

DE „ONEERLIJKE CONCURRENTIE“ VOOR HET FORUM
VAN DEN NEDERLANDSCHEN RECHTER,
tevens eene bijdrage tot de uitlegging van art. 1401 B.W. en van
de Wet op de handels- en fabrieksmerken,

DOOR

Mr. W. L. P. A. MOLENGRAAFF.

Onder den naam *propriété industrielle* (ook „*droit industriel*“) begrijpen de Fransche schrijvers het recht omtrent de octrooien, de fabrieksteekeningen en -modellen, de handels- en fabrieksmerken en den handelsnaam (*firma*), waarnaast dan aanvullend staat het leerstuk der zoogen. „*concurrence déloyale*“¹⁾. Uit de uitgebreide literatuur over deze onderwerpen blijkt dat het industrierecht in Frankrijk, evenals in Engeland, onder de juristen ijverige beoefenaars heeft gevonden, terwijl de jurisprudentie in beide landen een leerzame en rijkvloeiende bron is voor de kennis van dit deel van het verkeersrecht. Opvallend tegenover dien rijkdom elders is het bijna geheel ontbreken van literatuur²⁾ en de schaarschte

¹⁾ Lyon-Caen et Renault, *Précis de droit commercial*, n^o. 3268. Ook in Duitschland komt de uitdrukking „Industrierecht“ in gebruik, evenwel in een meer beperkten zin. Zoo behandelt Prof. Kohler in het *Archiv f. Handels- u. Wechselrecht* het *Autor-, Patent- und Industrierecht*.

²⁾ Naast de uitgave der wet op de handels- en fabrieksmerken met aanteekeningen van Mr. Straatman, valt alleen te vermelden de dissertatie van Mr. M. P. G. Kappeijne v. d. Coppello Jr., *Overzicht v. d. geschiedenis en jurisprudentie der Ned. Wetgeving op de handels- en fabrieksmerken*.



van jurisprudentie ten onzent. Laat zich dit, wat het eigenlijke industrierecht betreft, daardoor verklaren, dat wij geen octrooien en geen bescherming van fabrieksteekeningen en -modellen als zoodanig kennen, men zou op denzelfden grond mogen verwachten, dat dan ook de „concurrance déloyale“ zoo veel te meer de aandacht had getrokken. Maar ook dit is niet het geval. Literatuur over oneerlijke concurrentie bestaat niet, terwijl de rechtspraak slechts een schralen oogst levert. Toch hebben wij hier te doen met een voor industrie en handel hoogst belangrijk leerstuk, dat ten volle onze aandacht verdient, en welks ontwikkeling krachtig kan medewerken tot het tegengaan en het bestrijden van oneerlijkheid en bedrog in het verkeer.

Wij zullen ons niet verdiepen in het opsporen van de oorzaken, die dit opmerkelijke verschijnsel kunnen verklaren. Men voelt zich anders geneigd te vragen: is de Nederlander zoo afkeerig van procedeeeren, de Nederlandsche rechter niet bij machte tegen oneerlijke praktijken in den handel voldoende bescherming te verleen, of wel komen binnen onze landpalen dergelijke praktijken zoo veel minder voor dan daarbuiten? Mogen wij er ons mede gelukwenschen of moeten wij er over blozen, dat onze rechters zich zoo zelden met de oneerlijke concurrentie hebben bezig te houden? Voorzeker gewichtige vragen, aan wier beantwoording wij echter vermeen ons niet te moeten wagen, al mogen misschien uit de volgende bladzijden enkele gegevens tot hunne oplossing te putten zijn.

Daar ons stellig recht geen speciale bepalingen bevat omtrent de „concurrance déloyale“, haar niet kent als zelfstandig begrip en de doctrine zich tot nog toe van elke voorlichting heeft onthouden, kan het zijn nut hebben de bestaande jurisprudentie te ontleden. Wij zullen trachten te onderzoeken op welke beginselen zij berust, en deze aan den toets eener wetenschappelijke critiek te onderwerpen, om zoo doende te komen tot het vaststellen der grondlijnen van een Ned. recht omtrent de concurrance déloyale. Daarbij zal

tevens de verhouding tusschen de wet op de handels- en fabrieksmerken en de concurrence déloyale, en het karakter en de beteekenis dier wet ter sprake komen. Is onze critiek misschien hier en daar scherp, het belang het zaak moge het verontschuldigen; waar eene warme overtuiging bestaat, is een warm woord niet altijd te vermijden.

