. Mij tot Bevordering der Geneeskunst, door een legaat van een bezorgde oude dame of door de fabrikant van een vervangend artikel, zoals kauwgum? Men dient echter de mogelijkheid van toelaatbaarheid van vergelijkende reclame als een uitzondering op te vatten en dus beperkt uit te leggen. Wanneer twee producten moeilijk met elkaar vergelijkbaar zijn (b.v. wegens smaakverschillen; het ene product is beter, maar duurder; de service van de ene fabrikant is beter; de ene fabrikant zorgt voor vervanging van oude door verse producten) ³⁸, dan diene te gelden: in dubio abstinence. Het vergelijkende warenonderzoek moet wetenschappelijk verantwoord zijn. De mening van één geleerde is onvoldoende. Het gaat om een heersende, vrijwel niet te betwisten mening ³⁹.

³⁷ Idem Veldkamp, blz. 70-73, bestreden door Beerman, blz. 143, die dit „rijkelijk naïef” acht, en Prof. Mr G. de Grooth, De N.V. april 1953, blz. 3.

³⁸ Beerman, blz. 148.

³⁹ Reimer, blz. 549 en blz. 729.

In sluit mij derhalve grotendeels aan bij het betoog van Bregstein ⁴⁰. Het moge waar zijn, dat de goodwill voor de koopman een zeer reële factor is ⁴¹, het is geen subjectief recht. Concurrenten mogen een onjuist vertrouwen van het publiek afknabbelen. Bij de vrije mededinging past vergelijkende reclame. Sluit men deze uit, dan schept men juist door de grote macht van de reclame, die een producent of handelaar voor zijn producten kan maken, onge-rechtvaardigde monopolieposities. De rechtsorde, die toestaat, dat een monopoliepositie door reclame en een uitgebreide organisatie ongecontroleerd kan worden gevestigd, kan zulks alleen doen, wanneer zij tegelijkertijd toestaat, dat zulke posities kunnen worden ondergraven door hun aard en wezen in het licht te stellen. Natuurlijk mag men hiervoor geen middelen toepassen (b.v. aanhaken), die voor het bereiken van het doel onnodig zijn. Anderzijds is het irrelevant, dat de concurrent de ware toestand niet belicht om het algemeen belang te dienen, doch ter bevordering van eigen afzet. In rechte behoort irrelevant te zijn het motief, waarmee iemand tot publicatie overgaat — gesteld al dat dit motief vast te stellen is —. Hoe zou men overigens moeten oordelen, indien de fabrikant zegt uit *beide* motieven te hebben gehandeld ⁴²? Vrijheid van reclame veronderstelt vrijheid van tegen-

⁴⁰ Prof. Mr M. H. Bregstein, W.P.N.R. 4303-4306; idem Veldkamp, blz. 70-73.

⁴¹ Beerman, blz. 149.

⁴² Idem Veldkamp, blz. 65-66; Prof. Mr M. H. Bregstein, W.P.N.R. 4303 in zijn bestrijding van von Castelberg, blz. 110-111; Prof. Mr M. H. Bregstein, W.P.N.R. 4304. Anders — m.i. ten onrechte —: Houwing III, blz. 15; de verhuurder, aldus Houwing, die merkt, dat zijn huurder met een eigenaar van een ander perceel in onderhandeling is en deze eigenaar ongevraagd over de credietwaardigheid van de huurder inlicht, handelt onrechtmatig, als hij dit doet om ten eigen voordele de onderhandelingen te doen mislukken, niet als het enkel geschiedt, om die eigenaar voor schade te behoeden (Hof Den Bosch 5 dec. 1933 N.J. 1934, blz. 1379). M.i. is dit niet juist. Het motief is irrelevant en onbewijsbaar; bovendien helpt het niet, als de aangesprokene verklaart uit beide motieven te hebben gehandeld. In beginsel is in beide gevallen de daad, waardoor schade wordt toegebracht, onrechtmatig. Er is echter medeschuld van de gelaedeerde — hij is inderdaad niet credietwaardig —; bovendien is een rechtvaardigingsgrond wellicht gelegen in de dreigende noodtoestand van de eventuele nieuwe verhuurder.

reclame. De macht der reclame is de reden voor de noodzaak van een tegenpool: de vergelijkende reclame. De massasuggestie, op onjuiste gegevens gebaseerd, moet door een tegensuggestie op *ware* gegevens gebaseerd, geneutraliseerd kunnen worden. De bezwaren tegen de vergelijkende reclame zijn in wezen bezwaren tegen de vrije mededinging. Wil men echter vrije concurrentie, waarbij de ondernemer het risico draagt, of een handeling geoorloofd is (vgl. een kort geding-vonnis, uitvoerbaar bij voorraad), en waarbij het publiek de beslissing neemt, dan hoort daar vergelijkende reclame bij; een verbod ervan bij ordening.

Hoge reclamekosten zijn noch een waarborg voor een hoger waarheidsgehalte in de reclame, noch voor een hogere kwaliteit van het aangeprezen product. Mag men dan zeggen ⁴³: een product mag duurder zijn dan een ander, niet alleen wanneer het van betere kwaliteit is, maar ook wanneer het een grotere reputatie heeft, omdat in het laatste geval de hoge reclamekosten in de eindprijs moeten worden verdisconteerd? M.i. neen. De functie van de reclame — grotere afzet, waardoor prijsverlaging — gaat verloren, als deze juist tot prijsverhoging leidt. Nu het publiek zelf nauwelijks tot een vergelijkend warenonderzoek in staat is, moet de waarheid in de reclame door het toelaten van tegenreclame bevorderd worden.

De slechts kwalificatieve ongemotiveerde vergelijking is steeds onrechtmatig ⁴⁴. Onjuist is de mening van Berkhouwer ⁴⁵, dat het onrechtmatigheidsgehalte van zo'n vergelijking nog zou toenemen, indien daarbij wordt afgedaald in een nadere uiteenzetting van gedetailleerd vergeleken kwaliteiten of gebreken. Het is juist omgekeerd: de op zich zelf verboden mededeling: product A is beter dan product B, kan rechtmatig worden, doordat deze ongemotiveerde bewering vergezeld wordt van gedetailleerde feiten ter staving van de waarheid van deze mededeling. Wie er zo op gesteld is, dat het *publiek* de scheidsrechter is — en niet de con-

⁴³ Vgl. Pfeffer, blz. 303-304 n.a.v. Hof Amsterdam 11 nov. 1936 N.J. 1937/310 en Beerman, blz. 149 n.a.v. H.R. 24 dec. 1937 N.J. 1938/601.

⁴⁴ Aldus op zich zelf terecht Mr H. Pfeffer, N.J.B. 1939, blz. 174 en Prof. Mr G. de Grooth, De N.V. april 1953/1954, blz. 2; alleen menen zij ten onrechte daarmee meteen de ontoelaatbaarheid van de werkelijke vergelijkende reclame bewezen te hebben; terecht Prof. Mr M. H. Bregstein, W.P.N.R. 4305.

⁴⁵ Berkhouwer, blz. 77.

current zelf in eigen zaak — dient er dan ook voor te zorgen, dat het publiek „een volledig dossier” krijgt, de beschikking krijgt over alle feiten, die nodig zijn om verantwoord de rol van scheidsrechter te kunnen spelen. Men krijgt soms de indruk, dat zij, die de concurrent de mond willen snoeren en het publiek op de zetel van de scheidsrechter willen plaatsen, daarvoor slechts geporteerd zijn, *omdat* de mededinger deskundig is, en *zolang* als het publiek dat — door een verzwegen warenonderzoek — niet is.

Conclusie. De conclusie uit het voorgaande is, dat men bij de beoordeling van vergelijkende reclame en het doen van ware, schadende mededelingen eerst alle bijkomstige factoren moet elimineren. Zijn er wèl bijkomstige factoren, zoals: gepaard met misleiding, onvolledigheid, onwaarheid, aanval op de persoon van de mededinger, niet zakelijke of grievende vorm, gepaard met aanhaken, gegevens verkregen door bedrijfsspionage, gebrek aan motivering, dan is *die* vergelijking en publicatie in ieder geval wèl onrechtmatig. De vergelijkende reclame, die na deze eliminatie overblijft, zal rechtmatig zijn, indien de vergelijking valt onder één van de vijf categorieën, hiervoor op blz. 139 genoemd. Is dit laatste niet het geval, dan komen wij op betwist terrein. M.i. behoren dan toelaatbaar te zijn vergelijkende reclame en het doen van ware, schadende mededelingen, mits deze mededelingen onbetwistbaar en volledig waar zijn; zulks wordt behoudens tegenbewijs vermoed het geval te zijn, indien deze mededelingen gebaseerd zijn op onderzoekingen van een onpartijdige instantie. Een van een mededinger afkomstige vergelijking wordt, behoudens tegenbewijs, vermoed niet volledig waar te zijn. Aangezien omtrent dit alles onzekerheid bestaat en er rechterlijke uitspraken in uiteenlopende zin bestaan, terwijl voor de literatuur hetzelfde geldt, verdient een wettelijke regeling op dit terrein sterk aanbeveling. Tijdens een hoog-conjunctuur moet de concurrentiestrijd ook in de reclame worden geactiveerd. Daarbij moeten uiteraard de gerechtvaardigde belangen van de mededingers onderling worden ontzien. Maar wanneer dit zo ver gaat, dat ook de ongerechtvaardigde belangen van de concurrenten worden beschermd, dan komen de gerechtvaardigde belangen van de consumenten in het gedrang.

Par 6. Aanhakende reclame.

„Originaliteit is onder de menschen dun gezaaid. Van nature is de mensch licht geneigd zich te spiegelen aan een ander. Spiegelt men zich zacht aan een ander, wanneer deze nog meer gebreken heeft dan die welke men wenscht te verbloemen en vergenoegt men zich dus met een vergelijking „naar beneden” indien het gaat om eigen gebreken, wanneer men de eigen superioriteit wil aantoonen, dan klampt men zich gaarne vast aan grootheden, waarvan de qualiteit reeds als superieur geldt”¹. In deze paragraaf komt alleen aan de orde hetgeen Voetelink de referentie-reclame noemt. Voetelink² verdeelt de aanhakende reclame onder in de slaafse navolging en de referentiereclame. In het eerste geval — dat in par. 1 werd besproken — wordt de reclame van de concurrent zodanig nagevolgd, dat er verwarring kan ontstaan onder de afnemerskring. Referentie-reclame in de thans te bespreken zin omvat de gevallen, waarbij dit verwarringsgevaar uitgesloten kan zijn, doordat de imitator zowel zijn eigen naam noemt als uitdrukkelijk aan die van de geïmiteerde refereert. X refereert alleen aan het product van Y, omdat hij weet, dat dit grote bekendheid geniet. Of X deelt om soortgelijke motieven mede, dat hij vroeger in dienst is geweest bij Y, dan wel diens leerling is geweest. Hier wordt gebruik gemaakt van de prestaties of de reputatie van de mededinger om voordelen te winnen, zonder dat misleiding en verwarring beoogd of zelfs maar mogelijk behoeft te zijn³. Evenmin is afbreken een element van het aanhaken; eerder integendeel, want men wil zich juist aan de goede naam van de ander optrekken⁴. In het arrest van het Hof den Bosch inzake het gebruik van het merk Lucky Smile voor kauwgum tegen Lucky Strike voor sigaretten⁵ werd onrecht-

¹ Berkhouwer, blz. 73.

² Voetelink, blz. 168 en blz. 175.

³ Pfeffer, blz. 288; Molengraaff, blz. 150-151; Dorhout Mees, no. 450 en no. 465; Baumbach-Hefermehl, blz. 217.

⁴ Berkhouwer, blz. 76 geeft het voorbeeld: Bols is best, doch Bloesem's oude slok is beter.

⁵ Waartegen cassatie verworpen bij arrest H.R. 29 jan. 1954 N.J. 1954/449, W.P.N.R. 4443; zie hieromtrent Dorhout Mees no. 423 en no. 453, zie ook Rb. Breda 3 april 1951 N.J. 1952/297 en Pres. Rb. Breda 11 aug. 1951 B.I.E. 1951 blz. 170.

matigheid aangenomen op grond van vier omstandigheden: a. gevaar voor verwarring; b. de concurrent profiteert van kosten voor het kweken van goodwill; c. indien de kwaliteit van kauwgum laag is, krijgen ook de sigaretten een minder goede naam; d. gevaar, dat het merk verwatert. Element a. is echter niet essentieel voor de onrechtmatigheid van aanhaken. Is aan de eisen onder b, c en d wèl voldaan, dan behoeft het aanhaken nog niet steeds onrechtmatig te zijn. Men denke aan het geval, dat de referentie noodzakelijk is (handelaar in automobielenonderdelen) of dat men zich niet wendt tot eenzelfde afnemerskring ⁶. Hierbij kan met name van belang zijn, dat de afnemers tot een kleine kring van deskundigen behoren ⁷.

Terecht wordt door Baumbach-Hefermehl ⁸ onrechtmatig geacht het aanhaken aan de reputatie van een ander door b.v. te zeggen, dat product A een „Ersatz” is voor product B, of dat product A is gemaakt door vroegere werknemers van fabriek B, of dat het volgens systeem B is gemaakt.

De Hoge Raad neemt niet spoedig aan, dat aanhaken onrechtmatig is. Indien fabrikant A een (vreemde) soortnaam als merk gebruikt — dus als onbeschermd etiket —, mag fabrikant B diezelfde vreemde soortnaam gebruiken ⁹. Natuurlijk is er hier geen sprake van merkschending, maar voor het aannemen van een onrechtmatige daad was er hier toch alle reden. Wèl heeft de Hoge Raad ¹⁰ terecht inschrijving geweigerd van het merk Lucky Strike voor parfumerieën, zepen en poeders: het publiek zou anders denken, dat de fabrikant van de sigaretten tevens de fabrikant van de parfumerieën is. Als inschrijving van dit merk wordt

⁶ Voetelink, blz. 178.

⁷ Pres. Rb. Amsterdam 5 jan. 1940 B.I.E. 1940 blz. 30 (Stannacté/Stannoxy).l).

⁸ Baumbach-Hefermehl, blz. 301-307; anders m.i. ten onrechte Mr J. H. Polenaar, N.J.B. 1938 blz. 1040 en Veldkamp, blz. 40-41 en de door hem aangehaalde rechtspraak.

⁹ H.R. 7 maart 1941 N.J. 1941/919 (Tjoklat); als in de tekst de noot van E.M.M. onder dit arrest met vermelding van rechtspraak en literatuur; ook besproken door Prof. Mr W. C. L. van der Grinten, De N.V. 1942/1943, blz. 107; H.R. 4 mei 1951 N.J. 1951/436, W.P.N.R. 4266 (Coca-Cola/Ten Cola); zie daarbij de conclusie van A. G. Langemeijer; iets anders lag de kwestie in de zaak Nivea-Hamea (H.R. 5 maart 1943 N.J. 1943/264), waarin helaas evenmin een onrechtmatige daad werd aangenomen.

¹⁰ H.R. 14 mei 1954 N.J. 1954/450, W.P.N.R. 4443.

geweigerd, is het dan niet onlogisch om terecht wèl merken-rechtelijke bescherming te weigeren, maar de aanhaker tegelijk te vrijwaren tegen een actie uit onrechtmatige daad? Lagere rechtspraak¹¹ heeft herhaaldelijk, indien aan de drie hiervoor genoemde eisen was voldaan, aanhaken onrechtmatig geoordeeld. Aldus ook art. II.2 lid 1 van de Code voor het Reclamewezen van de I.K.K. (zie hierachter onder de bijlagen).

Eigenlijk geheel los van de aanhakende reclame staat het geval van de onderdrukkende reclame. A plaatst zijn reclame zó, dat de reclame van B daardoor voor het publiek onzichtbaar wordt. Ook dit is een onrechtmatige daad¹².

Wordt door aanhakende reclame ten onrechte de indruk gewekt, dat A in relatie staat tot fabrikant B of diens product of tot een organisatie van B-ondernemers, dan kan rectificatie worden gevraagd. Gaat de benadeelde zelf tot rectificatie in behoorlijke vorm over, dan zal dit ook omgekeerd geen onrechtmatige daad jegens A betekenen¹³.

Een wettelijke regeling van dit onderwerp is gewenst, omdat de rechtspraak van de Hoge Raad hier onbevredigend is.

¹¹ Rb. Rotterdam 25 jan. 1929, blz. 1077, geciteerd door Prof. Mr M. H. Bregstein, W.P.N.R. 4304 (Spiran beter als asperin); Rb. Utrecht 1 febr. 1950 N.J. 1951/235; Hof Den Haag 11 jan. 1951 N.J. 1952/92, W.P.N.R. 4311 (Perplex-parket); Hof Den Bosch 5 mei 1953 N.J. 1953/757 (Lucky Strike/Lucky Smile); Ktg. Amsterdam 13 juli 1953 N.J. 1954/333, W.P.N.R. 4443 (C. en A. Vleesbedrijf); Pres. Rb. Den Haag 30 juli 1951 N.J. 1955/131, W.P.N.R. 4489 (vroegere werknemers van gefailleerde asfaltfabriek gaan hetzelfde product, Latexvloeren, fabriceren); Pres. Rb. Rotterdam 5 dec. 1953 B.I.E. 1954 blz. 34 (Evipan); Rb. Haarlem 1 juni 1954 N.J. 1955/175, W.P.N.R. 4489 (C.V. Manufacturen- en Commissiehandel A en C (Apart en Correct); Pres. Rb. Arnhem 1 maart 1958 N.J. 1958/531.

¹² Berkhouwer, blz. 51 noemt het volgende geval: een advertentiebureau had het uitsluitend recht om advertentieruimte te verkopen op de omslag van de telefoongidsen. Enige honderden hiervan komen in een groot hotel. Een concurrent weet van de directie van het hotel gedaan te krijgen, dat het om de gidsen andere omslagen mag doen met zijn eigen reclames er op; Berkhouwer, blz. 98 noot 1 noemt het geval van de „Glysmas”-reclame, op een doek gespannen vlak voor „Miss Blanche”-reclame op een muur achter het doek; Berkhouwer, blz. 98 noot 1 verwijst naar Mr G. H. C. Bodenhausen, R.M. 1935, blz. 29 en Roubier, blz. 562 en blz. 538.

¹³ Hof Amsterdam 14 jan. 1937 N.J. 1937/1127.

Par. 7. Afhandig maken van clientèle, personeel en bedrijfsgeheimen.

De onderwerpen, die in deze paragraaf aan de orde komen, worden in Frankrijk samengevat onder de term „désorganisation interne d'une entreprise": afhandig maken van clientèle, personeel en bedrijfsgeheimen. Daar noemt men in dit verband tevens nog verwijdering van merken van de concurrent, onderdrukking van de reclame van de concurrent, bedriegelijke voorlichting, het aannemen van een valse hoedanigheid, misbruik van onderscheidingen, hulp aan de staking van personeel van een concurrent, en kortingen¹, onderwerpen, die in onze indeling in andere paragrafen grotendeels hun behandeling zullen vinden.

Afhandig maken van clientèle. Het aftroggelen van klanten is op zich zelf niet onrechtmatig, maar juist het doel van iedere mededinging. Deze handeling wordt ontoelaatbaar, indien daartoe onrechtmatige middelen worden toegepast². Deze middelen kunnen met name bestaan uit het bemachtigen van klantenlijsten en het overnemen van de vertegenwoordigers, die een sterke klantenbinding hebben. Een klantenlijst kan bemachtigd worden door diefstal of door omkopen van personeel van de mededinger. In beide gevallen is de daad onrechtmatig. Het laatste geval gaf aanleiding tot het beroemde standaard-arrest van de Hoge Raad³. Het bemachtigen van klantenlijsten kan dus plaatsvinden door uitlokking tot of profiteren van contractbreuk, doch dit behoeft niet het geval te zijn. Schijnbaar anders ligt de zaak bij het overnemen van vertegenwoordigers. Ook dit is op zich zelf rechtmatig, maar deze handeling kan alleen onrechtmatig worden, zo lijkt het op het eerste oog, doordat de inhoud van de contractuele verhouding tussen de weggelokte vertegenwoordiger en de oude werkgever A mede bepalend is voor de onrechtmatigheid van de handeling van de nieuwe werkgever B jegens A. De vertegenwoordiger handelt in strijd met een concurrentiebeding⁴. Of, er is geen concurrentiebeding, maar een

¹ Unidroit I, blz. 21; Molengraaff, blz. 150-151.

² Pfeffer, blz. 306.

³ H.R. 31 jan. 1919 N.J. 1919 blz. 61; zie blz. 10 noot 31 hiervoor.

⁴ Baumbach-Hefermehl, blz. 319 neemt slechts dan onrechtmatigheid aan.

tenuitvoerlegging van de overeenkomst te goeder trouw brengt met zich mee, dat de vertegenwoordiger niet bij de concurrent in dienst treedt ⁵. Zelfs al zou men omtrent dit laatste twijfelen, dan is toch in ieder geval strijd met art. 1374 lid 3 B.W. aanwezig, wanneer de vertegenwoordiger zich er niet toe bepaalt om voor de toekomst clientèle van A voor nieuwe opdrachten naar B over te hevelen, maar zelfs zo ver gaat, dat hij klanten van A er toe tracht over te halen reeds bij A gesloten contracten te annuleren en opnieuw bij B af te sluiten, b.v. het uitspannen van reeds gesloten levensverzekeringen ⁶. De goede trouw beheerst niet alleen prae-contractuele verhoudingen, maar ook post-contractuele verhoudingen.

In de hier genoemde gevallen pleegt B een onrechtmatige daad jegens A door van de contractbreuk van de vertegenwoordiger te profiteren ⁷. Van contractbreuk is immers ook sprake, indien de ene contractant in strijd met art. 1374 lid 3 B.W. handelt. De daad van de vertegenwoordiger zelf is geen onrechtmatige daad, maar gewoon wanprestatie ⁸. Deze constructie komt mij beter voor dan het aan-

⁵ Hof Arnhem 14 mei 1957 N.J. 1958/149 (geen concurrentiebeding; geen onrechtmatige daad van de ex-vertegenwoordiger); Hof Den Haag 15 mei 1957 N.J. 1957/670 (geen concurrentiebeding; wel een onrechtmatige daad van de ex-vertegenwoordiger).

⁶ Baumbach-Hefermehl, blz. 320: uitspannen van reeds bij een ander gesloten levensverzekeringen is steeds onrechtmatig.

⁷ Noot E.M.M. onder H.R. 10 febr. 1938 N.J. 1938/1092, ook besproken door Dorhout Mees no. 471: B heeft bij overeenkomst van K het alleen-verkooprecht gekregen van elektrische apparaten. Deze overeenkomst wordt na 2 jaar door K opgezegd en deze treedt daarop met een reiziger van B in relatie om door hem artikelen te leveren aan klanten van B. Is deze handeling onrechtmatig? Ongetwijfeld ja, wanneer B ook nog in gelijksoortige artikelen handel drijft of (m.i. gelden beide eisen cumulatief) wanneer de reiziger van B volgens zijn overeenkomst met deze niet voor een andere firma als vertegenwoordiger mocht optreden. Blijkt echter van geen dezer twee omstandigheden, dan is de handeling van K bezwaarlijk als oneerlijke concurrentie aan te merken, aldus E.M.M. Vgl. ook Kolynos-arrest, hierna in par. 9 te bespreken.

⁸ Zo is evenmin een onrechtmatige daad, doch slechts wanprestatie aanwezig, indien het aftroggelen van klanten van een ander, met wie men een soort van vertegenwoordigingsovereenkomst had, in strijd is met de overeenkomst, waarbij partijen afspraken elkaars producten te verkopen: Rb. Rotterdam 22 nov. 1940 N.J. 1941/394. Zie omtrent het onder eens anders duiven schieten nog Dorhout Mees no. 470.

nemen van een onrechtmatige daad van de ex-vertegenwoordiger jegens de oude werkgever, zoals door de Hoge Raad toegepast⁹. Het valt moeilijk in te zien, dat de goede trouw contractueel zou toelaten wat de zorgvuldigheid buiten-contractueel verbiedt. De weerlegging van het tot het Hof gerichte verwijt, dat de onrechtmatigheid gegrond was op de schending van een contractuele verplichting, door de Hoge Raad in het zojuist genoemde arrest, is m.i. dan ook niet geheel overtuigend. Het Hof heeft het „uitspannen” van verzekeringsposten door een gewezen werknemer van een verzekeringsmaatschappij onrechtmatig geoordeeld, niet, aldus de Hoge Raad, door deze handelwijze te toetsen aan een contractuele verplichting, welke voor eiser uit de gewezen dienstbetrekking zou voortvloeien, doch aan een verplichting buiten overeenkomst, welke de eis van zorgvuldig handelen enz. aan de vertegenwoordiger t.a.v. de oude werkgever oplegde. Door hierbij rekening te houden met de vroegere dienstbetrekking, heeft het Hof, nog steeds aldus de Hoge Raad, niet voorbijgezien, dat een handeling in de zin van art. 1401 B.W. niet onrechtmatig kan zijn, indien zij niet onafhankelijk van een tussen partijen bestaande contractuele verhouding — hetgeen wil zeggen onafhankelijk van *schending* van contractuele verplichtingen — onrechtmatig is. M.i. had men beter, als men al hier van een onrechtmatige daad zou willen spreken — in de gedachte, dat de oude contractuele verhouding geheel geëindigd was —, de onrechtmatigheid kunnen zoeken in het feit, dat de concurrent-ex-vertegenwoordiger gebruik maakte van gegevens, die hij op andere wijze had verkregen dan waarop iedere mededinger omtrent iedere andere mededinger gegevens kan verkrijgen. Daarbij is onverschillig, of dit geschiedt door misbruik van gegevens uit een vroegere contractuele verhouding, of gebruik van b.v. door diefstal, dus zonder contract, verkregen gegevens. Essentieel is dan dus niet de schending van contractuele verplichtingen (geheimhoudingsplicht) of, bij het ontbreken daarvan, het misbruik van contractueel verkregen gegevens, maar het wegvallen van de rechtvaardigingsgrond door een handeling, die andere concurrenten niet kunnen navolgen.

⁹ H.R. 9 dec. 1955 N.J. 1956/157 met noot L.E.H.R.; zie hieromtrent Dorhout Mees no. 471; vgl. ook Pres. Rb. Breda 25 mei 1937 N.J. 1938/748.

Afhandig maken van personeel. Bij het afhandig maken van personeel zien wij een vergelijkbare situatie als bij het afhandig maken van clientèle met slechts dit verschil, dat het afhandig maken van clientèle wèl en dat van personeel niet het doel van iedere mededinging is. Doch overigens: ook het afhandig maken van personeel is in beginsel rechtmatig¹⁰; ook hier kan deze rechtmatigheid plaats maken voor onrechtmatigheid in twee gevallen: indien de ene mededinger daarbij gebruik maakt van middelen, die aan de andere mededingers niet ten dienste kunnen staan, m.a.w. dat hij zich een voorsprong verschafft door een wets-overtreding, waarin de andere mededingers, die zich wèl aan de wet willen houden, hem niet kunnen navolgen; en in de tweede plaats, wanneer er sprake is van een stelselmatig profiteren van eens anders contractbreuk. Irrelevant is, of het de bedoeling is de mededinger van een waardevolle werkkraft te beroven of om aldus bedrijfsgeheimen te bemachtigen. Deze twee laatste feiten kunnen op zich zelf, los van het overnemen van personeel, onrechtmatig zijn¹¹. Zelfs wie een mededinger van vrijwel al zijn personeel berooft, en hem daarmee verdere levensvatbaarheid ontnemt, handelt nog niet onrechtmatig, indien de arbeidsovereenkomsten bij A op een even regelmatige wijze eindigen als deze bij B een aanvang nemen¹². Onrechtmatig is de handeling dus, wanneer A aan de werknemers van B een loon biedt dat hoger is dan toegelaten¹³, of wanneer A regelmatig profiteert van de omstandigheid, dat de werknemers van B daar de arbeidsovereenkomst verbreken zonder inachtneming van de daarvoor geldende termijnen en andere bepalingen, zoals het B.B.A.¹⁴. Natuurlijk is de schade voor de oude werkgever even groot, of hij een werknemer verliest, doordat een andere

¹⁰ Mr. H. Pfeffer, De N.V. 1938/1939, blz. 354-359; Drucker-Bodenhausen, blz. 182-183; Baumbach-Hefermehl, blz. 315; Hof Amsterdam 16 nov. 1939 N.J. 1940/733; Geschillen-Commissie Ned. Bioscoopbond 17 febr. 1954 A.R. 401.

¹¹ Anders: Pfeffer, blz. 306; Baumbach-Hefermehl, blz. 315; Reimer, blz. 517-519.

¹² Anders: Baumbach-Hefermehl, blz. 315.

¹³ Rb. Rotterdam 16 maart 1949 N.J. 1950/330, W.P.N.R. 4222.

¹⁴ Drucker-Bodenhausen, blz. 182-183; Pfeffer, blz. 360-307; Mr H. Pfeffer, De N.V. 1938/1939, blz. 354-359; Baumbach-Hefermehl, blz. 318; Reimer, blz. 517-519.

werkgever hem tegen het maximaal geoorloofde loon in dienst neemt, of dat deze andere werkgever hem een zwart loon aanbiedt, maar in het eerste geval is er de rechtvaardigingsgrond van de normale mededingingshandeling, in het tweede geval niet. Wij treffen hier weer een geval aan van de grote, in par. 10 nader te bespreken, categorie: de norm van de maximum-lonen is niet geschreven ter bescherming van de concurrenten, maar ook hier geldt, dat men de natuurlijke verhouding (evenwicht of voorsprong) verstoort door een handeling, die, juist omdat deze — zij het om andere redenen — verboden is, niet door de mededingers kan worden nagevolgd. Het een ander bewegen tot een regelmatige opzegging van de dienstbetrekking kan niet alleen onrechtmatig zijn, indien de nieuwe werkgever een zwart loon aanbiedt, maar ook wanneer hij andere ongeoorloofde middelen hanteert om de werknemer tot opzegging te bewegen, b.v. het rondstrooien van lasterpraatjes onder het personeel van zijn concurrent ¹⁵.

Afhandig maken van bedrijfsgeheimen. Voorzover de bedrijfsgeheimen bestaan uit de klantenlijsten, is een afhandig maken hiervan zojuist reeds besproken. Wanneer A door eigen denkkraft een bedrijfsgeheim van B te weten komt, dan lijdt B daardoor evenveel schade, als wanneer A langs slinkse weg dit geheim te weten was gekomen, maar in het eerste geval geldt de algemene rechtvaardigingsgrond van de mededinging, in het tweede geval niet. Wie tijdens zijn dienstbetrekking op regelmatige wijze de beschikking krijgt over bedrijfsgeheimen, mag deze na het einde van de dienstbetrekking, tenzij hem dit contractueel verboden is, te eigen bate te gebruiken. Dit geldt ook voor de medevennoot na het einde van de vennootschap ¹⁶.

Onrechtmatig wordt echter het afhandig maken van bedrijfsgeheimen, indien deze verkregen worden door diefstal, door omkoping van werknemers van de mededinger, in het algemeen door uitlokking van contractbreuk (incidenteel profiteren ervan zal m.i. geen onrechtmatige daad zijn ¹⁷) en door misbruik te maken van gegevens, die tijdens

¹⁵ Baumbach-Hefermehl, blz. 319; Reimer, blz. 517-519.

¹⁶ Baumbach-Hefermehl, blz. 294-295.

¹⁷ Anders Pfeffer, blz. 308-310 met een verwijzing naar art. 273 Sr.

een prae-contractuele verhouding verkregen zijn¹⁸. Ook hier rijst weer de vraag, in hoeverre door het toekennen van een actie uit art. 1401 B.W. bescherming moet worden geboden aan a. partijen, die onvoldoende regelingen voor post-contractuele verhoudingen hebben getroffen, dus b.v. geen contractuele geheimhoudingsplicht, en b. partijen bij prae-contractuele verhoudingen. In het laatste geval hebben partijen met elkaar onderhandeld, maar men is niet tot overeenstemming gekomen. Tijdens de onderhandelingen is de ene partij daardoor op de hoogte gekomen van een bedrijfsgeheim van de ander. Mag de een hiervan gebruik maken? Neen, zeggen Rb. Utrecht¹⁹ en Pres. Rb. Zutphen (laadschop: schromelijk misbruik van vertrouwen). Ja, zeggen Hof Den Bosch en Hof Arnhem²⁰. Bij prae-contractuele verhoudingen lijkt het mij iets moeilijker dan bij post-contractuele verhoudingen om reeds van een door de goede trouw beheerste contractuele band te spreken, hoewel de Hoge Raad hierin geen bezwaar ziet — getuige de moderne dwalings-arresten, waarbij op de partijen, die met elkaar in onderhandeling staan, een op de goede trouw (dus op art. 1374 lid 3 B.W., dus op een contractuele band, zij het van andere aard; vgl. een pactum

¹⁸ Dorhout Mees, no. 469; Reimer, blz. 536-537 en blz. 770-773 met een verwijzing naar de par. 17 en 18 (resp. diefstal en verduistering van bedrijfsgeheimen met concurrentieoogmerk), par. 19 (niet alleen strafbaar maar ook een verplichting tot schadevergoeding) en par. 20 (uitlokking tot diefstal of verduistering van bedrijfsgeheimen) UWG, Hof Amsterdam 16 nov. 1939 N.J. 1940/733.

¹⁹ Rb. Utrecht 9 jan. 1946 N.J. 1947/514; hier was echter reeds een overeenkomst tussen partijen geweest; het betrof dus een post-contractuele verhouding; vgl. noot 16 hiervoor.

²⁰ Hof Den Bosch 13 febr. 1940 N.J. 1940/669: Gans was van plan schoenen van een speciaal maaksel in Nederland in de handel te gaan brengen en vroeg aan Zwaans een leveringsofferte. Nadat Gans op die offerte niet was ingegaan, is Zwaans voor eigen rekening dit speciale schoeisel gaan fabriceren. Zwaans handelde daardoor niet onrechtmatig, omdat dergelijk schoeisel ook reeds door derden was verkocht en Zwaans geen gebruik maakte van een bijzondere vinding van Gans (wij spreken hier ook niet over schending van de Octrooiwet). Dit wordt anders, indien door Zwaans is toegezegd, dat hij, als hij geen opdracht van Gans zou ontvangen, zich van fabricage voor eigen rekening zou onthouden. (M.i. onjuist: dan zou er een geval van gewone wanprestatie zijn); Hof Arnhem 18 mei 1955 N.J. 1955/645, W.P.N.R. 4489 (Amerikaanse laadschop).

de contrahendo, een ander soort voorovereenkomst) geba-seerde onderzoekplicht en mededingingsplicht wordt ge-legd—. Het komt mij voor, dat men in het algemeen huiverig zou worden voor het openen van onderhandelingen, wan-neer men geen zekerheid zou hebben, dat men bij een onverhoopt mislukken van de onderhandelingen niet het gevaar loopt, dat de andere onderhandelingspartij met be-bedrijfsgeheimen op de loop gaat. Wanneer de goede trouw hier geen redding zou kunnen brengen (ik ben een tegen-stander van het hanteren van de goede trouw buiten de contractuele verhoudingen), dient hier m.i. een onrecht-matige daad te worden aangenomen. Zolang de schaarse rechtspraak overwegend in andere zin gevestigd is, is een wettelijke regeling ook op dit punt gewenst.

Par. 8. Boycot.

Individuele en collectieve weigering. Boycot is een strijd-middel in de concurrentiestrijd en in de sociale strijd. Hier behoeven wij ons alleen met de economische boycot bezig te houden, al zal het hier besprokene voor een belangrijk deel ook van toepassing zijn op de sociale boycot. De boycot be-weegt zich tussen het uiterst rechtmatige — de vrijheid in het maatschappelijk verkeer om „neen” te zeggen, om niet tot het sluiten van een overeenkomst over te gaan — en het uiterst onrechtmatige — verboden eigenrichting. Alleen valt ook hier op, hetgeen wij reeds vroeger (zie blz. 98 en blz. 100 hiervoor) zagen, namelijk een kwantitatieve invloed op een kwalitatieve beoordeling: hetgeen individueel volmaakt rechtmatig is — de vrijheid om niet te contrac-teren — kan collectief onrechtmatig worden.

Individueel gezien is een weigering om te contracteren nimmer onrechtmatig, aangezien er in Nederland, anders dan b.v. in Frankrijk, in het algemeen geen verplichting bestaat tot aflevering. Slechts in die enkele gevallen, waarin een zodanige verplichting wèl bestaat, is weigering uiter-aard onrechtmatig¹. neemt de individuele weigeraar een economische machtpositie in — en het is vooral dan, dat de teleurgestelde aspirant wederpartij door een weigering

¹ Hof Amsterdam 24 mei 1957 N.J. 1958/111 (weigering om te leveren aan een vrije melkhandelaar, die zich niet wilde aan-sluiten bij de onverplichte sanering, onrechtmatige daad van stan-daardisatiebedrijf geacht, want op grond van art. 2 van de Zuivel-verordening 1946 tot aflevering verplicht).

benadeeld wordt, omdat hij zich nu niet tot een ander kan wenden —, dan kan op grond van art. 24 lid 1 aanhef en onder b 2° W.E.M. een verplichting tot levering van goederen worden opgelegd. Met terzijdelating van deze beide gevallen kan worden vastgesteld, dat de rechtspraak herhaaldelijk een individuele weigering om te contracteren terecht niet als een onrechtmatige daad heeft aangemerkt ². Hetzelfde geldt in beginsel t.a.v. het niet toelaten van leden tot een besloten vereniging ³. Zoals bij alle vormen van mededinging geldt, is het feit, dat de boycotte door de boycot schade lijdt, op zich zelf niet van invloed op de al dan niet rechtmatigheid.

Boycot en discriminatie. Doorgaans wordt geleerd ⁴, dat er voor boycot drie partijen nodig zijn: a. hij, die tot boycot aanzet, b. hij, die de boycot uitvoert en c. de boycotte. Tussen a. en b. moet een band bestaan, waardoor b. gedwongen wordt. Of er bij b. wilsvrijheid bestaat, hangt mede af van de omstandigheden en de machtsverhoudingen tussen a. en b. Daartegenover worden dan gesteld de gevallen van discriminatie, staking en uitsluiting ^{4a}. Bij discriminatie ontbreekt a., zodat er slechts twee partijen zijn; discriminatie kan plaatsvinden door afsluiting van het handelsverkeer, maar ook door andere middelen, boycot alleen door afsluiten van handelsverkeer. Ook bij staking en uitsluiting zijn er slechts twee partijen. Staken de werknemers in opdracht van een bond, dan wordt de staking tevens een boycot. Doorgaans betreft een staking de productie, een boycot de inkoop of de afzet.

Hier worden echter scheidslijnen getrokken, die sociolo-

² Veldkamp, blz. 83; Bodenhausen, R.M. 1935, blz. 1 e.v.; Beerman, blz. 158; Drucker-Bodenhausen, blz. 179; Pres. Rb. Amsterdam 11 okt. 1934 N.J. 1934 blz. 1584; Rb. Amsterdam 26 febr. 1935 N.J. 1937/740, geciteerd door Molenaar, blz. 197-198; Rb. Amsterdam 9 mei 1939 N.J. 1939/997; geciteerd door Molenaar, blz. 198; anders ten onrechte: Pres. Rb. Zutphen 24 maart 1949 N.J. 1950/151, W.P.N.R. 4222 met als argument: schending van een morele verplichting.

³ Baumbach-Hefermehl, blz. 1397 met een verwijzing naar par. 27 GWB.

⁴ Pfeffer, blz. 324; Reimer, blz. 555-557; Baumbach-Hefermehl, blz. 257-259 en blz. 1381.

^{4a} Zie omtrent discriminatie en uitsluiting uit een verkoopsorganisatie n.a.v. H.R. 27 april 1962 N.J. 1963/254 (Philips-Holst): Mr J. Peters, S.E.W. 1962, blz. 621.

gisch wellicht belangrijker zijn dan juridisch. Wat een boycot juridisch van een individuele weigering onderscheidt is niet het feit, dat de weigeraar in opdracht van een derde handelt, maar dat *collectief* geweigerd wordt. Een collectieve weigering zal doorgaans uit organisatorische overwegingen wel een gevolg zijn van een bevel van een derde, maar dat behoeft niet (men denke aan een eenstemmig besluit van een vereniging van bedrijfsgenoten om C te boycotten). Ook dan behoort er sprake te zijn van boycot. Omgekeerd kan men moeilijk van een boycot spreken, als A aan B opdracht geeft om C te boycotten, terwijl D, niet gebonden aan een bevel van A, en nog vele anderen rustig aan C kunnen leveren. Anders dan Drucker-Bodenhausen⁵ meen ik dan ook, dat de grens tussen de rechtmatige individuele weigering en de onrechtmatige boycot niet gezocht moet worden daar, waar een zelfstandige weigering overgaat in een opwekking van anderen om boycot uit te oefenen of daaraan deel te nemen, maar daar, waar een individuele weigering overgaat in een collectieve. Als een weigering rechtmatig is, hoe kan dan een opdracht om te weigeren onrechtmatig zijn of de weigering onrechtmatig maken? Pas door de collectieve weigering ontstaat een schade, waartegen men zich in gewone mededinging niet kan verweren.

Boycot en verticale prijsbinding. In drie opzichten doet de boycot denken aan de in par. 9 te bespreken verticale prijsbinding. In de eerste plaats zijn er in beide gevallen twee instanties, die over deze verschijnselen kunnen oordelen: de rechter en de administratie. De rechter kan een overeenkomst tot boycot en een overeenkomst tot verticale prijsbinding wegens een onzedelijke oorzaak nietig verklaren; aan deze bevoegdheid staat niet in weg, dat in beide gevallen de Minister van Economische Zaken de bevoegdheid heeft op grond van de W.E.M. in te grijpen, hetzij door onverbindendverklaring, hetzij door de in art. 24 W.E.M. genoemde maatregelen te nemen⁶. In de tweede

⁵ Drucker-Bodenhausen, blz. 179; Reimer, blz. 558-559; het feit, dat de boycotters een sterke collectieve macht vormen, is niet voldoende om de boycot onrechtmatig te maken.

⁶ Mr J. van der Esch, N.J.B. 1951, blz. 11; Dorhout Mees no. 472; zie hieromtrent in Duitsland par. 18 GWB (Baumbach-Hefermehl, blz. 1348) en par. 26 GWB (Baumbach-Hefermehl, blz. 257-259).

plaats dient in beide gevallen dezelfde consequente gedragslijn van de rechter verdedigd te worden: als de rechter de boycot tegenover de derde onrechtmatig (strijd met de goede zeden; derde categorie van H.R. 31 jan. 1919!) acht, dan moet hij op dezelfde overweging de overeenkomst tot boycot tussen partijen wegens een onzedelijke oorzaak nietig verklaren⁷; als de rechter een verticale prijsbinding tegen doorbreking door een derde onbeschermd laat, dan dient hij deze ook tussen partijen als nietig wegens het ontbreken van een geoorloofde oorzaak te beschouwen. En tenslotte in beide gevallen dezelfde moeilijkheid: weliswaar is het duidelijk, dat de rechter noch t.a.v. een boycot noch t.a.v. een verticale prijsbinding mag ingrijpen, uitsluitend omdat hij het verschijnsel in strijd met het algemeen belang acht, maar, omgekeerd, zal de uit art. 1401 B.W. aangesproken boycot-organisatie resp. fabrikant, die het verweer van de heldhaftige prijsbreker uit handen wil slaan, zich er ter rechtvaardiging, resp. ter weerlegging van het beroep op rechtmatigheid van bestrijding van onrecht, op beroepen, dat juist door de organisatie het algemeen belang behartigd wordt. M.a.w. wat men de rechter wil besparen, — een beoordeling van het algemeen belang — door hem de bevoegdheid te ontfangen uitsluitend op die grond een overeenkomst nietig te verklaren, komt door een achterdeur weer binnen. De rechter ontkomt in deze materie niet aan een beoordeling van het algemeen belang, van de economische wenselijkheid, van de verhouding tussen doel en middel. Men kan dan twee kanten uit: ook de door een achterdeur naar binnen gekomen toetsing aan het algemeen belang weer aan de rechter ontnemen door hem een verwijzingsplicht op te leggen (zie par. 9 hierna), of hem deze bevoegdheid laten in de overtuiging, dat de rechter enerzijds hiervan een bescheiden gebruik zal maken (alleen in zeer sprekende gevallen) en anderzijds over voldoende

⁷ Zie de discussie over de al dan niet onzedelijke oorzaak van het productie beperkend kartel van de steenfabrikanten tussen Mr M. B. Vos, W. 12317 en W. 12335 en Mr Ed. Koning, W. 12327; geen onzedelijke oorzaak tussen partijen of een onrechtmatige daad jegens derden aanwezig geacht t.a.v. het Sigarenkartel 1949 — ten aanzien waarvan de Minister van Economische Zaken later heeft ingegrepen (Mulder en Mok, blz. 162-163) — door Hof Den Bosch 24 juni 1958 N.J. 1959/294, S.E.W. 1959, blz. 280.

gegevens en inzicht kan beschikken om het beroep op het algemeen belang te beoordelen. Bij de boycot dient deze laatste weg te worden bewandeld ⁸.

5 eisen voor rechtmatigheid van boycot. Wanneer een verdrag, dat door Nederland is aanvaard, maar ter uitvoering waarvan Nederland nog geen nationale wet heeft gemaakt, een reflex-werking t.a.v. het begrip „onrechtmatigheid” kan hebben, dan dient een zodanige reflex-werking a fortiori aangenomen te worden voor de W.E.M.. Het komt daarom doelmatig voor om niet na te gaan, in welke gevallen een boycot onrechtmatig kan zijn ⁹, maar, juist omgekeerd, om, uitgaande van de onrechtmatigheid, zodra het verschijnsel collectief wordt, te onderzoeken, aan welke eisen voldaan moet zijn, wil de boycot desondanks rechtmatig zijn. Samenvattend de door verscheidene schrijvers ¹⁰ belichte aspecten, kom ik tot de volgende eisen:

- a. gerechtvaardigd doel;
- b. geoorloofde middelen;
- c. evenredigheid tussen het te bereiken doel en de schade door de toegepaste middelen;
- d. ontbreken van een effectieve rechtsweg;
- e. toepassen van enige regels, die bij het volgen van een rechtsweg ook in aanmerking genomen zouden zijn:
 1. de boycot moet van te voren worden aangekondigd;
 2. aan de geboycotte moet de gelegenheid worden gegeven tot een minnelijke regeling;
 3. de boycot moet zakelijk, niet beledigend worden gemotiveerd.

⁸ Vgl. Pres. Rb. Amsterdam 28 febr. 1933 R.B.A. XIX no. 1, geciteerd door Molenaar, blz. 203 en Rb. Haarlem 12 nov. 1935 N.J. 1937/654, geciteerd door Molenaar, blz. 198 en Borst, noot 83; Molenaar, blz. 205-206; Albarda, Economische boycot (1934), blz. 78.

⁹ De methode van Veldkamp, blz. 85-93 en Reimer, blz. 558.

¹⁰ Prof. Mr W. H. Drucker, E.S.B. 1924, blz. 151; Pfeffer, blz. 324-326; Mr B. P. Gomperts, W.P.N.R. 2951; Veldkamp, blz. 85-93 en de aldaar vermelde rechtspraak; Beerman, blz. 159; Molenaar, blz. 199 en blz. 205-206; Molengraaff, blz. 151; Dorhout Mees nos. 472-476; Drucker-Bodenhausen, blz. 179 en de aldaar vermelde rechtspraak; Baumbach-Hefermehl, blz. 260-262; Reimer, blz. 558-565.

Daarentegen zou ik, anders dan Beerman¹¹, hier evenmin als op andere terreinen van de ongeoorloofde mededinging de eis willen stellen, dat de boycot slechts rechtmatig is, indien de boycot niet leidt tot volledige of bijna volledige bestaansvernietiging. Terecht merkt Reimer¹² op, dat de vernietigende werking van de boycot wél een rol speelt bij de beantwoording van de vraag, of er een evenredigheid bestaat tussen beoogd doel en niet beoogd gevolg. Hoe belangrijker het doel, des te minder snel zal de vernietigende werking van de boycot tot onrechtmatigheid er van leiden. Ook wordt wel de eis gesteld, dat de boycotters vrij hun houding moeten kunnen bepalen tegenover degene, die de boycot gelast¹³. Dit element vervalt, als men ook boycot zonder bevel mogelijk acht. Bovendien rijst de vraag, of het de geboycotte, indien overigens aan alle eisen voor rechtmatigheid van de boycot is voldaan, behoort te regaderen, of degene, die de boycot gelastte, met vrijwilligers dan wel met dienstplichtigen strijdt. En hoe, als de uitvoerders van de boycot op een vroeger tijdstip zich vrijwillig hebben verbonden om een later eventueel boycotbevel blindelings op te volgen? Wordt op de boycotters feitelijke dwang uitgeoefend, dan komt de zaak anders te liggen, maar dan is de boycot reeds onrechtmatig wegens het ontbreken van geoorloofde middelen.

Ad a. Het doel moet gerechtvaardigd zijn; dit is niet het geval, als een onmogelijke, redelijkerwijze niet te verlangen prestatie geëist wordt, of als de maatregel genomen wordt uit willekeur, wraakzucht, slechte gezindheid¹⁴. Een ondernemer wordt op een zwarte lijst geplaatst, niet om op te treden tegen een prijsbederver, maar slechts in het

¹¹ Beerman, blz. 159; als in de tekst Reimer, blz. 563-565, die echter t.a.p. uitspraken citeert, waaruit blijkt, dat een deel van de Duitse rechtspraak hetzelfde standpunt als Beerman inneemt; voorts meent Reimer, blz. 561-562, dat het doel van de boycot niet mag zijn — al kan dit wel het resultaat er van zijn —: de ondergang van de concurrent. Inderdaad ontbreekt dan reeds een gerechtvaardigd doel.

¹² Reimer, blz. 563-565.

¹³ Pfeffer, blz. 326; Molenaar, blz. 199. Zie Pres. Rb. Rotterdam 25 febr. 1922 N.J. 1923 blz. 791 en Hof Amsterdam 3 maart 1926 W. 11505, besproken door Molenaar, blz. 200.

¹⁴ Beerman, blz. 159.

eigen belang van een groepje bedrijfsgenoten, of omdat de boycotte een bedrag niet wil betalen, waarvan de verschuldigheid niet vaststaat ¹⁵. Gevallen, waarin de rechtspraak een gerechtvaardigd doel aanwezig achtte, zijn o.a.: afweer tegen oneerlijke concurrentie en ter beschikking stelling van laadruimte in schepen aan een outsider ¹⁶. Is de boycot onrechtmatig, dan hebben allen een actie, ten opzichte van wie de daad onrechtmatig is en die er schade door leiden. Mij gaat te ver de door Pres. Rb. Groningen ¹⁷ in dit opzicht toegepaste relativiteit. Het is hier, bij de beoordeling van het al dan niet gerechtvaardigde doel (en straks bij de beoordeling van een eventuele wanverhouding tussen doel en middelen), dat de rechter niet ontkomt aan een beoordeling van het algemeen belang.

Ad b. De boycot moet plaatsvinden met geoorloofde middelen, d.w.z. middelen, die niet in strijd zijn met de rechtsorde en die kunnen bijdragen tot bereiking van het doel. Middelen, die leiden tot ernstige ordeverstoring of die verder gaan, dan ter bereiking van het doel noodzakelijk is, zijn geoorloofd ¹⁸. Geoorloofd zijn: zwarte lijsten, grijze lijsten, stoplijsten, oproepen tot het publiek gericht (met een beperking: zie hierna), advertenties, circulaires, aanplakbiljetten, het rondlopen met borden, het toespreken van het publiek (idem) ¹⁹. Ongeoorloofd zijn: beschimpen, op-

¹⁵ Hof Amsterdam 24 maart 1931 N.J. 1931 blz. 1125, geciteerd door Molenaar, blz. 194; Hof Den Bosch 12 dec. 1933 N.J. 1934 blz. 1381, geciteerd door Molenaar, blz. 198; Pres. Rb. Amsterdam 13 juli 1951 N.J. 1952/339, W.P.N.R. 4311; Pres. Rb. Rotterdam 11 juni 1952 N.J. 1953/343, W.P.N.R. 4375. Zie ook Molenaar, blz. 207.

¹⁶ Pres. Rb. Rotterdam 6 okt. 1959 N.J. 1960/218; Baumbach-Hefermehl, blz. 262.

¹⁷ Pres. Rb. Groningen 9 maart 1955 N.J. 1955/650, W.P.N.R. 4489 (Aanbesteder komt er achter, dat een opzetcontract van ongeoorloofd karakter de aanneemsommen omhoog heeft gejaagd. Hij laat het werk niet door de laagste inschrijver uitvoeren maar door een ander in regie. Werkgevers-organisatie van aannemers legt aan die andere aannemer een verbod op tot uitvoering. Pres.: dat verbod is onrechtmatig tegenover die aannemer, maar niet tegenover de eisende aanbesteder).

¹⁸ H.R. 26 mei 1933 N.J. 1933 blz. 997 met noot E.M.M., geciteerd door Mr R. J. Polak, W.P.N.R. 4572, Molenaar, blz. 194 en Borst noot 89.

¹⁹ Molenaar, blz. 197-199; Pres. Rb. Amsterdam 20 juni 1926 W. 11607; Rb. Amsterdam 25 nov. 1929 W. 12098.

hitsen, onderdrukking van de waarheid, relletjes uitlokken, gewelddadigheden, intimidatie²⁰. Twee punten verdienen apart bespreking. In de eerste plaats wordt een overigens onrechtmatige boycot niet rechtmatig, doordat deze plaatsvindt ter uitvoering van een regelmatig op een ledenvergadering van de boycotters genomen besluit. Een zodanig besluit op een ledenvergadering is niets anders dan een interne besluitvorming, die niets toe of af doet aan een externe onrechtmatigheid²¹. In de tweede plaats is een appèl op het publiek in de economische boycot eerder onrechtmatig dan in de sociale boycot²². In de bekende kwestie van Hasselt-Brenninkmeyer²³ lag de onrechtmatigheid niet zo zeer in het op van Hasselt afsturen van koopsters van lokjurken, want het optreden van een agent provocateur (hier agentes provocatrices) is niet onrechtmatig, indien zulks nodig is om een anders niet boven tafel te brengen bewijs te leveren; onrechtmatig was slechts het feit, dat men aldus relletjes onvermijdelijk maakte, die men niet in de hand zou kunnen houden. Ook de Zaublerhandel handelde onrechtmatig.

Ad c. Er moet een evenredigheid zijn tussen het na te streven doel en het toe te brengen nadeel. De rechter ontkomt niet aan een afweging van belangen. Dit is niet zijn eerste taak, maar het kan mede tot zijn taak behoren. Molenaar²⁴ is het daar niet mee eens: afweging van de wederzijdse belangen kan nimmer een criterium opleveren voor de onrechtmatigheid van de boycot. Dan zouden immers, aldus Molenaar, vrijwel alle werkstakingen ongeoorloofd zijn. Bovendien wordt dan te veel overgelaten aan de

²⁰ Reimer, blz. 562-563; Molenaar, blz. 197-199.

²¹ Anders: Hof Amsterdam 29 april 1936 N.J. 1937/166, ten onrechte vernietigend Rb. Amsterdam 16 nov. 1934 N.J. 1935 blz. 991, geciteerd door Molenaar, blz. 207-208 en Mr J. H. Polenaar, N.J.B. 1938, blz. 1044.

²² Sociale boycot: Pres. Rb. Rotterdam 30 nov. 1928 N.J. 1929 blz. 37 i.z. Grand Bazar Français te Rotterdam; Pres. Rb. Amsterdam 28 febr. 1933 R.B.A. XIX no. 1; Pres. Rb. Amsterdam 11 maart 1933 W. 12644; Pres. Rb. Den Haag 17 juni 1933 R.B.A. XIX no. 10; Molenaar, blz. 202-204.

²³ H.R. 29 nov. 1929 N.J. 1930 blz. 293, W. 12101, besproken door Molenaar, blz. 201, J. J. M. van der Ven, blz. 86 en Dorhout Mees no. 476.

²⁴ Molenaar, blz. 205-206.

subjectieve schatting van de rechter. Ik ben het daar niet mee eens. Slechts wie een loonsverhoging voor alle werknemers een gering belang acht, zal op die grond vrijwel alle werkstakingen onrechtmatig moeten achten. Men dient vertrouwen in de rechter te hebben, dat deze op het terrein van de boycot over voldoende gegevens en inzicht beschikt om een zo objectief mogelijk oordeel te kunnen geven. Wie deze belangenafweging achterwege laat, komt tot een beslissing, die de eis van evenredigheid, het gevoel voor maat, miskent en daardoor in wezen niet alleen ondoelmatig (afweging van belangen) maar ook onrechtvaardig is (b.v. geoorloofd doel, op zich zelf geoorloofde middelen, maar in verhouding tot het beperkte doel een onevenredig hoge schade). Doorgaans wordt dan ook terecht aangenomen, dat de rechter de boycot onrechtmatig moet achten, indien er een wanverhouding is tussen nagestreefd doel en de schade, die voor de geboycotte ontstaat door de toepassing van de middelen ²⁵.

Ad d. Boycot is een vorm van eigenrichting. Boycot kan dus alleen geoorloofd zijn, indien een effectieve rechtsweg ontbreekt ²⁶. Waar een kort geding had kunnen helpen, mag geen boycot geoorloofd worden geacht. Dat was een tweede reden, waarom de boycot in de zaak van Hasselt-Brenninkmeyer ²³ onrechtmatig was: het plaatsen van lokjurken met jok-prijzen was een vorm van ongeoorloofde mededinging van van Hasselt tegenover Brenninkmeyer, zodat laatstgenoemde daartegen rechtsmaatregelen had kunnen nemen ²⁷. Door de W.E.M. is het aantal gevallen, waarin een boycot rechtmatig kan zijn, verminderd. Wie b.v. door boycot tracht een outsider te dwingen tot naleving van een privaatrechtelijke bedrijfsorganisatie, bedenke, dat eerst de mogelijkheid van algemeen verbindend verklaring moet worden onderzocht. Wanneer deze geweigerd wordt, is dit een aanwijzing voor de rechter, dat het met de boycot na te streven doel niet in het algemeen

²⁵ Rb. Amsterdam 9 febr. 1934 N.J. 1935 blz. 229 (desondanks juist geacht door Molenaar, blz. 207); Rb. Amsterdam 16 nov. 1934 N.J. 1935 blz. 991 (vgl. noot 21 hiervoor); Baumbach-Hefermehl, blz. 263.

²⁶ Zie blz. 52-53 hiervoor.

²⁷ Pfeffer, blz. 328-329; zie ook t.a.p. blz. 73.

belang is. Te ver gaat de eis²⁸, dat boycot slechts toegelaten is als afweer tegen een *onrechtmatig* gedrag van de geboycotte. Ook wanneer de geboycotte niet onrechtmatig handelt, doch in strijd met het algemeen belang of met het belang van de branche, kan een boycot gerechtvaardigd zijn. De heersende mening is, dat een boycot een ultimum remedium is en dus slechts toelaatbaar is als uiterste middel om een gedrag van een outsider in strijd met het algemeen belang te bestrijden en om een doelstelling van de groep insiders, die in overeenstemming is met het algemeen belang, te bereiken²⁹.

Ad e. Hier is commentaar verder overbodig. Een boycot zonder opgave van redenen, zonder voldoende motivering of ondersteund door misleidende mededelingen is onrechtmatig³⁰.

Ook al kan aan Molenaar³¹ worden toegegeven, dat de rechtspraak omtrent de boycot, ook omtrent de economische boycot, in het algemeen bevredigend is, toch is ook hier een wettelijke regeling gewenst, omdat, zoals uit het voorgaande gebleken is, geen zekerheid bestaat omtrent de eisen, die voor de rechtmatigheid van een boycot moeten worden gesteld.

Par. 9. Profiteren van eens anders contractbreuk.

Profiteren van contractbreuk in het algemeen. Het thans te behandelen onderwerp is zo uitgebreid, dat ik mij helaas wegens plaats- en tijdsgebrek een grote beperking moet opleggen, hoewel het onderwerp zo belangwekkend is, dat het moeilijk valt te beslissen, waarover men zal zwijgen. In deze paragraaf komt aan de orde het uitlokken van, medeplichtigheid t.a.v. en profiteren van contractbreuk tussen twee anderen. Ik kan hier niet ingaan op de algemene vraag, in hoeverre het een contractspartij mogelijk is via een kettingbeding zijn wil ook op te leggen aan hen, die oorspronkelijk slechts buitenstaanders zijn. Ook con-

²⁸ Gesteld door Baumbach-Hefermehl, blz. 1385.

²⁹ Pres. Rb. Rotterdam 24 jan. 1955 N.J. 1955/100 (staking Hensen); Reimer, blz. 558-559; Baumbach-Hefermehl, blz. 263 en blz. 1385.

³⁰ Beerman, blz. 159; Molenaar, blz. 207; Rb. Rotterdam 30 nov. 1931 N.J. 1933 blz. 213.

³¹ Molenaar, blz. 213-215.

tractuele aanspraken zijn vermogensbelangen, al is daarmee nog niet gezegd, dat deze beschermd moeten worden door een actie uit art. 1401 B.W. tegen iedere indirecte aantasting van derden¹. Zeker is wel, dat de wetgever, gelet op de scherpe scheiding tussen het gesloten systeem van de zakelijke rechten en het open systeem van ons verbintenissenrecht, en gelet ook op de beperkte toelaatbaarheid van het fidei-commis, in beginsel niet zeer gesteld is geweest op degenen, die hun wil nog willen opleggen aan de rechtsopvolgers van hun rechtsopvolgers.

Het voornaamste onderwerp, dat bij de bespreking van het profiteren van eens anders contractbreuk aan de orde zal komen, is de doorbreking van een verkoopsorganisatie, van een individuele verticale prijsbinding. Het zou echter even onjuist zijn om te menen, dat profiteren van eens anders contractbreuk alleen in deze vorm voorkomt als om de resultaten, waartoe de rechtspraak t.a.v. de doorbreking van een verkoopsorganisatie is gekomen, in het algemeen toe te passen op de vraag van de eventuele onrechtmatigheid van het profiteren van eens anders wanprestatie in het algemeen². Deze vraag kan zich in allerlei verhoudingen voordoen, die niets met prijsbederf te maken hebben³, even zo goed als prijsbederf mogelijk is zonder

¹ Vorstman, blz. 93 en blz. 96.

² Zie blz. 12 hiervoor.

³ De vraag, of iemand, die zonder wanprestatie te plegen zich niets gelegen laat liggen aan de contractuele aanspraken van een ander, aldus een onrechtmatige daad kan plegen, werd o.m. in de volgende gevallen gesteld:

Iemand houdt bij de besteding van zijn baten geen rekening met de rechten en voorrechten van zijn schuldeisers (H.R. 22 mei 1931 N.J. 1931 blz. 1429; van Goudoever, blz. 501).

N.S. verbonden zich in een bepaald rayon geen autobusconcessie aan te vragen. Een dochtermij, van de N.S. doet het toch (Hof Arnhem 4 jan. 1949 N.J. 1950/580, W.P.N.R. 4137).

Verspreiding van een tijdschrift in een leesportefeuille, hoewel de uitgever dit verboden heeft (Rb. Amsterdam 11 maart 1950 N.J. 1950/547, W.P.N.R. 4220; H.R. 25 jan. 1952 N.J. 1952/95, W.P.N.R. 4311).

Door contractbreuk verkregen dessin voor een tapijt verwerken en de tapijten doorverkopen buiten de importeur van Banburry Carpets om (Pres. Rb. Amsterdam 6 nov. 1953 B.I.E. 1954/17 met noot Mr. C. Croon).

Een derde, die bekend is of kon zijn met het bestaan van een liquidatie-accord, verleent desondanks zijn medewerking aan een

profiteren van eens anders contractbreuk⁴. Het zou onjuist en betreurenswaardig zijn, als de bij velen bestaande aversie (ik zal hierna nog ingaan op de vraag, in hoeverre deze aversie terecht is) tegen de verticale prijsbinding (ik bedoel in het algemeen de *individuele* verticale prijsbinding, dus afkomstig van één fabrikant of importeur, maar ik zal dit

handeling van de voormalige failliet, waardoor deze zijn verplichtingen uit het accoord schendt (H.R. 23 dec. 1955 N.J. 1956/54).

Wie zich contractueel heeft gebonden — waardoor de contractsverhouding, waarin hij partij is, in het rechtsverkeer een schakel is gaan vormen, waarmede de belangen van derden, die aan dit verkeer deelnemen, in allerlei vormen kunnen verbonden worden, — mag ten aanzien van de wijze, waarop hij zich t.o.v. zijn contractuele verplichtingen gedraagt, bij inachtneming van hetgeen in het verkeer betaamt, niet onder alle omstandigheden de belangen verwaarlozen, die derden bij de behoorlijke nakoming van zijn contract kunnen hebben (de Staat — Degens; H.R. 3 mei 1946 N.J. 1946/323).

Ook al is eigendomsoverdracht tot zekerheid normaal, dit neemt niet weg, dat de wijze, waarop en de mate, waarin een credietgever zich goederen tot zekerheid doet overdragen, kunnen medebrengen, dat de credietgever, zo hij al niet de gegeven crediettransactie zelve had behoren na te laten, dan toch daarna bij de uitvoering daarvan met de belangen van derden in zekere mate rekening zal moeten houden (Erba/Amsterdamsche Bank, H.R. 28 juni 1957 N.J. 1957/514).

Een overeenkomst tussen A en B tot heimelijke verlening van extra-kortingen, hoewel A weet, dat B daardoor bij voortdurend een kartelovereenkomst schendt (Rb. Amsterdam 14 maart 1962 N.J. 1962/531).

A verleent aan B, wiens land ingesloten ligt, een persoonlijk recht, dus geen servituut, om over A's land de openbare weg te bereiken. A verkoopt zijn land aan C. C sluit zijn land voor B af. (Mr A. D. Belinfante, Themis 1938, blz. 388 neemt hier een onrechtmatige daad van C jegens B aan, m.i. ten onrechte, want geen *regelmatig* profiteren van contractbreuk.)

A verkoopt zijn huis eerst aan B en daarna hetzelfde huis aan C, hoewel C weet, dat B een eerder recht heeft (Vorstman, blz. 1).

A huurt een huis van B, hoewel hij weet, dat C dit reeds eerder had gehuurd (Vorstman, blz. 45).

A verkoopt zijn huis aan B met een kettingbeding, dat er geen winkel in gevestigd mag worden. B houdt zich er niet aan en verkoopt zonder kettingbeding aan C. C vestigt er een winkel in, hoewel hij weet, dat B jegens A contractbreuk pleegt (Vorstman, blz. 45).

In een arbeidscontract is de werknemer verboden in zijn vrije tijd tegen beloning voor een ander werkzaam te zijn. De werknemer gaat desondanks bij C 's avonds werken, hoewel C van het verbod op de hoogte is (Mr P. M. Witteman, De N.V. 1962/63, blz. 110).

⁴) Zie omtrent dumping Reimer, blz. 577-580.

bijvoegelijk naamwoord niet steeds herhalen) er toe zou leiden, dat geheel zou verwateren de gedachte, dat profiteren van eens anders contractbreuk onrechtmatig kan zijn ⁵. In dit verband heb ik in hoofdstuk I par. 1 gesproken van de rol van verwarrende katalysator, gespeeld door de ongeoorloofde mededinging t.a.v. de ontwikkeling van de rechtspraak t.a.v. de buiten-contractuele aansprakelijkheid. Het is even onjuist om de eventuele onrechtmatigheid van profiteren van eens anders contractbreuk te bestrijden met een verwijzing naar een onwenselijke verticale prijsbinding, als het in de Verenigde Staten onjuist is (maar daar onvermijdelijk wegens het ontbreken van desbetreffende bijzondere wetten, zoals een Wet Beperking Cadeaustelsel) om kartels en verticale prijsbinding te bestrijden door de anti-trustwetgeving te misbruiken voor de strijd tegen allerlei andere misstanden.

Verticale prijsbinding. Terwijl een horizontale prijsbinding een prijsafspraken betekent tussen ondernemers op hetzelfde stadium tussen productie en distributie, houdt een verticale prijsbinding in, dat t.a.v. één product alle schakels tussen productie en distributie aan bepaalde prijzen en marges worden gebonden. Dat product is doorgaans een merk-artikel, d.w.z. een artikel, dat altijd onder een bepaald merk, in een bepaalde kwaliteit en tegen een bepaalde prijs verkocht wordt. Ook de vaste prijs is dus een element van het merkartikel ⁶. De fabrikant of importeur kan op twee verschillende manieren een verticale prijsbinding invoeren. In de eerste plaats kan hij in zijn overeenkomsten met de grossier een kettingbeding opnemen. In de tweede plaats kan hij enerzijds in de overeenkomst met de grossier stipuleren, dat de grossier alleen aan bepaalde detaillisten mag leveren, en anderzijds met al deze bepaalde detaillisten een overeenkomst sluiten, dat zij alleen tegen een bepaalde prijs aan het publiek mogen leveren. De laatste methode is veiliger. De detaillist pleegt bij verkoop beneden de vastgestelde prijs rechtstreeks wanprestatie jegens de fabrikant resp. importeur ⁷. Een prijsbinding houdt tevens in, dat

⁵ Prof. Mr A. van Oven, A.A. 1961/62, blz. 256.

⁶ Mr A. D. Belinfante, Themis 1938, blz. 368.

⁷ Reimer, blz. 570; Baumbach-Hefermehl, blz. 1236-1237, blz. 1333 en blz. 1335.

verboden zijn kortingen, extratjes, prijsreducties bij grote afname, gunstiger betalingscondities, terugnemen van gebruikte waren tegen te hoge prijs (inkoop van tweedehands auto bij aanschaffing van een nieuwe auto) en koppelverkoop met een ander product, dat niet aan een prijs is gebonden⁸. Wordt een verticale prijsbinding onverbindend verklaard, dan pleegt noch de gecontracteerde detaillist wanprestatie, noch de niet gebonden detaillist, die van „contractbreuk” profiteert, een onrechtmatige daad⁹.

Van een uitgebreid overzicht van de verticale prijsbinding in het buitenland moet ik afzien¹⁰. In de Duitse Bondsrepubliek is de verticale prijsbinding in beginsel verboden (Par. 15 GWB), maar, omdat op dit verbod een uitzondering wordt gemaakt voor merkartikelen (Par. 16 GWB), is de betekenis van dit verbod ineengeschrompeld. „Auf der gleichbleibenden Qualität und Quantität beruht das Vertrauen des Verbrauchers zum Markenartikel”¹¹. Uitlokken tot eens anders contractbreuk is steeds onrechtmatig, ervan profiteren onder bepaalde omstandigheden. In België¹² is de rechtspraak ongeveer in dezelfde zin gevestigd, alleen wordt daar, voorzover ik kan zien, minder snel dan in Duitsland aangenomen, dat profiteren van eens anders contractbreuk wegens bijkomende omstandigheden onrechtmatig is. In Engeland¹³ is het profiteren van eens anders

⁸ Baumbach-Hefermehl, blz. 340-341.

⁹ Mulder en Mok, blz. 114.

¹⁰ Zie het overzicht omtrent de verticale prijsbinding in alle E.E.G.-landen en alle E.V.A.-landen bij Dr Claus-Peter Basson, Der Markenartikel, dec. 1960, blz. 869 e.v. Zie omtrent het profiteren van eens anders contractbreuk in Frankrijk: Planiol-Ripert-Esmein VI, no. 590 en de schrijvers, genoemd in de noot van H.B. onder H.R. 12 jan. 1962 N.J. 1962/246 enz. blz. 807, no. 26.

¹¹ Baumbach-Hefermehl, blz. 332-333 en blz. 1323. Onder de uitzondering in par. 16 GWB op par. 15 GWB vallen niet verticale bindingen t.a.v. andere condities dan prijzen.

¹² Hof van Verbreking 17 juni 1960, Rechtskundig Weekblad 25 sept. 1960 blz. 171-173 (conclusie A. G. Dumon in Rechtskundig Weekblad 16 okt. 1960, blz. 316 e.v.); Hof van Verbreking 3 nov. 1961, Rechtskundig Weekblad 21 jan. 1962 blz. 1086; zie voorts de rechtspraak en literatuur, vermeld in de noot van H.B. onder H.R. 12 jan. 1962 N.J. 1962/246 enz., blz. 807 no. 26 en in de noot van Prof. Mr A. van Oven onder H.R. 13 jan. 1961, A.A. 1961/1962, blz. 256. Zie voorts Prof. G. van Hecke, B.I.E. 1951, blz. 31, Mr. J. Peters, S.E.W. 1962, blz. 257 en Dr L. P. Suetens, S.E.W. 1963, blz. 61 e.v.

¹³ Unidroit I, blz. 31.

contractbreuk „tort”, zoals een werknemer, die onrechtmatig uit de dienst van een ander is weggelopen, in dienst nemen, en uitlokking van schending van bedrijfsgeheimen door werknemers. In de Verenigde Staten van Amerika werd tijdens de depressie in 1937 het Miller-Tydings amendement op de Sherman Act aangenomen, waardoor verticale prijsbinding voor merkartikelen onder bepaalde voorwaarden geoorloofd werd verklaard. In wetten van de meeste afzonderlijke staten werd dit systeem uitgebreid, doordat de verticale prijsbinding ook tegenover derden bindend werd verklaard (non-signers-clause), doch het Supreme Court besliste in 1951 ¹⁴, dat derden niet verplicht waren de buiten hen om vastgestelde prijs aan te houden. Daarop werd in 1952 door congres en senaat de McGuire-Keogh Fair Trade Enabling Act (vaak genoemd de McGuire Act) aangenomen. Deze wet voegde par. 2-6 toe aan section 5 van de Federal Trade Commission Act, waardoor het mogelijk werd gemaakt de naleving van een verticale prijsbinding na notificatie ook jegens „non-signers” af te dwingen.

Handhaving van prijsbinding via merkenrecht? Het merk dient zowel in het belang van de consument als in dat van de concurrent om het product, afkomstig van fabrikant of handelaar A, te onderscheiden van de producten, afkomstig van fabrikant of handelaar B. Constateert A, dat van hem afkomstige producten beneden de door hem vastgestelde prijs en buiten zijn eigen distributiekkanalen om verkocht worden, dan kan hij zich terecht niet over schending van zijn merkenrecht beklagen, want het merk blijft overeenkomstig de waarheid aanduiden, dat het product van hem, A, afkomstig is ¹⁵. Anders ligt de zaak, indien een buitenlandse fabrikant het merk A als fabrieksmerk alleen in het buitenland gebruikt, terwijl in Nederland het merk A als handelsmerk ten name van diens alleen-importeur staat. Worden dan buiten de alleen-importeur om in Nederland

¹⁴ *Schwegmans Brothers v. Calvert Distillers Corp.* (341 U.S. 384, 71 S. Ct. 745, 1951).

¹⁵ H.R. 14 dec. 1956 N.J. 1962/242 met terecht instemmende noot H.B., A.A. 1957/1958 blz. 25 met kritische noot J.H.B., B.I.E. 1957/13; in soortgelijke zin t.a.v. Philips-televisietoestellen, vanuit Duitsland in Zwitserland ingevoerd: het Zwitserse Bundesgericht 4 okt. 1960, waarvan een samenvatting in S.E.W. Europa, 1961, blz. 114.

producten met merk A verkocht en afgeleverd, die niet afkomstig zijn van de alleen-importeur, zijnde de enige, die in Nederland gerechtigd is tot het handelsmerk A, dan kan die alleen-importeur zich over schending van het merkenrecht beklagen, omdat dan producten worden verhandeld met het merk A, waardoor in strijd met de waarheid de schijn wordt gewekt, dat deze afkomstig zijn van de alleen-importeur. Aldus kan dan via schending van het merkenrecht in feite een verticale prijsbinding worden gehandhaafd. Het feit, dat de alleen-importeur de actie in werkelijkheid slechts instelt om de prijsbinding te handhaven, betekent nog niet, dat hij zich aan misbruik van merkenrecht schuldig maakt. Inderdaad is thans de grondslag van zijn eis, dat producten, voorzien van het merk A, worden verhandeld, die niet afkomstig zijn van degene, die tot het handelsmerk A gerechtigd is. Wie een absoluut recht heeft, en daarvan gebruik maakt, behoeft niet op te geven, waarom hij dit doet¹⁶. Het verschil tussen het Bayer-arrest en het arrest Grundig-Prins is hierin gelegen, dat in het eerste geval Bayer in Nederland niet gerechtigd was tot het fabrieksmerk Bayer — hetgeen voor haar alleen-importeur Nedigepha haar positie sterker maakte —, en Grundig wél tot het fabrieksmerk Grundig. Zou Grundig haar positie niet versterkt hebben, indien zij evenals Bayer had gehandeld?

Een complicatie treedt nog op, doordat een verfijning moet worden aangebracht. Niet voldoende is, dat het product, voorzien van het merk A, afkomstig is van de gerechtigde tot het merk A. Mede is vereist, dat het regelmatig van de merkgerechtigde afkomstig is. Dit laatste is niet het geval, indien een lege fles met merk A door een derde gevuld wordt met een van A afkomstige inhoud; indien een tweedehands product, oorspronkelijk afkomstig van A, door een derde zodanig weer van een nieuw merk¹⁷

¹⁶ H.R. 12 jan. 1939 N.J. 1939/535 met noot E.E.M. (Bayer); zie t.a.v. lampen, in België gemaakt en zowel van het merk Philips als van het merk, waarop Pope en N.S.F. in Nederland als handelsmerk recht hadden (vgl. Grundig-Gint!): Hof Amsterdam 28 jan. 1937, B.I.E. 1937, 76, H.R. 14 juni 1940 N.J. 1941/109 en Pfeffer, blz. 228-229.

¹⁷ Vgl. Rb. Rotterdam 18 maart 1949 N.J. 1950/418, W.P.N.R. 4223 (Van Berkel).

en verpakking A wordt voorzien, dat de schijn wordt gewekt, dat het aldus nieuw van de merkgerechtigde afkomstig is; indien fabrikant A in het ene land het merk A gebruikt voor het ene product en in het andere land voor een, ook van hem afkomstig, product van mindere of andere kwaliteit. In al die gevallen ontbreekt de identiteit tussen de beide, van hetzelfde merk voorziene, producten. Handhaving van een export-verbod via een beroep op merkschending dient dan ook, aldus Bodenhausen ¹⁸, te worden toegestaan, niet alleen ter wille van de gehate prijsdiscriminatie, maar ook ter wille van een scheiding van kwaliteitsverschillen in de verschillende landen met het oog op de smaak van het publiek (vermouth), klimaat (tropen) en nationale kwaliteitsvoorschriften (Warenwet). De argumenten, die Bodenhausen aanvoert voor het nut van een merkenrechtelijke bescherming tegen uitvoer van eigen producten naar een ander land, waar dezelfde ondernemer gerechtigd is tot hetzelfde merk, gaan echter alleen op, wanneer hetzelfde merk, toekomende aan dezelfde gerechtigde, in een ander land gebruikt wordt voor een ander product (waaronder begrepen kwaliteits-, kleur- en smaakverschillen). In de zaak Grundig-Prins ging het echter om radio's van *dezelfde* kwaliteit. Het belang van het publiek bij een merkschending is, dat aldus vertrouwd kan worden op een constante kwaliteit, service en garantie. Dit vertrouwen wordt ondermijnd door invoer van waren, wel afkomstig van dezelfde fabrikant, maar van een andere kwaliteit. Slechts in zoverre brengt de ratio van de merkenbescherming met zich mee, dat overtreding van een export-verbod als merkschending wordt aangemerkt, hoewel het product van de merkgerechtigde afkomstig is. Wellicht zou het dus Grundig baten, als zij voor Nederland bestemde radio's voorzag van schalen met Nederlandse namen voor de radiostations i.p.v. Duitse. De gedachte, dat het merkenrecht reeds zou zijn „uitgeput” door de gemerkte waar in het buitenland in het verkeer te brengen, doch nog zonder aflevering aan de consument, lijkt mij met Bodenhausen ¹⁹ te verwerpen.

In tegenovergestelde richting gaat de critiek van de

¹⁸ Prof. Mr G. H. C. Bodenhausen, B.I.E. 1957, blz. 42-46.

¹⁹ Prof. Mr G. H. C. Bodenhausen, B.I.E. 1957, blz. 44-45.

Haan. Hij maakt de juiste opmerking, dat merkgerechtigden soms van twee walletjes willen eten: enerzijds bepleiten zij, dat rechtscheppend gebruik van de dochtermaatschappij vereenzelvigd moet worden met gebruik door de moedermaatschappij, doch anderzijds brengen zij een scherpe splitsing aan tussen moeder- en dochtermaatschappij, wanneer het gaat om prijshandhaving met behulp van het merkenrecht²⁰. De Haan²¹ is echter van oordeel, dat er misbruik van merkenrecht plaats vindt, als men weliswaar formeel bezwaar maakt tegen verhandeling van waren, die niet van de merkgerechtigde afkomstig zijn, hoewel zij van diens merk zijn voorzien, maar in feite de actie slechts instelt tot het dienen van een ander mits oirbaar doel, zoals prijshandhaving. Dit lijkt mij anderzijds weer te ver gaan. Hij, die terecht bezwaar maakt tegen gebruik van het merk op niet van de merkgerechtigde afkomstige waren, behoeft geen motief op te geven, waarom hij eerbiediging van zijn recht verlangt. Houdt men bovendien rekening met de vele merken, die aan één gerechtigde kunnen toekomen, moet men dan niet erkennen, dat een merk niet alleen dient of dienen kan voor onderscheiding van de herkomst, maar ook voor onderscheiding van de soort of de kwaliteit¹⁷?

Kan men zich niet op merkenschending beroepen om een verticale prijsbinding te handhaven, dan probeert men het efficiënter maar hatelijker door geen service en garantie te verlenen op toestellen, die niet via de officiële kanalen zijn verkocht. Men zie b.v. de hoogst ontactische advertentie van de alleen-importeur van A.E.G. in de N.R.C. van 12 jan. 1963 onder het hoofd „Belangrijke mededeling”, waar o.a. vermeld wordt: „Wij aanvaarden dan ook geen enkele aansprakelijkheid voor AEG-toestellen die buiten de officiële importeur, de AEG Amsterdam, zijn geïmporteerd”^{21a}. Men is dan op het eerste oog geneigd te denken: vindt AEG haar eigen toestellen zo slecht, dat zij daarvoor geen service en garantie durft te geven, indien deze „duurzame” gebruiksvoorwerpen, zoals wasmachines en koelkasten, langs een wat langere omweg de klant moeten berei-

²⁰ Mr C. J. de Haan, N.J.B. 1957, blz. 464.

²¹ Mr C. J. de Haan, N.J.B. 1957, blz. 457-463.

^{21a} Blijkens Hof Amsterdam 22 febr. 1962 N.J. 1962/343 probeerde A.E.G. zich zelfs van overeengekomen garantieverplichtingen t.a.v. buiten de importeur om verkochte koelkasten te onttrekken.

ken? Wat de alleen-importeur aldus aan prijsbinding wint, verliest hij aan klantenbinding.

Verwijdering van merk of controletekens. De buitenlandse fabrikant, die wil trachten te beletten, dat in Nederland zijn waren buiten de officiële importeur om worden verkocht, probeert dit doel soms te bereiken door op de waar (tevens) het handelsmerk van de binnenlandse importeur aan te brengen. De (binnenlandse of buitenlandse) fabrikant of importeur, die wil trachten te weten te komen, waar een lek zit in een verkoopsorganisatie, brengt soms controletekens (b.v. nummers of stroken) aan het product aan. Vraagt men zich af, waarom laatstgenoemd middel niet vaker wordt gehanteerd om de ware contractbreker te achterhalen, dan is het antwoord daarop, dat het, vooral bij massa-artikelen, in de praktijk uiterst omslachtig en kostbaar is een doeltreffend systeem van controlenummers in te voeren, vooral als men rekening houdt met het feit, dat daardoor deze op zich zelf vervangbare massa-artikelen, die in pakhuizen opgestapeld liggen en dooreen leverbaar zijn, ineens geïndividualiseerd worden en niet meer dooreen leverbaar ²². Bovendien kan alle moeite tevergeefs zijn, daar de contractbreker er soms in slaagt de controletekens te verwijderen.

Op dit terrein is een wettelijke regeling zeer bepaald gewenst. De oordelen omtrent de rechtmatigheid van de verwijdering van merken en controletekens lopen zeer uiteen en de heersende mening is m.i. niet bevredigend. Drucker-Bodenhausen ²³ acht schending van de verpakking teneinde een controleteken te verwijderen zelfs schending van het merkenrecht. Dit laatste gaat mij te ver. Het merk blijft in stand en blijft ook zijn functie van herkomstaanduiding en kwaliteitsaanduiding onverminderd vervullen. Bovendien dient ook verwijdering van controletekens van een niet-merkartikel onrechtmatig te zijn. Maar wèl zou ik hier een onrechtmatige daad aanwezig achten. Verwijdering van het

²² J. I. Sanders, N.J.B. 1936, blz. 778; Beerman, blz. 167.

²³ Drucker-Bodenhausen, blz. 122.

merk zelf is m.i. zowel merkschending als een onrechtmatige daad ²⁴.