De procedures, die bij een onderzoek naar de rechtspraak omtrent oneerlijke concurrentie in aanmerking komen en waarnaar wij dus telkens zullen moeten verwijzen, zijn de volgende: Baour en Co. c^a. Ellinckhuijzen en Zn. (rb. te Rotterdam 30 Mei 1866, *W.* 2829); Ziegelaar en Co. c^a. Wissink en v. Rooy (rb. Rotterdam 25 Juni 1873, Hof Zd. Holland 15 Febr. 1875, *R. B.* 1875, B bl. 204); Apollinaris-Brunnen-Actien-Gesellschaft c^a. Otto geb. Puts (rb. te Rotterdam 2 Dec. 1878, *W.* 4326; *R. B.* 1879, B bl. 295); de Rentecassa c^a. J v. Zaanen en Co. (rb. Amsterdam 27 Mei 1880, *W.* 4508); Joh. Maria Farina tegenüber d. Jülichplatz c^a. Cramer en Co. (rb. Rotterdam 10 Oct. of Nov. 1877, *W.* 4181; *R. B.* 1879, B bl. 292); dezelfde c^a. J. C. v. Marken Jr. (rb. den Haag 21 December 1877, *W.* 4189; *R. B.* 1879, B bl. 294); dezelfde c^a. Ayelts (Hof Arnhem 13 April 1881, *W.* 4699; Hooge Raad 21 April 1882, *W.* 4770); Schaeben (firma: Maria Clementine Martin Klosterfrau) c^a. Schoutendorp (rb. Amsterdam 11 Juni 1880 en 22 Maart 1883, *R.B.* 1883, D bl. 24 en 26); de verschillende processen door de Singer Manufacturing Co. gevoerd, als de S. M. Co. c^a. Lewenstein (rb. Amsterdam 19 Dec. 1879, *P. v. J.* 1880, n^o. 3*); S. M. Co. c^a. Beck (rb. den Haag 17 Mrt. 1882, *W.* 4767; Hof den Haag 26 Febr. 1883, *R. B.* 1883, D bl. 39; H. R. 21 Mrt. 1884, *R. B.* 1884, D bl. 73); S. M. Co. c^a. Lewenstein (rb. den Haag 30 Juni 1882, *R. B.* 1883, D bl. 41); S. M. Co. c^a. Sprenger (rb. den Haag 24 Nov. 1882, Hof den Haag 26 Mei 1884, *R. B.* 1884, D bl. 80 en 77); S. M. Co. c^a. de Leur (rb. te Dordrecht 17 Oct. 1883, *R. B.* 1884, D bl. 75); S. M. Co. c^a. v. Muijen (rb. Amsterdam 20

Mrt. 1883, *R. B.* 1883, D bl. 42); Maughan c^a. Becht (rb. Amsterdam 6 Oct. 1885, *W.* 5327); bovendien mogen nog genoemd worden: Primes Bruxelles c^a. v. Eyk (rb. Eindhoven 11 Dec. 1876, *W.* 4149) en Heidsiek en Co. c^a. Bauduin en Bull (rb. Amsterdam 13 Nov. 1884, *P. v. J.* 1885, n^o. 16*; Hof Amsterdam 21 Jan. 1886, *W.* 5301).

In het meerendeel dezer vonnissen vinden wij beslist dat een ieder recht heeft op het uitsluitend gebruik van zijn naam, m. a. w. een uitsluitend recht bezit op zijn naam. Daaronder kunnen wij moeilijk iets anders verstaan dan eene zoodanige betrekking tusschen den persoon en den naam, dat ieder derde zich van het gebruik van dien naam ter aanduiding van een anderen persoon dan den rechthebbende heeft te onthouden; eene in rechte erkende betrekking, waaraan de rechthebbende eene vordering ontleent tegen ieder persoon die dien naam ten eigen behoeve mocht gebruiken. Vandaar ook dat de Fransche schrijvers spreken van den *eigenaar* van een naam¹⁾: „le nom constitue une propriété“²⁾. Inderdaad is deze uitdrukking, indien men een *uitsluitend* recht op den naam aanneemt, ook niet zoo onjuist als sommigen den Franschen schrijvers verwijten³⁾. Immers waarin anders is het kenmerkende van het eigendomsrecht gelegen dan daarin dat