De heersende rechtspraak en een deel van de schrijvers is echter van oordeel, dat er in verwijdering van merk, kenmerk of controletekens niets onrechtmatigs is gelegen: „dat toch in het maatschappelijk verkeer niet gevegd kan worden (vgl. de beroemde formulering van K.I.M.-Sieverding!), behoudens contractuele verplichting, dat iemand goederen, waarvan hij eigenaar is, tegen een anderen dan de hem krachtens de wet van vraag en aanbod passende prijs tracht te verkoopen, terwijl al evenmin aan den eigenaar behoudens zoodanige verplichting verboden kan worden, om de goederen, die zijn eigendom zijn, in beschadigden staat te verkoopen” ²⁵. In andere uitspraken beluistert men soortgelijke klanken. Door beschadiging van de verpakking wordt het product zelf niet aangetast. Ieder heeft de vrijheid producten tegen een lagere prijs maar in beschadigde verpakking of in ongeschonden verpakking tegen een hogere prijs te kopen en te verkopen. Het is niet verboden de sporen van de wanprestatie van een ander jegens een derde uit te wissen, in het bijzonder niet, als zijn eigen belang daarbij betrokken is. Ook het uiterlijk aanzien van het product is niet nadelig beïnvloed. Er is geen reden voor het publiek om voortaan b.v. Persil als wasmiddel te wantrouwen ²⁶.

Ik kan mij hiermee niet verenigen. Het is onjuist, dat het uitwissen van de sporen van eens anders contractbreuk geen onrechtmatige daad zou zijn. Wie tot schade van een derde iets verbergt, dat blijkbaar niet het daglicht kan velen, handelt steeds onrechtmatig. Er valt in het geheel niet in te zien, waarom het handelen in eigen belang een recht-

²⁴ Aldus terecht Mr A. Hijman, N.J.B. 1936, blz. 832; Pfeffer, blz. 347-349 en de aldaar geciteerde rechtspraak; noot H.B. onder H.R. 23 juni 1961 N.J. 1962/244 nos. 13-18 (blz. 803-805); Baumbach-Hefermehl, blz. 268; Rb. Rotterdam 11 november 1921 W. 10861; Rb. Den Haag 24 juni 1941 N.J. 1942/95; Hof Amsterdam 1 dec. 1960 N.J. 1961/157 (Grundig-Gint). Zie ook de uitspraken in uiteenlopende zin, geciteerd bij Molengraaff, blz. 152.

²⁵ Rb. Rotterdam 18 okt. 1928 N.J. 1929, blz. 514, besproken door Mr G. H. C. Bodenhausen, R.M. 1935, blz. 45-46 en Veldkamp, blz. 95-96; instemmend besproken door Mr H. Mulderije, N.J.B. 1933, blz. 456; kritisch besproken door Mr A. Hijman, N.J.B. 1936, blz. 831 e.v. en Pfeffer, blz. 347-349.

²⁶ Pfeffer, blz. 347-349 en de aldaar vermelde rechtspraak.

vaardigingsgrond zou kunnen zijn, als zelfs het algemeen belang dit niet zonder meer is. De rechter miskent de betekenis van de verpakking voor de „sales promotion” en getuigt van weinig inzicht in de psychologie van de koper en vooral van de koopster. Ik ben er echter nog niet tevreden mee, indien de beschadiging van de verpakking en de verwijdering van controletekens onrechtmatig wordt geacht, indien en omdat de waar daardoor een onogelijk uiterlijk krijgt²⁷. Zelfs wanneer de waar ondanks de verwijdering van controletekens allerminst een onogelijk uiterlijk zou krijgen, blijft toch een onrechtmatige daad gelegen in het uitwissen van de sporen van eens anders contractbreuk²⁸.

De Hoge Raad heeft echter in het arrest Grundig-Gint²⁹ de bestreden lijn verder doorgetrokken. Het verhandelen van een artikel, aldus de Hoge Raad, door een wederverkoper, nadat een daaraan door de fabrikant aangebracht kenmerk is verwijderd, is niet op zich zelf reeds onrechtmatig, doch de geoorloofdheid dier handeling kan onder meer afhangen van het doel, waarmede dit kenmerk door de fabrikant is aangebracht. In casu is het merk „Gint” door Grundig aangebracht ter bescherming van de export van Grundig-toestellen, die berust op de met Sieverding aangegane overeenkomst. Het valt niet in te zien, dat Prins gehouden zou zijn het belang te ontzien, dat Grundig heeft om hem en anderen het verhandelen van Grundig-toestellen, die niet door Sieverding in Nederland zijn geïmporteerd, te beletten. Ik kan deze motivering niet bewonderen. Een vergelijking moge niet verduidelijken. Voor het huis van A staat de fiets van A. B neemt deze fiets weg. B pleegt strafrechtelijk diefstal en civielrechtelijk een onrechtmatige daad. A is op grond daarvan gerechtigd van B schadevergoeding te vorderen. Nu daarnaast een tweede geval: voor het huis van A staat een fiets. A is geen eigenaar, want A heeft deze fiets van C gestolen. B, een vriend van C,

²⁷ Hof Den Haag 10 okt. 1929 (niet gepubliceerd), in zoverre terecht vernietigend het in noot 25 genoemde vonnis van Rb. Rotterdam.

²⁸ Mr A. Hijman, N.J.B. 1936, blz. 831 e.v.; Pfeffer, blz. 349. Idem het door Hijman t.a.p. geciteerde vonnis van Cour de Justice Genève 22 jan. 1932.

²⁹ H.R. 23 juni 1961 N.J. 1962/244 met terecht kritische noot H.B.; daarentegen instemmend besproken door Prof. Mr W. C. L. van der Grinten, De N.V. 1962/1963, blz. 168.

herkent de fiets van C en haalt deze voor het huis van A weg. Nu kan A geen schadevergoeding van B vorderen, want B heeft niets anders gedaan dan aan A een onrechtmatig voordeel ontnemen, waardoor de aantasting door B niet langer een onrechtmatig karakter draagt. Maar de Hoge Raad zou met deze vergelijking voor ogen toch niet in het eerste geval redeneren: het wegnemen van een fiets is op zich zelf nog geen onrechtmatige daad; dit kan het slechts worden door bijkomende omstandigheden, zoals het feit, dat de fiets eigendom van de bestolene was. Is het dan niet juist om te zeggen: het wegnemen van een fiets en het verwijderen van een merk — zolang nog geen aflevering aan het publiek heeft plaats gevonden — is in beginsel onrechtmatig; deze onrechtmatigheid kan echter wegvallen, indien daardoor aan de benadeelde slechts een onrechtmatig voordeel wordt ontnomen? En of men dit laatste van de verticale prijsbinding kan zeggen, is dan nog een open vraag.

Van der Grinten³⁰ juichte de uitspraak inzake Grundig-Gint toe: gelukkig heeft de Hoge Raad de oude ongenuanceerde opvatting, dat verwijderen van controletekens (ja, maar hier ging het om een merk bovendien!) steeds ongeoorloofd zou zijn tegenover de fabrikant, verworpen. Ik zie echter niet in, dat op *dit* terrein het aanbrengen van nuances een vooruitgang betekent. Wèl erkent Van der Grinten, dat de fabrikant van een merkartikel (en ook van een verpakt niet-merkartikel!) een door anderen te eerbiedigen belang heeft, dat zijn artikel in ongeschonden staat blijft. Hij heeft echter, aldus Van der Grinten, niet een door derden te eerbiedigen belang, dat door manipulaties met merken een op zich zelf normaal handelsverkeer met zijn artikelen wordt belet. Ik ben het daar niet mee eens: manipulaties met merken zijn verboden. Een manipulator goochelt aldus het merkartikel om in een naamloos product.

Mijn voornaamste bezwaar tegen deze uitspraak van de Hoge Raad is, dat deze inconsequent is. Enerzijds eist men, zoals wij hieronder nader zullen zien, terecht, wil men een verticale prijsbinding jegens derden handhaven, dat de verkoopsorganisatie „lückenlos” is, dat er geen leemtes zijn en dat, zodra een lacune ontdekt wordt, de fabrikant er tegen

³⁰ Prof. Mr W. C. L. van der Grinten, De N.V. 1962/1963, blz. 168.

optreedt. Laat de ondernemer dit na, dan kan hij zeker van derden niet verlangen, dat deze de verkoopsorganisatie wèl zullen eerbiedigen. Dit alles is juist. Maar als men dan terecht deze eis aan de fabrikant stelt, dan moet men de fabrikant ook in de mogelijkheid stellen om deze eis na te leven, om lacunes in de verkoopsorganisatie op te sporen. Dit laatste is echter alleen mogelijk, als men de verwijdering van controletekens onrechtmatig acht³¹. Het zou even inconsequent zijn, als men enerzijds aan de inspecteur der belastingen de verplichting oplegde om aanslagen op te leggen, die in overeenstemming zijn met het werkelijke inkomen en het werkelijke vermogen, maar hem anderzijds niet de bevoegdheid zou toekennen om de aangiften op hun juistheid te toetsen door een onderzoek in te stellen. In beide gevallen veronderstelt de verplichting een bevoegdheid. Net zo goed als de Hoge Raad terecht het motief buiten beschouwing laat bij de handhaving van een merk — als eenmaal vrees voor verwarring t.a.v. de herkomst kan worden gesteld, is het onverschillig, of de merkgerechtigde slechts ageert ter wille van de handhaving van een verkoopsorganisatie —, zo moet dit motief ook buiten beschouwing blijven bij de beantwoording van de vraag, of verwijdering van een merk geoorloofd is. Ook al heeft de gerechtigde het merk aangebracht ter wille van de handhaving van een verkoopsorganisatie, dan geeft dit een ander nog geen vrijheid om dit merk, met dat motief aangebracht, te verwijderen.

Geslotenheid en „Lückenlosigkeit” van een verkoopsorganisatie. Een fabrikant of importeur mist het recht zich te beklagen over doorbreking van zijn verkoopsorganisatie, wanneer hij er niet voor zorgt, dat deze „gesloten” blijft, „lückenlos” is, lekvrij is. Zijn er te veel lekken, dan is verkoop beneden de vastgestelde prijs mogelijk, zonder dat er contractbreuk is. Er blijkt dan uit, dat de fabrikant niet genoeg prijs stelt op handhaving van de prijsbinding, zodat hij ook niet kan verlangen, dat niet gebonden buitenstaanders zich aan deze prijzen zullen houden. Het kan ook zijn, dat de fabrikant ondeugdelijke middelen heeft gekozen,

³¹ Vgl. Pfeffer, blz. 347-349 en Mr A. D. Belinfante, Themis 1938, blz. 398.

zodat de detaillist alleen maar deed, wat zijn concurrenten, die wèl gecontracteerd hadden, ook straffeloos kunnen doen. De blokkade moet niet alleen zijn afgekondigd, maar ook effectief zijn. Natuurlijk betekent een klein lek niet, dat het „lückenlose” en beschermenswaardige karakter van de verkoopsorganisatie verloren gaat. Een enkele blokkadebreker blijft mogelijk. Anders zou zich ook nimmer het geval van profiteren van eens anders contractbreuk als onrechtmatige daad kunnen voordoen. Maar wèl zal men dan de eis mogen stellen, dat tegen de inbreuken met gepaste voortvarendheid wordt opgetreden ³². Wordt de verkoopsorganisatie door velen verstoord, dan zal men doorgaans niet meer kunnen spreken van een te beschermen gesloten verkoopsorganisatie ³³. Ook hier zien wij m.i. een inconsequentie van de leer van de Hoge Raad: enerzijds zegt men: wanneer er slechts een enkele overtreder is, kan de doorbreking onrechtmatig zijn, want dan was de verkoopsorganisatie blijkbaar nog gesloten; zijn er vele doorbrekers, dan is de organisatie niet gesloten en niet beschermenswaardig, zodat dan de onrechtmatigheid wegvalt. Anderzijds zegt men ³⁴: een enkele vrije handelaar mag wel proberen de verkoopsorganisatie van een fabrikant te ondermijnen, althans wanneer niet te veel anderen hem navolgen (hetgeen waarschijnlijk voor hem zelf de meest gunstige situatie is). Vindt zijn voorbeeld echter navolging op grote schaal, zodat de geordende verkoopsorganisatie plaats maakt voor vrije concurrentie, dan is de handelwijze van de oorspronkelijke outsider, die tot deze ontwikkeling de stoot heeft gegeven (maar er waarschijnlijk dan niet meer bij is gebaat), ineens wèl onrechtmatig, omdat dan voldaan is aan de eis, dat eens anders verkoopsorganisatie dreigt te worden ondermijnd. M.a.w. de eis van de „Lückenlosigkeit” — weinig lekken en weinig overtreders (of valt dat niet samen?) — is in strijd met de eis, dat ondermijning van de verkoopsorganisatie dreigt — en die ondermijning is slechts mogelijk, als er veel doorbrekers en veel lekken zijn —.

³² Prof. Mr S. van Brakel, N.J.B. 1940, blz. 470; Beerman, blz. 180.

³³ Anders: Beerman, blz. 180 en Hof Den Haag 27 febr. 1939 N.J. 1939/485.

³⁴ Mr M. R. Mok, S.E.W. 1962, blz. 471.

M.i. wordt de eis van „Lückenlosigkeit” terecht gesteld ³⁵, en is die van ondermijning der verkoopsorganisatie daarmee te verzoenen door enerzijds niet te spoedig aan te nemen, dat de verkoopsorganisatie niet meer „lückenlos” is, en anderzijds vrij spoedig aan te nemen, dat de verkoopsorganisatie met ondermijning wordt bedreigd. Daarmede wordt aan beide eisen iets van hun stringente karakter ontnomen. Polenaar ³⁶ heeft betoogd, dat noch doorbreking van een gesloten noch die van een niet gesloten verkoopsorganisatie onrechtmatig behoort te zijn: indien de fabrikant of importeur er niet in is geslaagd een lekvrije gesloten organisatie tot prijshandhaving op te bouwen, maar niettemin in zijn reclame en op zijn artikelen een bepaalde publieksprijs aankondigt, is de schade, die hij van de bokersprijzen lijdt, volstrekt niet geringer. Dit betoog faalt. Het al dan niet lijden van schade is op het terrein van de ongeoorloofde mededinging nimmer bepalend voor de onrechtmatigheid. Inderdaad wordt in beide gevallen schade geleden, maar in het eerste geval werkt de rechtvaardigingsgrond (zie hoofdstuk I, par. 2) niet.

Er moet hier gewezen worden op een soms dreigende spraakverwarring. Het woord „gesloten” wordt t.a.v. een verkoopsorganisatie in twee geheel verschillende betekenissen gebruikt. In de eerste plaats in de zin van lekvrij ³⁷, doch daarnaast somtijds in de zin van: de verkoopsorganisatie is gesloten, want men kan niet vrijelijk tot de organisatie toetreden, zelfs niet, indien men bereid is zich aan de

³⁵ Mr A. D. Belinfante, Themis 1938, blz. 397; Vorstman, blz. 41; Prof. Mr I. Samkalden, S.E.W. Europa, 1961, blz. 69 e.v. bij zijn bespreking van Rb. Amsterdam 21 maart 1961 i.z. Bosch en van Rijn/K.I.M.; Mr J. Peters, S.E.W. 1962, blz. 257; Reimer, blz. 570 en blz. 574-575; Baumbach-Hefermehl, blz. 336-337, blz. 1239 en blz. 1341; Pres. Rb. Leeuwarden 8 febr. 1940 N.J. 1940/566, vernietigd door Hof Leeuwarden 19 maart 1941 N.J. 1941/759 (zie noot 92 hierna); Hof Amsterdam 3 maart 1960, S.E.W. Europa 1960, blz. 80; Rb. Rotterdam 26 okt. 1960 N.J. 1961/159; O.L.G. Düsseldorf, 1 febr. 1963, hierna in noot 75 geciteerd.

³⁶ Mr J. H. Polenaar, N.J.B. 1938, blz. 1020.

³⁷ Zie de in noot 35 geciteerde literatuur en rechtspraak.

vastgestelde prijzen te houden ³⁸. Het komt juist voor in het laatste geval te spreken van exclusiviteit. De verkoopsorganisatie van Kolynos was gesloten maar niet exclusief, die van Grundig was gesloten en exclusief.

Wat de bewijslast t.a.v. de geslotenheid betreft: deze behoort niet op de fabrikant te rusten. Dit zou een negatief bewijs zijn, en men mag er als beginsel van uitgaan, dat de organisatie wél gesloten is en dat de doorbreker ten onrechte van een lek profiteert. Dan ligt het op de weg van de prijsbreker om aan te tonen, dat de verkoopsorganisatie niet gesloten is ³⁹. Belinfante ⁴⁰ meent m.i. ten onrechte, dat het aan de vrije winkelier niet behoort vrij te staan om dit tegenbewijs te leveren, omdat dan de gehele betekenis van het Kolynos-arrest verloren zou gaan. Immers, aldus Belinfante, door middel van een stroman als tussenpersoon zou iedere prijsbederving geoorloofd zijn: de winkelier zou dan bewijzen, dat hij het goed van de niet-verbonden stroman kocht (op wie natuurlijk geen verhaal is). Dit betoog is m.i. niet juist. Natuurlijk moet de winkelier ter bevrijding mogen bewijzen, dat het systeem niet gesloten was. Door middel van een stroman wordt niet iedere doorbreking geoorloofd, maar alleen mogelijk. Het gaat er bovendien niet om de stroman-contractbreker aan te spreken, maar diens rechtsoptvolger. Het gaat niet om het bewijs, dat de winkelier het artikel van de niet-verbonden stroman heeft gekocht, maar dat hij het heeft gekocht van een wél-verbonden stroman, die echter wanprestatie pleegde. Bewijst de aangesproken prijsbreker slechts, dat hij het product dankzij contractbreuk, dankzij een lek, heeft kunnen betrekken, dan is daarmee nog geenszins het bewijs geleverd, dat de verkoopsorganisatie niet gesloten is. Hij moet vele lekken kunnen aantonen. Handelt de prijsbreker niet zelf

³⁸ Prof. Mr H. Drion, R.M. Themis 1962, blz. 218; Prof. Mr A. van Oven, noot onder H.R. 13 jan. 1961, A.A. 1961/1962, blz. 255 kolom 2; Mr H. M. Vrijheid, S.E.W. 1963, blz. 79; Reimer, blz. 575-577; juiste onderscheiding tussen geslotenheid en exclusiviteit in concl. P. G. Langemeijer voor H.R. 12 jan. 1962 N.J. 1962/246 (Nibeja/Grundig), blz. 799.

³⁹ Concl. P. G. Langemeijer voor H.R. 12 jan. 1962 N.J. 1962/246, blz. 799 kolom 2; Baumbach-Hefermehl, blz. 346-347; Reimer, blz. 571.

⁴⁰ Mr A. D. Belinfante, Themis 1938, blz. 389-391.

maar door tussenkomst van een stroman, dan blijft hij zelf aansprakelijk ⁴¹.

Kolynos en Grundig. Het is noch nodig noch mogelijk de inhoud van het Kolynos-arrest en van de recente Grundig-arresten enz. ⁴² hier in den brede weer te geven. De lagere rechtspraak heeft soms een doorbreking van een verkoopsorganisatie onrechtmatig geacht ⁴³, dan weer niet ⁴⁴. Is voldaan aan de eis van geslotenheid van de verkoopsorganisatie, dan kan doorbreking daarvan een onrechtmatige daad zijn, als aan drie voorwaarden is voldaan: a) desbewust profiteren van eens anders contractbreuk, b) waardoor ondermijning van de verkoopsorganisatie dreigt, terwijl c) deze ondermijning een gevolg is van ongeoorloofde mededinging, die de doorbreker aandoet aan ondernemers, op wie eenzelfde contractuele verplichting rust als op degene, van wiens contractbreuk gebruik werd ge-

⁴¹ Vgl. de door J. I. Sanders, N.J.B. 1936, blz. 780 geciteerde uitspraak van het Tribunal de la Seine van 3 mei 1911.

⁴² H.R. 11 nov. 1937 N.J. 1937/1096 (Kolynos), besproken o.m. door Wolfsbergen, blz. 107-111 en Dorhout Mees, nos. 466-467; H.R. 13 jan. 1961 N.J. 1962/245 (K.I.M./Sieverding); H.R. 12 jan. 1962 N.J. 1962/246 (Nibeja/Grundig), laatste twee in N.J. met noot H.B. en in A.A. 1961/1962 blz. 250 met noot van Prof. Mr A. van Oven; H.R. 27 april 1962 N.J. 1962/254 met noot H.B. (Philips/Holst), A.A. 1962/1963, blz. 37 met noot Prof. Mr A. van Oven.

⁴³ Pres. Rb. Haarlem 26 juli 1938 N.J. 1939/66; Pres. Rb. Groningen 27 aug. 1938 N.J. 1938/839; Pres. Rb. Rotterdam 10 okt. 1938 N.J. 1939/645 (Kruschen Salts; de Pres. achtte niet onrechtmatig het enkele profiteren, maar slechts het systematisch uitlokken, en wel, indien dit ten bate van zich zelf geschiedt; dit laatste is echter irrelevant en geldt voor iedere mededinging); Hof Leeuwarden 14 dec. 1938 N.J. 1939/527 (Bayer); Pres. Rb. Amsterdam 31 mei 1940 B.I.E. 1940 blz. 126; Pres. Rb. Rotterdam 11 juni 1952 N.J. 1953/319, W.P.N.R. 4375 (uniforme prijzen zijn in het algemeen belang); Pres. Rb. Dordrecht 11 nov. 1959 N.J. 1960/341.

⁴⁴ Pres. Rb. Rotterdam 8 sept. 1926 W. 11859; Rb. Rotterdam 28 febr. 1928 N.J. 1928 blz. 1190 (Sanatogen); Pres. Rb. Rotterdam 7 jan. 1930 N.J. 1930 blz. 900; Pres. Rb. Rotterdam 5 nov. 1935 N.J. 1937/327; Rb. Amsterdam 9 juni 1936 N.J. 1937/784, geciteerd door Vorstman, blz. 38-40; Rb. Leeuwarden 27 mei 1937 N.J. 1938/693; Hof Den Haag 7 april 1961 N.J. 1961/204 (Bosch).

maakt ⁴⁵. In de tweede eis ligt opgesloten, dat het profiteren regelmatig moet plaatsvinden, omdat anders geen ondermijning dreigt. Van Brakel t.a.p. meende, dat de al dan niet stelselmatigheid geen element was, maar slechts een factor, die voor de *omvang* van de schade van belang is. Niet van belang is het, of het verhandelde product een luxe-artikel dan wel een eerste levensbehoefte is. In de derde eis ligt opgesloten, dat de doorbreker bedrijfsmatig moet hebben gehandeld; de individuele koper van tandpasta of een radio pleegt geen onrechtmatige daad ⁴⁶. Terwijl Drucker-Bodenhausen ⁴⁷ van oordeel is, dat reeds in het Kolynos-arrest te ver gaande eisen werden gesteld, heeft de Hoge Raad daarentegen in de Grundig-arresten niet alleen de toen reeds gestelde eisen verscherpt, maar er nog aan toegevoegd, dat, zelfs indien aan de drie bovengenoemde eisen is voldaan, het dan nog van de overige omstandigheden zal afhangen, of er een onrechtmatige daad aanwezig is.

Na de Grundig-arresten is de vraag gerezen, of de Hoge Raad de Kolynos-leer geheel had verlaten, dan wel alleen had ingeperkt. Treffend is het thans te herlezen, wat Van Brakel ⁴⁸ in 1940 reeds schreef, toen hij reeds voorspelde, dat in latere procedures de rechter minder sympathiek zou staan tegenover een gesloten verkoopsorganisatie en de beschermenswaardigheid daarvan. Op drie verschillende manieren heeft men het verschil tussen het Kolynos-arrest en de Grundig-arresten willen verklaren. In de eerste plaats heeft men gewezen op de geheel verschillende economische omstandigheden. In 1937 was er nog een depressie, zodat

⁴⁵ Concl. P. G. Langemeijer voor H.R. 12 jan. 1962 N.J. 1962/246 (Nibeja/Grundig), blz. 797, 2de kolom; Concl. P. G. Langemeijer voor H.R. 27 april 1962 N.J. 1962/254 (Philips/Holst), blz. 824; Prof. Mr A. van Oven, noten onder deze beide arresten, A.A. 1961/1962, blz. 254, tweede kolom, en A.A. 1962/1963, blz. 39, tweede kolom; Mr P. M. Witteman, De N.V. 1962/1963, blz. 110, die echter van tussenhandelaar spreekt, waar detaillist bedoeld is; Wolfsbergen, blz. 107-109; Prof. Mr S. van Brakel, N.J.B. 1940, blz. 469 en blz. 481.

⁴⁶ Prof. Mr S. van Brakel, N.J.B. 1940, blz. 481; Vorstman, blz. 47.

⁴⁷ Drucker-Bodenhausen, blz. 184 acht overbodig de eis van stelselmatigheid en van desbewustheid (ook *dolus eventualis* is voldoende); bovendien is z.i. niet vereist, dat de eiser dezelfde is als degene, die de verkoopsorganisatie op touw zette.

⁴⁸ Prof. Mr S. van Brakel, N.J.B. 1940, blz. 484.

pogingen om de prijzen op peil te houden, gesteund moesten worden. Thans is er een hoogconjunctuur. De prijzen stijgen, en hij, die de verkoopsorganisatie doorbreekt, wordt als een blokkadebreker gevierd. De „vrije” handelaar vervult een nuttige functie, doordat hij monopolieposities ondergraaft. Aldus Samkalden, Mok, en Van der Grinten ⁴⁹. Zij juichen het toe, dat de Hoge Raad zijn rechtspraak omtrent de onrechtmatige daad ombuigt in verband met de veranderde sociaal-economische omstandigheden. Ik behoef hier niet te herhalen, dat en waarom ik het onjuist acht, dat de rechter zijn oordeel over de al dan niet rechtmatigheid mede laat afhangen van een economische waardering, waarvoor aan de rechter niet voldoende gegevens ter beschikking staan, en die aan de administratie en de wetgever moet worden overgelaten ⁵⁰. Ik ontken niet, dat in de totale beoordeling de veranderde economische omstandigheden een grote rol behoren te spelen, maar die rol moet op een ander toneel worden gespeeld, zoals ik hieronder nader uiteen zal zetten. Of de Hoge Raad zich werkelijk door overwegingen van economische wenselijkheid heeft laten leiden? De Hoge Raad zal het wel tegenspreken, maar P. G. Lange-meijer ⁵¹ wees op de belangrijk hogere appreciatie van vrije concurrentie, die men op de achtergrond van het arrest van 12 januari 1962 vermoeden kan. En is ook niet — Mok ⁵² wees daar op — het verschil in terminologie met Kolynos — enerzijds het verstoren van een verkoopsorganisatie, anderzijds het doorbreken van een monopoliepositie — onthullend voor de veranderde instelling van de Hoge Raad tegenover het verschijnsel concurrentie?

In de tweede plaats kan men de verklaring voor het verschil tussen Kolynos en Grundig zoeken in het feit, dat het in de eerste zaak ging om de doorbreking van een Nederlandse verkoopsorganisatie (Nederlandse importeur-grossier-detaillist) en in de tweede zaak om een buitenlandse ver-

⁴⁹ Prof. Mr. I. Samkalden, S.E.W. Europa, 1960/1961, blz. 315 e.v.; Mr. M. R. Mok, S.E.W. 1961, blz. 98; zie ook idem S.E.W. 1962, blz. 476; Prof. Mr. W. C. L. van der Grinten, De N.V. 1962/1963, blz. 167.

⁵⁰ Zie blz. 62-65 hiervoor en vooral aldaar noot 13; idem noot H.B. onder H.R. 12 jan. 1962 N.J. 1962/246, blz. 807.

⁵¹ Concl. P. G. Langemeijer voor H.R. 27 april 1962 N.J. 1962/254, blz. 825, eerste kolom.

⁵² Mr. M. R. Mok, S.E.W. 1962, blz. 99-100.

koopsorganisatie (buitenlandse fabrikant - buitenlandse grossiers met exportverbod - Nederlandse grossiers en/of detaillisten). De Nederlandse detaillist behoort zich eerder te onthouden van een transactie, die mogelijk wordt door een wanprestatie, gepleegd op de markt in economische zin, waar de vrije handelaar handelt, dan dat hem zou regaderen een wanprestatie op een vreemde markt. In het eerste geval kan de overheid optreden op grond van de W.E.M.; is zulks niet geschied, dan is er voor de rechter een aanwijzing, dat de prijsbinding beschermenswaard is en doorbreking ervan onrechtmatig kan zijn. In het tweede geval rust een zwaardere taak op de rechter, omdat de administratie hier onvoldoende kan ingrijpen; de rechter zal niet te snel mogen aannemen, dat de prijsbinding van zodanig gehalte is, dat deze niet doorbroken mag worden. Aldus met name Samkalden en Van der Grinten ⁵³.

Ook deze verklaring bevredigt mij niet. Zijn de afweermogelijkheden tegen schadelijke buitenlandse kartels zo beperkt? In de eerste plaats is inmiddels verordening 17 ter uitvoering van art. 85 E.E.G.-verdrag tot stand gekomen, waardoor na beoordeling van een eventuele ontheffing de situatie gelijk wordt als t.a.v. Nederlandse kartels ⁵⁴. In de tweede plaats: als een verkoopsorganisatie zich over verscheidene landen uitstrekt, dan blijft toch nog het in Nederland werkzame deel ervan aan de W.E.M. (vgl. art. 2 lid 1 onder a en art. 4 lid 1 a contrario W.E.M.) onderworpen. Dat doorbreking van een Nederlandse verkoopsorganisatie eerder onrechtmatig zou zijn dan die van een buitenlandse, zou trouwens niet in overeenstemming zijn met art. 2 Unie-verdrag van Parijs (de onderdanen van alle Unielanden moeten dezelfde bescherming genieten).

In de derde plaats kan men het verschil tussen beide arresten aldus verklaren, dat het in het Kolynos-arrest een open, niet exclusieve verkoopsorganisatie betrof, in het

⁵³ Prof. Mr. I Samkalden, noot onder H.R. 13 jan. 1961 S.E.W. Europa 1960/1961 blz. 315 e.v.; Prof. W. C. L. van der Grinten, De N.V. 1962/1963, blz. 168; Rb. Amsterdam 22 april 1932 W. 12496, geciteerd door Vorstman, blz. 34-35; Hof Amsterdam 21 maart 1940 N.J. 1940/383; Pres. Rb. Almelo 29 okt. 1956 N.J. 1957/274.

⁵⁴ Mulder en Mok, blz. 225-226 en aldaar noot 1; Baumbach-Hefermehl, blz. 1316.

Grundig-arrest een exclusieve verkoopsorganisatie. Op dit punt is vooral gewezen door Langemeijer en A. van Oven ⁵⁵. Ook al kan worden toegegeven, dat de fabrikant er een gerechtvaardigd belang bij kan hebben een exclusieve verkoopsorganisatie op te bouwen (service-gevoelig artikel, strenge eisen voor de outillage, zoals koelruimte, cachet, deskundigheid van verkopers met speciale opleiding, spreiding van verkooppunten enz. ⁵⁶), toch zal men geneigd zijn de doorbreking van een exclusieve verkoopsorganisatie eerder rechtmatig te achten dan de doorbreking van een niet-exclusieve. Bij de Kolynos-organisatie werd alleen gestreefd naar handhaving van een prijsbinding, bij Grundig bovendien naar een monopoliepositie van de alleen-importeur Sieverding, wat minder beschermenswaard is. Het verschil zou tot uiting komen, als aan de Duitse grossiers niet verboden werd om naar Nederland te exporteren, maar alleen om daar tegen lagere prijzen te verkopen dan de vastgestelde. De verkoopsorganisatie was dan gered ten koste van het monopolie van Sieverding. Het is deze derde verklaring — het verschil tussen de niet-exclusieve en de exclusieve verkoopsorganisatie —, die m.i. het meest bevredigend en aanvaardbaar het verschil tussen de beide arresten zou verklaren.

Verkoopsorganisatie als eenheid en relativiteit. De zo juist veronderstelde mogelijkheid van omzetting van een exclusieve in een niet-exclusieve verkoopsorganisatie onderstreept een bezwaar, dat kan worden aangevoerd tegen het derde door de Hoge Raad vereiste element: dat namelijk de ondermijning van de verkoopsorganisatie een gevolg moet zijn van een ongeoorloofde mededinging, die de doorbreker aandoet aan ondernemers, op wie *eenzelfde* contractuele verplichting rust als op degene, van wiens contractbreuk gebruik wordt gemaakt. M.i. behoort slechts essentieel te zijn — en dan is er ook een parallel te trekken met de in par. 10 te bespreken gevallen van het zich verschaffen van een voorsprong boven de andere concurrenten door

⁵⁵ Concl. P. G. Langemeijer voor H.R. 12 jan. 1962 N.J. 1962/246, blz. 799; Prof. Mr A. van Oven, noot onder H.R. 13 jan. 1961 en H.R. 12 jan. 1962, A.A. 1961/1962, blz. 255, tweede kolom.

⁵⁶ Mr H. M. Vrijheid, S.E.W. 1963, blz. 79; Reimer, blz. 575-577.

wetsovertreding —, dat de ene mededinger zich een voorsprong verschafft op de andere mededingers door te profiteren van een lek in de verkoopsorganisatie, waaraan die andere mededingers gebonden zijn ⁵⁷. Daarentegen acht ik het irrelevant, of de doorbreker profiteert van een contractbreuk bestaande in het niet naleven van een *export-verbod*, en de gedupeerde concurrenten niet kunnen navolgen, omdat zij gebonden zijn aan een *vastgestelde prijs*. Ik zie niet in, waarom het voor de onrechtmatigheid tegenover de *fabrikant* of de importeur van belang is, of de doorbreker ondermijnt door zich een voorsprong op zijn *mededingers* te verschaffen door te profiteren van de ene dan wel van de andere contractbreuk. De irrelevantie hiervan wordt geaccentueerd, als de buitenlandse fabrikant de verplichtingen, die hij zijn afnemers, zowel op de thuismarkt als op de exportmarkten, oplegt, zodanig redigeert, dat van „soortgelijke contractuele verplichtingen” zou kunnen worden gesproken ⁵⁸. Men kan een niet-exclusieve verkoopsorganisatie opbouwen met zodanige contracten, dat de Duitse grossiers gelijke verplichtingen hebben als degenen, tegenover wie de vrije handelaar in Nederland in concurrentie treedt. Men legt dan geen exportverbod op, maar alleen een beding omtrent grossiers- en detaillistenprijzen ⁵⁹. Het irrelevante verschil tussen de contractuele bepaling, ten aanzien waarvan wanprestatie is gepleegd, en die, waaraan de concurrerende andere ondernemers gebonden zijn, vervalt dan geheel. De onrechtmatigheid tegenover die andere mededingers kan alleen gelegen zijn in het zich een voorsprong verschaffen door profiteren van contractbreuk, terwijl de anderen gebonden zijn, de onrechtmatigheid tegenover de fabrikant alleen in de daardoor plaatsvindende

⁵⁷ Mr. J. Peters, S.E.W. 1962, blz. 620; Baumbach-Hefermehl, blz. 275: „Bei preisgebundener Ware liegt die Unlauterheit darin, dass sich der Schleuderer durch Ausnutzung der Vertrags- und Gesetzestreue seiner Mitbewerber einen ungehörigen Vorsprung verschafft”.

⁵⁸ Mr M. R. Mok, S.E.W. 1962, blz. 471.

⁵⁹ Omgekeerd kan men een binnenlandse verkoopsorganisatie opbouwen, waarbij het contract, t.a. waarvan wanprestatie wordt gepleegd, een andere inhoud heeft dan de contracten, waaraan de mededingers, die niet kunnen navolgen, gebonden zijn, b.v. als men de grossiers verbiedt rechtstreeks aan anderen dan detaillisten te leveren (vgl. Pres. Rb. Rotterdam 5 aug. 1957 N.J. 1958/387).

onderminning van zijn verkoopsorganisatie⁶⁰. Men dient dan ook deze verkoopsorganisatie — een geheel van contracten — als één eenheid te zien. Het splitsen daarvan in de samenstellende en op elkaar aansluitende contracten is irreeël⁶¹. Of die verkoopsorganisatie als eenheid beschermenswaard is — uit overwegingen van economische wenselijkheid — staat niet aan de rechter ter beoordeling.

Het is opvallend, dat in de vele Grundig-procedures de actie, voorzover mij bekend, nimmer is ingesteld door degene, wiens schade het meest voor de hand ligt en tegenover wie dus de daad het meest evident onrechtmatig is: de mede-detaillist, die, gebonden aan de organisatie, niet kan navolgen. Het initiatief tot rechtsmaatregelen tegen een prijsbreker gaat dan ook vaak niet van de fabrikant, maar van de detaillist uit. De alleen-importeur lijdt uiteraard ook schade⁶², maar de schade voor de eisende fabrikant is op het eerste oog minder duidelijk. Zijn omzet wordt juist door de activiteit van vrije handelaren vergroot. Men stelt daar tweeërlei tegenover: zijn omzet wordt door deze activiteit tijdelijk vergroot, maar op de lange duur daalt zijn afzet, omdat zijn verkoopsorganisatie wordt ondermijnd⁶³. Dit is dan ook voor mij de reden om hier ook t.o.v. de fabrikant onrechtmatigheid aanwezig te achten. In de tweede plaats betoogt men⁶⁴, dat de fabrikant aan goede naam bij het publiek en bij de tussenhandelaren inboet, als gemerkt wordt, dat hetzelfde product tegen verschillende prijzen verkrijgbaar is. De eerste vrees deel ik niet zo snel⁶⁵, maar

⁶⁰ Vorstman, blz. 44 zoekt de onrechtmatigheid van het profiteren van eens anders contractbreuk hierin, dat de winkelier door die verkoop steun verschaft aan de contractbreker, d.w.z. begunstiging; zie de bestrijding hiervan door Prof. Mr Ph. A. N. Houwing, R.M. Themis 1940, blz. 566 e.v. en door Prof. Mr S. van Brakel, N.J.B. 1940, blz. 470 noot 1 (dan zou niet pas het verkopen door Florence, maar ook reeds het kopen onrechtmatig zijn).

⁶¹ Mr M. R. Mok, S.E.W. 1962, blz. 474; Prof. Mr Ph. A. M. Houwing, R. M. Themis 1940, blz. 566 e.v.; vgl. Prof. Mr A. van Oven, A.A. 1961/1962, blz. 255.

⁶² Rb. Amsterdam 23 febr. 1938 N.J. 1940/395 (Persil).

⁶³ Mr A. D. Belinfante, Themis 1938, blz. 370; Prof. Mr S. van Brakel, N.J.B. 1940, blz. 471.

⁶⁴ Mr A. D. Belinfante, Themis, 1938, blz. 369; Hof Amsterdam 31 dec. 1936 N.J. 1937/1093 (Kolynos).

⁶⁵ Idem Rb. Amsterdam 26 april 1927 N.J. 1928 blz. 410 (van Houten).

argwaan van de winkelier kan voor de fabrikant gevaarlijk en schadelijk zijn: het publiek koopt, wat de winkelier voorradig heeft en uitstalt. Daarentegen gaat het mij te ver, te zeggen, dat de prijsbreker tegenover de fabrikant een onrechtmatige daad pleegt, omdat hij schade toebrengt aan afnemers van die fabrikant, namelijk de detaillisten, en daardoor indirect de fabrikant benadeelt ⁶⁶.

Gestreden wordt over de vraag, tegenover wie de doorbreker van een verkoopsorganisatie een onrechtmatige daad pleegt: tegenover de fabrikant, de importeur of de grossiers, of tegenover zijn concurrenten, mede-detaillisten ⁶⁷. Ook de vraag, of de Schutznormtheorie hier een rol speelt en behoort te spelen, wordt in uiteenlopende zin beantwoord ⁶⁸. Men vraagt zich dan verbaasd af, hoe het voor de onrechtmatigheid tegenover de fabrikant enig verschil kan maken, of de doorbreker ongeoorloofde concurrentie aandoet aan een mede-detaillist dan wel aan de importeur of aan Duitse grossiers. Blijkbaar is dan de gedachte: de norm: gij zult geen ongeoorloofde mededinging bedrijven, is alleen geschreven ter bescherming van de andere concurrenten, niet ter bescherming van de fabrikant. Dit is het bekende (eerste) euvel van de Schutznormtheorie, dat door de werking van het correctief van Langemeijer kan worden terzijde gesteld ⁶⁹. M.i. dient echter de hoofdgedachte te zijn, dat

⁶⁶ Aldus m.i. ten onrechte Hof Amsterdam 31 dec. 1936 N.J. 1937/1093 (Kolynos), besproken door Pfeffer, blz. 344-345 en Veldkamp, blz. 95; vgl. ook Vorstman, blz. 100. Anders Prof. Mr S. van Brakel, N.J.B. 1940, blz. 465 e.v. met een verwijzing naar de Schutznormtheorie; zie ook Concl. Langemeijer voor H.R. 12 jan. 1962 N.J. 1962/246, blz. 797, tweede kolom.

⁶⁷ Zie hieromtrent in uiteenlopende zin: De Grooth, blz. 162 met een verwijzing naar Rb. Den Bosch 12 april 1922 N.J. 1923 blz. 162 (aflevering van gedestilleerd met een te laag alcoholgehalte); noot E.M.M. onder H.R. 11 nov. 1937 N.J. 1937/1096 (Kolynos); Pfeffer, blz. 344-345; Mr A. D. Belinfante, Themis 1938, blz. 393; Vorstman, blz. 100-101; Mr M. R. Mok, S.E.W. 1961, blz. 99 en blz. 277 (handhaving van verkoopsorganisatie door fabrikant slechts op verzoek van detaillisten); Mr M. R. Mok, S.E.W. 1962, blz. 470; Rb. Rotterdam 30 dec. 1955 N.J. 1956/285; Rb. Rotterdam 3 okt. 1956; Praktijkids R.A. no. 551 m.o. Prof. Mr A. van Oven.

⁶⁸ Concl. A. G. Eijssen voor H.R. 13 jan. 1961 N.J. 1962/245, blz. 781, tweede kolom; noot H.B. onder H.R. 12 jan. 1962 N.J. 1962/246 no. 21 en no. 23, blz. 805-806; Prof. Mr A. van Oven, noot onder H.R. 13 jan. 1961 en 12 jan. 1962, A.A. 1961/1962, blz. 253-254.

⁶⁹ Zie hiervoor blz. 42.

men, met de juridische microscoop ontledend, een (wellicht niet macro-)economische en toch ook juridische werkelijkheid, namelijk de eenheid van de verkoopsorganisatie, mist. De daad van de doorbreker ontleent zijn onrechtmatig karakter jegens de fabrikant niet hieraan, dat hij tegelijk ongeoorloofde mededinging aan zijn concurrenten-mededetaillisten aandoet, maar hieraan, dat de verkoopsorganisatie van de fabrikant door die ongeoorloofde mededinging (voorsprong voor de doorbreker) dreigt te worden ondermijnd ⁷⁰.