¹⁾ Evenzoo Hof Zuid-Holland 15 Febr. 1875 in zake Ziegelaar en Co. c^a. Wissink en v. Rooy. Het Hof overweegt: „dat eene handelsfirma evenzeer als andere zaken, is een voorwerp van *eigendom*, en het gebruik daarvan uitsluitend bij den *eigenaar* berust, zoodat degeen, die daarvan tegen den wil des *eigenaars* gebruik maakt, op het recht van *eigendom* van dezen laatsten inbreuk maakt.“ Rb. Rotterdam 30 Mei 1866 (Baour en Co. c^a. Ellinckhuysen en Zn.): „O. dat . . . het geschil . . . loopt over het gebruik van eenen naam, door de E. gedragen en die als zoodanig . . . overeenkomstig de wet geacht moet worden der E. uitsluitend *eigendom* te zijn.“

²⁾ E. Pouillet, *Traité des marques de fabrique et de la concurrence déloyale en tous genres*, 2^{me} éd. 1883.

³⁾ Zoo o. a. Kohler, in zijn voortreffelijk werk *Das Recht des Markenschutzes*, S. 14 flg., 78 flg.; waarbij thans te vergelijken *über das Recht an Zeitungstiteln* (Separat-Abdruck aus dem *Centralblatte für die juristische Praxis*) S. 3 flg. De door hem voorgeslagen term „Individual-

het een uitsluitend recht is, een recht om met uitsluiting van ieder ander eene zaak tot al die doeleinden te gebruiken tot welker verwezenlijking zij dienen kan of liever economisch bestemd is? Overal waar een uitsluitend recht bestaat om iets, wat economisch (d. i. in het maatschappelijk leven) waarde heeft, hetzij lichamelijke hetzij onlichamelijke zaak, te benuttigen, kan men bij analogie van eigendom spreken. Nu wil ik niet zeggen dat dit aanbevelenswaardig is, ik wenschte alleen er op te wijzen dat het bezigen van termen als industriëlen eigendom, eigendom van een naam, van handels- en fabrieksmerken en derg., niet noodzakelijk tot verkeerde opvattingen of gevolgtrekkingen of tot miskenning van het wezen der hier bedoelde rechtsbetrekkingen behoeft te leiden, indien men slechts in het oog houdt, dat de inhoud van het eigendomsrecht in dezen zin in elk concreet geval bepaald wordt door de economische bestemming van de zaak die het voorwerp van den eigendom uitmaakt ¹⁾).

recht“ is niet juist, voor zoover een uitsluitend recht aanwezig is. Zoo is het recht op het merk geen Individualrecht, het is meer. Alleen als theoretische grondslag voor de actie wegens oneerlijke concurrentie kan het Individualrecht dienst doen. Zie hieronder bl. 21.

¹⁾ Van de definitie van eigendom van lichamelijke goederen als een *jus utendi et abutendi* mag gezegd worden dat zij niet meer is van onzen tijd en in strijd met de heerschende begrippen van recht. Ook de eigenaar van den grond wordt in zijn gebruiksrecht meer en meer gebonden aan de economische bestemming van den grond.

Als Kohler, t. a. p., S. 15 er op wijst dat de naam noch onder levenden noch bij doode vervreemd kan worden, terwijl dit met eigendom van roerende en onroerende goederen wel het geval is, is dit geen afdoend argument tegen de door hem gewraakte constructie. Immers dit verschil vindt zijn grond niet daarin, dat de rechtsbetrekking tusschen den eigenaar en de lichamelijke zaak een andere is dan die tusschen den drager van den naam en den naam, maar veeleer hierin dat het voorwerp der eigendomsbetrekking in het eene geval een geheel ander is dan in het andere.

De uitdrukking *eigendom* met betrekking tot immateriële goederen of onlichamelijke zaken wordt als de kortste en treffendste verdedigd door v. Jhering in zijn lezenswaardig opstel *Rechtsschutz gegen injuriöse Rechtsverletzungen* in *Jahrbücher f. d. Dogmatik*, etc., Bd. 23, S. 303 ff.

Hoe dit echter zij, dit staat vast, dat elk uitsluitend recht, en eigendom in engeren zin als een species daarvan, medebrengt de bevoegdheid tot uitsluitend gebruik van het voorwerp van het recht tot al die doeleinden, tot welker verwezenlijking het dienen kan of waartoe het althans verkeersgebruikelijk gebedigd wordt. Ik leg hierop den nadruk, omdat wij er ook in deze materie, eenmaal het bestaan van een uitsluitend recht aangenomen, aan moeten vasthouden. Passen wij nu het hier gezegde toe op het in onze rechtspraak vrij constant aangenomen uitsluitend recht op den naam, dan komen wij tot deze conclusie: dat een ieder zijn naam bij uitsluiting mag gebruiken ter aanduiding zoo van zijn persoon, als van hetgeen van zijne persoonlijkheid, van zijn werken en streven het uitvloeisel is, aan zijn persoon toebehoort, speciaal van zijn bedrijf en van de voorwerpen die door hem vervaardigd of in den handel gebracht worden. Het is toch niet te ontkennen dat het in het verkeer gebruikelijk is de betrekking, waarin iemand tot bepaalde goederen staat als producent of handelaar, m. a. w. de herkomst van waren, aan te duiden door daaraan den naam van producent of handelaar te verbinden. Dit uitsluitend recht zal zich uiten in de actie die den rechthebbende ten dienste staat tegen een ieder, die inbreuk maakt op zijn recht, eene actie die noodzakelijker wijze eene driedigige strekking zal hebben en wel 1° tot verklaring van recht, 2° tot verbod van verdere inbreuk, een punt waarop wij nog nader terugkomen en 3° tot schadevergoeding.

Van de inbreuk op het uitsluitend recht van den naam is wel te onderscheiden de oneerlijke concurrentie. Deze heeft plaats, zoodra men om eigen afzet te bevorderen en de cliëntèle van een ander tot zich te trekken van den rechten weg afwijkt, en middelen gebruikt die in strijd zijn met de goede trouw en de eerlijkheid in het verkeer, middelen waardoor men inbreuk maakt op het recht van den concurrent op eerbiediging zijner persoonlijkheid ook in het verkeer. Vandaar dat oneerlijke concurrentie in de meest verschillende vormen kan voorkomen, de meest verschillende gedaanten

kan aannemen; „la concurrence déloyale est un véritable Protée“ heet het terecht. Inzonderheid behooren hiertoe al die handelingen, welke ten doel hebben of ten gevolge moeten hebben dat in het verkeer eene persoonsverwarring of verwisseling ontstaat, waardoor aan iets de schijn wordt gegeven van te behooren tot of afkomstig te zijn van een anderen persoon dan den werkelijken. Er moet dus aanwezig zijn misleiding van het publiek ten koste van een concurrent. Hij, te wiens nadeele dergelijke persoonsverwisseling wordt uitgelokt of aan iets de schijn wordt gegeven als zou het hem toebehooren of van hem afkomstig zijn of te wiens nadeele aan iets dat hem toebehoort of van hem afkomstig is de schijn wordt gegeven, dat het een ander toebehoort of van een ander afkomstig is, kan tegen die handelingen opkomen, omdat zij tegenover hem een onrechtmatige daad uitmaken. Dit althans is de opvatting die aan de Fransche en Engelsche jurisprudentie ten grondslag ligt.