Ik deel derhalve volkomen de critiek van Hijmans van den Bergh en A. van Oven onder de Grundig-arresten, dat de uitspraken in deze arresten nodeloos ingewikkeld en evenmin bevredigend zijn. Daarentegen ben ik het niet eens met hen, die, juist omgekeerd, vinden, dat de Hoge Raad nog niet ver genoeg is gegaan, omdat art. 1376 B.W. steeds zou verbieden, dat een overeenkomst tussen A en B door C gerespecteerd moet worden. Ik sluit mij aan bij hen, die dit betoog hebben bestreden ⁷¹: art. 1376 B.W. belet slechts, dat een overeenkomst in de rechten van buitenstaanders ingrijpt of hun positieve verplichtingen oplegt. Het sluit niet uit, dat de overeenkomst in aanmerking komt als factor bij de beoordeling van de behoorlijkheid van het gedrag van een derde.

Beoordeling van economische wenselijkheid. Mijn voor-nemen om een overzicht te geven, iets uitvoeriger dan gewoonlijk in juridische publicaties over dit onderwerp geschiedt, van de economische voor- en nadelen van verticale prijsbinding, moet ik wegens plaats- en tijdsgebrek laten varen. Ik zal slechts zeer in het kort enige punten pro en contra noemen, mij daarbij bewust, dat ik dan noch volledig noch voldoende duidelijk kan zijn. Voor het overige moet

⁷⁰ Idem Dorhout Mees no. 467 en Prof. Mr A. van Oven, A.A. 1961/1962, blz. 255 eerste kolom en idem A.A. 1962/1963, blz. 39.

⁷¹ Concl. P. G. Langemeijer voor H.R. 12 jan. 1962 N.J. 1962/246, blz. 800, eerste kolom; noot E.M.M. onder H.R. 11 nov. 1937 N.J. 1937/1096 met verwijzing naar rechtspraak en literatuur; Vorstman, blz. 2-3; Borst, blz. 21-22; Mr J. G. de Beus, W.P.N.R. 3604-3607.

ik naar de literatuur verwijzen ⁷². Daarbij stel ik voorop, dat een onderscheid moet worden gemaakt tussen de werking op korte en die op lange termijn, en dat er in beginsel twee soorten winkels zijn: a) winkels, gekenmerkt door hoge marges, veel service en geringe omzetsnelheid; b) winkels, gekenmerkt door lage marges, weinig service en hoge omzetsnelheid. De ontwikkeling van moderne distributiemethoden gaat in de richting van a) naar b) ⁷³.

Als voordelen van de individuele verticale prijsbinding worden genoemd de volgende punten. De doelmatige functionering van de verkoopsorganisatie wordt bevorderd. Er kan rekening worden gehouden met regionale verschillen in de smaak en de wensen van het publiek. Er kan garantie voor constante kwaliteit en reparatie en service worden geboden met rugdekking van de fabrikant. Het leidt tot doorzichtige marktverhoudingen. Wanneer aldus de efficiency van de distributie wordt bevorderd, is productievergroting in grotere fabricageseries mogelijk. De productiviteit is sterk afhankelijk van de grootte van de series, de functieverdeling op het distributievlak tussen fabrikant en handelaar, en de wijze, waarop de distributie plaats vindt. Door grote productie worden de productiekosten per stuk verlaagd, waardoor voor de consument een prijsverlaging mogelijk wordt. Zo stelt Philips, dat bij een gestegen kwaliteit het prijsniveau van haar artikelen gedurende de laatste vijf jaar met gemiddeld 5% per jaar is gedaald, ondanks een loonstijging van 32% over deze periode. Bij een verbod van verticale prijsbinding zullen handelaarsmerken als paddestoelen uit de grond oprijzen. Handelaarsmerken leiden tot een versluiering van het werkelijke product voor de consument en een versnippering van de fabricage-series. Een eigen merk van de handelaar doet afbreuk aan zijn objecti-

⁷² Zie omtrent de werking, voordelen en nadelen van verticale prijsbinding o.m.: Dr. A. C. R. Dreesmann, *Evolutie en expansie, een onderzoek naar de samenhang van vorm, functie en prijspolitiek in de detailhandel, inzonderheid bij het grootbedrijf*, diss. Amsterdam 1963; Dr W. J. van de Woestijne, E.S.B. 21 juni 1961; Drs. H. F. K. van Walree, E.S.B. 15 nov. 1961 no. 2312, blz. 1070 e.v.; J. I. Sanders, N.J.B. 1936 blz. 778; Mr A. D. Belinfante, *Themis* 1938, blz. 371-385; Mr P. M. Witteman, *De N.V.* 1962/1963, blz. 110; noot H.B. onder H.R. 12 jan. 1962 N.J. 1962/246 no. 17 (blz. 804) en no. 25 (blz. 807); Reimer, blz. 566; Baumbach-Hefermehl, blz. 1317-1318.

⁷³ Zie blz. 57-58 hiervoor.

viteit. Bij een individuele verticale prijsbinding blijft de concurrentie tussen de fabrikanten onderling in stand en wordt deze tussen de detaillisten uitgeschakeld. Deze verplaatsing van de concurrentiestrijd van het niveau van de detaillisten naar het niveau van de fabrikanten is een dubbel voordeel. De concurrentie blijft gehandhaafd, maar niet ten koste van een gezonde middenstand. De concurrentie op het producenten-niveau is scherper en efficiënter dan bij de detaillisten. De detaillisten kunnen wel het verschil in kwaliteit van de door de fabrikanten aangeboden producten beoordelen (dit geldt slechts voor een niet-exclusieve verkoopsorganisatie), maar de consumenten missen de deskundigheid om het verschil in kwaliteit tussen de door de detaillisten aangeboden producten te beoordelen. De fabrikanten kunnen wel een reclame-campagne financieren, de detaillisten niet. Prijsconcurrentie tussen de detaillisten onderling zou leiden tot afbraak van de functies van de detailhandel door het niet vervullen van essentiële diensten. Zonder handhaving van verticale prijsbinding wordt het de detaillist te gemakkelijk gemaakt met lokartikelen te werken (artikelen met een te lage prijs, opdat de consument tegelijk koopt een ander artikel met een te hoge prijs). Een verbod van verticale prijsbinding (door de Minister van Economische Zaken) of een ontwrichting ervan (door de rechter) zou, gelet op de ontwikkeling in de Verenigde Staten van Amerika (discount-houses) ^{73a} er toe kunnen leiden, dat de fabrikanten „duurzame” gebruiksgoederen gaan maken, die goedkoper zijn, maar waaraan geen service is verbonden en die slechts vijf jaar meegaan (constructieve destructie). Ter dekking van hoge researchkosten is handhaving van een bepaalde prijs vaak noodzakelijk. Zodra toelaatbaar wordt, dat een concurrent hetzelfde product tegen een lagere prijs verhandelt, streeft de fabrikant niet langer naar de ontwikkeling van nieuwe producten, waarvan immers de prijzen de researchkosten niet kunnen dekken. De algemene vrijheid van de handel kan dus de technische ontwikkeling remmen (dit argument zou alleen opgaan, indien door afschaffing van de verticale prijsbinding niet alleen de handelaarsmarges vrij werden gelaten, maar ook de fabrikantenmarges in gevaar zouden komen).

^{73a} Zie hieromtrent Welvaart en Konsumptie, Contactgroep Opvoering Productiviteit, 1956.

Daarentegen worden als economische nadelen van de individuele prijsbinding genoemd de volgende — waarvan enkele precies het omgekeerde inhouden van hetgeen door de voorstanders wordt aangevoerd, waaruit weer blijkt, dat tussen de economen geen volledige overeenstemming omtrent de feiten en gevolgen bestaat —. Verticale prijsbinding leidt tot prijsverhoging voor de consument, namelijk door uitschakeling van de — prijsverlagende — prijsconcurrentie tussen de detaillisten en insluipen van de — prijsverhogende — marge-concurrentie tussen de fabrikanten. Met dit laatste wordt bedoeld op het feit, dat de fabrikanten, om de detaillisten gunstig voor hun eigen product te stemmen (opdat zij dit aan hun klanten aanpraten), een hoge handelaarsmarge vaststellen. Hoe hoger marge, des te meer zal de detaillist dat merkartikel pousseren; maar ook: hoe hoger marge, des te hogere consumentenprijs. Verticale prijsbinding leidt vooral tot hoge marges voor zwakke merken. De keuzevrijheid voor de consument wordt beperkt. De ene consument wenst een duur maar duurzaam product met service en garantie, dat waard is gerepareerd te worden. De andere consument zou een goedkoop product zonder service of garantie wensen, dat na een aantal jaren vervangen wordt. Verticale prijsbinding leidt tot prijsverstarving. Immers de handelsmarges worden dan zo onredelijk hoog vastgesteld, dat marginale distributiebedrijven nog in leven kunnen worden gehouden. Het leidt tot serviceconcurrentie tussen de detaillisten, mogelijk door de hoge handelaarsmarges (b.v. gratis antenne voor televisie), hoewel een deel van de consumenten aan die service geen behoefte heeft. Verticale prijsbinding belemmert de ontwikkeling van moderne meer efficiënte distributiemethoden (zelfbediening). Immers, de lagere distributiekosten mogen dan niet in een lagere consumentenprijs tot uitdrukking worden gebracht. Weliswaar kan verticale prijsbinding leiden tot grotere fabricage-series, dus tot verlaging van de productiekosten, maar deze besparing wordt niet doorgegeven aan de consument, maar blijft tussen fabrikant en handelaar steken. Verticale prijsbinding leidt tot ondoorzichtigheid van de markt, want om hieraan te ontkomen gaan de handelaren individuele handelaarsmerken aanbrengen op hetgeen eigenlijk merkartikel zou zijn. (Het effect hiervan is echter onzeker. Men kan b.v. door een

ander wikkelt voor margarine het aantal merken vergroten, maar deze tegenmerken kunnen zowel tot een prijsverhoging als tot een prijsverlaging leiden. Ook is mogelijk, dat bij een verbod van verticale prijsbinding het aantal eigen merken van kleine fabrikanten en grossiers toeneemt). Verticale prijsbinding is niet gerechtvaardigd, indien het product in kwaliteit of kwantiteit niet constant is.

Zie hier een summier overzicht van de voornaamste argumenten pro en contra individuele verticale prijsbinding, argumenten, die ongetwijfeld door de uiteenlopende betrokkenen te berde zullen zijn gebracht tijdens de „hearings” van de Commissie Economische Mededinging ter voorbereiding van het advies aan de Minister van Economische Zaken omtrent de vraag, of het wenselijk is over te gaan tot een generieke onverbindend verklaring van de individuele en de collectieve verticale prijsbinding en de handhaving daarvan⁷⁴. De conclusie uit dit korte overzicht is in de eerste plaats, dat het onmogelijk is om een oordeel uit te spreken over *de* verticale prijsbinding in het algemeen. Hieraan zijn zeer veel aspecten verbonden, die bij de ene individuele verticale prijsbinding weer geheel anders kunnen liggen dan bij de andere, zodat men m.i. noch in het algemeen kan zeggen, dat iedere individuele prijsbinding moet worden verboden, noch dat deze moet worden toegestaan. M.a.w. voor een *generieke* onverbindendverklaring, gesteld al dat deze juridisch mogelijk is (zie hieromtrent hoofdstuk III, par. 1), is m.i. geen reden. Er zou wellicht eerder reden zijn voor een generieke onverbindendverklaring, indien deze betrekking zou hebben op de individuele verticale prijsbinding, die gekoppeld is aan een exclusieve verkoopsorganisatie, en voor een generieke, die betrekking zou hebben op een collectieve verticale prijsbinding.

In de tweede plaats moet uit dit korte overzicht de gevolgtrekking worden gemaakt, dat wij ons hier begeven op een zo gecompliceerd economisch terrein, dat het voor de rechter niet mogelijk is om omtrent de economische wenselijkheid van één bepaalde individuele verticale prijsbinding een oordeel uit te spreken. Slechts in aperte gevallen kan hij tot nietigheid wegens een onzedelijke oorzaak concluderen. In twijfelgevallen dient de rechter hetzij de economische al dan niet wenselijkheid buiten beschouwing te laten hetzij (indien

⁷⁴ Mulder en Mok, blz. 152-153.

hij het antwoord op deze vraag in zijn eindoordeel over de rechtmatigheid van een doorbreking ervan wil verdisconteren) deze vraag voor te leggen aan de Minister van Economische Zaken door middel van een verwijzing. Het oordeel over de economische wenselijkheid van verticale prijsbinding is aan andere instanties opgedragen. De rechter kan hier geen nuanceringen aanbrengen en mist daartoe de speciale kennis en outillage. Zolang de overheid geen onverbindendverklaring heeft uitgesproken, moet de rechter de prijsbinding respecteren, tenzij deze in een apert geval in strijd met de goede zeden zou zijn. De rechter moet zich niet bezig houden met een waardering van de contractsinhoud, onverschillig of dit een prijsbinding is of een andere overeenkomst ⁷⁵. Natuurlijk behoudt de rechter de vrijheid om

⁷⁵ Mr H. M. Vrijheid, S.E.W. 1963, blz. 78-79; Concl. P. G. Langemeijer voor H.R. 12 jan. 1962 N.J. 1962/246, blz. 797 tweede kolom, blz. 798 eerste kolom en blz. 800 eerste kolom; noot H.B. onder dit arrest no. 25; vgl. Baumbach-Hefermehl, blz. 342 en blz. 1341. Zie ook blz. 61-65 hiervoor. Aldus ook twee recente arresten van het Oberlandesgericht Düsseldorf van 1 februari 1963. Wegens de ontoegankelijkheid van deze arresten voor de Nederlandse lezer en wegens ook de overige betekenis van deze arresten geef ik hier weer de samenvatting van deze arresten, ontleend aan het Handelsblatt van 26 maart 1963: „Die Antragsgegnerinnen, eine Grosshandelsfirma und ein „Beamtenelbsthilfewerk“, hatten wiederholt preisgebundene Markenartikel der Firma Henkel unter den vorgeschriebenen Preisen an Letztverbraucher verkauft und sich im Prozess insbesondere darauf berufen, Waren der Antragsstellerin seien auch von anderen Unternehmen in zahlreichen Fällen unter dem festgesetzten Preis verkauft worden. Das OLG Düsseldorf stelle demgegenüber fest, die Herstellerfirma habe die Lückenlosigkeit ihres Preisschutzsystems glaubhaft gemacht. Bloss geringfügige und vorübergehende Lücken, die bei ausgedehnten Absatzsystemen und Millionen-Umsätzen praktisch unvermeidbar seien und im übrigen ohne Vertragsverletzung irgendeines Beteiligten nicht denkbar wären, machten es für den Handel nicht unzumutbar, die gebundenen Preise einzuhalten. Aber selbst bei nicht unbeachtlichen Lücken erscheine es nicht ohne weiteres gerechtfertigt, das Preisbindungssystem der Antragsstellerin in Frage zu stellen, solange diese sich nachhaltig und erfolgreich für die Schliessung vorhandener und die Verhinderung weiterer Lücken einsetze.

Das OLG führte weiter aus, die Entscheidung könne nicht davon abhängen, ob Preisbindungen wirtschaftspolitisch unerwünscht und nur ausnahmsweise zulässig seien und ob Preisdruck durch Preisunterbietungen an sich zu begrüßen wäre. Nachdem der Gesetzgeber Preisbindungen — sei es auch als Ausnahmen — zugelassen habe, sei es nicht Sache des Gerichts, die Verteidigung eines im Rahmen der gesetzlichen Möglichkeiten eingeführten Preisbindungs-

op grond van juridische overwegingen het profiteren van eens anders contractbreuk niet onrechtmatig te achten.

Twee stromingen gaan in een andere richting. In de eerste plaats achten sommigen de rechter wel degelijk in staat een oordeel te vormen omtrent de economische functie van een bepaald verschijnsel, zoals hij dat ook moet en kan doen bij een beoordeling van de rechtmatigheid van een boycot of een werkstaking; zij juichen het juist toe, dat de rechter niet blind blijft voor economische verschijnselen, de veranderingen daarin en de gevolgen daarvan ⁷⁶. Daarbij neemt Mok t.a.p. een wat meer genuanceerd standpunt in. Hij is het met Langemeijer en Hijmans van den Bergh eens, voorzover economische wenselijkheden niet de rechtsverhouding tussen partijen mogen beïnvloeden. T.a.v. *derden* mogen deze maatschappelijke opvattingen t.a.v. prijsbinding, aldus Mok, echter wel een rol spelen. Er is dan ook geen sprake van een beperkter laten werken van de zorgvuldigheidsnorm. De werking van de norm is principieel dezelfde gebleven, maar de eisen van het maatschappelijk verkeer zijn veranderd. Een tweede stroming is in deze richting, dat men het betreurt, dat de rechter economische wenselijkheden in zijn oordeel zou moeten betrekken (b.v. de al dan niet redelijkheid van een vastgestelde prijs), maar dat men deze ontwikkeling ter wille van een uiteindelijk bevredigende rechtsspraak onvermijdelijk acht ⁷⁷.

Mijn mening hieromtrent is, dat een zodanige ontwikkeling te betreuren zou zijn maar wel vermijdelijk is. Weliswaar zijn de hier aan de orde zijnde vragen van grote betekenis — een juridische waardering is soms pas mogelijk na een voorafgaande economische waardering —, maar hieraan kan

systems unter allgemeinen wirtschaftspolitischen Gesichtspunkten zu erschweren. Nach anerkannter Rechtsprechung hatten die Gerichte keine wirtschaftspolitischen Massnahmen zu ergreifen".

Vgl. ook Rb. Rotterdam 26 okt. 1960 N.J. 1961/159: de litigieuze verticale prijsbinding van merkartikelen is aangemeld bij het Bundeskartellamt (par. 16 lid 4 GWB). Nu niet is gebleken, dat het Bundeskartellamt de onderhavige prijsbinding als nietig aanmerkt, bestaat er ook voor de Nederlandse rechter geen reden de nietigheid van de prijsbinding aan te nemen.

⁷⁶ Prof. Mr W. C. L. van der Grinten, De N.V. 1962/1963, blz. 168; Mr P. M. Witteman, De N.V. 1962/1963, blz. 110; Borst, blz. 22; Mr M. R. Mok, S.E.W. 1962, blz. 472.

⁷⁷ Prof. Mr S. van Brakel, N.J.B. 1940, blz. 485; Beerman, blz. 179.

voldoende recht worden gedaan door een bepaling, dat de rechter, die zijn beslissing omtrent de rechtmatigheid van de doorbreking van een verticale prijsbinding mede van de economische wenselijkheid wil laten afhangen, verplicht is deze praejudiciële vraag eerst voor te leggen aan de Minister van Economische Zaken. Betreft de procedure een kort geding en zou men een te grote vertraging van verwijzing vrezen, dan bepale men, dat de President in kort geding slechts aan de Minister een vraag kan voorleggen, of er reden is voor *schorsing* van de verticale prijsbinding op grond van art. 23 W.E.M. Heeft de Minister niet binnen één of twee weken bevestigend geantwoord, dan moet worden aangenomen, dat een zodanige reden niet aanwezig is. Een zodanige regeling zou overeenstemmen met die van par. 96 lid 2 GWB ⁷⁸. Men bedenke hierbij, dat een ontoelaatbaar kartel toch lange tijd kan blijven bestaan, hoewel een soortgelijk kartel, waarop eerder het licht valt, reeds onverbindend is verklaard: een ontoelaatbare verticale prijsbinding kan lang verborgen blijven, omdat de aangeslotenen zwijgen uit angst een outsider te worden. Aldus beschouwd is prijs-handhaving niet zonder meer een oorbaar of een onoorbaar doel, maar slechts een voorwaardelijk oorbaar doel, namelijk zolang niet op grond van de W.E.M. is ingegrepen ⁷⁹.

Een enkele maal heeft niet de administratie t.a.v. de ontoelaatbaarheid, maar de wetgever t.a.v. de toelaatbaarheid van verticale prijsbinding ingegrepen en deze zelfs dwingend opgelegd, namelijk in art. 45 lid 3 Tabakswet ⁸⁰.

Uitlokken en profiteren van eens anders contractbreuk.

Algemeen wordt zowel in Nederland als in Duitsland een scherp onderscheid gemaakt tussen uitlokking tot contractbreuk en profiteren ervan: het eerste is steeds onrechtmatig, het tweede alleen onder bepaalde omstandigheden ⁸¹. Op het eerste oog schijnt dit onderscheid duidelijk te zijn en bevredigend te werken. Bij nadere beschouwing blijkt evenwel, dat

⁷⁸ Zie bijlagen hierachter. Zie ook blz. 64-65 noot 17 hiervoor. Baumbach-Hefermehl, blz. 349.

⁷⁹ Mr C. J. de Haan, N.J.B. 1957, blz. 465.

⁸⁰ Zie hieromtrent en omtrent het K.B. van 9 febr. 1934: Mr Dr A. G. C. van Proosdij, De N.V. 1938/1939, blz. 230, Vorstman, blz. 45 en Beerman, blz. 84.

⁸¹ Vorstman, blz. 33 en blz. 42-43; Mr H. M. Vrijheid, S.E.W. 1963, blz. 74; Reimer, blz. 516-517; Baumbach-Hefermehl, blz. 345.

er tussen de twee uitersten van het uitlokken van een aanvankelijk tegenstribbelende, de overeenkomst willende naleven, contractspartij enerzijds en het profiteren van een zich als het ware aanbiedende contractsbreker in de praktijk zoveel tussenvormen zijn, dat de grenzen vervagen en dat het dan op die grensgebieden in het geheel niet meer evident is, waarom in het ene geval de onrechtmatigheid zonder meer gegeven is en het andere geval alleen onder vele bijkomende omstandigheden aanwezig is. Men kan hier toepassen het uit strafrecht bekende onderscheid tussen wil, zekerheidsbewustzijn en waarschijnlijkheidsbewustzijn (*dolus eventualis*). Bij uitlokken is dan de wil op de contractbreuk gericht, bij zekerheidsbewustzijn is het de profiteur bekend, dat hij van contractbreuk gebruik maakt⁸² en bij *dolus eventualis* verwijt men de doorbreker, dat hij, hoewel hij rekening moest houden met de ernstige mogelijkheid of waarschijnlijkheid, dat de ander slechts door contractbreuk aldus kon handelen, niettemin met die ander in zee ging en dit dan ook bij zekerheid daaromtrent zou hebben gedaan. Dan heeft men nog het uitlokken tot *regelmatige* opzegging van een overeenkomst (b.v. arbeidsovereenkomst), het aanzetten tot het niet sluiten van een overeenkomst, die anders gesloten zou zijn, het culpoos profiteren van eens anders contractbreuk en medeplichtigheid t.a.v. eens anders contractbreuk (b.v. de bij contractbreuk door een derde verschuldigde boete voor zijn rekening nemen)⁸³. Tenslotte hebben wij nog de tussen uitlokken en profiteren liggende situatie, zoals deze bestond in het arrest Philips/Holst⁸⁴: Holst had frequent en bedrijfsmatig Philips-goederen gekocht van handelaren, die, naar Holst wist, door deze te verkopen wanprestatie jegens Philips pleegden. Holst verkocht die goederen tegen prijzen, waartegen zijn, door Philips erkende, concurrenten, die zich aan

⁸² Pres. Rb. Assen 6 mei 1935 N.J. 1936/145 (garen Carp), besproken door Vorstman, blz. 36-37 en Mr A. D. Belinfante, Themis 1938, blz. 379-380; Rb. Rotterdam 6 maart 1936 N.J. 1937/436.

⁸³ Mr M. R. Mok, S.E.W. 1963, blz. 88; Reimer, blz. 515 en blz. 573-574 (bij merkartikelen kan wetenschap behoudens tegenbewijs worden verondersteld); Pres. Rb. Arnhem 8 juni 1955 N.J. 1955/773, W.P.N.R. 4489 (nieuwe werkgever had moeten onderzoeken, of de oude dienstbetrekking van de werknemer regelmatig geëindigd was; onrechtmatige daad tegenover de oude werkgever; m.i. gaat dit te ver).

⁸⁴ H.R. 27 april 1962 N.J. 1962/254 met noot H.B.

hun verplichtingen jegens Philips hielden, niet konden verkopen, waardoor Holst de verkoopsorganisatie van Philips verstoorde. Holst was er zich van bewust, dat zijn door de omvang van zijn inkopen aan Philips-handelaren bekende bereidheid om Philips-goederen te kopen, er toe medewerkte, dat deze andere handelaren ongevraagd tot het doen van aanbiedingen overgingen, zonder dat Holst hen tot wanprestatie bewoog of behoefde te bewegen. Er blijft dan nog slechts als verschil tussen uitlokken en profiteren over de vraag, van wie het initiatief tot de transactie uitging. Maar juist dit initiatief speelt bij de onderhavige kwestie geen rol, omdat daarbij nimmer het incidentele profiteren van eens anders wanprestatie van belang is, doch slechts het regelmatige profiteren ervan. En dan valt te bedenken, dat het profiteren van de ene wanprestatie bijna altijd kan worden beschouwd als het uitlokken van een volgende, zodat terecht de vraag kan worden gesteld⁸⁵, waar dan de grens is.

Niet alleen groeien gevallen van profiteren in de richting van uitlokken, anderzijds kan uitlokken tot profiteren naderen. Voor verleiding is niet vereist uitlokking in strafrechtelijke zin. Voldoende is ieder bewust bewerken, dat een ander wanprestatie zal plegen, ook al is diens bezwaar daartegen nog zo gering. Zelfs het feit, dat de ander zonder meer reeds tot de wanprestatie heeft besloten, sluit de verleiding in civielrechtelijke zin niet uit⁸⁶. Zelfs bij uitlokking tot wanprestatie wordt thans niet meer onder alle omstandigheden onrechtmatigheid aangenomen — evenals t.a.v. het profiteren ervan⁸⁷. Het valt dan ook niet te verbazen, dat Prof. G. van Hecke⁸⁸, schrijvend over hetzelfde onderscheid, dat ook in België bestaat — leveringen van concurrenten worden niet

⁸⁵ Mr P. M. Witteman, De N.V. 1962/1963, blz. 110.

⁸⁶ Mr J. Peters, S.E.W. 1962, blz. 618 e.v. (n.a.v. het arrest van het Duitse B.G.H. 8 maart 1962, N.J.W. 1962, blz. 1105), i.h.b. blz. 619; idem Reimer, blz. 515.

⁸⁷ H.R. 15 jan. 1960 N.J. 1960/84 (Panhonlibco-arrest); ik deel echter de critiek van Vorstman, blz. 11 en blz. 21 op Prof. Mr M. G. Levenbach, Onrechtmatige daad en werkstaking, die te strenge eisen stelt voor de onrechtmatigheid van uitlokking tot contractbreuk en deze daarom niet spoedig wil aannemen.

⁸⁸ Prof. G. van Hecke, B.I.E. 1951, blz. 30-31. T.a.v. misbruik maken van eens anders contractbreuk geeft hij het voorbeeld, dat bierbrouwer B levert aan caféhouder C, hoewel B weet, dat C zich jegens bierbrouwer A heeft verbonden alleen van A bier te betrekken.

onrechtmatig door de eenvoudige *kennis* van het bestaan van een exclusiviteitscontract, maar enkel door het *aanzetten* tot contractbreuk — zei: „Of dat onderscheid wel realistisch is, wordt in de rechtsleer algemeen betwijfeld”.

Hoewel ik van deze twijfel in Nederland nog niet veel gemerkt heb, sluit ik mij gaarne bij de twijfelaars aan, onder toevoeging evenwel, dat een ander onderscheid mij wél relevant voorkomt. Wanneer men (terecht) de eis handhaaft, dat profiteren alleen onrechtmatig kan zijn, indien dit *regelmatig* geschiedt, kan men niet meer zeggen, dat in het ene geval de contractbreuk anterieur is aan het profiteren en in het andere het uitlokken aan de contractbreuk, en dat dit chronologische verschil ook een logisch verschil in waardering zou impliceren. Profiteren van contractbreuk in het verleden betekent uitlokken voor de toekomst.

Daarentegen heeft het onderscheid tussen profiteren van de contractbreuk van de wederpartij of van een verdere voorman wél betekenis. Thans staat men op het standpunt, dat het onverschillig is, of de doorbreker profiteert van de contractbreuk van degene, van wie hij rechtstreeks betreft, dan wel, of de contractbreuk reeds in een eerdere schakel heeft plaats gevonden⁸⁹. Ik meen echter, dat dit wel degelijk verschil behoort te maken. Het spreekt meer aan, wanneer men betoogt, dat de van een derde te vergen zorgvuldigheid niet zo ver gaat, dat men rekening moet houden met de contractbreuk van een verdere voorman van een voorman, dan dat men, geheel in het algemeen, betoogt, dat het niet te vergen is, dat men eens anders verkoopsorganisatie ontziet, zelfs al zou deze zijn opgezet door de wederpartij van de contractbreker, die aan de profiteur rechtstreeks levert. Wanneer men uitlokking van eens anders contractbreuk eerder onrechtmatig acht dan het profiteren ervan, dan bedenke men, dat uitlokken van contractbreuk steeds inhoudt een directe relatie met de contractbreker, zodat daar niet de mogelijkheid bestaat, dat de contractbreuk gelegen is in een eerdere schakel. Daarin, in die directe relatie tussen „uitlokker” en „uitgelokte”, is eerder de ons aansprekende onrechtmatigheid gelegen dan

⁸⁹ H.R. 11 nov. 1937/1096 (Kolynos); Beerman, blz. 172, onder verwijzing naar de in dit opzicht gelijke Duitse rechtspraak; J. J. M. van der Ven, blz. 84.

in het niet te handhaven verschil tussen uitlokken en profiteren.

Ik zou dus willen bepleiten een vervanging van het onderscheid tussen uitlokken en profiteren — het eerste steeds onrechtmatig, het tweede alleen onder bepaalde omstandigheden — door het onderscheid — met dezelfde functie t.a.v. de onrechtmatigheid — tussen begunstiging van de contractbreuk van de rechtstreekse voorman jegens diens contractpartij enerzijds en begunstiging van een contractbreuk door een verdere voorman in een eerdere schakel anderzijds. Daarbij dient uiteraard het tussenbeide komen van een stroman te worden genegeerd.

Tegen dit voorstel zou het bezwaar kunnen worden gemaakt, dat aldus de juist door mij bepleite eenheid van de gehele verkoopsorganisatie in het gedrang komt. Hieraan kom ik echter tegemoet door een tweede voorstel, dat tegelijk m.i. een bijdrage is tot het aantasten van de kern van het euvel — voorzover het een euvel is — van de doorbreking van een verkoopsorganisatie, namelijk de opsporing van het lek. Wanneer vaak, o.a. met een beroep op art. 1376 B.W., een bezwaar wordt gemaakt tegen het aannemen van een onrechtmatige daad door een derde, die profiteert van eens anders contractbreuk, dan geschiedt dit, als ik goed zie, vooral ook op grond van deze overweging, dat men het niet juist acht die derde de dupe te laten worden van een noodsprong, waartoe de getergde fabrikant zijn toevlucht neemt: een noodsprong op de derde, omdat datgene, wat de fabrikant eigenlijk had willen doen, onmogelijk is, namelijk de contractbreker zelf aanspreken⁹⁰. Dat kan hij niet doen, omdat de contractbreker vaak onvindbaar is. De noodzaak om de derde in de rechtsstrijd te betrekken, doet zich vooral voor, omdat de contractbreker onvindbaar is; deze noodzaak zou dus grotendeels verdwijnen, wanneer

⁹⁰ Concl. P.G. Langemeijer voor H.R. 12 jan. 1962 N.J. 1962/246, blz. 798: „Ik denk hier enerzijds aan de grotere of geringere mogelijkheid voor de benadeelde om zijn schade op de wanprestatie plegende schuldenaar te verhalen. Waar die er is, bestaat enerzijds aan een actie tegen de derde weinig behoefte, en behoeft anderzijds deze zijn verantwoordelijkheid jegens de gedupeerde althans iets minder zwaar te voelen”.

men de mogelijkheden schiep om vaker de contractbreker zelf te vinden ⁹¹.

Daartoe doe ik twee voorstellen. In de eerste plaats dient m.i., zoals wij reeds in de aanvang van deze par. zagen, te worden bepaald, dat het verwijderen van controlestroken onrechtmatig is. In de tweede plaats moet bevorderd worden, dat de doorbreker door het noemen van zijn voorman het de fabrikant mogelijk maakt de contractbreker te vinden. Daartoe bepleit ik geen directe denuntiatieplicht, maar wel een indirecte dwang door een *gedeeltelijke* omkering van de bewijslast ten nadele van de zwijgende doorbreker. De prijsbreker, die zijn voorman weigert te noemen, heeft blijkbaar iets te verbergen. Dan wordt hij behoudens tegenbewijs vermoed stelselmatig en rechtstreeks te hebben gekocht van de contractbreker en zulks desbewust te hebben gedaan. Geeft hij zijn voorman op, dan vervalt deze omkering van de bewijslast. De fabrikant moet dan t.a.v. deze beide punten bewijs gaan leveren, maar waarschijnlijk zal hij hiervan afzien en zich onmiddellijk tot de aangegeven voorman wenden. Daar kan zich dezelfde procedure herhalen. Het komt mij voor, dat dit systeem in overeenstemming is met hetgeen reeds in enkele rechterlijke uitspraken tot uiting komt en elders leeft ⁹² en enerzijds nog voldoende vrijheid laat aan de prijsbreker (slechts gedeeltelijk omgekeerde bewijslast met mogelijkheid van tegenbewijs) om in Nederland aanvaardbaar te zijn en anderzijds voldoende druk uitoefent om effectief te zijn.

⁹¹ Rb. Rotterdam 28 febr. 1928 W.11891, besproken door Vorstman, blz. 35-36 en Mr A. D. Belinfante, Themis 1938, blz. 377-379.

⁹² Zie van Goudoever, blz. 502: „De derde moet de schade beteren, welke de fabrikant daarvan zou hebben, dat hij, mede door toedoen van den derde, in verband b.v. met het verwijderen van controlenummers, zijn rechten tegen zijn debiteuren niet kan vervolgen. Hier is dus eens — voor den derde — spreken goud”. Hof Leeuwarden 19 maart 1941 N.J. 1941/759, vernietigend Pres. Rb. Leeuwarden 8 febr. 1940 N.J. 1940/566; Pres. Rb. Rotterdam 20 april 1953 N.J. 1954/434, W.P.N.R. 4445; Reimer, blz. 571; Baumbach-Hefermehl, blz. 348 en de aldaar vermelde Duitse rechtspraak; zie omtrent een indirecte denuntiatieplicht in ander verband art. 4 aanhef en onder b van het Zwitserse Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb, hierachter onder de bijlagen opgenomen.

Men krijgt dan globaal het volgende stelsel:

1. Hij, door wiens schuld aan een ander schade wordt toegebracht, doordat hij de contractbreuk van een derde uitlokt, pleegt een onrechtmatige daad en is verplicht de uit die daad voortvloeiende schade te vergoeden.

2. Hij, door wiens schuld aan een ander schade wordt toegebracht, doordat hij van de contractbreuk van zijn onmiddellijke rechtsvoorganger profiteert, terwijl deze contractbreuk hem bekend was of kon zijn, pleegt een onrechtmatige daad enz.

3. Hij, door wiens schuld aan een ander schade wordt toegebracht, doordat hij desbewust profiteert van de contractbreuk van een derde, pleegt een onrechtmatige daad, indien hij zulks doet onder bijkomende omstandigheden, waardoor zijn handelen indruist tegen de zorgvuldigheid enz. Dit laatste zal het geval zijn, indien dit profiteren stelselmatig en bedrijfsmatig geschiedt. Heeft het profiteren van eens anders contractbreuk betrekking op een verkoopsorganisatie, dan wordt de fabrikant of alleen-importeur slechts geacht schade te lijden, indien zijn verkoopsorganisatie dreigt te worden ondermijnd, doordat degene, die van contractbreuk profiteert, ongeoorloofde mededinging aandoet aan degenen, die wél aan de verkoopsorganisatie zijn gebonden, en hij zich daardoor een voorsprong op zijn mededingers verschaft, die deze anderen slechts weer kunnen inhalen door eveneens contractbreuk t.a.v. de verkoopsorganisatie te gaan plegen.

4. Indien de gelaedeerde stelt, dat hij schade heeft geleden, doordat de dader profiteert van eens anders contractbreuk, wordt de aangesprokene vermoed stelselmatig en bedrijfsmatig te profiteren van een contractbreuk van zijn rechtstreekse voorman en daarmee ook bekend te zijn, indien de aangesprokene ondanks sommatie weigerachtig blijft zijn rechtsvoorganger of rechtsopvolger te noemen.

Voor het uitoefenen van de indirecte denuntatieplicht is geen proces nodig; een sommatie is voldoende. Voor het verwijt, dat ik een regel van materieel recht formuleer door gebruik te maken van regels van bewijslastverdeling, moge ik verwijzen naar blz. 91 hiervoor. Het stelsel kan niet mis-

bruikt worden door willekeurige buitenstaanders om achter handelsrelaties te komen, want bij weigering zou de nieuwsgierige fabrikant een procedure moeten beginnen tegen iemand, waarvan hij weet, dat hem niets te verwijten valt.

Terwijl door een verbod om controlestroken te verwijderen het rechercheren van bovenaf mogelijk wordt gemaakt, wordt door de indirecte denuntiatieplicht een rechercheren van onderop mogelijk gemaakt. Men kan zich immers, al naar de aard van het product, twee systemen voorstellen om de ware contractbreker te vinden:

a) van bovenaf bij producten, die genummerd kunnen worden, zoals radio's: men constateert verkoop beneden de vastgestelde prijs; men stelt het nummer van de aldus verkochte radio vast. Men gaat in eigen administratie na, aan wie de fabrikant de radio met dat nummer heeft verkocht. Die grossier wordt aangesproken en beticht van contractbreuk. Hij kan zich rechtvaardigen, door zijn contract over te leggen, waaruit blijkt, dat hij het contract heeft nageleefd, dus b.v. niet heeft geëxporteerd en wèl het beding omtrent vastgestelde prijzen heeft doorgegeven. De fabrikant weet dan meteen, aan wie de grossier heeft verkocht. Vervolgens wordt die rechtsopvolger aangesproken enz.

b) Van onderop rechercheren bij producten, die niet genummerd kunnen worden (zeep, margarine). Dus: men klimt op van de detaillist, bij wie men verkoop beneden de vastgestelde prijs constateert, via al zijn rechtsvoorgangers tot degene, die de contractbreuk pleegde.

Conclusie. T.a.v. het profiteren van eens anders contractbreuk is een wettelijke regeling in hoge mate gewenst, enerzijds omdat de rechtspraak op dit punt niet bevredigend is en anderzijds, omdat ook regelingen getroffen moeten worden, die niet door een verandering van de rechtspraak tot stand te brengen zouden zijn. In de eerste plaats dient verwijdering van controlestroken als een onrechtmatige daad te worden beschouwd. In de tweede plaats is het gewenst te bepalen, dat de rechter, die zijn oordeel over de al dan niet onrechtmatigheid van de doorbreking van een verkoopsorganisatie wil laten afhangen van de functie, die deze organisatie in het economisch en maatschappelijk verkeer vervult, verplicht is door middel van verwijzing deze vraag

eerst aan de administratie voor te leggen. Een eventuele afkeer van verticale prijsbinding moet los worden gezien van de *algemene* vraag, wanneer profiteren van eens anders wanprestatie (onverschillig, of dit is t.a.v. een verticale prijsbinding of t.a.v. een overeenkomst met een geheel andere inhoud) onrechtmatig is. In de derde plaats is het gewenst het onderscheid tussen het uitlokken en het profiteren van eens anders contractbreuk te laten vervallen en te doen vervangen door het onderscheid tussen begunstiging van de contractbreuk van de rechtstreekse voorman en begunstiging van de contractbreuk van een eerdere schakel in de distributieketen. In de vierde plaats is het gewenst een indirecte denuntiatieplicht op de prijsbreker en andere profiteurs van contractbreuk te leggen door een gedeeltelijke omkering van de bewijslast.

Par. 10. Voorsprong door wetsovertreding.

De laatste categorie van gevallen, die onder het algemene mededingingsrecht thuis horen, is die van het zich verschaffen van een voorsprong door overtreding van wettelijke voorschriften, die niet rechtstreeks de mededinger beogen te beschermen. Daarbij kan o.m. gedacht worden aan de Vestigingswet Bedrijven, de Winkelsluitingswet, de Loterijwet, de Warenwet, de Drankwet, de Waarborgwet, de Wet op het Afbetalingsbedrijf enz. Naarmate de ordening van het bedrijfsleven toeneemt, zal ook het aantal van deze voorschriften groeien ¹. Overtreding van deze voorschriften is ook uit een oogpunt van ongeoorloofde mededinging van belang, omdat de schender zich door zo'n wetsovertreding een ongerechtvaardigde voorsprong boven zijn mededingers kan verschaffen, die de mededingers, juist omdat de handeling rechtens verboden is, niet kunnen inhalen door de overtreder na te volgen.

Toekenning van een actie aan de benadeelde mededingers terzake van dergelijke wetsovertredingen stuit echter op twee moeilijkheden. In de eerste plaats zijn de overtreden normen niet rechtstreeks geschreven ter bescherming van de gelaedeerde mededingers, zodat toepassing van de Schutznormtheorie hier tot afwijzing zou moeten leiden. In de tweede plaats zijn in de meeste dier wetten reeds straf-

¹ Drucker-Bodenhausen, blz. 185; Pfeffer, blz. 353-354.

sancties opgenomen, zodat de vraag rijst of daarnaast een civielrechtelijke sanctie op zijn plaats is.

Relativiteitsleer en correctief van Langemeijer. Op het eerste punt behoef ik niet meer uitvoerig in te gaan, daar ik hiervoor kan verwijzen naar hoofdstuk I, par. 22. Voldoende is, dat juist *door* de wetsovertreding schade voor de mededingers dreigt of intreedt³. Toepassing van de leer Demogue-Besier betekent hier: het moet zo zijn, dat de concurrent juist *door* de wetsovertreding in staat is zich een voorsprong te verschaffen en daardoor schade toe te brengen aan de concurrenten; als er wèl gelijktijdig of voorafgaand een wetsovertreding plaatsvindt, doch deze geen invloed heeft op de mogelijkheid om schade aan derden te veroorzaken, dan is deze voor de ongeoorloofde mededinging irrelevant. Aldus worden geëlimineerd degenen, die door de wetsovertreding van de ander geen schade lijden of dreigen te lijden. Terecht merkte Pfeffer⁴ op, dat een vergelijking tussen vestiging zonder vergunning en rijden zonder rijbewijs faalt. Wie zonder rijbewijs rijdt, benadeelt niemand. Dat doet hij slechts, als hij een verkeersfout maakt en daarbij iemand aanrijdt. Indien iemand zich zonder vergunning vestigt, ondervinden zijn mededingers nadeel. Dan rijst nog een tweede vraag: inderdaad ondervinden zijn mededingers nadeel, maar zij zouden even veel nadeel hebben geleden, indien zich een concurrent mèt vergunning zou hebben gevestigd⁵. In beide gevallen zou schade zijn geleden, maar dit element is op het terrein van de ongeoorloofde mededinging alleen een negatief, geen positief criterium. In het eerste geval werkt de rechtvaardigingsgrond van het handelen in mededinging niet, in het tweede wel.