Het behoeft geen betoog dat dus de positie van den eischer in cas van oneerlijke concurrentie een geheel andere is dan die van hem die zich beroept op een uitsluitend recht, bijv. op zijn naam. De laatste zal kunnen volstaan met aan te toonen dat de gedaagde dien naam gebruikt heeft ter aanduiding van zich zelve of van zaken die met den drager van den naam niets te maken hebben, de eerste daarentegen zal moeten bewijzen dat misleiding van het publiek mogelijk was, het bezigen van den naam onder omstandigheden geschikt om te zijnen nadeele het publiek op een dwaalspoor te brengen, bijv. omtrent de herkomst van goederen. Bestaat er een uitsluitend recht dan is ook het enkele gebruik van den naam reeds onrechtmatig, is er slechts eene actie wegens concurrence déloyale, dan alleen het gebruik van den naam op zulk eene wijze dat door misleiding van het publiek eens anders debiet wordt benadeeld. Dit inderdaad belangrijke onderscheid wordt al te veel uit het oog verloren; met name vinden wij het uitsluitend recht op den naam telkens gebracht onder het gezichtspunt van de oneerlijke concurrentie, eene verwarring die wel verklaard maar

niet gerechtvaardigd wordt door het feit, dat misbruik van den naam gewoonlijk voorkomt als middel tot oneerlijke concurrentie.

Keeren wij tot de jurisprudentie terug, dan zien wij herhaaldelijk het uitsluitend recht op den naam aangenomen, en niet alleen op den burgerlijken naam maar ook op den handelsnaam „de firma“ : zoo, behalve de hierboven bl. 4 noot 1 aangehaalde vonnissen, de rb. te Rotterdam 10 Oct. 1877 (J. M. Farina c^a. Cramer en Co.): „O. dat, zoo al ieder aanspraak heeft op het uitsluitend recht op het bezigen van eigen naam, dit bovenal het geval is met een koopman en fabrikant, zooals de E.“; rb. den Haag 21 Dec. 1877 (J. M. Farina c^a. v. Marken): „O. dat het hebben van een eigen naam door de wet niet alleen wordt erkend, maar ook door bijzondere wetsbepalingen wordt beschermd, en dat de fabrikant het uitsluitend recht heeft, bij zijn fabrikaat zijne naamteekening met verdere aanduidingen te voegen, ten einde daaraan zoodanige waarde te schenken, als overeenkomstig is mede met het gewicht, dat het publiek aan dien naam pleegt te hechten; — O. dat het genoemde beginsel, zijnde reeds een algemeen beginsel van het vigeerende burgerlijk recht, ook nog bijzonder zijne erkenning vindt in art. 30 W. v. K.“; Hof Arnhem 13 April 1881 (J. M. Farina c^a. Ayelts), Hooge Raad 21 April 1882 (dezelfde zaak): „O. dat het Hof terecht op den voorgrond stelt dat ieder, en dus ook elke koopman of fabrikant, aan het gemeene recht ontleent het recht tot uitsluitend gebruik van zijn naam of firma, bepaaldelijk om daarmede door hem in den handel gebrachte waren als van hem afkomstig aan te duiden, en dat dus onrechtmatig is het gebruik van eens anders naam of firma, om, buiten zijne toestemming, als zijne productie te kenmerken waren, niet door hem vervaardigd of in den handel gebracht“; rb. den Haag 17 Maart 1882 (Singer M. Co. c^a. Beck); rb. Amsterdam 19 Dec. 1879 (Singer M. Co. c^a. Lewenstein); rb. Amsterdam 6 Oct. 1885 (W. 5327; Maughan c^a. Becht): „O. dat de Ned. wetgeving als rechtsbeginsel aanneemt dat de wettige drager van den

familienaam, op dien naam bezit een uitsluitend recht“.

Men zou meenen dat nu ook in al deze zaken alleen onderzocht werd of de ged. inbreuk had gemaakt op het uitsluitend recht des eischers, door zich diens naam toe te eigenen, daaronder te handelen of er zijne producten mede te kenmerken, en dat alleen van de beantwoording dezer vraag de uitslag van het geding afhankelijk werd gemaakt. Toch is dit geenszins bij alle het geval; op dit m. i. alleen zuivere standpunt blijven slechts rb. te Rotterdam 30 Mei 1866, Rotterdam 10 Oct. 1877 en Hooge Raad 21 April 1882. In de andere der aangehaalde vonnissen vinden wij een meer of minder uitvoerig onderzoek ingesteld naar de aanwezigheid van oneerlijke concurrentie en in het al of niet bestaan daarvan een motief voor de al of niet toewijzing der vordering gezocht. Wij vragen, waartoe dient dat onderzoek, wanneer men in den naam of firma een voorwerp van eigendom ziet of een uitsluitend recht van gebruik van naam of firma aanneemt. Wat voor zin heeft het, als het Hof in den Haag, arrest van 15 Febr. 1875, begint met inbreuk op het eigendomsrecht des E.'s te constateeren, vervolgens onderzoekt of misleiding van het publiek plaats had, om ten slotte te overwegen: „dat de daardoor te weeg gebrachte schade eo ipso in het feit der *onrechtmatige concurrentie* is gelegen“. Is inbreuk op, schending van den eigendom dan geen daad, die geacht mag worden schade toebrengend te zijn ¹⁾?