Onjuist is de opvatting, dat een mededinger aan een wets-

² Zie blz. 41-50 hiervoor.

³ Mr H. Pfeffer, De N.V. 1940/1941, blz. 16: niet nodig is, dat een ander, die eist, dat hij, die zich zonder vergunning gevestigd heeft, zijn bedrijf stopt, zelf reeds schade heeft geleden. Voldoende is de waarschijnlijkheid van schade. Alleen indien er geen mogelijkheid van schade voor *deze* mededinger is, dan heeft hij geen actie. Vgl. echter Hof Den Bosch, 17 april 1962, N.J. 1962/503.

⁴ Mr H. Pfeffer, De N.V. 1940/1941, blz. 15.

⁵ Prof. Mr J. M. Polak, S.E.W. 1952/1953, blz. 336; Prof. Mr G. de Grooth, W.P.N.R. 4222; Rb. Zwolle 27 april 1949 N.J. 1950/491.

overtreding door een concurrent alleen een actie ontleent, indien de overtreden norm geschreven is rechtstreeks ter bescherming van de gelaedeerde mededinger⁶. Zo wil Veldkamp t.a.p. in het hiervoor op blz. 44-45 gegeven voorbeeld van de twee concurrenten, waarvan één voor zijn rijbewijs zakt en dan zonder rijbewijs gaat rijden, aan de mededinger geen actie toekennen. A heeft met het rijden zonder rijbewijs van B niets te maken. Dat heeft hij echter wel, indien men er van uitgaat, dat het een mededinger niet vrijstaat zich een voorsprong te verschaffen op een mededinger door een wetsovertreding, en wel — ik citeer Langemeijer⁷ — een voorsprong, die hij, *gegeven zijn hulpmiddelen*, niet langs wettige weg (tenzij wellicht met onvergelijklijk groter inspanning) zou kunnen verkrijgen. Men denke ook aan het geval van de mededinger, die zich een voorsprong verschaft door belastingfraude. Zich een voorsprong verschaffen bij een gelijk uitgangspunt is hetzelfde als achterstand inhalen bij een ongelijk uitgangspunt. Is er een natuurlijk ongelijk uitgangspunt, b.v. door slechte ogen, grotere handelskwaliteiten, beter personeel, gunstiger ligging, dan staat het een mededinger uiteraard vrij dit natuurlijke voordeel voor hem uit te buiten, evenals het zijn concurrent vrijstaat te trachten deze voorsprong weer in te halen. Wanneer dan echter de ander tracht deze natuurlijke voorsprong gelijk te trekken door wetsovertreding, dan lijdt A schade door ongeoorloofde mededinging. Zowel het rijden zonder rijbewijs als de belastingontduiking hebben twee aspecten: een algemeen aspect — veiligheid van verkeer resp. bijdragen aan de openbare financiën — en een particulier aspect tegenover de mededingers. Wanneer de overheid om welke reden ook niet tot vervolging overgaat, is er geen reden, waarom de benadeelde mededinger dit machteloos moet aanzien. Voor ware aanhangers van de Schutznormtheorie moet dit wel als ketterij in de oren klinken.

Onjuist is ook de opvatting⁸, dat onvoldoende zou zijn

⁶ Aldus ten onrechte Baumbach-Hefermehl, blz. 106, maar op blz. 320-325 komt hij hierop grotendeels terug. Ook Veldkamp, blz. 111-113 wil lang niet aan iedere benadeelde mededinger een actie toekennen. Als in de tekst echter Vorstman, blz. 102.

⁷ Mr. G. E. Langemeijer, N.J.B. 1934, blz. 617, geciteerd op blz. 46 hiervoor.

⁸ Verdedigd door Baumbach-Hefermehl, blz. 325.

een causaal verband tussen de wetsovertreding en de schade voor de mededinger en daarnaast schuld van de overtreder, maar dat bovendien opzet zou zijn vereist in die zin, dat de overtreder opzettelijk het verbod moet hebben overtreden om zich in de concurrentiestrijd een voorsprong te verschaffen. Ik zie niet in, waarom hier, in tegenstelling tot overal elders op het terrein van de onrechtmatige daad, de eis van opzet zou moeten worden gesteld.

Onjuist tenslotte is het de vraag van de onrechtmatigheid van de wetsovertreding tegenover de mededinger te laten afhangen van een onderscheiding van de aard van de overtreden norm. Baumbach-Hefermehl⁹ onderscheidt in dit verband, of de overtreden norm zedelijke waarde heeft of slechts uit doelmatigheidsoverwegingen ordent (zoals deviezenrecht). Hij acht het verkrijgen van een voorsprong door handelen in strijd met een wettelijke bepaling, die slechts gegrond is op doelmatigheidsoverwegingen, niet onrechtmatig, met het m.i. onjuiste argument, dat de klant daardoor niet misleid wordt, en dat het een klant niet kan schelen, of de winkelier hierdoor b.v. een regel van orderingsrecht overtreedt. Dit laatste is juist. Het gaat er echter niet alleen om, of het de *consument* iets kan schelen, maar ook of het de *concurrent* iets kan schelen, en dit laatste is uiteraard wèl het geval. Ik herinner weer aan de beide in hoofdstuk I, par. 1 besproken aspecten van het mededingingsrecht: bescherming van de belangen van consumenten en bescherming van concurrenten tegen schade door handelingen van andere concurrenten, voorzover niet gerechtvaardigd. De consumenten worden mede beschermd door een actie van de concurrenten toe te staan¹⁰.

Het desondanks toekennen van een actie aan de benadeelde mededingers bij overtreding door een concurrent van een niet ter bescherming van de mededingers geschreven norm wordt met handhaving van de Schutznormtheorie mogelijk gemaakt door de eveneens reeds in hoofdstuk II par. 2 besproken werking van het correctief van Langemeijer. Dorhout Mees¹¹ merkt hieromtrent niet onaardig op: „In wezen wordt hier m.i. een nuttige uitzondering op de relati-

⁹ Baumbach-Hefermehl, blz. 320-323.

¹⁰ Zie omtrent het driehoeksaspect (concurrent A - publiek - concurrent B) in Engeland: Berkhouwer, blz. 47.

¹¹ Dorhout Mees, no. 446.

viteitsregel toegelaten die wellicht meer toepassing zal vinden dan de regel zelf". Dit correctief kan echter m.i. geen redding brengen in de gevallen, dat de wetsovertreding niet samenvalt met het toebrengen van schade, doch hieraan voorafgaat (b.v. belastingontduiking, verkeersovertreding door rijden zonder rijbewijs). Ook met toepassing van het correctief van Langemeijer zal men m.i. niet kunnen volhouden, dat hier nog een tweede norm is overtreden, die het gelaedeerde belang wèl beschermt. Maar wèl wordt — in de gedachte van Demogue-Besier — juist *door* de overtreding de schade — weliswaar niet veroorzaakt, maar wèl — mogelijk gemaakt.

Ook hier komen beide euvels van de Schutznormtheorie weer naar voren: niet alleen het (eerste) euvel, dat het gewenst kan zijn een actie aan de benadeelde toe te kennen, hoewel de overtreden norm niet ter bescherming van het gelaedeerde belang geschreven is, maar ook, omgekeerd, het tweede euvel, dat het gewenst kan zijn tegen de dader geen actie toe te kennen, hoewel de door hem overtreden norm wèl ter bescherming van het gelaedeerde belang geschreven is ¹². Ten aanzien van het eerste euvel kan de situatie zelfs zo sterk zijn, dat de dader een strafrechtelijke norm heeft overtreden, die niet ter bescherming van de mededingers is geschreven, en dat strafrechtelijk ontslag van rechtsvervolgging dient te worden uitgesproken, doch een civielrechtelijke veroordeling ten verzoeken van de gedupeerde mededingers terzake van hetzelfde feit mogelijk is. Zie b.v. het geval, berecht door Rb. Den Haag ¹³, waarin de raadsman van de verdachte had betoogd, dat de verdachte had gehandeld in overmacht, doordat zij, zich aanvankelijk stipt houdende aan de afbetalingsvoorschriften, haar klanten zag

¹² Vgl. H.R. 1 maart 1963 N.J.B. 1963, blz. 191: het feit, dat iemand strafrechtelijk als dader terzake van overtreding van art. 10 derde lid jo. art. 31 Veiligheidswet veroordeeld is, behoeft nog niet te betekenen, dat dezelfde persoon civielrechtelijk aansprakelijk is terzake van de schade door een dodelijk ongeval, overkomen aan iemand, ter bescherming van wie mede de Veiligheidswet is geschreven.

¹³ Rb. Den Haag 30 juni 1960 S.E.W. 1960, blz. 278; idem Prof. Mr. A. Mulder, De Wet op de Economische Delicten, blz. 278 e.v. omtrent de Wet tijdelijke regeling van de afbetaling: een vage, algemene bewering over het optreden van *de* concurrentie levert geen overmacht op.

afvloeien naar haar concurrenten, die, daartoe in staat gesteld door het falen van de wetgever, op allerlei manieren die voorschriften ontduiken, hetgeen voor een onderneming met een vaste klantenkring als dat van verdachte funest was. Om verder verlies van klanten te voorkomen zag de verdachte, aldus de raadsman, zich genoodzaakt de hand te lichten met de afbetalingsvoorschriften. De Rechtbank verwierp dit verweer, nu toch het teruglopen van de omzet in verdachte's onderneming tengevolge van minder oirbare handelingen van concurrerende firma's niet een zodanige toestand oplevert, dat verdachte daartoe in een positie van overmacht zou worden gemanoeuvreerd. Aldus de Rechtbank te Den Haag. Men kan zich echter minstens even goed voorstellen, dat hier wèl een beroep op overmacht zou zijn aanvaard. Strafrechtelijk zou dan ontslag van rechtsvervolging zijn uitgesproken, doch civielrechtelijk ware een veroordeling mogelijk gebleven terzake van ongeoorloofde mededinging. Weliswaar zou dan wellicht ook civielrechtelijk overmacht zijn aanvaard, doch dit is een schulduitsluitingsgrond, zodat deze alleen aan een veroordeling tot schadevergoeding, niet tot verbod in de weg staat. Evenals een fabrikant geen actie uit onrechtmatige daad kan instellen terzake van doorbreking van zijn verkoopsorganisatie, wanneer deze niet „lückenlos" is, zo mist de overheid m.i. ook de bevoegdheid om tot bestraffing over te gaan terzake van overtreding van een voorschrift, dat voor alle mededingers geldt, indien de concurrenten dit voorschrift in de praktijk straffeloos kunnen overtreden of ontduiken, hetzij door een gebrekkige wetstekst, hetzij door een gebrekkig vervolgingsbeleid. Ook t.a.v. het door Rb. Den Haag berechte geval gold weer: de Wet op het Afbetalingsbedrijf is geen Schutznorm, maar overtreding ervan kan wèl ongeoorloofde mededinging opleveren.

Civilrechtelijke sanctie naast strafsanctie? Zoals in de aanvang van deze par. reeds werd gezegd, bestaat de tweede moeilijkheid bij het toekennen van een actie aan de benadeelde mededingers terzake van overtreding van strafrechtelijke normen hierin, dat de vraag rijst, of naast de strafsanctie nog een civilrechtelijke sanctie op zijn plaats is. Zo kan in zeer ernstige gevallen van economische delicten de stillegging van een bedrijf worden gelast. Hetzelfde

resultaat kan echter civielrechtelijk bereikt worden door de eerste de beste mededinger, die door deze wetsovertreding benadeeld is. J. M. Polak ¹⁴ zegt hieromtrent: civielrechtelijke handhaving komt vaak neer op een civielrechtelijke straf. De rechter voelt onbewust, dat hij eigenlijk op het terrein van de strafrechter komt. Vandaar zijn tegenzin om in deze materie de leer van de relativiteit van de onrechtmatige daad in een voor de concurrenten gunstige zin toe te passen. Ik merk hierbij op, dat in die gevallen de Schutznormtheorie dan niet vanwege haar juistheid maar wegens andere motieven wordt toegepast. Zolang niet als uitdrukkelijke bedoeling van de wetgever blijkt, dat deze terzake van een bepaald feit alleen een strafrechtelijke sanctie wenst, kan aan de benadeelde mededinger niet het recht worden ontzegd om die acties in te stellen, die hij ook bij een minder goed gevuld strafrechtelijk arsenaal had kunnen entameren. Dan dient de variabele strafsanctie zich aan te passen bij de vrij starre civielrechtelijke sanctie, niet omgekeerd (vgl. de dubbele sanctie op belastingfraude: strafrechtelijk en fiscaal) ¹⁵.

Vestigingswet Bedrijven. Op het terrein van de strafrechtelijke normen, wier overtreding ongeoorloofde mededinging kan opleveren, neemt de Vestigingswet Bedrijven, de opvolgster van de Vestigingswet Kleinbedrijf, een belangrijke en ook een enigszins bijzondere plaats in. Er is een rijke rechtspraak omtrent de vraag, of vestiging zonder in het bezit te zijn van een vestigingsvergunning, tevens een vorm van ongeoorloofde mededinging is jegens de ter plaatse wél bevoegd gevestigde bedrijfsgenoten, een vraag, die in de lagere rechtspraak soms ontkennend ¹⁶, dan weer be-

¹⁴ Prof. Mr J. M. Polak, S.E.W. 1952/1953, blz. 338 en J. M. Polak I en aldaar noot 9. Idem Hof Amsterdam 2 jan. 1958 N.J. 1958/82: in kort geding kan geen verbod tot bedrijfsuitoefening worden gevorderd, nu strafrechtelijke stillegging van een bedrijf ultimum remedium is; bedrijfsgenoten moeten volstaan met zo nodig beklag te doen bij het Hof ex art. 12 Sv. Hoe echter, indien niet in kort geding, maar in een gewone procedure een verbod wordt gevraagd?

¹⁵ Idem H.R. 30 okt. 1959 N.J. 1961/574, S.E.W. 1960, blz. 20.

¹⁶ Zie b.v. Hof Den Bosch 21 okt. 1952 N.J. 1953/255, W.P.N.R. 4375; Hof Den Bosch 8 jan. 1953 N.J. 1953/671, W.P.N.R. 4375; Pres. Rb. Rotterdam 7 nov. 1957 N.J. 1958/222; Hof Den Haag, 19 febr. 1958 N.J. 1959/42.

vestigend¹⁷ werd beantwoord. De rechtspraak op de Vestigingswet Kleinbedrijf en op de Vestigingswet Bedrijven neemt echter een bijzondere plaats in, omdat men hier niet met het correctief van Langemeijer heeft behoeven te werken om tot ongeoorloofde mededinging te kunnen besluiten: men behoefde niet te werken met een tweede, ongeschreven norm, die wèl het gelaedeerde belang beschermt, omdat de Hoge Raad¹⁸ terecht heeft aangenomen, dat de beide Vestigingswetten niet alleen tot strekking hadden tot een verheffing van de middenstand te komen door het stellen van eisen van vakbekwaamheid en credietwaardigheid maar tevens om overbezetting in de middenstand en ongebreidelde concurrentie tegen te gaan. Dit laatste doel heeft de wetgever echter willen bereiken langs een andere, minder directe weg dan door inschakeling van het behoefte-element. Dit alles wordt door de Hoge Raad overtuigend uiteengezet aan de hand van de parlementaire geschiedenis (Memorie van Toelichting en debat Tweede Kamer t.a.v. de Vestigingswet Kleinbedrijf; bij de vervanging hiervan door de Vestigingswet Bedrijven is niet van een gewijzigde opvatting van de wetgever gebleken). Onjuist is de opvatting¹⁹ de strekking van de wet alleen te willen afleiden uit de toegepaste maatstaven van vakbekwaamheid en credietwaardigheid. Deze criteria wijzen slechts op één van de doelstellingen van deze wetten; zij dienen echter tevens als (indirect) middel ter bereiking van een tweede doel: tegen- gaan van overmatige concurrentie. Even onjuist is de opvatting, dat het verschil zou maken, of de mededinger zonder vergunning zich vestigt, terwijl hij niet voldoet aan de

¹⁷ Zie b.v. Pres. Rb. Middelburg 12 maart 1956 N.J. 1956/498; Pres. Rb. Breda 7 jan. 1958 N.J. 1958/42.

¹⁸ H.R. 30 okt. 1959 N.J. 1961/574, S.E.W. 1960, blz. 20 en het daarbij bevestigde arrest van Hof Arnhem; idem Mr H. Pfeffer, De N.V. 1940/1941, blz. 16 en J. M. Polak I; Berkhouwer, blz. 39 komt echter tot hetzelfde resultaat door toepassing van het correctief van Langemeijer. Anders B.G.H. 5 mei 1959, Wirtschaft und Wettbewerb, 1960, blz. 193, besproken door Mr J. Peters, S.E.W. 1960, blz. 167 e.v.: vestiging in strijd met een vestigingsverbod wordt in het algemeen in de Duitse Bondsrepubliek geen onrechtmatige daad geacht jegens de reeds bevoegd gevestigde concurrenten.

¹⁹ Verdedigd o.a. door Veldkamp, blz. 111; Pres. Rb. Arnhem 6 april 1939 N.J. 1939/953; Hof Amsterdam 2 jan. 1958 N.J. 1958/82.

eisen om een vergunning te verkrijgen, dan wel, terwijl hij materieel aan die eisen wèl voldoet doch slechts niet in het bezit is van de vergunning en overige officiële stukken. Zo is beslist ²⁰, dat vestiging zonder vergunning slechts dan een vorm van ongeoorloofde mededinging jegens de andere bedrijfsgenoten kan zijn, indien de nieuwkomer werkelijk de vereiste bekwaamheid, credietwaardigheid of betrouwbaarheid mist. Terecht is deze opvatting door Pfeffer en Peters ²¹ bestreden. In de eerste plaats kan de rechter niet rekening houden met het feit, dat de gedaagde materieel wèl aan de eisen voldoet: hij zou dan op de plaats van de examinerator of van de administratie gaan staan. De wet stelt nu eenmaal de geobjectiveerde eis van een diploma, zodat slechts de vraag zou kunnen spelen, als men, in het bezit van het diploma en de overige stukken, heeft nagelaten om formeel vergunning aan te vragen. In de tweede plaats kan men even goed omgekeerd redeneren: hoe beter de concurrent aan de eisen van vakbekwaamheid en credietwaardigheid voldoet, des te gevaarlijker concurrent zal hij zijn, dus des te meer schade zal hij toebrengen. Wat het B.G.H. als een uitzondering beschouwt, zal juist regel zijn: door het achterwege laten van een voorgeschreven opleiding of van het aantrekken van een bevoegde, dus duurdere kracht, krijgt men een voorsprong op de mededingers in tijd of in beperking aan de uitgaven-zijde.

Andere wetten met strafsancities. Op het terrein van andere wetten is herhaaldelijk beslist ²², dat overtreding hiervan

²⁰ Hof Den Bosch 8 jan. 1953 N.J. 1953/671; B.G.H. 5 mei 1959, hiervoor in noot 18 geciteerd.

²¹ Mr H. Pfeffer, De N.V. 1940/1941, blz. 15; Mr J. Peters, S.E.W. 1960, blz. 170.

²² Hof Den Bosch 25 nov. 1930 N.J. 1931 blz. 635, geciteerd door Veldkamp, blz. 107-108: concurrentie tussen een tramwegmij. en een autobusdienst, welke laatste zonder concessie reed. Eis tot schadevergoeding. Rb.: art. 1 der wet op de openbare middelen van vervoer beschermt de geconcessioneerde onderneming. Hof: concessionaris heeft concessie verkregen dankzij opofferingen. De ander exploiteert zonder vergunning, dus zonder aan enige voorwaarde te voldoen of zonder tot enige opoffering gehouden te zijn, een autobus-onderneming. Dit is unfair en gevaarlijke concurrentie.

H.R. 19 juni 1931 N.J. 1931 blz. 1303, cassatie verworpen tegen Hof Den Bosch 25 nov. 1930 N.J. 1931, blz. 635, besproken door

— zo de overtreden norm al niet reeds (mede) de bescherming van de mededingers tot strekking heeft — door een concurrent, die daardoor een voorsprong verkrijgt op zijn mededingers en daardoor aan hen schade toebrengt, een vorm van ongeoorloofde mededinging is, waardoor een (tweede) ongeschreven norm wordt overtreden, die wèl ter bescherming van de gedupeerde mededingers is geschreven (correctief van Langemeijer). Hier is vooral van belang het

Veldkamp, blz. 108 en Mr R. A. Vos, N.J.B. 1934, blz. 668: art. 1 der Wet op de openbare middelen van vervoer heeft de strekking te beletten, dat aan geconcessioneerde ondernemingen schade wordt toegebracht door autobusdiensten, die zonder vergunning worden geëxploiteerd. Dit art. dient dus tot bescherming van de concessionaris tegen ongebreidelde en schadelijke concurrentie.

Rb. Amsterdam 13 sept. 1938 N.J. 1938/914, met instemming besproken door Veldkamp, blz. 108-109: concurrentiestrijd tussen autobusonderneming zonder vergunning en geconcessioneerde tramwegdienst (Wet Openbare Vervoermiddelen art. 1). Onrechtmatige daad jegens tram. Oneerlijke mededinging door wetsovertreding. Bovendien oneerlijke voorsprong, doordat de tram voorwaarden, aan de concessie verbonden, moet naleven.

Rb. Groningen 16 sept. 1955 N.J. 1956/571: onrechtmatige daad ener chemische fabriek, die geen Hinderwetvergunning heeft, tegenover omwonenden, bestaande in het verstuiven van chemicaliën, waardoor die omwonenden ernstige hinder ondervinden. Bevel tot staking van die verstuuingshandelingen, terecht echter *niet* ook tot staking van de fabricage, opslag en bewerking der chemische stoffen, nu de fabriek reeds maatregelen nam tot vermindering van de overlast. (Ook afgezien van de slotbijzin, zou dit laatste verbod te ver gaan, omdat de schade alleen veroorzaakt wordt door de verstuuingshandelingen, niet door eerdere of andere productiefasen. Dient de Hinderwet niet juist ter bescherming van omwonenden?).

Anders echter:

Pres. Rb. Arnhem 30 okt. 1933 N.J. 1934, blz. 415, ten onrechte instemmend besproken door Veldkamp, blz. 110: beurtschipper, die vaart zonder ontheffing van art. 7 der Wet op de Evenredige Vrachtverdeling, pleegt geen onrechtmatige daad jegens de andere beurtschippers. Deze wet heeft niet de strekking beurtschippers tegen oneerlijke concurrentie te beschermen. Pres. past niet het correctief van Langemeijer toe.

Hof Den Bosch 23 april 1957 N.J. 1957/548 (onbevoegde uitoefening van tandheelkunde).

Voetelink, blz. 149 wees nog op art. 4 van het tijdens de bezetingsjaren geldende Advertentiebesluit 1942, dat o.m. bepaalde, dat advertenties in nieuwsbladen en tijdschriften zakelijk en zonder kennelijke misleiding of overdrijving behoorden te zijn, terwijl zij niets mochten inhouden, dat de eer of het welzijn van een ander wederrechtelijk aantastte of zijn goede naam kwetste. Niets is echter gebleken van een civiele actie, op overtreding hiervan gebaseerd.

tandartsarrest²³: de wet van 24 juni 1876 strekt alleen ter bescherming van de volksgezondheid. De onbevoegde beroepsuitoefening is dan ook tegenover bevoegde tandartsen niet reeds onrechtmatig op de enkele grond, dat de wet daardoor wordt overtreden. De omstandigheid, dat zekere handeling moet worden nagelaten m.h.o. op het belang, ter bescherming waarvan de wet haar verbiedt, sluit echter, aldus terecht de Hoge Raad, geenszins uit — behoudens het geval, dat uit de wet anders volgt —, dat bij niet nalaten der verboden handeling het feit der daarin gelegen wetsovertreding een factor kan zijn, welke mede weegt om deze gedraging, waardoor anderen worden benadeeld, te veroordelen vanuit het gezichtspunt ener betamende zorgvuldigheid in het verkeer t.o.v. eens anders goed. Gelet op de bijzondere betekenis, welke in het licht van de gegeven wettelijke regeling kan worden toegekend aan het belang van de bevoegde tandartsen bij het uitblijven van een wets-overtreding als de onderhavige, kunnen de feiten en omstandigheden van het geval voldoende grond geven om te beslissen, dat de handelwijze van verweerder (die onbevoegdelijk de tandheelkundige praktijk uitoefent) onrechtmatig is jegens eisers (bevoegde tandartsen ter plaatse) wegens strijd met een ongeschreven verkeersnorm, welke hen tegen mededinging van een onbevoegde beschermt.

Optreden van Vakgroep. Vooral t.a.v. de Vestigingswetten is de vraag gerezen, of naast of namens de benadeelde bedrijfsgenoten ook een vakgroep of een vereniging van bedrijfsgenoten als eiser kan optreden. Lange tijd is de rechtspraak op dit punt onzeker geweest²⁴, maar thans wordt algemeen aangenomen, dat een vakgroep of vereniging van bedrijfsgenoten tot een zodanige actie bevoegd is, indien de statuten van de vereniging inhouden, dat de vereniging

²³ H.R. 17 jan. 1958 N.J. 1961/568, besproken door Dorhout Mees no. 446. Zie ook Hof Den Bosch 3 maart 1959 N.J. 1959/545 en Hof Den Bosch 17 april 1962 N.J. 1962/503.

²⁴ Zie de rechtspraak in uiteenlopende zin, geciteerd bij Drucker-Bodenhausen, blz. 185 en Prof. Mr J. M. Polak, S.E.W. 1952/1953, blz. 337. Een actie van een vakgroep werd o.a. toegestaan door Hof Den Bosch 31 mei 1949 N.J. 1950/411, W.P.N.R. 4222, Hof Den Haag 14 febr. 1951 N.J. 1951/632, W.P.N.R. 4266, Hof Arnhem 17 april 1951 N.J. 1951/691, W.P.N.R. 4266 en Rb. Breda 19 juni 1951, W.P.N.R. 4311.

(mede) ten doel heeft om de economische belangen van haar leden te behartigen²⁵. De vakgroep of vereniging kan een verbod vragen, elders zelfs ook vergoeding van morele schade²⁶. Toekenning van een actie aan een vakgroep of vereniging van bedrijfsgenoten is doelmatig en afwijzing ervan in strijd met art. 10 ter Unieverdrag van Parijs²⁷. De individuele bedrijfsgenoot zou niet altijd kunnen aantonen, dat de vestiging zonder vergunning in het bijzonder t.o.v. *hem* onrechtmatig is, en dat juist hij (en niet slechts de andere ter plaatse bevoegd gevestigde bedrijfsgenoten) door de onbevoegde vestiging schade dreigt te gaan lijden²⁸.

Conclusie. De conclusie uit het voorgaande is, dat de rechtspraak op dit terrein na lange aarzelingen thans over het geheel zeer bevredigend is. Een wettelijke regeling zou t.a.v. dit punt niet strikt noodzakelijk zijn, maar het is wel gewenst, dat *in het algemeen* zou worden bepaald, dat overtreding van door straffen gesanctioneerde normen een vorm van ongeoorloofde mededinging kan zijn, indien een bedrijfsgenoot door deze overtreding zich een voorsprong verschafft boven zijn mededingers (w.o. begrepen het geval, dat hij een achterstand inhaalt) en daardoor weer aan die mededingers schade toebrengt.

²⁵ Prof. Mr J. M. Polak S.E.W. 1952/1953, blz. 299 e.v.; Berkhouwer, blz. 40; Prof. Mr G. de Grooth, W.P.N.R. 4266; Dorhout Mees, nos. 487-491; Reimer, blz. 807; G. Beguin, B.I.E. 1950, blz. 3.

²⁶ G. Beguin, B.I.E. 1950, blz. 3.

²⁷ Zie blz. 75-76 hiervoor.

²⁸ Vgl. Mr H. Pfeffer, De N.V. 1940/1941, blz. 14 n.a.v. Hof Amsterdam 16 nov. 1939.

HOOFDSTUK III

Bijzondere wetten betreffende mededingingsrecht.

Par. 1. Wet Economische Mededinging.

In dit derde hoofdstuk zal t.a.v. enige bijzondere wetten op het terrein van de mededinging worden nagegaan, of deze voldoende bescherming bieden aan de concurrenten en aan de consumenten. Ik beperk mij dus uitsluitend tot die punten, waar een nadere wettelijke voorziening gewenst is.

Begrip „mededingingsregeling”. T.a.v. de Wet Economische Mededinging heb ik slechts één wens: dat uitdrukkelijk in die wet wordt bepaald, dat een individuele verticale prijsbinding valt onder het begrip „mededingingsregeling” in de zin van art. 1 dier wet. In de schriftelijke stukken werd omtrent deze vraag gezwezen, zodat er een „dwaling” tussen regering en Tweede Kamer dreigde te rijzen, die voorkomen werd doordat de Tweede Kamer niet in zijn „onderzoekplicht”, de regering niet in haar „mededelingsplicht” tekort schoot. Toen bleek, dat de regering het even vanzelfsprekend achtte, dat ook een individuele verticale prijsbinding onder het begrip „mededingingsregeling” viel, als dat een deel van de Tweede Kamer het vanzelfsprekend achtte, dat dit niet het geval zou zijn. Om aan deze twijfel een einde te maken, diende de Heer Van Leeuwen een amendement in, dat tot strekking had uitdrukkelijk in de wet vast te leggen, dat een individuele verticale prijsbinding *niet* beschouwd moest worden als een „mededingingsregeling”. Zijn standpunt was, dat een individuele verticale prijsbinding niet de mededinging beperkt tussen de fabrikanten van merkartikelen onderling — i.t.t. een horizontale prijsbinding —. Is er onvoldoende mededinging tussen fabrikanten van merkartikelen onderling, dan valt een individuele verticale prijsbinding samen met een „economische machtspositie” en daartegen kan dan op *die* grond volgens de W.E.M. worden opgetreden¹. De regering bestreed het

¹ Zie omtrent een „economische machtspositie” art. 24 W.E.M. Het is de vraag, of een individuele verticale prijsbinding onder een „economische machtspositie” gebracht kan worden, omdat hierbij aan monopolies of monopolioide posities is gedacht. De fabrikant van

amendement: het kan gewenst zijn, ook zonder dat er een „economische machtspositie” is, om in een individuele verticale prijsbinding in te grijpen. Ook zonder uitdrukkelijke bepaling zou een individuele verticale prijsbinding onder het begrip „mededingingsregeling” vallen. Blijkens art. 1 W.E.M. wordt hieronder verstaan: „een overeenkomst of burgerrechtelijk besluit, waarbij de economische mededinging tussen eigenaren van ondernemingen wordt geregeld”. Welnu, door een individuele verticale prijsbinding wordt de mededinging tussen de *detaillisten* geregeld. De wet eist slechts, dat de mededinging *tussen* eigenaren van ondernemingen wordt geregeld, de wet eist niet, dat deze regeling wordt opgesteld *door* eigenaren van ondernemingen. Het standpunt van de regering komt mij ongetwijfeld juist voor². Het Kamerdebat gaf de Heer Van Leeuwen aanleiding om zijn amendement in te trekken. Hij vreesde, dat uit een verwerping van zijn amendement a contrario zou worden afgeleid, dat een individuele verticale prijsbinding in ieder geval wél onder het begrip „mededingingsregeling” zou vallen. Na deze intrekking werd vervolgens op uiteenlopende motieven art. 1 W.E.M. aangenomen. Een deel deed dit, omdat aldus ook de individuele verticale prijsbinding onder de wet zou vallen, een deel (met name de K.V.P.) omdat dit juist niet het geval zou zijn. De vraag is dus in het midden gelaten; de Tweede Kamer wilde de beantwoording aan de rechter (dit moet dan zijn het College van Beroep voor het Bedrijfsleven, waarvan toen nog in het

een merkartikel, waarvoor substituten bestaan, is geen monopolist.

Vgl. art. 6.5.1. van het ontwerp voor het nieuwe B.W. omtrent de mogelijkheid, dat belanghebbenden en de Kroon tezamen officiële standaardregelingen tot stand brengen. Prof. Mr Jb. Zeylemaker Jzn., W.P.N.R. 4743 schreef hierover o.m.: een monopoliepositie kan er toe leiden, dat de wederpartij van de monopolist gebonden wordt aan eenzijdig door de monopolist in zijn eigen belang vastgestelde voorwaarden. Er is voorts een bedreiging van het algemeen belang, wanneer groepen van direct belanghebbenden volkomen vrij regelingen ontwerpen, welke zo algemene toepassing vinden, dat zij bepaalde sociale verhoudingen gaan beheersen. Deze bedreiging moet worden afgewend. Tegen monopolisten kan worden opgetreden op grond van „misbruik van omstandigheden” (vgl. H.R. 11 jan. 1957 N.J. 1959/37 (Tweede Bovag-clausule-arrest).

² Idem Mulder en Mok, blz. 55.

geheel niet vaststond, dat deze een taak zou krijgen t.a.v. de W.E.M.) overlaten ³.

De regering is zich sindsdien op het standpunt blijven stellen, dat een individuele verticale prijsbinding onder de W.E.M. valt. Dit blijkt uit het feit, dat de regering de individuele prijsbindingen van aanmelding heeft vrijgesteld ⁴ en dat de regering bij brief van 3 maart 1960 aan de Commissie Economische Mededinging o.m. de vraag heeft voorgelegd, of het gewenst is een generieke onverbindendverklaring t.a.v. alle individuele verticale prijsbindingen uit te spreken ⁵. Dit advies zal waarschijnlijk ten tijde van het verschijnen van dit prae-advies reeds zijn ingediend. Juist met het oog hierop is het van belang, dat komt vast te staan — voordat de doelmatigheidsvraag van de wenselijkheid van incidenteel of generiek ingrijpen aan de orde komt ⁶ —, dat een zodanig ingrijpen op grond van de W.E.M. rechtens toelaatbaar zou zijn.

Het hier betoogde is slechts van belang voor nationale

³ Zie omtrent de parlementaire geschiedenis van de W.E.M. t.a.v. de individuele verticale prijsbinding Mulder en Mok, blz. 37 en blz. 53-55, Mr M. R. Mok, S.E.W. 1961, blz. 273-277 en de editie Schuurman en Jordens, no. 12, 1961, blz. 117-129.

De W.E.M. van 28 juni 1956 (Stbl. 1958, 413), in werking getreden op 14 nov. 1958, vindt in de Duitse Bondsrepubliek zijn tegenhanger in het Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) van 27 juli 1957 (BGBl. I S 1081), in werking getreden op 1 januari 1958, hierachter onder de bijlagen opgenomen; zie hieromtrent Baumbach-Hefermehl, blz. 1213 e.v. en Reimer, blz. 1274 e.v. Hier is echter niet het misbruikstelsel, maar het verbodstelsel gevolgd.

⁴ Mulder en Mok, blz. 99 en aldaar noot 1: vrijstelling van aanmelding maakt het volstrekt niet onmogelijk, dat tegen de betrokken soort mededingingsregelingen wordt opgetreden. Sommige vrijstellingen vinden hoofdzakelijk om utilitaire redenen plaats. Zo zijn in de Duitse Bondsrepubliek ongeveer 200.000 gevallen van verticale prijsbinding aangemeld. Het Bundeskartellamt ondervindt dit als een ernstige last.

⁵ Zie omtrent deze advies-aanvraag Mulder en Mok, blz. 152 (zie ook blz. 138) en Mr M. R. Mok, S.E.W. 1961, blz. 273. Door veelvuldige toepassing van de mogelijkheid van een generieke onverbindendverklaring zou het misbruikstelsel overgaan in een verbodstelsel: Prof. Dr F. L. van Muiswinkel, T.V.V.S. mei 1963, blz. 9.

⁶ Zie omtrent de economische voor- en nadelen van een individuele verticale prijsbinding blz. 198-205 hiervoor en de in noot 3 vermelde literatuur.

individuele verticale prijsbindingen en voor prijsbindingen, die ten dele in Nederland werken en ten dele buiten de zes landen van de E.E.G. en de E.G.K.S. Een individuele verticale prijsbinding, die de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt beperkt, kan nietig zijn wegens strijd met artt. 85 en 86 E.E.G. verdrag jo. de verordening no 17 van 6 febr. 1962 of met art. 65 lid 1 E.G.K.S.-verdrag⁷. Aangezien de taakverdeling met mijn mede-praeadviseur met zich mee brengt, dat ik de E.E.G. buiten beschouwing laat, volsta ik met het vermelden van de vindplaatsen van enige Nederlandse rechtspraak⁸.

Twee ondergeschikte wensen t.a.v. de W.E.M. hebben betrekking op art. 2 en art. 10. Bestaat er t.a.v. art. 2 wellicht aanleiding aansluiting te zoeken bij par. 23 G.W.B. en een aanmeldingsplicht op te nemen t.a.v. fusies en trustvorming? Art. 10 lid 4 W.E.M. bepaalt, dat een generieke onverbindendverklaring, behoudens eerdere intrekking, vervalt vijf jaar na het inwerkingtreden, tenzij bij nadere wet anders wordt bepaald. Deze formulering is juridisch niet vlekkeloos⁹. Bedoeld is, dat verlenging bij a.m.v.b. of zelfs een geheel nieuwe generieke onverbindendverklaring niet mogelijk is. De delegatie aan de Kroon t.a.v. de generieke onverbindendverklaring geldt slechts voor éénmaal. De wettekst ware in dit opzicht te verduidelijken.

⁷ De Verordening van 6 febr. 1962, no. 17 is gepubliceerd in het Publicatieblad der Europese Gemeenschappen van 21 febr. 1962, blz. 204/62, in werking getreden op 13 maart 1962 en gewijzigd bij de Verordening no. 59, Publicatieblad van 10 juli 1962, blz. 1655/62. Hierdoor is het Nederlandse Sinterklaaswetje van 5 dec. 1957 (Stbl. 528) waarschijnlijk vervallen. Zie hieromtrent Mulder en Mok, blz. 194 en blz. 201-205 en Prof. Mr H. Drion, S.E.W. Europa 1961, blz. 279.

⁸ Pres. Rb. Zutphen 11 juli 1958 N.J. 1958/426, bevestigd door Hof Arnhem 28 juni 1961 N.J. 1962/117, S.E.W. 1961, blz. 125; Hof Amsterdam 3 maart 1960 S.E.W. 1960 blz. 80; Rb. Den Haag 14 dec. 1960 N.J. 1961/51, besproken door Prof. Jhr. Mr H. F. van Panhuys, N.J.B. 1963, blz. 124; Pres. Rb. Rotterdam 19 juli 1960 N.J. 1960/605, met noot van Prof. Mr I. Samkalden in S.E.W. Europa 1960, blz. 180, vernietigd door Hof Den Haag 30 juni 1961, S.E.W. Europa 1961, blz. 120 (in kort geding bestaat geen *verplichting* maar wel de bevoegdheid van de rechter om op grond van art. 177 E.E.G.-verdrag het oordeel van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen te vragen; van deze bevoegdheid gebruik gemaakt); Ktg. Amsterdam 28 juni 1962 N.J. 1963/34; Hof Arnhem 5 dec. 1962 N.J. 1963/241.

⁹ Mulder en Mok, blz. 149-150.

Prijsdifferentiatie en productdifferentiatie. Tenslotte zijn er een aantal gevallen van mededinging, die wel een ongeoorloofde vorm kunnen aannemen, maar waarbij althans in Nederland, voorzover ik dat kan overzien, nog niet van ernstige misstanden is gebleken. Ik denk hier aan koppelverkoop, discriminatie, prijsdifferentiatie, productdifferentiatie, dumping en reducties of rabatten ¹⁰. Koppelverkoop: als de consument tegelijk met product A product B koopt, krijgt hij reductie. Voorzover de aanbieder vrij is in het vaststellen van de prijzen, is in deze prijsreductie niets onrechtmatig te zien tegenover een mededinger. Tegenover de consument is er evenmin iets onoorbaars. Integendeel, hij heeft een prijsvoordeel. Daar staat slechts tegenover, dat men aldus verleid kan worden tot een minder juiste besteding van het inkomen, omdat het „gekoppelde” artikel in een mindere behoefte voorziet. Men kan echter ook te ver gaan in de wens tot bescherming van de zgn. onmondige en gemakkelijk te beïnvloeden consument. Zie hoofdstuk II, par. 3 hiervoor.

Discriminatie is een verschillende behandeling van gelijke mededingers, afnemers of leveranciers op grond van in rechte niet te eerbiedigen motieven. Discriminatie kan geschieden door uitsluiting van het handelsverkeer, maar ook door discriminatie t.a.v. de prijs, de leveringstermijn, het crediet, extraservice enz. ¹¹. Van verboden discriminatie kan sprake zijn, indien aan twee eisen is voldaan: a) een zakelijk niet gerechtvaardigde ongelijke behandeling en b) een onbillijke tegenwerking van de betrokken onderneming ¹². Artt. 60, 66 en 67 E.G.K.S.-verdrag verbieden discriminatie; art. 85 E.E.G.-verdrag I. lit. d en art. 86 lit. d verbiedt

¹⁰ De M.v.T. bij het nieuwe Belgische ontwerp voor een kartelwet geeft de volgende voorbeelden van praktijken, die onder omstandigheden misbruik kunnen opleveren: a. praktijken tot opdiving of handhaving der prijzen of tot buitengewone verlaging ervan; b. prijsdiscriminatie; c. exclusief verkeer; d. verkoop beneden de kostprijs; e. praktijken, welke de verbetering of het aanwenden van uitvindingen of technische procédé's tegenwerken; f. kwantitatieve of kwalitatieve productiebeperking; g. verticale prijsbinding; h. klantenverdeling; i. alleenverkoopcontracten; j. koppelverkoop; k. de beperking van de verkoop- en aankoopomvang met een speculatief doel; l. boycot. Zie Mr M. R. Mok, Het nieuwe Belgische ontwerp-Kartelwet, S.E.W. 1960, blz. 45 e.v., i.h.b. blz. 48-49.

¹¹ Baumbach-Hefermehl, blz. 1393.

¹² Baumbach-Hefermehl, blz. 1399.

discriminatie slechts aan kartels en marktbeheersende ondernemingen, indien concurrenten daardoor benadeeld worden. Discriminatie kan de vorm aannemen van boycot — waaromtrent hoofdstuk II, par. 8 — of van uitsluiting uit een gesloten verkooporganisatie — waaromtrent hoofdstuk II, par. 9¹³ —. In vele andere vormen vindt echter dagelijks discriminatie plaats, zonder dat zulks onoorbaar wordt geacht: aan vaste klanten of aan hen, die men hoopt tot vaste klanten te kunnen maken, worden gunstiger voorwaarden aangeboden dan aan de overige afnemers; prijsdiscriminatie kan ook plaatsvinden naar gelang de bestemming, die de afnemer met het product heeft. Prijsdiscriminatie kan tot een doorbreking van een prijsverstarring leiden. Slechts hij, die in staat is de homogene markt te verdelen in een aantal deelmarkten, zal duurzaam een prijsdiscriminatie kunnen handhaven. In de Verenigde Staten van Amerika verbiedt de Clayton Act, zoals die gewijzigd is in 1936 door de Robinson-Patman Act, prijsdiscriminatie, behoudens een aantal uitzonderingen, waarbij prijsdiscriminatie gerechtvaardigd is door productiekosten, distributiekosten of afleveringskosten (maar dan is het ook eigenlijk geen discriminatie meer). Prijsdiscriminatie kan gunstig zijn ter introductie van een nieuw product, ongunstig voor de eliminatie van een oude concurrent. Dumping door een marktbeheersende onderneming kan echter door de W.E.M. worden tegengegaan. Een verdere behoefte aan een wettelijke regeling bestaat er m.i. op dit punt niet; men vermijdt aldus ook de moeilijkheid, dat men niet zou weten, wie zou moeten beslissen, of een bepaalde prijs onredelijk laag is¹⁴.

Prijsdifferentiatie houdt met prijsdiscriminatie nauw verband. Eén verkoper verkoopt producten tegen verschillende prijzen, zonder dat deze verschillen gemotiveerd worden door parallel lopende kostenverschillen. Nadelen van prijsdifferentiatie zijn o.m. de mogelijkheid aldus een kleine ondernemer uit de markt te werken; aangezien zulks slechts

¹³ Baumbach-Hefermehl, blz. 1388-1390.

¹⁴ Vgl. hieromtrent Pfeffer, blz. 342-343, die meent, dat een prijsonderbiedingscampagne, gevoerd om een mededinger te ruïneren, een onrechtmatige daad is, zodra de onderbiedende de prijzen zo laag houdt, dat hij zelf geen mogelijkheid tot verdienste meer heeft. Dit standpunt is bestreden door Prof. Mr G. H. C. Bodenhuisen, R.M. Themis 1939, blz. 101.

kan door een onderneming of een groep van ondernemingen, die een economische machtspositie inneemt, kan hier tegen op grond van de W.E.M. worden opgetreden. Voorts kan prijsdifferentiatie leiden tot „*transports croisés*”, hetgeen vanuit een algemeen economisch oogpunt uit bezien een verspilling betekent. Binnen Nederland lijkt dit geen ernstig nadeel. In Europees verband kan op grond van het E.E.G.-verdrag en art. 4 E.G.K.S.-verdrag hiertegen worden opgetreden. Er is zeker geen reden om in het algemeen tegen prijsdifferentiatie bezwaar te maken. Een voordeel van prijsdifferentiatie is, dat daardoor de verschillen in de vraagelasticiteit worden uitgebuit, waardoor een kostprijsverlaging mogelijk wordt. Vanuit algemeen oogpunt valt te overwegen, dat een prijsdifferentiatie via de besteding leidt tot een inkomensnivellering¹⁵. Het is een doelmatigheidsvraag, of en in hoeverre prijsdifferentiatie moet worden tegengegaan. Zowel concurrenten als consumenten kunnen door prijsdifferentiatie benadeeld worden. Wordt nadeel aanwezig geacht, dan kan door een publicatieplicht prijsdifferentiatie vrijwel onmogelijk worden gemaakt¹⁶. Publicatie bevordert de doorzichtigheid van de markt. Daarentegen leidt prijspubliciteit tot een bevrozing van het prijspeil: bij een hoogconjunctuur gaat niemand tot prijsverlaging over; bij een laagconjunctuur zou een verlaging door de ene ondernemer onmiddellijk door de andere worden nagevolgd. Een prijsdifferentiatie kan schijnbaar gerechtvaardigd, doch in werkelijkheid slechts gecamoufleerd worden door een productdifferentiatie, waarbij geringe verschillen in de kwaliteit van het product of de verpakking ervan corresponderen met grote verschillen in de prijs. Een aparte bestrijding van deze vrij onschuldige misleiding van het publiek, dat niet te zeer tegen zich zelf en tegen eigen kooplust moet worden beschermd, is niet nodig.

Zolang van overheidswege niet de prijzen worden vastgesteld, bestaat er evenmin een behoefte aan een wet, waarbij het verboden wordt om kortingen te geven, zoals het Duitse *Rabattgesetz*¹⁷. Zo lang er geen economische

¹⁵ Prof. Dr J. Wemelsfelder, voordracht op het 24-ste Congres van het Genootschap voor Reclame, N.R.C. 26 okt. 1962.

¹⁶ Zie omtrent publicatie van vervoertarieven art. 70 E.G.K.S.-verdrag.

¹⁷ Wet van 25 november 1933 RGBl. I 1011.

machtspositie is — en dan kan de W.E.M. te hulp worden geroepen — is er evenmin behoefte tot regeling, zoals in Frankrijk, van een afleveringsverplichting.

Par. 2. Uitverkopenwet 1956.

De oude Uitverkopenwet van 13 september 1935 (Stbl. 564) houdende regeling betreffende het uitverkopen en op-ruimen in het winkelbedrijf voldeed in de praktijk niet, omdat ontduiking te gemakkelijk was, vooal nadat de Hoge Raad ¹ aan de belangrijkste verbodsnorm een zeer beperkte betekenis had toegekend. De wet van 1935 is echter vervangen door de Uitverkopenwet 1956, die de mogelijkheid verruimt om op te treden tegen winkeliers, die buiten de uitverkoopstijd verkoopscampagnes voeren, die in wezen op het publiek de indruk wekken van een uitverkoop. Het blijft echter moeilijk om een juiste grenslijn te trekken, waardoor men enerzijds de mogelijkheid openlaat van acties ter bevordering van de verkoop van nieuw in te kopen voorraden en anderzijds uitverkoop van winkeldochters verbiedt.

Tegen de Uitverkopenwet 1956 zijn nog een aantal bezwaren aan te voeren, die zijn neergelegd in een brief van het Hoofdbedrijfschap Detailhandel van 26 okt. 1960 aan de Staatssecretaris van Economische Zaken. Al deze bezwaren — met uitzondering van de na te noemen voorkeursdagen, voorafgaande aan de uitverkoop — zullen echter worden ondervangen door een thans aanhangig wetsontwerp tot wijziging van de Uitverkopenwet 1956 ², waarin de regering alle overige wijzingsvoorstellen van het Hoofdbedrijfschap Detailhandel heeft overgenomen. Er van uitgaande, dat dit wetsontwerp bij de volksvertegenwoordiging geen bezwaren zal ontmoeten, blijven er dan toch nog drie on vervulde wensen over:

1. de wet is niet gericht tegen de uitverkopen buiten de uitverkopentijd, maar slechts tegen de aankondiging daarvan ³;
2. nog steeds blijven te veel wijzen van aankondiging toelaatbaar, hoewel de indruk van een uitverkoop of een op-

¹ H.R. 4 mei 1936 N.J. 1936/831. Zie omtrent de huidige Uitverkopenwet Molengraaff, blz. 153-155.

² Zitting 1962-1963, no. 7000.

³ Dit was ook reeds een bezwaar tegen de Uitverkopenwet 1935: Pfeffer, blz. 360-361.

ruiming wordt gewekt; zo zijn plakaten inzake tijdelijke prijsverlagingen voor de etalages niet verboden; voorts is niet bepaald, dat de etalages één dag voor het begin van de uitverkoop gesloten moeten zijn;

3. de voorkeursdagen, die aan de uitverkoop kunnen voorafgaan, zijn gehandhaafd.

Ad 1-2. Het criterium, of de ten verkoop aangeboden artikelen afkomstig zijn van winkeldochters dan wel van nieuwe aankopen, deugt niet. Het is een publiek geheim, dat winkeliers gaan inkopen met het oog op de aanstaande uitverkoop. Men dient zich daarbij neer te leggen. Een verbod om in de uitverkoop nieuwe artikelen te verkopen zou trouwens vrijwel oncontroleerbaar zijn en niet te handhaven. Evenals in de Duitse Bondsrepubliek ⁴ geldt het verbod van „nachschieben” in art. 16 Uitverkopenwet 1956 alleen voor de opheffingsuitverkoop („waarvoor een vergunning is verleend”), niet voor de seizoensopruiming. Dit zo zijnde, dient dan echter aan de andere kant het feit, dat de ten verkoop aangeboden artikelen *niet* winkeldochters zijn, geen vrijbrief geven om een actie te voeren (zoals de Voordeel-Doorgeef-Actie van C. en A., die andere winkelbedrijven dwong eveneens tot een tijdelijke prijsverlaging over te gaan), die in feite met een opruiming gelijk staat.

In dit opzicht zijn onder de nieuwe wet twee rechterlijke uitspraken geweest, die op het eerste oog onbevredigend voorkomen ⁵. Zowel Hof Arnhem als Hof Den Bosch zijn

⁴ Par. 8 UWG betreffende het verbod van „Vor- und Nachschieben”, dus nieuwe voorraden voor het begin of na het begin van de uitverkoop toevoegen; zie hieromtrent Reimer, blz. 693-696 en blz. 700.

⁵ Hof Arnhem 4 maart 1959 N.J. 1960/28: onder de indruk, welke door de aanduidingen „uitverkoop” of „opruiming” kan worden gewekt, is te verstaan de indruk, dat de handel om een of andere reden een partij goederen of zijn gehele voorraad moet ruimen. Door de telastgelegde aankondiging van de verkoop onder de aanduiding „Alles moet/gaat weg” kon bij het ter plaatse winkelende publiek onder de gemelde omstandigheden redelijkerwijs niet de indruk worden gewekt, dat verdachte zijn winkelvoorraad geheel of zelfs maar gedeeltelijk moest ruimen. Hof Den Bosch 26 jan. 1959 N.J. 1960/34: weliswaar is ter terechtzitting komen vast te staan, dat verdachte zonder vergunning van de Kamer van Koophandel in de maand juni 1958 te H. een verkoop heeft aangekondigd op de wijze, als in de inleidende dagvaarding staat omschre-

blijkbaar uitgegaan van een bijzonder dom publiek, dat niet snel van ook maar iets enige indruk krijgt. Met de eerste uitspraak kan men zich echter nog verzoenen door de overweging, dat het hier blijkens het arrest een zgn. „bokserszaak” betrof, die dus in een volkswijk steeds gewend is publiek te trekken door schreeuwende raamannonces. De tweede uitspraak blijft onbevredigend en zelfs volkomen onverklaarbaar. Het is echter niet uitgesloten, dat een nader inzicht in de feiten, die uit het gepubliceerde arrest niet blijken, tot een ander inzicht zou leiden. Het blijft moeilijk een wettelijke omschrijving te vinden, waardoor voldoende krachtig en toch niet te knellend deze ernstige gevallen van ongeoorloofde mededinging kunnen worden bestreden, waarbij de ene concurrent in bedekte en toch voor het dan blijkbaar weer zeer begrijpende publiek voldoende duidelijke termen een uitverkoop aankondigt in een tijd, dat geen enkele mededinger dit mag doen.

De bezwaren onder 1-2 zouden kunnen worden ondervangen door een regeling, enigszins gelijkend op die in Duitsland⁶, waarbij b.v. art. 2 Uitverkopenwet 1956 zich niet zou beperken tot een verbod van aankondiging van uitverkopen en opruiming, maar zou worden uitgebreid tot een verbod van uitverkopen en opruiming zelf. Dit is minder ingrijpend, dan het op het eerste oog schijnt, want een opruiming

ven, doch niet, dat daardoor bij degenen, tot wie die aankondiging(en) werd(en) gericht, redelijkerwijs eenzelfde indruk als door de aanduiding „uitverkoop” of „opruiming” kon worden gewekt.

⁶ In par. 9 UWG is aan de Reichswirtschaftsminister de bevoegdheid gedelegeerd om nadere regelen te geven omtrent de seizoensopruiming. Dit is geschied in de Verordnung des Bundeswirtschaftsministers über Sommer- und Winterschlussverkäufe van 13 juli 1950 (Bundesanzeiger Nr. 135). Par. 3 van deze Verordnung luidt als volgt: 1. Auf die Verkäufe hinweisende öffentliche Ankündigungen müssen den Tag des Beginns des Verkaufs deutlich angeben. Enthalten sie Warenangebote, so sind sie frühestens am letzten Werktag vor dem Beginn der Verkäufe, und zwar in Zeitungen und Zeitschriften mit Beginn dieses Tages, im übrigen erst nach Ladenschluss zulässig. 2. Mit der Plakatwerbung und der Verteilung von Druckschriften kann am letzten Werktag vor dem Beginn der Verkäufe nach 14 Uhr begonnen werden. 3. Die vor Beginn und während der Verkäufe gültigen Preise dürfen in öffentlichen Ankündigungen, insbesondere in Schaufenstern nicht einander gegenübergestellt werden. Dies gilt nicht für Preisangaben innerhalb der Verkaufsräume”.

Zie hieromtrent Reimer, blz. 700. Het verbod van lid 3 zou mij te ver gaan.

zonder aankondiging daarvan is commercieel haast niet denkbaar. Voorts zouden aan art. 2 nog de volgende leden (vrijblijvende formulering!) kunnen worden toegevoegd:

2. Onder een uitverkoop of opruiming is begrepen iedere door reclame ondersteunde verkoopactie, waarbij aan het publiek wordt aangekondigd een gelijktijdige en tijdelijke prijsverlaging van een niet onbelangrijk gedeelte van de artikelen, die tot het gebruikelijke assortiment van de betrokken ondernemer behoren.

3. Onder reclame is begrepen ieder middel tot bevordering van de publiciteit, zoals o.m. advertenties, folders, affiches, etalages.

4. Onder prijsverlaging is begrepen ieder middel, waardoor voor het publiek een aankoop aantrekkelijker wordt gemaakt.

5. Onder een tijdelijke prijsverlaging is begrepen iedere prijsverlaging, die hetzij niet bestemd is om enigszins duurzaam te worden gehandhaafd, hetzij — naar achteraf blijkt — niet enigszins duurzaam wordt gehandhaafd.

Bovendien zou aan art. 17 lid 1 Uitverkoopwet 1956 een aantal woorden moet en worden toegevoegd, waardoor verboden wordt een aankondiging, waardoor..... „de indruk kan worden gewekt, dat de uitverkoop reeds begint of begonnen is, of dat de verkoop vooruitloopt op een verkoop, als bedoeld in artikel 3, eerste lid”.

Ad 3. Het is te betreuren, dat de regering, die overigens alle wijzigingsvoorstellen van het Hoofdbedrijfschap Detailhandel heeft overgenomen, gemeend heeft het voorstel tot afschaffing van de voorkeursdagen, voorafgaande aan de uitverkoop of opruiming, niet te moeten overnemen. Ik ondersteun derhalve het voorstel van het Hoofdbedrijfschap Detailhandel, dat in zijn brief van 26 oktober 1960 aan de Staatssecretaris van Economische Zaken o.m. schreef:

„In feite bereikt de winkelier, die van de door de wet geboden gelegenheid tot voorverkoop gebruik maakt, dat in zijn onderneming de seizoenopruiming een week eerder begint.

Daarbij komt dat deze regeling tegen haar bedoeling in wordt gebruikt om circulaire betreffende de voorverkoop te verspreiden onder grote groepen van betrekkelijk willekeurig gekozen personen en aldus tot klantenwerving in plaats van klantenbinding wordt gebezigd. Zolang dergelijke aankondigingen niet huis aan huis worden verspreid, zullen zij wel niet als openbaar kunnen gelden. Niettemin kan de ondernemer, door van bepaalde adresboeken of lijsten van beoefenaars van bepaalde beroepen gebruik te maken,

de kring van de door hem te benaderen personen bijna zo ruim nemen als hij wil zonder met de wet in strijd te komen. Deze persoonlijke uitnodigingen kunnen de voorverkoop een bijkans even grote bekendheid verschaffen als een openbare aankondiging zou doen. Aan de mogelijkheid van een dergelijk misbruik is bij de parlementaire behandeling van het huidige art. 17 van de Uitverkopenwet 1956 reeds aandacht besteed en bij die gelegenheid is het niet mogelijk gebleken het euvel door een scherpere redactie te keren.

Op grond van de genoemde bezwaren is het bestuur van oordeel, dat de toelating van een voorverkoop de handhaving van de wettelijke periode van de seizoenopruiming belemmert. Het instituut past voorts niet in de in het onderhavige advies gedane voorstellen tot scherpere markering van de wettelijke opruimingsperiode; met name is het in de praktijk niet te verenigen met de voorgestelde speciale bepaling voor de 6 werkdagen, voorafgaande aan deze periode⁷.

Een beperkt aantal zaken van een min of meer exclusief karakter, die zich veel minder dan andere winkels tot het grote publiek wenden, kan de voorkeursdagen moeilijk missen omdat deze bij hun manier van zaken doen passen. Deze zaken zouden bij afschaffing van de huidige regeling van de voorverkoop de eerste dagen van de wettelijke opruiming als voorkeursdagen kunnen instellen. Daar de vaste clientèle van deze zaken voor hen van meer belang is dan het overige publiek, kan er voor hen geen overwegend bezwaar tegen zijn de verkoop aan deze laatste categorie enige dagen later te doen aanvangen dan bij andere zaken het geval is.

Het bestuur is zich bewust dat de ontneming van een door de huidige wet toegekend recht weerstanden kan oproepen. In dit verband zij erop gewezen dat dit recht eerst sedert 1957 bestaat⁸.

Op grond hiervan wordt door het Hoofdbedrijfschap Detailhandel voorgesteld art. 17 lid 2 te schrappen. De regering heeft dit voorstel echter niet overgenomen. Het betreft hier, aldus de Memorie van Toelichting bij het reeds genoemde wetsontwerp tot wijziging van de Uitverkopenwet 1956, een speciale dienstverlening aan vaste klanten, die door verscheidene winkeliers en de klanten zeer op prijs wordt gesteld.

De Kamer van Koophandel en Fabrieken te Rotterdam heeft op 7 februari 1963 een adres gericht tot de Tweede Kamer met het verzoek alsnog bij de behandeling van het wijzigingsvoorstel tot afschaffing van de voorkeursdagen te

⁷ Dit slaat op het nieuw voorgestelde art. 17 lid 3: „Het is verboden in de uitoefening van een bedrijf als bedoeld in artikel 2 in of met betrekking tot de tijdsruimte van 6 werkdagen, onmiddellijk voorafgaande aan een krachtens artikel 3 eerste lid bepaalde tijdsruimte, aankondiging te doen van een bijzondere aanbieding of van een aanbieding die een prijsverlaging aangeeft of daarop duidt”.

besluiten. De Kamer van Koophandel noemt drie bezwaren tegen het huidige art. 17: 1. Het is gebleken, dat vele zo niet alle betrokken ondernemers van de voorkeursdagen gebruik maken, waardoor de opruiming in de praktijk één week voor de officieel vastgestelde datum een aanvang neemt. 2. Deze instelling wordt misbruikt, in zoverre zij minder werkt ten gunste van klantenbinding dan van klantenwerving, in het bijzonder doordat de winkeliers grote groepen van de bevolking aanschrijven met behulp van door reclamebureaux verstrekt adressenmateriaal. (Bovendien, wat is een vaste klant? Wie 10 jaar geleden eenmaal in een winkel heeft gekocht, komt op de lijst en gaat er niet meer af. Zie omtrent de weinige geneigdheid van de middenstand om hen, die geen vaste klanten zijn, tijdens de vooruitverkoop uit de winkel te weren, b.v. een advertentie in de N.R.C. van 7 jan. 1963 betreffende een voor-uitverkoop: „Heeft U geen klantenkaart ontvangen maar komt U er wel voor in aanmerking? Aanvaard dan onze gemeente excuses en loop even bij D. binnen. Daar ligt Uw klantenkaart gereed”). 3. Een nieuw bezwaar tegen de voorkeursdagen vormt het feit, dat zij juist samenvallen met de termijn, waarbinnen, volgens de thans voorgestelde wetstekst, rust moet heersen op het gebied van aankondiging van verkopen⁷. „Onze Kamer wil nog met nadruk opmerken, dat naar haar mening de gedachte die tot instelling van de voorkeursdagen leidde, juist was, doch dat de in de praktijk gebleken onmogelijkheid haar voldoende te concretiseren tot een afwijzing van dit instituut moet voeren”.

Tenslotte werp ik nog de vraag op — zonder dat ik dit punt als een gebrek van de huidige Uitverkopenwet wil aanmerken —, of het wellicht gewenst is in navolging van de in Duitsland bestaande regeling⁸ in art. 5 Uitverkopenwet 1956 uitdrukkelijk de mogelijkheid te openen om een jubileum-verkoop toe te staan bij het 25-jarig bestaan en veelvouden daarvan van een onderneming. Thans opent art. 5 de mogelijkheid tot het verkrijgen van een vergunning wegens opheffing of wegens „een andere bijzondere omstandigheid”. De M.v.T. noemt in dit verband „staking van de verkoop van een soort goederen, overdracht van de onder-

⁸ Par. 3 van de Anordnung des Reichswirtschaftsministers van 4 juli 1935 (Reichsanzeiger Nr. 158 van 10 juli 1935) betreffende Sonderveranstaltungen. Zie hieromtrent Reimer, blz. 702-703.

neming of van het betrokken deel ervan, verplaatsing van de bedrijfsuitoefening, verbouwing van de winkel, brand- of waterschade, faillissement en andere soortgelijke onvoorziene omstandigheden van tijdelijke aard". Er worden dus niet uitdrukkelijk jubileumverkoop genoemd, terwijl zij door de slotwoorden zelfs uitdrukkelijk schijnen te worden uitgesloten, omdat voor een ondernemer, die geen oprichtingsdatum fantaseert, een jubileum nooit onvoorzienbaar is. Weliswaar zal ook art. 5 in de wijzigingsvoorstellen worden betrokken, doch de nieuwe formulering (voor een bijzondere opruiming kan vergunning worden verleend, indien er een bijzondere omstandigheid is, en deze naar goed koopmansgebruik het houden ervan wettigt) is, gelet op de toelichting, niet zo ruim, dat er geen twijfel over kan bestaan, dat een jubileumverkoop hieronder zou kunnen vallen.

Par. 3. Wet beperking Cadeaustelsel.

De Wet Beperking Cadeaustelsel vertoont beide aspecten van het mededingingsrecht, besproken in hoofdstuk I, par. 1: a. ter bescherming van de consument (dat b.v. meent iets cadeau te krijgen, terwijl in feite de prijs hiervan in de prijs van het hoofdartikel is inbegrepen; of dat verleid wordt tot een minder juist bestedingspatroon, omdat gekocht wordt, niet omdat het hoofdartikel nodig is, maar omdat een geschenk in uitzicht wordt gesteld; of dat door het aangeboden geschenk onder een morele druk wordt gezet ¹ en b. ter bescherming van de concurrent (de concurrenten uit de branche van het hoofdartikel worden gedwongen ook de kosten van een cadeaustelsel te maken en de normale ondernemers uit de branche van het geschenk-artikel worden door het verstrekken van bij-artikelen benadeeld) ². Overtreding van de Wet Beperking Cadeaustelsel of van een daarmee vergelijkbare regeling levert dan ook een vorm van ongeoorloofde mededinging op, vallende onder de categorie, die in hoofdstuk II, par. 10 is besproken (het zich een voorsprong verschaffen door wetsovertreding, terwijl de mededingers niet kunnen navolgen) ³.

¹ Baumbach-Hefermehl, blz. 232-238.

² Pfeffer, blz. 350-353.

³ Zie omtrent overtreding van art. 2 van de Verordening Sanering Bakkerijbedrijven: Pres. Rb. Arnhem 27 juni 1951 N.J. 1952/333, Pres. Rb. Zwolle 3 dec. 1953 N.J. 1954/117, W.P.N.R. 4445 en Hof Arnhem 18 mei 1955 N.J. 1955/622, W.P.N.R. 4489.

De grote actuele vraag bij de Wet Beperking Cadeaustelsel is, of er aanleiding is hierin een nadere voorziening te treffen, waardoor verboden worden de recente acties, zoals gevoerd door enige grootwinkelbedrijven. Deze acties stemmen alle hierin overeen, dat de consument in de gelegenheid wordt gesteld om na inlevering van een groot aantal bonnen (ten bewijze, dat voor een bepaald bedrag bij het betrokken grootwinkelbedrijf is gekocht) en na bijbetaling van een niet onaanzienlijk bedrag in geld een duurzaam branche-vreemd gebruiksartikel te kopen voor een prijs, die aanmerkelijk beneden de in de normale handel vastgestelde prijs is gelegen. Zo stelt Albert Heyn zijn klanten in de gelegenheid tegen een veel lagere prijs koelkasten en vele andere huishoudelijke artikelen te kopen, Simon de Wit om A.E.G.-koelkasten aan te schaffen en De Gruyter om Kodak-camera's te verwerven⁴. De Wet Beperking Cadeaustelsel wordt hierbij niet overtreden, omdat er niet van geschenken in de zin dier wet sprake is. Van ongeoorloofde mededinging in de zin van hetgeen in par. 10 van het vorige hoofdstuk werd besproken jegens de detaillisten in dezelfde hoofdartikelen (levensmiddelen) kan dan ook evenmin sprake zijn. Blijkens een bericht in de N.R.C. van 23 januari 1963 zijn 2000 samenwerkende kruideniers in Nederland voornemens de actie van de drie grootwinkelbedrijven in de levensmiddelenbranche te beantwoorden door een samenwerking met een groep van ongeveer honderd detailhandelaren in electrotechnische artikelen. Deze samenwerking zal daarin bestaan, dat de consument in de kruidenierswinkels zegels zal kunnen kopen, waarmee hij bij de electrotechnischewinkels goederen kan betrekken met een reductie van ongeveer 11 %. Het is nog niet duidelijk, hoe men daarbij inbreuk op een verticale prijsbinding in de electrotechnische branche kan vermijden. De drie grootwinkelbedrijven in de levensmiddelenbranche moeten tussen twee klippen doorvaren. Enerzijds moeten zij voorkomen in strijd te handelen met de Vestigingswet Bedrijven, anderzijds mogen zij geen inbreuk maken op een gesloten verkooporganisatie dan wel van contractbreuk in dit opzicht bedrijfsmatig en stelselmatig profiteren. Inbreuk op de Vestigingswet Bedrijven voorkomen de drie grootwin-

⁴ Hof Amsterdam 22 febr. 1962 N.J. 1962/343 (Simon de Wit/A.E.G.); Pres. Rb. Den Haag 10 okt. 1962 N.J. 1962/370 (De Gruyter/Kodak).

kelbedrijven op een andere wijze dan de zo juist genoemde samenwerkende kruideniers, namelijk door inschakeling van een bevoegd gevestigd postorderbedrijf. Uit de in noot 4 genoemde rechtspraak blijkt, dat in het eerste geval inbreuk op een verkoopsorganisatie niet aanwezig werd geacht, omdat deze niet „lückenlos” was, doch in het tweede geval stopzetting van de actie van de Gruyter werd gelast wegens inbreuk op de gesloten verkoopsorganisatie van Kodak.

De Staatssecretaris heeft thans aan het Hoofdbedrijfschap Detailhandel gevraagd om advies uit te brengen omtrent de vraag, of het gewenst is tot een beperking te komen van deze recente ontwikkeling van de verkoopacties⁵. De consumentenorganisaties begroeten de acties van de grootwinkelbedrijven met vreugde, omdat hierdoor niet alleen in het kader van deze acties, maar ook bij de normale handel in duurzame gebruiksartikelen een prijsverlaging van deze artikelen in de hand wordt gewerkt. De middenstand is in belangrijke mate een voorstander van een verbod van deze acties. Het gaat hier om het vraagstuk van branche-vervaging of parallelisatie. De consumentenorganisaties zien hierin het voordeel van verlaging van de distributiekosten (supermarkets⁶); weliswaar gaat de voorlichting of behandeling door een deskundige winkelier in een zelfbedieningszaak achteruit, maar hieraan bestaat thans ook minder behoefte dan vroeger, zodat de Vestigingswet Bedrijven in dit opzicht aan betekenis inboet⁷. Beide argumenten acht ik niet sterk. De lagere prijs, waartegen duurzame gebruiksartikelen bij de grootwinkelbedrijven kunnen worden gekocht, is niet een gevolg van lagere distributiekosten (de koelkasten en camera's behoren niet tot het normale assortiment van deze levensmiddelenzaken), maar van profiteren van lekken in verkoopsorganisaties. De behoefte aan voorlichting, deskundige behandeling, reparatie, service en garantie blijft t.a.v.

⁵ J. M. Polak II, blz. 16.

⁶ Zie over de moeilijkheden om de bestaande verschillen tussen warenhuizen en supermarkets juridisch te formuleren H.R. 29 mei 1962 N.J. 1962/291 en H.R. 26 juni 1962 N.J. 1963/28 en de noot onder dit arrest in S.E.W. 1962, blz. 556.

⁷ Functieverlies voor apotheker door verpakte geneesmiddelen, functieverlies voor poelier door de diepvrieskip. De diepvrieskip is panklaar, behoeft geen vakkundige bewerking meer te ondergaan (Prof. Mr J. M. Polak, S.E.W. 1958, blz. 358). Zie blz. 57-58 hiervoor.

technisch meer ingewikkelde artikelen, zoals juist de onderhavige duurzame gebruiksgoederen zijn, onverminderd bestaan. Daarentegen pleit tegen een toelating van dit soort acties, dat deze slechts mogelijk zijn door inkoop op grote schaal tegen een mede daardoor gereduceerde prijs; alleen grootwinkelbedrijven of coöperaties kunnen zich dergelijke grote aankopen permitteren. Ik beschouw deze acties dan ook als een vorm van onbehoorlijke, maar thans nog niet verbiedbare mededinging jegens de individuele zelfstandige kruideniers en als een onordelijk element in het distributiepatroon, dat niet door verlaging van distributiekosten gerechtvaardigd wordt. Uitbreiding van de Wet Beperking Cadeaustelsel met een verbod begeleidende geschenken te doen in de vorm van een aanmerkelijke tegemoetkoming in de aanschaffingsprijs van branchevreemde artikelen ware dan ook te overwegen ⁸.

Par. 4. Loterijwet.

Een wetgever kan loterijen behoudens dispensatie verbieden, omdat hij het publiek wil beschermen tegen uitbuiting van zijn speelhartstocht; het tweede aspect van mededingingsrecht kan echter ook een rol spelen, namelijk indien de wetgever van mening is, dat het organiseren van loterijen evenals het geven van geschenken leidt tot een verstoring van gezonde mededingingsverhoudingen, doordat klanten wegens zijdelingse motieven tot aankopen worden bewogen ¹. Anders dan in Duitsland ² is in Nederland alleen het eerste aspect van betekenis. Gelukkig maar, want indien mededinging reeds ongeoorloofd zou zijn op de enkele grond, dat het publiek wegens zijdelingse motieven tot aankopen zou worden bewogen, dan zou men welhaast alle reclame moeten gaan afschaffen. De Nederlandse Loterijwet heeft uitdrukkelijk slechts tot doel om het publiek tegen uitbuiting van de speelzucht te beschermen. Een mededingingsaspect komt dan

⁸ Idem het adres van de Kamer van Koophandel en Fabrieken te 's-Gravenhage aan de Staatssecretaris van Economische Zaken (N.R.C. 12 dec. 1962), waarin er o.m. op wordt gewezen, dat in 1961 5 tot 5,5 % van de totale omzet aan huishoudelijke artikelen buiten de daarvoor aangewezen winkels is omgegaan.

¹ Pfeffer, blz. 355; Mr H. Pfeffer, R.M. 1938, blz. 473; Voetelink, blz. 148.

² Baumbach-Hefermehl blz. 242-251; Reimer, blz. 581-585.

slechts aan de orde, indien de ene mededinger klanten van de ander weglukt en een voorsprong verkrijgt door het organiseren van een verboden loterij, waarin de andere mededingers, die zich wèl aan de wet houden, niet kunnen navolgen (hoofdstuk II, par. 10) ³. Een logisch gevolg van de beperkte ratio van de Loterijwet is, dat er geen strafbare loterij of prijsvraag aanwezig is in twee gevallen:

- a. wanneer de deelnemers een essentiële invloed kunnen uitoefenen op het al dan niet verkrijgen van een prijs;
- b. wanneer de voorwaarden, tegen welke deelname aan de loterij of prijsvraag open staat, noch direct noch indirect een financieel offer voor de deelnemers en een financieel voordeel voor de aanlegger met zich mee kunnen brengen.

Aan de eerste eis is niet voldaan, indien een zo gemakkelijke prijsvraag wordt uitgeschreven, dat een zeer groot aantal goede inzendingen mogelijk is, zodat daaruit slechts weer door het lot de prijswinnaars kunnen worden aangewezen; aan deze eis is wèl voldaan, indien het een moeilijke prijsvraag is, waarop slechts weinig goede inzendingen kunnen binnenkomen (b.v. het verzinnen van een reclameleuze), en de beoordeling van de binnengekomen antwoorden geschiedt door een serieuze jury. Prijsvragen, niet ten behoeve van afzetbevordering, maar ten gerieve van een marktonderzoek zijn rechtmatig; van een serieus marktonderzoek is echter geen sprake, indien men de fabrikant naar de mond moet praten om voor een prijs in aanmerking te komen ⁴. Terecht heeft Langemeijer ⁵ er op gewezen, dat art. 1 Loterijwet niet juist is geformuleerd. Winnaars worden niet aangewezen door een kansbepaling, waarop zij geen overwegende invloed kunnen uitoefenen. Er is slechts een kans, zolang deze niet bepaald is. De wetgever heeft bedoeld: verboden is een loterij, waarbij de winnaars worden aangewezen op een zodanige wijze, dat zij op hun kansen geen overwegende invloed kunnen uitoefenen.

³ Pres. Rb. Amsterdam 25 nov. 1933 N.J. 1934, blz. 285, waarbij geen ongeoorloofde mededinging aanwezig werd geacht, terecht kritisch besproken door Veldkamp, blz. 112 en Mr G. H. C. Bodenhuisen, R.M. 1935, blz. 47-48; Hof Arnhem 21 juli 1937 N.J. 1938/45 (in beginsel wèl ongeoorloofde mededinging, alleen niet in casu).

⁴ Baumbach-Hefermehl, blz. 249.

⁵ Mr G. E. Langemeijer, W.P.N.R. 3298.

Wat de eis onder b. betreft, van een uitbuiting van de speelzucht van het publiek kan slechts sprake zijn, indien aan twee eisen is voldaan, namelijk indien deelname slechts open wordt gesteld op voorwaarden, die in de eerste plaats voor de aanleggers der loterij of een derde enig direct of indirect economisch voordeel opleveren, en die tevens voor de deelnemers direct of indirect ⁶ een financieel offer betekenen. Aan beide eisen moet zijn voldaan. Een financieel offer zonder direct of indirect voordeel voor de aanlegger is denkbaar, indien bepaald wordt, dat deelnemers b.v. f 1,— aan een liefdadig doel moeten schenken. Een indirect voordeel voor de aanlegger zonder dat er een financieel offer van het publiek wordt gevraagd deed zich voor in het geval van de Omo-prijsvraag ⁷. Het voldoen aan de in die prijsvraag gestelde voorwaarden (waaronder het invullen van enkele ontbrekende woorden, die voorkwamen op een aan de binnenzijde van een folder afgedrukte tekst) verplichtte de deelnemer dat geschrift te lezen en zelfs daarvan grondig kennis te nemen. Die folder was geschikt om de lezer door de inwerking op hem van de daarin vervatte aanprijzingen te bewegen het in die folder vermelde product te kopen. De folder werd huis aan huis gratis bezorgd, zodat deelnemers niet eens een morele verplichting behoeften te gevoelen, zoals het geval zou kunnen zijn geweest, indien deelnemers in de gelegenheid werden gesteld het formulier gratis in een winkel met Omo-producten te halen ⁸. Desondanks achtte de Hoge Raad in de zaak van de Omo-prijsvraag een strafbare loterij aanwezig. Het grondig kennis nemen van de folder leverde, aldus de Hoge Raad, een prestatie op, waarvan verhoging van het debiet van de producenten van Omo-wasmiddel kon worden verwacht.

Met deze uitspraak kan ik mij niet verenigen. Terecht luidde de Conclusie van A. G. Loeff in tegengestelde zin en eveneens terecht is het arrest in de noot daaronder van B.V.A.R. bestreden. Het gevaar, waartegen de Loterijwet het publiek heeft willen beschermen, namelijk van uitbuiting van de speelzucht, was hier in het geheel niet aanwezig, want

⁶ H.R. 17 april 1951 N.J. 1951/471 met noot B.V.A.R., waarbij de Hoge Raad terugkwam op H.R. 15 dec. 1919 N.J. 1920, blz. 76.

⁷ H.R. 13 nov. 1956 N.J. 1957/453 met noot B.V.A.R.

⁸ Reimer, blz. 585 en de aldaar vermelde rechtspraak; Baumbach-Hefermehl, blz. 232-235.

van het publiek werd geen enkel financieel offer, ook niet in de vorm van een te ruime onkostenvergoeding⁹, gevraagd. Het is niet voldoende, dat de actie enig — hier slechts indirect — voordeel voor de aanlegger oplevert: mede is vereist, dat het voordeel een gevolg is van een financieel offer van de deelnemer, immers anders is er geen uitbuiting. Terecht constateren Loeff en Röling dan ook: indien men meent, dat acties als de onderhavige ook in het openbaar belang verboden behoren te worden, zal dit bij de wet c.q. wetswijziging dienen te geschieden. De huidige Loterijwet is voor deze gevallen niet geschreven.

Wij staan hier voor een keuze, maar in beide gevallen dient de vraag van het Bestuur van de N.J.V., of een nadere wettelijke voorziening gewenst is, in dit opzicht bevestigend te worden beantwoord: meent men, dat de wetgever zich in de Loterijwet mede moet keren tegen prijsvragen, waardoor de speelzucht van het publiek niet wordt uitgebuit, dan moet de Loterijwet gewijzigd worden om dit geval er uitdrukkelijk onder te brengen. Meent men daarentegen, dat het publiek tegen de onschuldige genoegens van prijsvragen niet behoeft te worden beschermd en dat het spelelement in onze cultuur niet al te zeer behoeft te worden verdrongen, dan is eveneens een wijziging van de Loterijwet gewenst, namelijk om een te betreuren uitspraak als die van de Hoge Raad in de zaak van de Omo-prijsvraag voor de toekomst onmogelijk te maken. Het behoeft geen commentaar meer, dat ik mij onder de laatste categorie schaar.

Resumerend ben ik derhalve van oordeel, dat in art. 1 Loterijwet de volgende wijzigingen moeten worden aangebracht:

1. Bepaald moet worden, dat er slechts van een loterij sprake is, wanneer de winnaars worden aangewezen op een wijze, waarbij zij op hun kansen geen overwegende invloed kunnen uitoefenen.
2. Bepaald moet worden, dat er slechts van een loterij sprake is, wanneer de deelname alleen open staat voor hen, die aan zekere voorwaarden voldoen, en deze voorwaarden zodanig luiden, dat voldoening hieraan direct of indirect een financieel voordeel oplevert voor de aanlegger van de

⁹ Baumbach-Hefermehl, blz. 248.

loterij en tevens een financieel offer voor de deelnemers eraan.

Par. 5. Diversen.

Tot slot moge nog zeer in het kort de aandacht worden gevestigd op enige wetten ter bescherming van de consument.

IJkwet. Prijsaanduiding als middel tot prijsvergelijking voor de consument heeft slechts dan waarde, als zij plaatsvindt onder vermelding van de kwaliteitsaanduiding en de verkoopenheid, zoals die in de handel gebruikelijk zijn. De consumenten-organisaties hebben in 1958 aan de Commissie Herziening IJkwet 1937 o.a. de wens te kennen gegeven een algemeen voorschrift tot vermelding van het nettogewicht van verpakte artikelen c.q. van de inhoud, metrage en het aantal stuks in te voeren en te bepalen, dat bij artikelen als vis, wild, eieren, slavinken, tartaartjes e.d. de prijsaanduiding per gewicht dient plaats te vinden. In het buitenland bestaan in dit opzicht vaak reeds zeer ver gaande eisen. Het zou mij te ver voeren hiervan te dezer plaatse een overzicht te geven.

Warenwet. De Warenwet geeft nauwkeurige voorschriften omtrent de samenstelling en kwaliteitsaanduiding van tal van artikelen, vooral levensmiddelen. Het Consumenten Contact Orgaan streeft naar een uitbreiding van de toepassing van de Warenwet, met name m.b.t. goederen buiten het terrein van de voedingsmiddelen, zoals t.a.v. vaste brandstoffen. De Minister van Economische Zaken heeft in de Memorie van Toelichting bij de begroting 1963 een dergelijke uitbreiding t.a.v. wol aangekondigd.

Wet op de Geneesmiddelenvoorziening. Het is opvallend, dat bij de gevallen van vergelijkende reclame er een groot aantal is, dat betrekking heeft op pharmaceutische producten. Het zou zin hebben juist op dit terrein enige orde te scheppen, maar ik zou niet weten hoe. Er zijn met name twee euvels. In de eerste plaats is de toestand, ook voor de artsen, op het terrein van de geneesmiddelenvoorziening, zeer onoverzichtelijk, omdat hetzelfde geneesmiddel onder vele verschillende benamingen verkrijgbaar is. Iedere fabrikant verzint maar merkennamen. Iedere fabrikant mag aan

hetzelfde geneesmiddel een andere naam geven. Men kan de vrijheid om merknamen te verzinnen, al dan niet met behulp van een elektronische lettermachine, moeilijk beknotten. Maar een hoogleraar in de artsenijsbereidkunde zei reeds in 1936 in zijn inaugurele oratie ¹: „Moge het brein der juristen een oplossing vinden voor de bezwaren, die een ongebreidelde toepassing van het woordmerk op het gebied der geneesmiddelen medebrengt en die nog geaccentueerd worden door een zeer rigoureuze toepassing van de wettelijke bepalingen hier te lande”. Wat het brein der juristen sindsdien vermocht, is niet indrukwekkend. Slechts op het terrein van de *aanprijzing* van verpakte geneesmiddelen bestaan thans voorschriften ².

In de tweede plaats is er een groot verschil in prijs tussen het met name genoemde merkartikel en het naamloze geneesmiddel (*loco-preparaat*), dat dezelfde werking heeft. De arts is t.a.v. verplicht verzekerden gehouden het *loco-preparaat* voor te schrijven. De verplicht verzekerden hebben „geen recht op geneesmiddelen in *spécialité*-vorm, die door een gelijkwaardig ander middel, hetwelk door de apotheker kan worden bereid, kunnen worden vervangen” ³. De niet-fondspatiënten worden niet op gelijke wijze beschermd. Als een arts in een recept het merkartikel voorschrijft, mag de apotheker niet het gelijkwaardige goedkopere product leveren.