Dergelijke inconsequentie in de argumentatie vinden wij in het vonnis van de rb. te Amsterdam 19 Dec. 1879, terwijl ook in de vonnissen in zake J. M. Farina c^a. v. Marken en the Singer M. Co. c^a. Beck (vonnis v. d. rb. in den Haag) nadruk wordt gelegd op de opvatting van het publiek. De rb. te Dordrecht, Singer M. Co. c^a. de Leur, tracht beide be-

¹⁾ Men verg. de rb. te Rotterdam 10 Oct. 1877: „dat deze ged. derhalve eene onrechtmatige daad heeft gepleegd tegenover de E. door hare firma zonder recht te bezigen bij den verkoop van zijn eigen gemaakte reukwateren, welke daad reeds zelve in zich het begrip en bewijs van toegebrachte schade bevat.“

schouwingen te verzoenen door deze zonderlinge redeneering: „dat, al moge ook aan ieder koopman een *uitsluitend* recht zijn gewaarborgd om onder zijn bijzonder handels- of fabrieksmerk of naam, zijn eigen fabrikaat aan derden te koop aan te bieden, daaruit nog niet noodzakelijk volgt, dat elk gebruik van eens anders merk of naam, zelfs wanneer hiermede kennelijk niet wordt beoogd om eigen fabrikaat op een anders naam of merk te laten doorgaan, onrechtmatig te achten is“. Het *uitsluitend* recht op gebruik van eigen naam of firma wordt op die wijze niet veel anders dan een groot woord.

De besproken jurisprudentie leidt er toe, de vraag te stellen of het geheele begrip van uitsluitend recht op een naam of firma wel juist is. Opvallend is de soberheid die de motivering van dit uitsluitend recht kenmerkt. Wanneer het niet eenvoudig wordt gesteld als een feit, wordt ons hoogstens medegedeeld dat het „een algemeen beginsel van vigeerend burgerlijk recht is“, of wel aan het gemeene recht ontleend is, of „dat de Nederlandsche wetgeving het als rechtsbeginsel aanneemt“, of iets dergelijks. Slechts eenmaal vinden wij bovendien een beroep gedaan op art. 30 W. v. K. (Verg. de aanhalingen op bl. 8). Toch ware duidelijker aanwijzing van de plaats, waar dit zoo verstrekkend beginsel in onze wetgeving wordt gevonden, geenszins overbodig; wij althans moeten bekennen haar nog niet ontdekt te hebben. Art. 30 W. v. K., dat alleen spreekt over het aanhouden van de firma van een ontbonden vennootschap, is zeker niet afdoende, terwijl de artt. 63 vlg. B. W. meer tegen dan vóór het uitsluitend recht op den burgerlijken naam pleiten. Immers art. 65 staat belanghebbenden partijen wel toe om bij een verzoekschrift, aan den Koning in te leveren, de gronden te doen gelden, waarop zij vermeenen zich tegen het verzoek tot naamsverandering te kunnen verzetten, maar nergens is den Koning voorgeschreven aan het verzet gevolg te geven of hem de verplichting opgelegd het verzoek tot naamsverandering van de hand te wijzen, als het blijkt dat er reeds personen zijn, die den door den verzoeker gewenschten naam

dragen. Toch ware dit bij een uitsluitend recht op den naam rationeel. Ziet men in den naam een voorwerp van eigendom, dan kan hier zelfs onteigening zonder voorafgaande schade-loosstelling plaats hebben.