¹ Prof. Dr J. J. Lijnst Zwikker, N.J.B. 1936, blz. 901.

² Wet op de Geneesmiddelenvoorziening, wet van 28 juli 1958, Stbl. 1958 no. 408, art. 30 lid 1: „Er is een Keuringsraad, Keuringsraad voor de aanprijzing van geneesmiddelen genaamd, welks leden en secretaris Wij benoemen en ontslaan en welke belast is met de beoordeling van de aanprijzing van verpakte geneesmiddelen volgens de bij of krachtens deze wet gegeven voorschriften. Wij benoemen de leden op voordracht van de door Onze Minister aangewezen organisaties en instellingen”. Zie ook art. 2 lid 2 van de Regelen voor het Advertentiewezen 1963, hierachter onder de bijlagen opgenomen.

³ Art. 2 lid 2 van de Beschikking genees- en verbandmiddelen verplicht-verzekerden (Stc. 1958/122), besproken bij L. S. Godefrói, Het Ziekenfondswezen in Nederland, diss. N.E.H. Rotterdam 1963, blz. 142-143.

HOOFDSTUK IV.

Samenvatting.

Wij zijn in *hoofdstuk I* van vier uitgangspunten uitgegaan:

1. Het mededingingsrecht heeft twee aspecten, namelijk bescherming van de concurrent en bescherming van de consument. In veel gevallen zal een daad, die onbehoorlijke mededinging jegens een concurrent inhoudt, tevens onrechtmatig zijn jegens de consument, doch dit behoeft niet het geval te zijn. Slechts in die gevallen, waarin een daad onrechtmatig kan zijn jegens de consument, zonder tegelijk een vorm van ongeoorloofde mededinging jegens de concurrenten te zijn, is er aanleiding voor een strafrechtelijke sanctie op ongeoorloofde mededinging (par. 1). In art. 328 bis Sr. dienen de woorden „enige bedriegelijke handeling” te worden vervangen door de woorden „opzettelijk een handeling” (par. 4).

2. Onrechtmatig is de daad, die volgens „objektiv nachträgliche Prognose” schade voor een derde voorzienbaar, waarschijnlijk maakt. Dat men elkaar in mededinging schade mag toebrengen, dient te worden beschouwd als een uitzondering op de hoofdregel, niet als een toepassing daarvan. Het handelen in mededinging moet dan ook als een rechtvaardigingsgrond worden opgevat. Deze rechtvaardigingsgrond vervalt, indien de handeling op grond van de *wijze*, waarop de schade wordt toegebracht, een ongeoorloofd karakter draagt (par. 2).

3. In het mededingingsrecht spelen doelmatigheidsaspecten een grotere rol, vergeleken met andere terreinen des rechts, dan rechtvaardigheidsaspecten, hetgeen met zich mee brengt, dat het mededingingsrecht nog sterker dan andere gedeelten van het recht verandert naar tijd en plaats. Veranderingen in de conjuncturele en structurele ontwikkeling behoren te leiden tot een wijziging van de inhoud van het mededingingsrecht. Dit is vooral van belang voor de boycot, de vergelijkende reclame en de verticale prijsbinding. Deze gewijzigde waardering voor de hier genoemde verschijnselen dient echter (behalve bij de boycot) niet door de rechter, maar door de wetgever en de administratie tot uitdrukking te worden gebracht (par. 3).

4. Wettelijke regeling van het algemene mededingingsrecht ter nadere detaillering van art. 1401 B.W. is niet strikt noodzakelijk maar wel gewenst, zulks ter bevordering van de rechtzekerheid en van de preventieve werking van de te formuleren regels. Een overzicht van de rechtspraak en literatuur leert, dat er op vele punten nog onzekerheden bestaan met rechtspraak en schrijvers in uiteenlopende zin, op andere punten wel eenstemmigheid, maar in een onbevredigende richting. In overeenstemming met het antwoord op vraagpunt 17 van de Tweede Kamer doch in afwijking van het voorstel van de ontwerpers van het nieuwe B.W. dient derhalve een nadere regeling te worden opgenomen betreffende de ongeoorloofde mededinging, zulks door middel van een hoofdregel en daarnaast een opsomming van een zo groot mogelijk aantal zo nauwkeurig mogelijk omschreven dwingende voorbeelden van gevallen van ongeoorloofde mededinging. Naast deze enuntiatieve opsomming zijn een aantal regels van materieel en formeel recht gewenst, met name op het terrein van de nabootsing van eens anders niet door octrooi of auteursrecht beschermd product, op het terrein van de doorbreking van eens anders gesloten verkoopsorganisatie, t.a.v. de sancties (rectificatie), het kort geding en de bewijslast-verdeling (par. 4).

In *hoofdstuk II* zijn in 10 categorieën de verschillende gevallen van ongeoorloofde mededinging, thans vallende onder art. 1401 B.W., nader besproken. De nabootsing van eens anders niet beschermd merk of niet beschermde handelsnaam is ongeoorloofd, indien daardoor een verwarringsgevaar ontstaat en deze nabootsing stelselmatig plaatsvindt. Aan het parasitaire element komt geen zelfstandige betekenis toe behalve om „verwatering” van een merk (blz. 97) onrechtmatig te achten (par. 1).

Nabootsing van eens anders niet geoctrooieerd product is rechtmatig, tenzij men door nabootsing van technisch irrelevante details verwarring sticht. Er bestaat geen behoefte om de onrechtmatigheid van deze nabootsing *als zodanig* ook zonder verwarringsgevaar of met andere begeleidende omstandigheden aan te nemen, tenzij er sprake is van begeleidende omstandigheden, die reeds op zich zelf een onrechtmatige daad vormen, zoals het afhandig maken van bedrijfsgeheimen langs slinkse weg. Ook hier heeft het parasitaire

element geen betekenis voor het constitueren van de onrechtmatigheid (par. 2).

Misleiding van het publiek t.a.v. de aard (hoedanigheid, hoeveelheid, herkomst) van het aangeboden of de hoedanigheid van de aanbieder is onrechtmatig, tenzij het betreft een kennelijke en daardoor niet geloofwaardige overdrijving (par. 3).

Die mildheid geldt niet t.a.v. kleinering t.o.v. het publiek van de aard (hoedanigheid, hoeveelheid, herkomst) van het door een mededinger aangeboden of van de hoedanigheid van een mededinger: onware of grievende, en tevens schadelijke mededelingen betreffende een mededinger of diens product zijn steeds onrechtmatig. Publicatie van de rectificatie dient plaats te vinden (par. 4).

Er bestaat geen of weinig verschil van mening over, dat het doen van ware schadelijke mededelingen en vergelijkende reclame in vijf gevallen (blz. 139) rechtmatig is, maar wat daar buiten moet gelden, is onzeker. Na elimineren van bijkomstige factoren, zoals misleidende, denigrerende of aanhakende reclame, blijft de zuivere vergelijkende reclame over en het doen van ware, schadelijke mededelingen. Ter activering van de concurrentiestrijd in de hoogconjunctuur dient deze reclame toelaatbaar te worden verklaard, mits de vergelijking of de mededelingen onbetwistbaar en volledig waar zijn; zulks wordt behoudens tegenbewijs vermoed het geval te zijn, indien deze mededelingen gebaseerd zijn op onderzoekingen van een onpartijdige instantie. Een van een mededinger afkomstige vergelijking wordt, behoudens tegenbewijs, vermoed niet volledig waar te zijn (par. 5).

Aanhakende reclame is evenals onderdrukkende reclame onrechtmatig. Ten onrechte wordt in de rechtspraak veelal het tegendeel aangenomen (par. 6).

Afhandig maken van clientèle is het doel van iedere mededinging; deze handeling is slechts onrechtmatig, indien dit afhandig maken langs slinkse weg geschiedt; afhandig maken van het personeel van een mededinger is evenmin onrechtmatig, tenzij zulks gepaard gaat met een andere vorm van ongeoorloofde mededinging, met name het zich een voorsprong verschaffen door wetsovertreding (zwart loon aanbieden) of het stelselmatig profiteren van eens anders contractbreuk. Afhandig maken van langs slinkse weg verkregen bedrijfsgeheimen is onrechtmatig. Hetzelfde

moet worden aangenomen t.a.v. misbruik van in een pracontractueel stadium vertrouwelijk ter hand gestelde bedrijfsgeheimen, terwijl later de onderhandelingen afspringen. De schaarse rechtspraak op dit punt is ten onrechte in tegengestelde zin gevestigd (par. 7).

De grens tussen rechtmatige en onrechtmatige boycot dient niet te worden getrokken daar, waar een zelfstandige weigering overgaat in een opwekking van anderen om boycot uit te oefenen of daaraan deel te nemen, maar daar, waar een individuele weigering overgaat in een collectieve. Een collectieve weigering is doorgaans onrechtmatig, tenzij aan vijf eisen (blz. 168) is voldaan; dan is de boycot weer rechtmatig (par. 8).

De vraag, of en wanneer profiteren van eens anders contractbreuk onrechtmatig is, is vooral van belang voor de doorbreking van een gesloten verkoopsorganisatie. „Gesloten” betekent hier: zonder lekken, „lückenlos”. Ten onrechte gebruikt men de term „gesloten verkoopsorganisatie” ook wel in de betekenis van exclusieve verkoopsorganisatie. Handhaaft men (op zich zelf terecht) de eis, dat de verkoopsorganisatie gesloten moet zijn, wil de fabrikant of alleen-importeur zich kunnen beklagen over inbreuk hierop, dan dient men de fabrikant en alleen-importeur ook de middelen te geven om deze geslotenheid te handhaven. Daartoe dient in de eerste plaats bepaald te worden, dat het verwijderen van een merk of controleteken onrechtmatig is. In de tweede plaats dient bevorderd te worden, dat de fabrikant de contractbreker zelf opspoort, omdat het aanspreken van degene, die van een contractbreuk in een vroegere schakel profiteert, toch slechts een noodsprong is. Daartoe dient te worden bepaald, dat degene die, aangesproken terzake van het bedrijfsmatig doorbreken van een prijsbinding en van het verkopen onder de bij die binding vastgestelde prijzen met gebruikmaking van wanprestatie van een rechtsvoorganger, zijn leverancier niet noemt, behoudens tegenbewijs vermoed wordt stelselmatig en desbewust te profiteren van de contractbreuk van zijn onmiddellijke rechtsvoorganger. Door deze indirecte denuntiatiedwang wordt de kans vergroot, dat de fabrikant het lek zelf vindt. Dat vergroot tevens de kans om derden, die niet contractueel gebonden waren en slechts profiteren van eens anders contractbreuk, ongemoeid te laten. Het verdient

aanbeveling het onderscheid tussen uitlokking en profiteren van eens anders contractbreuk — het eerste steeds onrechtmatig, het tweede slechts onder bepaalde omstandigheden — met dezelfde functie t.a.v. de onrechtmatigheid te vervangen door het onderscheid tussen begunstiging (omvattend uitlokken en profiteren) van de contractbreuk van de *onmiddellijke* rechtsvoorganger en begunstiging van een *verdere* rechtsvoorganger. Het oordeel van de rechter omtrent de vraag, wanneer de doorbreking van een verkoopsorganisatie onrechtmatig is, dient niet beïnvloed te worden door de vraag, of een individuele prijsbinding in het economische verkeer al dan niet een nuttige functie vervult. De rechter, die zijn oordeel over de al dan niet onrechtmatigheid van de doorbreking van een verticale prijsbinding mede wil laten afhangen van de functie, die deze verticale prijsbinding in het maatschappelijk verkeer vervult, dient genoopt te zijn deze vraag voorafgaand voor te leggen aan de Minister van Economische Zaken (in het kort geding bij wege van een spoedeisend onderzoek naar de vraag, of de Minister tot een eventuele schorsing ex art. 23 W.E.M. moet overgaan); de rechter dient de vrijheid te missen om, indien hij een zodanige verwijzing achterwege laat, op gronden van economische wenselijkheid de doorbreking van de verticale prijsbinding rechtmatig te achten (par. 9).

Het zich verschaffen van een voorsprong door overtreding van wettelijke voorschriften, die niet rechtstreeks de mededinger beogen te beschermen, is onrechtmatig. Onrechtmatigheid kan leiden tot een verbod. Daaraan staat niet in de weg, dat op overtreding van deze normen ook reeds een strafsancie staat. Het optreden van vakgroepen en andere verenigingen van benadeelde mededingers dient te worden toegestaan (par. 10).

Na het algemene mededingingsrecht in hoofdstuk II zijn in *hoofdstuk III* enige bijzondere wetten betreffende mededingingsrecht besproken, voorzover aanleiding gevend tot wetgevingswensen. Het verdient aanbeveling in de W.E.M. uitdrukkelijk te bepalen, dat een individuele verticale prijsbinding een „mededingingsregeling” is in de zin van art. 1 W.E.M. Er bestaat geen behoefte aan nadere wettelijke voorzieningen t.a.v. onderwerpen als productdifferentiatie,

prijisdifferentiatie, prijsdiscriminatie, dumping en koppelverkoop (par. 1).

Het verdient aanbeveling de „voorkeursdagen” van art. 17 lid 2 Uitverkopenwet 1956 te schrappen (par. 2).

Het verdient aanbeveling de Wet Beperking Cadeaustelsel uit te breiden met een verbod begeleidend geschenken te doen in de vorm van aanmerkelijke tegemoetkoming in de gebruikelijke aanschaffingsprijs van branchevreemde artikelen (par. 3).

Het verdient aanbeveling in de Loterijwet te bepalen, dat er van een loterij slechts sprake is, wanneer a. de winnaars worden aangewezen op een wijze, waarbij zij op hun kansen geen overwegende invloed kunnen uitoefenen, en b. de deelname alleen open staat voor hen, die aan zekere voorwaarden voldoen, en deze voorwaarden zodanig luiden, dat voldoening hieraan direct of indirect een financieel voordeel oplevert voor de aanlegger van de loterij en tevens een financieel offer voor de deelnemers eraan (par. 4).

Onderzocht moet worden, in hoeverre de belangen van de consumenten beter kunnen worden behartigd door wijziging van de IJkwet, de Warenwet en de Wet op de Geneesmiddelenvoorziening (par. 5).

Vrijwel overal ontmoeten wij in het mededingingsrecht de beide in de aanvang reeds genoemde aspecten van de bescherming van de concurrent en de bescherming van de consument. Op meer beperkt terrein zijn ook parallellen te trekken. Ik wijs o.m. op de volgende. Onverschillig is, of de overtreden norm strekt ter bescherming van het geïlaedeerde belang: ook wanneer dit niet het geval is, kan een actie gerechtvaardigd zijn; omgekeerd betekent het feit, dat een Schutznorm is overtreden, nog niet steeds, dat aan de benadeelde op die grond een actie behoort toe te komen. Aan de concurrent komt een actie toe, als de consument misleid is (blz. 122 hiervoor); aan de consument komt een actie toe, indien de misleidende mededinger heeft gehandeld in strijd met een norm, die de concurrenten beschermt (blz. 122 hiervoor). Afhandig maken van personeel kan onrechtmatig zijn, indien zulks geschiedt door overtreding van een niet ter bescherming van de mededingers geschreven norm (blz. 162 hiervoor). Het zich verschaffen van een voorsprong door overtreding van niet ter bescherming van de

mededingers geschreven wettelijke bepalingen met een straf-sanctie is een vorm van ongeoorloofde mededinging, ook al kan men daarbij de Schutznormtheorie slechts redden door het correctief van Langemeijer. De onrechtmatigheid van de doorbreking van een verkoopsorganisatie *jegens de fabrikant* wordt mede bepaald door de ongeoorloofde voorsprong, die de doorbreker zich *jegens zijn concurrenten* verschaft.

Doel van iedere mededinging is het zich verschaffen van een voorsprong boven de andere mededingers. Dit is toelaatbaar, tenzij men zich die voorsprong verschaft door een — op andere gronden — verboden handelwijze, die de andere mededingers juist wegens dat verbod niet kunnen navolgen. Zo valt te wijzen op het aftroggelen van personeel door het bieden van een „zwart” loon (blz. 161-162), het profiteren van eens anders contractbreuk als middel om zich een voorsprong te verschaffen op hen, die aan een verkoopsorganisatie gebonden zijn (blz. 194-195) en op de in hoofdstuk II, par. 10 besproken categorie (voorsprong door wetsovertreding).

Een andere parallel op een meer beperkt terrein is de kwantitatieve invloed op een kwalitatieve beoordeling. Gering onderscheidend vermogen van een niet beschermd merk of een niet beschermde handelsnaam kan gecompenseerd worden door een *grote bekendheid*; wat op zich zelf te weinig individualiteit had, te weinig origineel was, kan door grote bekendheid onderscheidende kracht krijgen, waardoor bij nabootsing ervan verwarring dreigt (blz. 98 en blz. 100 hiervoor). Hetgeen individueel volmaakt rechtmatig is — de vrijheid om niet te contracteren — kan *collectief* onrechtmatig worden — in de vorm van boycot (blz. 164 hiervoor). Een kartel wordt kwalitatief verwerpelijk, indien het *kwantitatief* belangrijk wordt. Dan begint een kartel te lijken op een publiekrechtelijk orgaan, maar zonder de waarborgen van de Wet op de B.P.O. Wat incidenteel nog niet onrechtmatig is — de enkele niet bedrijfsmatige nabootsing van eens anders niet beschermd merk of niet beschermde handelsnaam — kan bij *stelselmatigheid* onrechtmatig worden (zie blz. 103 hiervoor). Profiteren van een anders contractbreuk kan alleen onrechtmatig zijn, indien zulks *stelselmatig* geschiedt (hoofdstuk II, par. 9).

Evenals een verkoopsorganisatie niet tegenover derden gehandhaafd kan worden, wanneer niet aan de eis van

„Lückenlosigkeit” is voldaan, zo is nabootsing van eens anders niet geoctrooieerd product in ieder geval niet onrechtmatig, wanneer degene, wiens product is nagebootst, niet tegen andere nabootsingen optreedt (blz. 118). Voorts dient bestraffing achterwege te blijven terzake van de overtreding van een voorschrift, dat voor alle mededingers geldt, indien de concurrenten dit voorschrift in de praktijk straffeloos kunnen overtreden of ontduiken, hetzij door een gebrekkige wettekst, hetzij door een gebrekkig vervolgingsbeleid (blz. 218).

Uit het onderzoek in hoofdstuk II blijkt, dat weliswaar op een aantal terreinen weinig rechtsonzekerheid bestaat en dat aldaar ook de rechtspraak in bevredigende zin gevestigd is, zoals b.v. t.a.v. nabootsing van een niet beschermd merk of niet beschermde handelsnaam, misleiding van het publiek t.a.v. het aangeboden of de aanbieder, kleinering t.o.v. het publiek van het aanbod of de persoon van de mededinger en de boycot. Daarentegen is op andere punten een wettelijke regeling zeer gewenst om hetzij aan rechtsonzekerheid hetzij aan een onbevredigende zekere rechtspraak een einde te maken. Zo moet de vraag worden beantwoord, of nabootsing van eens anders niet geoctrooieerd product ook ten gevolge van andere begeleidende omstandigheden dan verwarringsgevaar door nabootsing van technisch irrelevante details onrechtmatig kan zijn (hoofdstuk II, par. 2); de vraag, of het doen van ware, schadelijke mededelingen en ware, vergelijkende reclame onder bepaalde voorwaarden dient te worden toegelaten (idem par. 5); de vraag, of aanhakende reclame niet eerder dan de rechtspraak aanneemt, onrechtmatig moet worden geacht (idem, par. 6); de vraag, of, anders dan de rechtspraak aanneemt, het misbruik maken van tijdens (later afgebroken) onderhandelingen vertrouwelijk verkregen bedrijfsgeheimen onrechtmatig dient te zijn (idem, par. 7); de vraag, of het verwijderen van eens anders merk of controleteken onrechtmatig dient te zijn (idem, par. 9). Bovendien wordt een aantal wettelijke regelingen voorgesteld; zo een bescherming van sier- en gebruiksmodellen en eventueel van een tweede rangs octrooi (blz. 114-115 hiervoor); een bewijslastregeling in afwachting daarvan (blz. 115-116 hiervoor); een bewijslastregeling t.a.v. de invloed van de herkomst op het waarheidsgehalte van vergelijkende reclame (blz. 149-150 hiervoor); een

codificatie van de vijf gevallen, waarin vergelijkende reclame rechtmatig is (blz. 139 e.v. hiervoor) en van de vijf eisen voor rechtmatigheid van de boycot (blz. 168 e.v. hiervoor); de verwijzingsplicht van de rechter, die bij de beoordeling van de al dan niet onrechtmatigheid van de doorbreking van een verticale prijsbinding de economische functie van de prijsbinding wil verdisconteren; de indirecte denuntiatiedwang ter opsporing van het lek in een verkoopsorganisatie; het verleggen van de grens tussen uitlokken en profiteren naar die tussen begunstiging van contractbreuk van een directe rechtsvoorganger en van die van eerdere rechtsvoorgangers; en tenslotte de reeds gereleveerde voorstellen tot wetwijziging t.a.v. de Wet Economische Mededinging, de Uitverkopenwet 1956, de Wet Beperking Cadeaustelsel en de Loterijwet.

Redenen genoeg om de door het Bestuur van de N.J.V. aan de orde gestelde vraag, of de wet t.a.v. ongeoorloofde mededinging nadere bijzondere regelen dient te bevatten, bevestigend te beantwoorden. T.a.v. het tweede deel van deze vraag (zo ja, welke wettelijke regelingen zijn dan gewenst?) moet ik helaas volstaan met een verwijzing naar de globale voorstellen, die in dit prae-advies zijn gedaan. Mijn voornemen om in dit hoofdstuk — dat dan aanvankelijk zou heten: Samenvatting en conclusies — met een uitgewerkt wetsvoorstel te komen, heb ik wegens tijds- en plaatsgebrek moeten laten varen.

Enerzijds blijf ik daardoor in gebreke het op blz. 80 hiervoor in het uitzicht gestelde bewijs te leveren, dat een wettelijke regeling mogelijk is, zonder dat men ter wille van de algemene geldigheid slechts zulke enge grenzen zou kunnen trekken, dat velen ten onrechte alles, wat buiten die grenzen zou vallen — en wat alleen onder bepaalde omstandigheden, dus niet steeds als ongeoorloofde mededinging moet worden aangemerkt — als geoorloofd zouden beschouwen. Een begin van bewijs kan ik slechts leveren door te verwijzen naar de in de bijlagen opgenomen buitenlandse wettelijke regelingen, al accentueren deze soms onvoldoende het nut van een wettelijke regeling door te weinig scherpe grenslijnen te trekken.

Anderzijds behoeft men wellicht niet te zeer om het achterwege laten van een uitgewerkt voorstel voor een wettelijke regeling te treuren. De ervaring leert, dat de stem-

mingen in de vergaderingen van de N.J.V. doorgaans tot uiting brengen, dat er weinig behoefte bestaat aan wettelijke regeling of wetswijziging: men is snel tevreden met de bestaande toestand. Voorzover dan ook in het voorgaande gedachten zijn ontwikkeld, die noch algemeen aanvaard zijn noch zullen blijken algemeen aanvaardbaar te zijn, kan ik slechts de hoop uitspreken, dat de functie van dit praeadvies t.o.v. de ongeoorloofde mededinging dezelfde moge zijn, als de functie van de ongeoorloofde mededinging t.o.v. de ontwikkeling van de onrechtmatige daad, zoals in het eerste hoofdstuk (par. 1) geschetst, namelijk die van katalysator, desnoods van verwarrende katalysator.

REGELEN VOOR HET ADVERTENTIEWEZEN 1963

Naleving voorschriften:

Artikel 2

2. Het is hun verboden, in publicaties mededelingen op te nemen of te doen opnemen, b.v. over prijs, aard, waarde of bruikbaarheid van een artikel of dienst, waarvan zij moeten begrijpen, dat daardoor het algemeen belang of de bona fide handel geschaad of het publiek misleid kan worden of het reclamewezen gevaar kan lopen in discredit te geraken; diensvolgens hebben zij ondermeer de aanwijzingen van de Keuringsraad Openlijke Aanprijzing Geneesmiddelen en Geneeswijzen op te volgen.

Ongeacht het verbod van de Handelsnaamwet en de Merkenwet om bij het bezigen van reclame namen en handelsmerken na te bootsen, dient nabootsing van verpakkingen, reclameteksten of slagzinnen van een concurrent en – in het algemeen – alle reclame, welke bij het publiek kan leiden tot verwisseling of misleidende verwarring van soortgelijke artikelen, bedrijven of zaken, achterwege te blijven.

CODE VOOR HET RECLAMEWEZEN

*behelzende normen voor de deelneming aan het reclameverkeer,
door de Internationale Kamer van Koophandel*

voor de eerste maal vastgesteld in 1937 en laatstelijk herzien in 1955

I. GEDRAGSREGELS JEGENS HET PUBLIEK

3. Reclame dient waar te zijn en verdraaiing van feiten alsook misleiding door toespelingen of weglatingen te vermijden. Zo mag de reclame bijvoorbeeld de verbruiker niet op een dwaalspoor brengen met betrekking tot:

- a. de kenmerken van het geadverteerde artikel, te weten nuttigheid, grondstoffen, bestanddelen, herkomst enz.; de prijs van het produkt, of zijn waarde, zijn bruikbaarheid of de aanschaffingsvoorwaarden; de diensten waarmede aankoop gepaard gaat, met inbegrip van bezorging, ruil, teruggave, reparatie, onderhoud, enz.;
- b. de kwaliteit of de prijs van concurrerende goederen of de geloofwaardigheid van verklaringen van anderen.

4. Geen reclame mag enigerlei bewering inhouden die dermate overdreven is dat zij onvermijdelijk tot teleurstelling van de consument moet leiden. Met name is voorzichtigheid geboden in de navolgende gevallen:

- a. Reclame die zich richt tot personen die aan een ziekte lijden. Deze behoort noch genezing van een ernstige ziekte in uitzicht te stellen, noch enigerlei bewering te bevatten die de gezondheids-toestand van de patiënt zou kunnen schaden, bijvoorbeeld door hem ervan te weerhouden medische bijstand in te roepen.
- b. Reclame die het publiek tot geldbelegging aanspoort. Zodanige reclame mag geen verklaringen bevatten welke het publiek zouden kunnen misleiden met betrekking tot de geboden zekerheid, het rendement of de aflossingsvoorwaarden.
- c. Reclame die het publiek opwekt tot deelneming aan loterijen of wedstrijden waaraan prijzen verbonden zijn, of die het vooruitzicht op geschenken opent.
Dergelijke reclame dient duidelijk alle voorwaarden voor de loterij of wedstrijd of voor het verwerven der geschenken te vermelden.

5. Onjuiste of misleidende mededelingen aangaande persoonlijke aanbevelingen van de aangeprezen onderneming, goederen of diensten, mogen niet gebezigd worden.

Testimonia of soortgelijke verklaringen die hetzij gefingeerd, dan wel verlopen of om andere redenen niet langer van toepassing zijn, of waarvan het origineel niet kan worden overgelegd, behoren niet te worden aangewend. Wie in zijn reclame attesten bezigt, is evenzeer voor de daarin vervatte verklaringen aansprakelijk als hadde hij deze zelf afgelegd.

II. GEDRAGSREGELS IN HET ONDERLINGE VERKEER VAN ADVERTEERDERS

Leidend grondbeginsel

Het principe van eerlijke mededinging zoals dat in het bedrijfsleven in algemene zin wordt verstaan en aanvaard, dient ook voor de reclame van toepassing te zijn.

Gedragsregels

1. Reclame-methoden die vermoedelijk bij de consument verwarring zouden stichten ten aanzien van bepaalde goederen of diensten, behoren niet te worden toegepast. Zulke methoden kunnen bestaan uit:

- a. de nabootsing van het handelsmerk of de naam van een concurrent, of van de verpakking of etikettering van goederen;
- b. de nabootsing van reclame-elementen zoals illustraties, tekst, lay-outs, of slagzinnen.

2. De reclame moet trachten de gunstige gezindheid van het publiek te verwerven op grond van de hoedanigheden der aangeprezen goederen of diensten. Verwijzingen naar andermans bedrijf, artikel of dienst, welke derzelver goodwill zouden kunnen uitbuiten, dienen door elke adverteerder vermeden te worden.

Directe vergelijking met het artikel, de dienst of het bedrijf van een concurrent behoort te worden ontweken.

Kleinerende toespelingen op enigerlei produkt, dienst of onderneming zijn onder geen omstandigheden veroorloofd.

Belgisch ontwerp van wet betreffende de economische mededinging

HOOFDSTUK I. PRIJZEN

AFDELING 2. REGELING VAN PRIJZEN

Artikel 5

§ 1. Overeenkomstig de wetten en verdragen van toepassing inzake de prijzen van produkten en diensten, kan de Minister tot wiens bevoegdheid Economische Zaken toebehoren, voor de produkten en diensten die hij bepaalt, hetzij ambtshalve, hetzij bij het verstrijken van de overeenkomstig art. 1 vastgestelde termijn:

1. verbieden aan een verdeler een minimumverkoop prijs op te leggen;
2. de door elke verkoper te heffen maximummarges vaststellen, hetzij voor het grondgebied van het Rijk, hetzij voor bepaalde delen ervan;
3. maximumprijzen vaststellen, hetzij voor het grondgebied van het Rijk, hetzij voor bepaalde delen ervan.

§ 2. Ingeval een andere administratieve overheid dan de Minister tot wiens bevoegdheid Economische Zaken toebehoren, de prijzen kan vaststellen van produkten en diensten waarop deze wet toepasselijk is, is die overheid ertoe gehouden elke nieuwe beslissing terzake aan die Minister voor te leggen, alvorens ze te kunnen toepassen. Indien laatstgenoemde ongunstig adviseert, maakt hij ze aanhangig bij de Ministerraad die uitspraak doet.

De bepalingen van het eerste lid zijn evenwel niet van toepassing op de wet van 16 november 1961 tot instelling van een Directorium voor de Kolennijverheid.

§ 3. De besluiten ter uitvoering van dit artikel genomen, worden in het Belgisch Staatsblad bekendgemaakt.

Artikel 7

Wanneer de Minister overeenkomstig artikel 5, 1°, een minimum-prijs heeft verboden, is het de producenten en verdelers verboden, in de mate waarin zij voorraden beschikbaar hebben en voor zover de terzake geldende handelsgebruiken in acht genomen worden, geen gevolg te geven aan de vraag van verbruikers of gebruikers wanneer deze vragen geen abnormaal karakter vertonen en de vragers te goeder trouw zijn.

In het voormelde geval is het hun eveneens verboden ongelijke verkoopsvoorwaarden te stellen, die niet in overeenstemming zijn met de normale handelsgebruiken.

HOOFDSTUK II. VOORLICHTING VAN DE VERBRUIKER

AFDELING 1. BEKENDMAKING VAN DE PRIJZEN

Artikel 8

De Minister kan de toegepaste prijzen waarvan hij kennis heeft gekregen ingevolge de onderzoeken overeenkomstig de artikelen 1 en 2 verricht, bekend maken.

Artikel 9

Een ieder die zich tot het publiek richt om produkten in het klein te koop aan te bieden of die diensten verricht, moet schriftelijk op duidelijk zichtbare en ondubbelzinnige wijze de verkoopprijs of het tarief van de diensten aangeven.

Artikel 10

De Koning kan nadere regelen inzake prijsaanduiding stellen. Hij kan sommige produkten of sommige diensten onttrekken aan de toepassing van de bepalingen betreffende de prijsaanduiding.

AFDELING 3. HANDELSRECLAME

Artikel 16

Verboden is elke handelsreclame die hetzij onnauwkeurige aanduidingen bevat, onder meer wat de oorsprong, de aard, de samenstelling of de kwaliteit van de produkten betreft, hetzij vergelijkingen, zelfs impliciet met een mededinger, diens produkten of diens activiteit, hetzij elementen die verwarring met een mededinger of met diens produkten kunnen doen ontstaan.

Onder „kwaliteit” worden onder meer verstaan de kenmerken van een produkt ten opzichte van zijn waarde, zijn gebruiksmogelijkheden, de voorwaarden waaronder het kan worden gekocht, de diensten die met de aankoop gepaard gaan.

HOOFDSTUK III. BEPAALDE HANDELSPRAKTIJKEN

AFDELING 1. VERKOOP MET VERLIES

Artikel 17

Onverminderd de toepassing van art. 5, § 1, 3°, is het verboden een produkt tegen een lagere prijs dan zijn koop- of herbevoorradsingsprijs te koop aan te bieden of te verkopen.

Niettegenstaande elke andersluidende overeenkomst is dit verbod niet van toepassing:

- a. op de uitverkopen, aan afdeling 2 van dit hoofdstuk onderworpen;
- b. op de opruimingen van restanten, aan afdeling 3 van dit hoofdstuk onderworpen;
- c. op de waren waarvan de waarde snel kan verminderen en de bewaring niet kan worden verzekerd.

AFDELING 2. UITVERKOOP

Artikel 20

§ 1. Behoudens in het geval van art. 18, 1°, of in geval van machtiging van de Minister tot wiens bevoegdheid Economische Zaken behoren, moet elke uitverkoop plaats hebben in de lokalen waar dezelfde verkoper gewoonlijk dezelfde produkten vóór het begin van de uitverkoop heeft verkocht.

§ 2. Geen produkt mag bij uitverkoop te koop worden geboden of worden verkocht, indien het geen deel uitmaakte van de voorraad die het hoofd van de instelling onder zich had, hetzij op het ogenblik van de kennisgeving bij art. 19 voorgeschreven, hetzij op het ogenblik waarop de gebeurtenis zich heeft voorgedaan, die tot de bij artikel 18, 1° bepaalde verkoop aanleiding geeft.

§ 3. Indien de prijs van een bij uitverkoop te koop geboden of verkocht produkt aan het publiek wordt voorgesteld onder een benaming of op enige andere wijze die de indruk wekt van een prijsverlaging, moet deze verlaging werkelijk zijn ten opzichte van de prijs die dezelfde verkoper voor de verkoop van gelijke produkten gewoonlijk bepaalt.

AFDELING 5. VERKOPEN EN DIENSTEN, GEPAARD MET HET AANBOD VAN ENIGERLEI VOORDEEL

Artikel 28

Aan de verbruiker mogen, samen met een hoofdprodukt of een hoofddienst, kosteloos worden aangeboden:

1. monsters uit het assortiment van de fabrikant of van de verdeler van het hoofdprodukt, zo deze worden aangeboden onder de voorwaarden van hoeveelheid of maat, die volstrekt onontbeerlijk zijn voor de beoordeling van de kwaliteiten van het produkt;
2. de bijhorende gedeelten van een hoofdprodukt, die specifiek aan dit produkt door de fabrikant van het laatst bedoelde werden aangepast en te gelijker tijd hiermee werden geleverd ten einde het gebruik ervan uit te breiden of te vergemakkelijken;
3. voorwerpen waarop onuitwisbare en bij het gebruik duidelijk zichtbare reclame-opschriften zijn aangebracht, die niet als zodanig in de handel voorkomen, op voorwaarde dat de prijs waartegen de aanbieder ze heeft gekocht, niet méér bedraagt dan vijf ten honderd van de prijs van het hoofdprodukt of van de dienst waarmede zij worden verleend;
4. chromo's, vignetten en andere prenten zonder handelswaarde;
5. de kleine diensten die in de handelsgebruiken ingeburgerd zijn, zoals de levering, de plaatsing, de controle en het onderhoud van de verkochte produkten;
6. bons voor deelneming aan tombola's, wedstrijden, spelen en enige andere mededinging, voor zover de Minister tot wiens bevoegdheid Economische Zaken behoren, machtiging heeft verleend tot het uitreiken van die bonnen.

Artikel 43

Het is verboden iemand, zonder dat deze eerst hierom heeft verzocht, enig produkt te doen geworden, samen met een bericht dat dit produkt door hem kan worden aanvaard tegen betaling van een vastgestelde prijs of naar de verzender, zelfs kosteloos, kan worden teruggezonden.

De geadresseerde is niet tot betaling of tot teruggave van de produkten gehouden, zelfs wanneer het bij het eerste lid bedoelde bericht ertoe strekt een vermoeden van stilzwijgende instemming te doen ontstaan.

HOOFDSTUK IV. DADEN VAN ONEERLIJKE MEDEDINGING

Artikel 46

Als een daad van oneerlijke mededinging wordt aangemerkt elke daad in strijd met de eerlijke gebruiken in handel of nijverheid, waardoor een handelaar, industrieel of ambachtsman zijn mededingers of een onder hen een deel van hun klanten afneemt of poogt af te nemen, of hun krediet schaadt of poogt te schaden, of meer in het algemeen hun mededingingsvermogen schaadt of poogt te schaden.

Artikel 47

De bepalingen van dit hoofdstuk zijn niet toepasselijk:

- 1°. op de daden die een tekortkoming aan de bepalingen der artikelen 1 en 2 vormen;
- 2°. op de daden die een overtreding zijn van de bepalingen der artikelen 5 tot 45 van deze wet of van de ter uitvoering daarvan genomen besluiten;
- 3°. op de daden van namaking die kunnen worden vervolgd krachtens de wetten op de uitvindingsoctrooien, de fabrieks- of handelsmerken, de nijverheidstekeningen of -modellen en de auteursrechten;
- 4°. op de daden die een overtreding van een strafbepaling uitmaken.

Artikel 48

Op vervolging, hetzij van de belanghebbenden of van een onder hen, hetzij van om enigerlei belanghebbende groepering met rechtspersoonlijkheid, hetzij van de Minister tot wiens bevoegdheid Economische Zaken behoren, beveelt de voorzitter van de Rechtbank van koophandel of de voorzitter van de in handelszaken zitting houdende Rechtbank van eerste aanleg de stopzetting van elke daad van oneerlijke mededinging.

Bovendien kan hij voorschrijven dat zijn beslissing gedurende de door hem bepaalde termijn, zowel buiten als binnen de verkoop-

lokalen van de overtreder zal worden aangeplakt, en kan hij bevelen dat zijn bevelschrift door middel van dagbladen of op enige andere wijze zal worden bekendgemaakt, dit alles op kosten van de overtreder.

Deze bekendmakingen mogen echter pas geschieden op het tijdstip dat tegen de desbetreffende beslissing geen hoger beroep of geen verzet meer openstaat.

Artikel 49

De voorzitter van de Rechtbank waarbij een op artikel 48 ge­gronde vordering aanhangig is gemaakt, beslist ten gronde maar overeenkomstig de rechtspleging inzake kort geding.

De beschikking is niet vatbaar voor verzet; het is uitvoerbaar bij voorraad, niettegenstaande elke voorziening en zonder borgtocht.

Hoger beroep hiertegen is ontvankelijk, wat ook de waarde van de eis zij; het kan worden ingesteld zelfs vóór de termijn van acht dagen te rekenen van de beschikking; het is niet-ontvankelijk indien het wordt ingesteld later dan vijftien dagen na de dag waarop de beschikking is betekend. Het wordt summierlijk en binnen een maand afgedaan.

Indien het arrest bij verstek wordt gewezen, is het verzet niet meer ontvankelijk na vijftien dagen, te rekenen van de dag der betekening van het arrest aan de persoon of aan de woonplaats.

HOOFDSTUK V. STRAFFEN

Artikel 53

De rechtbank kan bevelen het vonnis gedurende de door haar bepaalde termijn zowel buiten als binnen de verkooplokalen van de overtreder en op zijn kosten aan te plakken, alsmede het vonnis door middel van de dagbladen of enige andere wijze op kosten van de overtreder, bekend te maken; zij kan bovendien de verbeurdverklaring bevelen van de ongeoorloofde winsten, die met behulp van het misdrijf werden gemaakt.

HOOFDSTUK VI. OPSPORING EN BETEUGELING VAN DE DADEN BIJ DEZE WET VERBODEN

Artikel 60

De verenigingen met rechtspersoonlijkheid kunnen voor alle ge­rechten de burgerlijke vordering instellen met betrekking tot de feiten die, rechtstreeks of zijdelings, afbreuk doen aan de gemeenschappelijke belangen welke zij vertegenwoordigen.

GESETZ GEGEN DEN UNLAUTEREN WETTBEWERB VOM 7. JUNI 1909 (RGBl.S. 499)

§ 1. *Generalklausel*

Wer im geschäftlichen Verkehre zu Zwecken des Wettbewerbes Handlungen vornimmt, die gegen die guten Sitten verstossen, kann auf Unterlassung und Schadensersatz in Anspruch genommen werden.

§ 2. *Landwirtschaft*

Unter Waren im Sinne dieses Gesetzes sind auch landwirtschaftliche Erzeugnisse, unter gewerblichen Leistungen und Interessen auch landwirtschaftliche zu verstehen.

§ 3. *Unerlaubte Werbung.*

Wer in öffentlichen Bekanntmachungen oder in Mitteilungen, die für einen grösseren Kreis von Personen bestimmt sind, über geschäftliche Verhältnisse, insbesondere über die Beschaffenheit, den Ursprung, die Herstellungsart oder die Preisbemessung von Waren oder gewerblichen Leistungen, über die Art des Bezugs oder die Bezugsquelle von Waren, über den Besitz von Auszeichnungen, über den Anlass oder den Zweck des Verkaufs oder über die Menge der Vorräte unrichtige Angaben macht, die geeignet sind, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen, kann auf Unterlassung der unrichtigen Angaben in Anspruch genommen werden.

§ 4. *Strafbare Werbung*

(1) Wer in der Absicht, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen, in öffentlichen Bekanntmachungen oder in Mitteilungen, die für einen grösseren Kreis von Personen bestimmt sind, über geschäftliche Verhältnisse, insbesondere über die Beschaffenheit, den Ursprung, die Herstellungsart oder die Preisbemessung von Waren oder gewerblichen Leistungen, über die Art des Bezugs oder die Bezugsquelle von Waren, über den Besitz von Auszeichnungen, über den Anlass oder den Zweck des Verkaufs oder über die Menge der Vorräte wissentlich unwahre und zur Irreführung geeignete Angaben macht, wird mit Gefängnis bis zu einem Jahre und mit Geldstrafe bis zu fünftausend Deutsche Mark oder mit einer dieser Strafen bestraft.

(2) Werden die im Abs. 1 bezeichneten unrichtigen Angaben in einem geschäftlichen Betriebe von einem Angestellten oder Beauftragten gemacht, so ist der Inhaber oder Leiter des Betriebs neben dem Angestellten oder Beauftragten strafbar, wenn die Handlung mit seinem Wissen geschah.

§ 12. *Bestechung von Angestellten*

(1) Mit Gefängnis bis zu einem Jahre und mit Geldstrafe bis zu

fünftausend Deutsche Mark oder mit einer dieser Strafen wird, soweit nicht nach anderen Bestimmungen eine schwerere Strafe verwirkt wird, bestraft, wer im geschäftlichen Verkehre zu Zwecken des Wettbewerbes dem Angestellten oder Beauftragten eines geschäftlichen Betriebs Geschenke oder andere Vorteile anbietet, verspricht oder gewährt, um durch unlauteres Verhalten des Angestellten oder Beauftragten bei dem Bezuge von Waren oder gewerblichen Leistungen eine Bevorzugung für sich oder einen Dritten zu erlangen.

(2) Die gleiche Strafe trifft den Angestellten oder Beauftragten eines geschäftlichen Betriebs, der im geschäftlichen Verkehre Geschenke oder andere Vorteile fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, damit er durch unlauteres Verhalten einem anderen bei dem Bezuge von Waren oder gewerblichen Leistungen im Wettbewerb eine Bevorzugung verschaffe.

(3) Im Urteil ist zu erklären, dass das Empfangene oder sein Wert dem Staate verfallen sei.

§ 14. Anschwärzung

(1) Wer zu Zwecken des Wettbewerbes über das Erwerbsgeschäft eines anderen, über die Person des Inhabers oder Leiters des Geschäfts, über die Waren oder gewerblichen Leistungen eines anderen Tatsachen behauptet oder verbreitet, die geeignet sind, den Betrieb des Geschäfts oder den Kredit des Inhabers zu schädigen, ist, sofern die Tatsachen nicht erweislich wahr sind, dem Verletzten zum Ersatze des entstandenen Schadens verpflichtet. Der Verletzte kann auch den Anspruch geltend machen, dass die Behauptung oder Verbreitung der Tatsachen unterbleibe.

(2) Handelt es sich um vertrauliche Mitteilungen und hat der Mitteilende oder der Empfänger der Mitteilung an ihr ein berechtigtes Interesse, so ist der Anspruch auf Unterlassung nur zulässig, wenn die Tatsachen der Wahrheit zuwider behauptet oder verbreitet sind. Der Anspruch auf Schadensersatz kann nur geltend gemacht werden, wenn der Mitteilende die Unrichtigkeit der Tatsachen kannte oder kennen musste.

(3) Die Vorschrift des § 13 Abs. 3 findet entsprechende Anwendung.

§ 23. Bekanntmachung des Urteils

(1) Wird in den Fällen der §§ 4, 6, 8, 12 auf Strafe erkannt, so kann angeordnet werden, dass die Verurteilung auf Kosten des Schuldigen öffentlich bekannt zu machen sei.

(2) Wird in den Fällen des § 15 auf Strafe erkannt, so ist zugleich dem Verletzten die Befugnis zuzusprechen, die Verurteilung innerhalb bestimmter Frist auf Kosten des Verurteilten öffentlich bekanntzumachen.

(3) Auf Antrag des freigesprochenen Angeschuldigten kann das

Gericht die öffentliche Bekanntmachung der Freisprechung anordnen; die Staatskasse trägt die Kosten, insofern sie nicht dem Anzeigenden oder dem Privatkläger auferlegt worden sind.

(4) Ist auf Grund einer der Vorschriften dieses Gesetzes auf Unterlassung Klage erhoben, so kann in dem Urteile der obsiegenden Partei die Befugnis zugesprochen werden, den verfügenden Teil des Urteils innerhalb bestimmter Frist auf Kosten der unterliegenden Partei öffentlich bekanntzumachen.

(5) Die Art der Bekanntmachung ist im Urteil zu bestimmen.

§ 25. Einstweilige Verfügungen

Zur Sicherung der in diesem Gesetze bezeichneten Ansprüche auf Unterlassung können einstweilige Verfügungen erlassen werden, auch wenn die in den §§ 935, 940 der Zivilprozessordnung bezeichneten Voraussetzungen nicht zutreffen.

Zuständig ist auch das Amtsgericht, in dessen Bezirke die den Anspruch begründete Handlung begangen ist; im übrigen finden die Vorschriften des § 942 der Zivilprozessordnung Anwendung.

GESETZ GEGEN WETTBEWERBSBESCHRÄNKUNGEN VOM 27. JULI 1957 (BGBl. I S. 1081)

§ 1. Unwirksamkeit wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen

(1) Verträge, die Unternehmen oder Vereinigungen von Unternehmen zu einem gemeinsamen Zweck schliessen, und Beschlüsse von Vereinigungen von Unternehmen sind unwirksam, soweit sie geeignet sind, die Erzeugung oder die Marktverhältnisse für den Verkehr mit Waren oder gewerblichen Leistungen durch Beschränkung des Wettbewerbs zu beeinflussen. Dies gilt nicht, soweit in diesem Gesetz etwas anderes bestimmt ist.

(2) Als Beschluss einer Vereinigung von Unternehmen gilt auch der Beschluss der Mitgliederversammlung einer juristischen Person, soweit ihre Mitglieder Unternehmen sind.

§ 13. Kündigung, Rücktritt von Kartellen

(1) Jeder Beteiligte kann Verträge und Beschlüsse der in den §§ 2 bis 8 bezeichneten Art aus wichtigem Grunde fristlos schriftlich kündigen. Ein wichtiger Grund liegt insbesondere vor, wenn die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des kündigenden unbillig eingeschränkt oder durch eine nicht gerechtfertigte ungleiche Behandlung im Verhältnis zu den übrigen Beteiligten beeinträchtigt wird. Die Unwirksamkeit der Kündigung wegen Fehlens eines wichtigen Grundes kann nur durch Klage innerhalb von vier Wochen nach Zugang der Kündigung geltend gemacht werden.

(2) Solange die Kartellbehörde für Verträge und Beschlüsse der in den §§ 4, 5 Abs. 2 und 3, § 6 Abs. 2, §§ 7 und 8 bezeichneten Art noch keine Erlaubnis erteilt hat, kann jeder Beteiligte bei Vorliegen

eines wichtigen Grundes zurücktreten. Absatz 1 Satz 2 und 3 gilt entsprechend. Ist vor der Rücktrittserklärung bereits die Erteilung einer Erlaubnis bei der Kartellbehörde beantragt worden, so soll die Rücktrittserklärung auch der Kartellbehörde mitgeteilt werden

(3) Eine Vereinbarung, durch welche das Kündigungsrecht oder Rücktrittsrecht ausgeschlossen oder diesen Vorschriften zuwider rechtlich oder wirtschaftlich eingeschränkt wird, ist nichtig.

§ 15. Unwirksamkeit von sonstigen Verträgen

Verträge zwischen Unternehmen über Waren oder gewerbliche Leistungen, die sich auf Märkte innerhalb des Geltungsbereichs dieses Gesetzes beziehen, sind nichtig, soweit sie einen Vertragsbeteiligten in der Freiheit der Gestaltung von Preisen oder Geschäftsbedingungen bei solchen Verträgen beschränken, die er mit Dritten über die gelieferten Waren, über andere Waren oder über gewerbliche Leistungen schliesst.

§ 16. Zulässigkeit vertikaler Preisbindung

§ 15 gilt nicht, soweit

1. ein Unternehmen, die Abnehmer seiner Markenwaren, die mit gleichartigen Waren anderer Hersteller oder Händler in Preiswettbewerb stehen, oder
2. ein Verlagsunternehmen die Abnehmer seiner Verlagserzeugnisse rechtlich oder wirtschaftlich bindet, bei der Weiterveräußerung bestimmte Preise zu vereinbaren oder ihren Abnehmern die gleiche Bindung bis zur Weiterveräußerung an den letzten Verbraucher aufzuerlegen.

(2) Markenwaren im Sinne des Absatzes 1 Nr. 1 sind Erzeugnisse, deren Lieferung in gleichbleibender oder verbesserter Güte von dem preisbindenden Unternehmen gewährleistet wird und

1. die selbst oder
2. deren für die Abgabe an den Verbraucher bestimmte Umhüllung oder Ausstattung oder
3. deren Behältnisse, aus denen sie verkauft werden, mit einem ihre Herkunft kennzeichnenden Merkmal (Firmen-Wort- oder Bildzeichen) versehen sind.

(3) Absatz 2 findet auf Verträge über landwirtschaftliche Erzeugnisse mit der Massgabe Anwendung, dass geringfügige naturbedingte Qualitätsschwankungen, die vom Erzeuger durch ihm zuzumutende Massnahmen nicht abgewendet werden können, ausser Betracht bleiben.

(4) Preisbindungen nach Absatz 1 Nr. 1 bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der Anmeldung beim Bundeskartellamt und der schriftlichen Bestätigung des Eingangs der Anmeldung. Der Anmeldung sind vollständige Angaben über alle vom Hersteller oder Händler der nachfolgenden Stufen berechneten Abgabepreise sowie über die Handelsspannen beizufügen. Ferner ist der Anmeldung ein Muster

des für die Preisbindung verwendeten Vertrages oder der die Preisbindung enthaltenden Vertragsbedingungen beizufügen. Bei der Anmeldung ist auch anzugeben, ob der Händler zur Leistung eines besonderen Kundendienstes verpflichtet ist. Spätere Änderungen der gemeldeten Tatsachen sind unverzüglich unter Beifügung der entsprechenden Unterlagen beim Bundeskartellamt anzumelden. Anmeldungen gelten als nicht bewirkt, wenn die beizufügenden Angaben und Muster unrichtig oder unvollständig sind.

§ 17. Aufhebung der vertikalen Preisbindung durch die Kartellbehörde

(1) Die Kartellbehörde kann von Amts wegen und soll auf Antrag eines nach § 16 gebundenen Abnehmers die Preisbindung mit sofortiger Wirkung oder zu einem von ihr zu bestimmenden künftigen Zeitpunkt für unwirksam erklären und die Anwendung einer neuen, gleichartigen Preisbindung verbieten, wenn sie feststellt, dass

1. die Voraussetzungen des § 16 Abs. 1, 2 und 3 nicht oder nicht mehr vorliegen oder
2. die Preisbindung missbräuchlich gehandhabt wird oder
3. die Preisbindung oder ihre Verbindung mit anderen Wettbewerbsbeschränkungen geeignet ist, in einer durch die gesamtwirtschaftlichen Verhältnisse nicht gerechtfertigten Weise die gebundenen Waren zu verteuern oder ein Sinken ihrer Preise zu verhindern oder ihre Erzeugung oder ihren Absatz zu beschränken.

Bei der Beurteilung, ob eine Preisbindung missbräuchlich ausgenutzt wird, sind alle Umstände zu berücksichtigen.

(2) Vor einer Verfügung nach Absatz 1 soll die Kartellbehörde das preisbindende Unternehmen auffordern, den beanstandeten Missbrauch abzustellen.

§ 18. Aufhebung anderer Beschränkungen

(1) Die Kartellbehörde kann Verträge zwischen Unternehmen über Waren oder gewerbliche Leistungen mit sofortiger Wirkung oder zu einem von ihr zu bestimmenden künftigen Zeitpunkt für unwirksam erklären und die Anwendung einer neuen, gleichartigen Bindung verbieten, soweit sie einen Vertragsbeteiligten

1. in der Freiheit der Verwendung der gelieferten Waren, anderer Waren oder gewerblicher Leistungen beschränken, oder
2. darin beschränken, andere Waren oder gewerbliche Leistungen von Dritten zu beziehen oder an Dritte abzugeben, oder
3. darin beschränken, die gelieferten Waren an Dritte abzugeben, oder
4. verpflichten, sachlich oder handelsüblich nicht zugehörige Waren oder gewerbliche Leistungen abzunehmen,

und dadurch die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit dieses Vertragsbeteiligten oder anderer Unternehmen unbillig einschränken und

soweit durch das Ausmass solcher Beschränkungen der Wettbewerb auf dem Markt für diese oder andere Waren oder gewerbliche Leistungen wesentlich beeinträchtigt wird.

(2) Als unbillig im Sinne des Absatzes 1 ist auch eine solche Einschränkung anzusehen, der keine angemessene Gegenleistung gegenübersteht.

§ 19. Weitergeltung der anderen Vertragsbestandteile

(1) Erklärt die Kartellbehörde eine Preisbindung oder eine Beschränkung der in § 18 bezeichneten Art für unwirksam, so bestimmt sich die Gültigkeit der übrigen damit verbundenen vertraglichen Vereinbarungen nach den allgemeinen Vorschriften, soweit nicht Absatz 2 etwas anderes bestimmt.

(2) Die Kartellbehörde kann auf Antrag eines Vertragsbeteiligten gleichzeitig mit einer Verfügung der in Absatz 1 bezeichneten Art anordnen, dass die in der Verfügung ausgesprochene Unwirksamkeit die Gültigkeit der übrigen vertraglichen Vereinbarungen nicht berührt. Sie darf eine solche Anordnung nur erlassen, soweit dies zur Vermeidung einer unbilligen Härte für einen Vertragsbeteiligten erforderlich ist und nicht überwiegende Belange eines anderen Vertragsbeteiligten entgegenstehen.

(3) Bestehen Vereinbarungen, die für den Fall des Absatzes 1 dem aus der Preisbindung oder der Beschränkung Berechtigten ein Recht zum Rücktritt oder zur Kündigung geben oder den Vertragsinhalt zum Nachteil des Vertragsgegners ändern, insbesondere seine Gegenleistung erhöhen, so können Rechte aus diesen Vereinbarungen nur geltend gemacht werden, soweit die Kartellbehörde auf Antrag eine Erlaubnis erteilt hat. Die Erlaubnis wird erteilt, soweit die Ausübung dieser Rechte die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des Vertragsgegners nicht unbillig einschränkt. Mit der Erlaubnis können Beschränkungen, Fristen, Bedingungen und Auflagen verbunden werden.

§ 20. Unwirksame Lizenzverträge

(1) Verträge über Erwerb oder Benutzung von Patenten, Gebrauchsmustern oder Sortenschutzrechten sind unwirksam, soweit sie dem Erwerber oder Lizenznehmer Beschränkungen im Geschäftsverkehr auferlegen, die über den Inhalt des Schutzrechts hinausgehen; Beschränkungen hinsichtlich Art, Umfang, Menge, Gebiet oder Zeit der Ausübung des Schutzrechts gehen nicht über den Inhalt des Schutzrechts hinaus.

(2) Absatz 1 gilt nicht

1. für Beschränkungen des Erwerbers oder Lizenznehmers, soweit und solange sie durch ein Interesse des Veräusserers oder Lizenzgebers an einer technisch einwandfreien Ausnutzung des Gegenstandes des Schutzrechtes gerechtfertigt sind,

2. für Bindungen des Erwerbers oder Lizenznehmers hinsichtlich der Preisstellung für den geschützten Gegenstand,
3. für Verpflichtungen des Erwerbers oder Lizenznehmers zum Erfahrungsaustausch oder zur Gewährung von Lizenzen auf Verbesserungs- oder Anwendungserfindungen, sofern diesen gleichartige Verpflichtungen des Patentinhabers oder Lizenzgebers entsprechen,
4. für Verpflichtungen des Erwerbers oder Lizenznehmers zum Nichtangriff auf das Schutzrecht,
5. für Verpflichtungen des Erwerbers oder Lizenznehmers, soweit sie sich auf die Regelung des Wettbewerbs auf Märkten ausserhalb des Geltungsbereichs dieses Gesetzes beziehen, soweit diese Beschränkungen die aufzeit des erworbenen oder in Lizenz genommenen Schutzrechts nicht überschreiten.

(3) Die Kartellbehörde kann auf Antrag die Erlaubnis zu einem Vertrag der in Absatz 1 bezeichneten Art erteilen, wenn die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des Erwerbers oder Lizenznehmers oder anderer Unternehmen nicht unbillig eingeschränkt und durch das Ausmass der Beschränkungen der Wettbewerb auf dem Markt nicht wesentlich beeinträchtigt wird. § 11 Abs. 3 bis 5 gilt entsprechend.

(4) Die §§ 1 bis 14 bleiben unberührt.

§ 21. Auswertung nichtgeschützter Erfindungsleistungen

(1) § 20 ist bei Verträgen über Ueberlassung oder Benutzung gesetzlich nicht geschützter Erfindungsleistungen, Fabrikationsverfahren, Konstruktionen, sonstiger die Technik bereichernder Leistungen sowie nicht geschützter, den Pflanzenbau bereichernder Leistungen auf dem Gebiet der Pflanzenzüchtung, soweit sie Betriebsgeheimnisse darstellen, entsprechend anzuwenden.

(2) § 20 ist auf Verträge über Saatgut einer in das besondere Sortenverzeichnis (§ 37 des Saatgutgesetzes) eingetragenen Sorte zwischen einem Erhaltungszüchter und einem Vermehrer oder einem Unternehmen auf der Vermehrungsstufe entsprechend anzuwenden.

§ 23. Anzeigepflicht bei Fusionen und Trustbildungen

Der Zusammenschluss von Unternehmen ist der Kartellbehörde unverzüglich anzuzeigen, wenn die beteiligten Unternehmen durch den Zusammenschluss für eine bestimmte Art von Waren oder gewerblichen Leistungen einen Marktanteil von 20 vom Hundert oder mehr erreichen oder ein beteiligtes Unternehmen einen Marktanteil dieser Höhe bereits ohne den Zusammenschluss hat. Als Zusammenschluss gelten:

1. Verschmelzung mit anderen Unternehmen;
2. Erwerb des Vermögens anderer Unternehmen;
3. Erwerb des Eigentums an Betriebsstätten anderer Unternehmen;

4. Betriebsüberlassungsverträge und Betriebsführungsverträge über Betriebsstätten anderer Unternehmen;
5. Erwerb von Anteilsrechten jeder Art an anderen Unternehmen, sofern diese Anteilsrechte allein oder zusammen mit anderen dem Unternehmen selbst oder einem Konzernunternehmen im Sinne des § 15 des Aktiengesetzes bereits zustehenden Anteilsrechten 25 vom Hundert des stimmberechtigten Kapitals des anderen Unternehmens erreichen.

§ 24. Eingreifen der Kartellbehörde

Die Kartellbehörde kann nach Eingang der Anzeige nach § 23 Satz 1 die Beteiligten zu einer mündlichen Verhandlung oder zu einer schriftlichen Äußerung über den Zusammenschluss auffordern, wenn zu erwarten ist, dass die beteiligten Unternehmen durch den Zusammenschluss die Stellung eines marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne des § 22 Abs. 1 oder 2 erlangen oder wenn durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung verstärkt wird.

§ 25. Verbot diskriminierender Massnahmen

(1) Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen dürfen anderen Unternehmen keine Nachteile androhen oder zufügen und keine Vorteile versprechen oder gewähren, um sie zu einem Verhalten zu veranlassen, das nach diesem Gesetz oder nach einer auf Grund dieses Gesetzes ergangenen Verfügung der Kartellbehörde nicht zum Gegenstand einer vertraglichen Bindung gemacht werden darf.

(2) Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen dürfen andere Unternehmen nicht zwingen,

1. einem Vertrag oder Beschluss im Sinne der §§ 2 bis 8, 29, 99 Abs. 2, § 100 Abs. 1 und 7, §§ 102 und 103 beizutreten oder
2. sich mit anderen Unternehmen im Sinne des § 23 zusammenzuschliessen oder
3. in der Absicht, den Wettbewerb zu beschränken, sich im Markt gleichförmig zu verhalten.

§ 27. Diskriminierung durch Ablehnung der Aufnahme in eine Wirtschaftsvereinigung

(1) Wird die Aufnahme eines Unternehmens in eine Wirtschafts- oder Berufsvereinigung abgelehnt, so kann die Kartellbehörde auf Antrag des betroffenen Unternehmens die Aufnahme in die Vereinigung anordnen, wenn die Ablehnung eine sachlich nicht gerechtfertigte ungleiche Behandlung darstellt und zu einer unbilligen Benachteiligung des Unternehmens im Wettbewerb führt. Wirtschaftsvereinigungen im Sinne dieses Gesetzes sind auch die Gütezeichengemeinschaften.

(2) Die Verfügung kann mit Auflagen verbunden werden.

(3) § 11 Abs. 4 Nr. 1 und Abs. 5 Nr. 1 ist entsprechend anzuwenden.

§ 35. Schadensersatzpflicht

(1) Wer vorsätzlich oder fahrlässig gegen eine Vorschrift dieses Gesetzes oder gegen eine auf Grund dieses Gesetzes von der Kartellbehörde oder dem Beschwerdegericht erlassene Verfügung verstösst, ist, sofern die Vorschrift oder die Verfügung den Schutz eines anderen bezweckt, diesem zum Ersatz des aus dem Verstoß entstandenen Schadens verpflichtet. Richtet sich der Verstoß gegen eine auf Grund des § 27 erlassene Verfügung, so kann der Geschädigte auch für den Schaden, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld verlangen.

(2) In den Fällen des Absatzes 1 kann ein Anspruch auf Unterlassung auch von Verbänden zur Förderung gewerblicher Interessen geltend gemacht werden, soweit die Verbände als solche in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten klagen können.

§ 96. Ausschliessliche Zuständigkeit

(1) Die Zuständigkeit der nach diesem Gesetz zur Entscheidung berufenen Gerichte ist ausschliesslich.

(2) Hängt die Entscheidung eines Rechtsstreits ganz oder teilweise von einer Entscheidung ab, die nach diesem Gesetz zu treffen ist, so hat das Gericht das Verfahren bis zur Entscheidung durch die nach diesem Gesetz zuständigen Behörden und Gerichte auszusetzen. Wer an einem solchen Rechtsstreit beteiligt ist, kann die von dem Gericht für erforderlich erachteten Entscheidungen bei den dafür zuständigen Stellen beantragen.

LOI FÉDÉRALE SUR LA CONCURRENCE DÉLOYALE (du 30 septembre 1943)

CHAPITRE PREMIER

CONDITIONS GÉNÉRALES

Article premier. Définition de la concurrence déloyale. (M)

1. Est réputé concurrence déloyale au sens de la présente loi tous abus de la concurrence économique résultant d'une tromperie ou d'un autre procédé contraire aux règles de la bonne foi.

2. Enfreint les règles de la bonne foi, par exemple, celui qui :

- a. Dénigre autrui, ses marchandises, ses oeuvres, son activité ou ses affaires par des allégations inexactes, fallacieuses ou inutilement blessantes;
- b. Donne des indications inexactes ou fallacieuses sur lui-même, ses marchandises, ses oeuvres, son activité ou ses affaires, ou, en donnant sur des tiers des indications de même nature, les avantage par rapport aux concurrents;
- c. Emploie des titres ou dénominations professionnelles inexacts, destinés ou de nature à faire croire à des distinctions ou capacités particulières;
- d. Prend des mesures destinées ou de nature à faire naître une confusion avec les marchandises, les oeuvres, l'activité ou l'entreprise d'autrui;
- e. Accorde ou offre à des employés, mandataires ou auxiliaires d'un tiers des avantages qui ne devaient pas leur revenir et qui sont destinés ou de nature à procurer un profit, soit à lui-même soit à autrui, en les faisant manquer à leur devoir dans l'accomplissement de leur travail;
- f. Induit des employés, mandataires ou auxiliaires à trahir ou surprendre des secrets de fabrication ou des secrets commerciaux de leur employeur ou mandant;
- g. Exploite ou divulgue des secrets de fabrication ou des secrets commerciaux qu'il a surpris ou a appris d'une autre manière contraire à la bonne foi;
- h. N'observe pas des conditions de travail conformes aux usages professionnels ou locaux ou des conditions de travail, légales, réglementaires ou contractuelles, qui sont également applicables au concurrent.

CHAPITRE II

PROTECTION DE DROIT CIVIL

A. ACTIONS ET RESPONSABILITÉ

Art. 2. Actions et droit d'intenter action. (M)

1. Celui qui, par un acte de concurrence déloyale, est atteint ou

menacé dans sa clientèle, son crédit ou sa réputation professionnelle, ses affaires ou ses intérêts matériels en général, peut demander:

- a. La constatation du caractère illicite de l'acte;
- b. La cessation de cet acte;
- c. La suppression de l'état de fait qui en résulte et, s'il s'agit d'allégations inexactes ou fallacieuses, leur rectification;
- d. En cas de faute, la réparation du dommage;
- e. Dans les cas visés par l'article 49 du code des obligations, la réparation du tort moral.

2. Les clients atteints dans leurs intérêts matériels par un acte de concurrence déloyale peuvent également intenter action.

3. Les actions prévues aux lettres a, b et c peuvent aussi être intentées par les associations professionnelles et économiques que leurs statuts autorisent à défendre les intérêts matériels de leurs membres, si ces derniers ou des membres des sections, ont qualité pour intenter action selon les 1^{er} et 2^e alinéas.

Art. 4. Responsabilité de la presse. (M)

1. Lorsque l'acte de concurrence déloyale est commis par la voie de la presse, les actions prévues à l'art. 2, 1^{er} alinéa, lettres a, b et c, ne peuvent être dirigées contre le rédacteur responsable ou, s'il s'agit d'une annonce, contre la personne responsable des annonces ou, à leur défaut, contre l'éditeur ou encore, à défaut de celui-ci, contre l'imprimeur, que dans les cas suivants;

- a. Si la publication a été faite à l'insu ou contre la volonté de l'auteur ou de la personne qui a donné l'ordre d'insertion;
- b. Si la communication du nom de l'auteur ou de la personne qui a donné l'ordre d'insertion est refusée;
- c. Si, pour d'autres raisons, il est impossible de découvrir l'auteur ou la personne qui a donné l'ordre d'insertion ou de les actionner devant un tribunal suisse.

Abstraction faite des cas susmentionnés, le rédacteur responsable, la personne responsable des annonces, l'éditeur et l'imprimeur pourront être toujours actionnés sans égard à l'ordre prévu ci-dessus si une faute leur est imputable. Dans tous les autres cas, l'auteur ou, s'il s'agit d'une annonce, la personne qui a donné l'ordre d'insertion est exclusivement responsable.

2. Les actions prévues à l'article 2, 1^{er} alinéa, lettres d et e, sont régies par les dispositions du code des obligations.

Art. 6. Publication du jugement. (M)

Le juge peut, sur demande, autoriser la partie qui a obtenu gain de cause à publier le jugement aux frais de l'autre. Il fixera les modalités de la publication.

Art. 7. Prescription. (M)

1. Les actions se prescrivent par un an à compter du jour où celui

qui a le droit de les intenter a eu connaissance de son droit et, dans tous les cas, par cinq ans dès le jour où ce droit a pris naissance.

2. Toutefois, s'il a été commis une infraction soumise par les lois pénales à une prescription de plus longue durée, cette prescription s'applique également aux actions civiles.

Art. 8. Application du code civil. (M)

Les dispositions du code civil, notamment celles du code des obligations, sont applicables en tant que la présente loi n'y déroge pas.

B. MESURES PROVISIONNELLES

Art. 9. Conditions. (M)

1. A la requête de la personne qui a qualité pour intenter action, l'autorité compétente ordonne des mesures provisionnelles, en vue notamment d'assurer l'administration des preuves, le maintien de l'état de fait, ainsi que l'exercice provisoire des droits litigieux prévus à l'article 2, 1er alinéa, lettres b et c.

2. Le requérant doit rendre vraisemblable que la partie adverse use, dans la concurrence économique, de moyens contraires aux règles de la bonne foi et qu'il est en conséquence menacé d'un dommage difficilement réparable et que peuvent seules prévenir des mesures provisionnelles.

3. Avant d'ordonner des mesures provisionnelles, l'autorité entendra la partie adverse. S'il y a péril en la demeure, elle peut, avant audition, ordonner provisoirement de telles mesures.

LIJST VAN AFKORTINGEN VAN GERAADPLEEGDE LITERATUUR

Tijdschriftartikelen zijn in deze lijst niet opgenomen

- ASSER-RUTTEN, Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht, derde deel – Verbintenissenrecht, Tweede stuk, De overeenkomst en de verbintenis uit de wet; tweede druk, bewerkt door Mr. L. E. H. Rutten, 1961.
- BAUMBACH-HEFERMEHL, Dr. Adolf Baumbach–Dr. Wolfgang Hefermehl, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Beck'sche Kurz-Kommentare, Band 13, achtste druk, 1960.
- BEERMAN, Mr. A. C. W. Beerman, praecadvies voor de Nederlandsche Juristen-Vereeniging over het onderwerp: „Behoeft de bescherming verleend door de Wetten betreffende den Industrieelen Eigendom eenzijdig en die verleend door art. 1401 B.W. anderzijds, in hare onderlinge verhouding nadere regeling?“, Handelingen der Nederlandsche Juristen Vereeniging, 1941, deel I, eerste stuk, blzz. 81–189.
- BERKHOUWER, Mr. Dr. C. Berkhouwer, en Mr. H. M. Voetelink, Toelaatbare en Ontoelaatbare Reclame, bekroonde antwoorden op prijsvraag van de Vereniging „Handelsrecht“, Zwolle, 1954, blzz. 1–126.
- BORST, Prof. Mr. P. Borst, Bedrijfsorganisatie en rechter, inaug. orat. V.U. 1953.
- BREGSTEIN, Prof. Mr. M. H. Bregstein, Het gezag van de rechtspraak tegenover het geldende recht, inaug. orat. Amsterdam 1939.
- DORHOUT MEES, Prof. Mr. T. J. Dorhout Mees, Kort Begrip van het Nederlands Handelsrecht, derde druk, Haarlem, 1961.
- DRUCKER-BODENHAUSEN, Prof. Mr. W. H. Drucker–Prof. Mr. G. H. C. Bodenhausen, Kort Begrip van het recht betreffende de industriële eigendom, derde druk, Zwolle, 1954.
- GOTZEN, Dr. M. Gotzen, Vrijheid van beroep en bedrijf en onrechtmatige mededinging, twee delen, diss. Leuven 1962, Brussel, 1962.
- VAN GOUDOEVER, Prof. Mr. H. van Goudoever, De ontwikkeling van de verbintenis uit onrechtmatige daad van 1838 tot heden, Gedenkboek Burgerlijk Wetboek 1838–1938, blzz. 471 e.v.
- DE GROOTH, Prof. Mr. G. de Grooth, De bescherming van rechten uit overeenkomst tegen aantasting door derden, in Rechtskundige opstellen, op 2 nov. 1935 door oud-leerlingen aangeboden aan Prof. Mr. E. M. Meijers, blzz. 157 e.v.
- VAN HAERSOLTE, Mr. W. F. A. Baron van Haersolte, De ruime opvatting van art. 1401 B.W. op het gebied van den industrieelen eigendom en op dat van het auteursrecht, in Rechtskundige opstellen, op 2 nov. 1935 door oud-leerlingen aangeboden aan Prof. Mr. E. M. Meijers, blzz. 581 e.v.

- HOUWING I, Prof. Mr. Ph. A. N. Houwing, Onrechtmatigheid en schuld in art. 1401 B.W., inaug. orat. N.E.H. Rotterdam, 1939.
- HOUWING II, Prof. Mr. Ph. A. N. Houwing, Zekerheid omtrent het recht, rect. orat. N.E.H. Rotterdam, 1947.
- HOUWING III, Prof. Mr. Ph. A. N. Houwing, De onwaarheid en het privaatrecht, rect. orat. N.E.H. Rotterdam, 1948.
- KÖSTER, Prof. Mr. H. K. Köster, Causaliteit en voorzienbaarheid, inaug. orat. Amsterdam 1962, Zwolle, 1963.
- MOLENAAR, Prof. Mr. A. N. Molenaar, Is beperking gewenscht van de bevoegdheid van den Nederlandschen rechter om in kort geding over quaesties van den boycott te oordeelen?, in Opstellen over hedendaagsch recht, op 17 november 1946 door vrienden en leerlingen aangeboden aan Prof. Mr. J. C. van Oven, blzz. 185 e.v.
- MOLENGRAAFF, Prof. Mr. W. L. P. A. Molengraaff, Leidraad bij de beoefening van het Nederlandse Handelsrecht, eerste deel, herzien door Prof. Mr. C. W. Star Busmann, Prof. Mr. Chr. Zevenbergen, met medewerking van Prof. Mr. G. H. C. Bodenhausen, negende druk, Haarlem, 1953.
- MULDER en MOK, Prof. Mr. A. Mulder en Mr. M. R. Mok, Kartelrecht, Alphen aan den Rijn en Deventer, 1962.
- PFEFFER, Mr. H. Pfeffer, Grondbegrippen van Nederlandsch Mededingingsrecht, Haarlem, 1938.
- J. M. POLAK I, Prof. Mr. J. M. Polak, Middenstand en ontoelaatbare mededinging, in Middenstand en Maatschappij, uitgegeven ter gelegenheid van het zestigjarig bestaan van de Koninklijke Nederlandse Middenstandsbond (Uitg. Martinus Nijhoff, Den Haag, 1962), blzz. 68 e.v.
- J. M. POLAK II, Prof. Mr. J. M. Polak, De Middenstand in rechtspraktijk en wetgeving, in De Dynamiek en de continuïteit van het Middenstandsbedrijfsleven, Publicatie van de Algemene Vereniging van Accountants, 1962, blzz. 15 e.v.
- R. J. POLAK, Mr. R. J. Polak, Aanspraak en Aansprakelijkheid uit Onrechtmatige Daad, diss. Amsterdam, 1949.
- DE REEDE, Mr. J. J. de Reede, Het Unieoverdrag van Parijs betreffende de bescherming van de industriële eigendom, in Rechtskundige opstellen, op 7 december 1952 door oud-leerlingen aangeboden aan Prof. Mr. R. P. Cleveringa, blzz. 268 e.v.
- REIMER, Dr. Eduard Reimer, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, derde druk, Keulen-Berlijn, 1954.
- VAN SCHAIK, Mr. Th. E. E. van Schaik, De oneerlijke concurrentie uit strafrechtelijk oogpunt beschouwd, diss. Utrecht, 1946.
- SLAGTER, Mr. W. J. Slagter, De rechtsgrond van de schadevergoeding bij onrechtmatige daad, diss. Leiden, 1952.
- TOELICHTING ONTWERP NIEUWE B.W., BOEK 6, Ontwerp voor een nieuw Burgerlijk Wetboek van Prof. Mr. E. M. Meijers, voltooid door Prof. Mr. J. Drion, Prof. Mr. G. de Grooth en Mr.

- F. J. de Jong, Toelichting, derde gedeelte (boek 6), 's-Gravenhage, 1961.
- UNIDROIT I, Unidroit, Institut International pour l'Unification du Droit privé. Observations préliminaires pour une étude comparative en matière de concurrence déloyale, Rome, maart 1957.
- UNIDROIT II, Unidroit, Institut International pour l'Unification du Droit privé. Rapport sur les possibilités de réaliser une certaine unification en matière de concurrence déloyale, par Monsieur le Président Plinio Bolla, Rome, februari 1959.
- VELDKAMP, Mr. P. M. Veldkamp, De toepassing van artikel 1401 B.W. op de onbehoorlijke mededinging, diss. V.U. 1940.
- J. J. M. VAN DER VEN, Mr. J. J. M. van der Ven, De zorgvuldigheidsnorm krachtens art. 1401 B.W. toegepast door den Hoogen Raad, diss. Nijmegen 1941.
- VOETELINK, Mr. Dr. C. Berkhouwer en Mr. H. M. Voetelink, Toelaatbare en Ontoelaatbare Reclame, bekroonde antwoorden op prijsvraag van de Vereniging „Handelsrecht”, Zwolle, 1954, blzz. 127 e.v.
- VORSTMAN, Mr. J. D. Vorstman, Onrechtmatige daden van derden tegenover partijen bij een overeenkomst, diss. Utrecht, 1939.
- VAN WAGENINGEN, Mr. H. van Wageningen, praeadvies voor de Nederlandsche Juristen-Vereeniging over het onderwerp: „Behoeft de bescherming verleend door de Wetten betreffende den Industrieelen Eigendom eenerzijds en die verleend door art. 1401 B.W. anderzijds, in hare onderlinge verhouding nadere regeling?”, Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging, 1941, deel I, eerste stuk, blzz. 1-79.
- WIERSMA, Prof. Mr. K. Wiersma, Enkele opmerkingen over het ontwerp Wet Economische Mededinging, inaug. orat. Groningen, 1955.
- WOLFSBERGEN, Mr. A. Wolfsbergen, Onrechtmatige daad, Leiden, 1946.

LIJST VAN AFKORTINGEN

A.A.	Ars Aequi
A.R.	Arbitrale Rechtspraak
B.G.B.	Bürgerliches Gesetz Buch (Duitsland)
B.G.H.	Bundes Gerichts Hof (Duitse Bondsrepubliek)
B.I.E.	Bijblad bij De Industriële Eigendom
B.W.	Burgerlijk Wetboek
C.c.	Code civil (Frankrijk)
E.S.B.	Economische Statistische Berichten
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Duitse Bondsrepubliek)
H.N.J.V.	Handelingen der Nederlandse Juristen-Vereniging
H.R.	Hoge Raad
I.K.K.	Internationale Kamer van Koophandel
N.J.	Nederlandse Jurisprudentie
N.J.B.	Nederlands Juristenblad
N.V.	De Naamloze Vennootschap
O.L.G.	Ober Landes Gericht
Pres.	President
Rb.	Rechtbank
R.B.A.	Rechterlijke Beslissingen inzake de Wet op de Arbeids- overeenkomst (Tijdschrift voor Arbeidsrecht)
R.G.	Reichsgericht (Duitsland)
R.G. Bl.	Reichs Gesetz Blatt (Duitsland)
R.M.	Rechtsgeleerd Magazijn
Rv.	Wetboek van burgerlijke Rechtsvordering
S.E.W.	Sociaal-Economische Wetgeving
Sr.	Wetboek van Strafrecht
S. en S.	Schip en Schade
Stbl.	Staatsblad
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (Duitsland)
V.R.	Verkeersrecht
W.	Weekblad van het Recht
W.E.M.	Wet Economische Mededinging
W.P.N.R.	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
W.v.K.	Wetboek van Koophandel
W.V.R.	Wegenverkeersreglement

INHOUD

Praeadvies van Prof. Mr W. J. Slagter

HOOFDSTUK I

Algemene uitgangspunten van het mededingingsrecht

Par. 1. Inleiding	2
Par. 2. Juridisch uitgangspunt	12
Mededinging is uitzonderingssituatie bij onrechtmatige daad	14
Grens tussen geoorloofde en ongeoorloofde mededinging	15
Onderscheid tussen onrechtmatigheid en schuld	19
Historische ontwikkeling van onrechtmatigheidsbegrip	22
Is voor onrechtmatigheid bepalend onbehoorlijk gedrag of dreigend gevolg?	24
Onrechtmatig is de daad, die objectief voorzienbare schade waarschijnlijk maakt . .	27
Mededinging is rechtvaardigingsgrond . .	31
Voordelen van voorgestelde constructie . .	36
Rechtvaardigingsgronden	39
Relativiteitsleer	41
Causaliteit	50
Schade	51
Eigenrichting	52
Verweren tegen betichting van ongeoorloofde mededinging	53
Par. 3. Economisch uitgangspunt	54
Par. 4. Is een wettelijke regeling gewenst?	66
Geschiedenis van vraagpunt 17	66
Rechtsvergelijking	70
Unieverdrag van Parijs	74
Mededingingsrecht van de E.E.G.	77
Rechtszekerheid en preventieve werking .	78
Indeling	87
Burgerlijk procesrecht	88
Strafrecht	91

HOOFDSTUK II

Algemeen mededingingsrecht

Par. 1. Nabootsing van eens anders onbeschermd merk of handelsnaam	93
Nabootsing van een niet beschermd merk	95
Nabootsing van een niet beschermde handelsnaam	100
Conclusie	101
Par. 2. Nabootsing van eens anders niet door octrooi of auteursrecht beschermd product	104
Drie H.R. arresten	104
Middenweg	106
Irrelevante factoren	109
Vier vragen	112
Verwarringsgevaar	112
Parasiteren	113
Andere begeleidende omstandigheden?	116
Conclusie	119
Par. 3. Misleiding van het publiek t.a.v. de aard (hoedanigheid, hoeveelheid, herkomst) van het aangeboden of de hoedanigheid van de aanbieder	119
Twee aspecten	119
Acht categorieën	124
Overdrijving geoorloofd	128
Par. 4. Kleinering t.o.v. het publiek van de aard (hoedanigheid, hoeveelheid, herkomst) van het door een mededinger aangeboden of van de hoedanigheid van een mededinger	130
Par. 5. Het doen van ware, schadelijke mededelingen en vergelijkende reclame	136
Vergelijken, misleiden en aanhaken	136
Vergelijking in 5 gevallen steeds rechtmatig	139
Drie H.R. arresten	142
Elimineren van bijkomstige factoren	145
Bezwaren tegen toelaatbaarheid	146
Argumenten vóór toelaatbaarheid	148
Conclusie	154

Par. 6. Aanhakende reclame	155
Par. 7. Afhandig maken van clientèle, personeel en bedrijfsgeheimen	158
Afhandig maken van clientèle	158
Afhandig maken van personeel	161
Afhandig maken van bedrijfsgeheimen	162
Par. 8. Boycot	164
Individuele en collectieve weigering	164
Boycot en discriminatie	165
Boycot en verticale prijsbinding	166
5 eisen voor rechtmatigheid van boycot	168
Par. 9. Profiteren van eens anders contractbreuk	173
Profiteren van contractbreuk in het algemeen	173
Verticale prijsbinding	176
Handhaving van prijsbinding via merkenrecht?	178
Verwijdering van merk of controletekens	182
Geslotenheid en „Lückenlosigkeit” van een verkoopsorganisatie	186
Kolynos en Grundig	190
Verkoopsorganisatie als eenheid en relatieveit	194
Beoordeling van economische wenselijkheid	198
Uitlokken en profiteren van eens anders contractbreuk	205
Conclusie	212
Par. 10. Voorsprong door wetsovertreding	213
Relativiteitsleer en correctief van Lange- meijer	214
Civielrechtelijke sanctie naast strafsanctie?	218
Vestigingswet Bedrijven	219
Andere wetten met strafsancities	221
Optreden van Vakgroep	223
Conclusie	224

HOOFDSTUK III

Bijzondere wetten betreffende mededingingsrecht

Par. 1. Wet Economische Mededinging	225
Begrip „mededingingsregeling”	225
Prijsdifferentiatie en productdifferentiatie	229
Par. 2. Uitverkopenwet 1956	232
Par. 3. Wet Beperking Cadeaustelsel	238
Par. 4. Loterijwet	241
Par. 5. Diversen	245
Ijkwet	245
Warenwet	245
Wet op de Geneesmiddelenvoorziening	245

HOOFDSTUK IV

Samenvatting	247
-------------------------------	------------

BIJLAGEN

Regelen voor het Advertentiewezen 1963 (uittreksel)	257
Code voor het Reclamewezen van de Internationale Kamer van Koophandel (uittreksel)	257
Belgisch ontwerp van wet betreffende de economische mededinging (uittreksel)	259
Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (Duitse Bondsrepubliek) (uittreksel)	264
Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Duitse Bondsrepubliek) (uittreksel)	266
Loi fédérale sur la concurrence déloyale (Zwitserland) (uittreksel)	273
Lijst van afkortingen van geraadpleegde literatuur .	276
Lijst van afkortingen	280