Ik geloof echter niet dat wij het gemis van een uitsluitend recht op den naam behoeven te beklagen. Men vergete toch niet dat een uitsluitend recht te allen tijde tegen een ieder kan worden gehandhaafd, die in strijd daarmede handelt, onverschillig of door den rechthebbende schade is geleden, en zonder dat de omstandigheden, waaronder de inbreuk op het recht wordt gemaakt, in aanmerking komen. Niet alleen het gebruik van den naam door een niet-rechthebbende op eene wijze, die oneerlijke concurrentie of in welk opzicht dan ook persoonsverwisseling ten gevolge heeft, neen elk gebruik zal verboden zijn, door wien ook en op wat wijze ook. Indien dus het uitsluitend recht op den naam in Nederland bestaat, mogen wij onze dichters en schrijvers inderdaad wel waarschuwen om voorzichtig te zijn met het kiezen van een pseudonym of van namen voor hunne romanhelden; de acties tot handhaving van het uitsluitend recht op den naam gluren hun van alle zijden te gemoet. Men stelle zich bijv. het gevaar voor, waaraan de „Oude heer Smits“ gedurende zijn geheele letterkundige loopbaan heeft blootgestaan om door alle, althans door alle bejaarde, Smitsen in ons land wegens misbruik van dien naam en schennis van hun eigendomsrecht in rechte betrokken te worden! Men bedenke dat alle Jansen's eene actie hebben tegen iederen schrijver, die met dien gebruikelijken naam een persoon zijner verbeelding tooit!

„Man braucht sich nur die Consequenzen zu vergegenwärtigen“, zegt v. Jhering terecht¹⁾, „um die Idee eines solchen exclusiven Rechts als eine gänzlich unsinnige zu erkennen“. Er bestaat geen behoefte aan dergelijke bescherming van den naam, er is geen maatschappelijk belang, dat

¹⁾ *Rechtsschutz gegen injuriöse Rechtsverletzungen*, t. a. p., bl. 320, naar wiens keurige uiteenzetting wij verder verwijzen.

haar vordert, integendeel ¹⁾). Dit is niet alleen waar voor den burgerlijken naam, maar evenzeer voor den zoogen. handelsnaam, de firma. De handelaar onder een firma heeft er geen redelijk belang bij, om te kunnen beletten dat elders, in eene andere stad, een geheel ander bedrijf dan het zijne onder dezelfde firma wordt aangevangen; er is geen reden van publieke orde of goede zeden om hem het recht toe te kennen den gekozen naam met uitsluiting van ieder ander te gebruiken. Wanneer iemand in Maastricht bijv. onder de firma Gebrs. Jansen een manufactuurwinkel heeft, wat hindert het en wien hindert het dan, dat een ander onder dezelfde firma in Groningen een tabakswinkel opent? Welke belangen worden daardoor geschaad?

Zoo weinig behoefte er bestaat aan een uitsluitend recht op den naam of firma, zoo veel behoefte is er daarentegen aan krachtige repressie van de oneerlijke concurrentie. Konden wij voor het eerste geen steun vinden in onze wet, thans willen wij onderzoeken of de wet ons tegen de tweede al dan niet weerloos laat. De sedes materiae is voor ons recht natuurlijk art. 1401 B. W. Kent men in dit art. aan het woord *onrechtmatige daad* de enge beteekenis toe van handeling in strijd met de wet, en verlangt men dus eene handeling in strijd met een bepaald wetsvoorschrift, dan zeker heeft de oneerlijke concurrentie vrij spel, maar komt men ook tot onzinnige, het rechtsgevoel beleedigende overwegingen, als te vinden zijn in het vonnis van de rb. te Eindhoven 11 Dec. 1876, Primes Bruxelles c^a. van Eijk. De E. (eene Belgische verzekeringsm^v.) grondde hare vordering op het feit, dat de ged. (agent van eene Ned. M^v.) in strijd met de waarheid openbaar bekend had gemaakt dat de eischende maatschappij ontbonden was, met waarschuwing aan hare verzekerden, dat zij zich nu elders moesten doen verzekeren. De ged. erkende dit feit, maar beweerde daarmee geen onrecht-

¹⁾ Men zie echter art. 58 van het Ontwerp van een herzien Burgerlijk Wetboek, Eerste Boek, en daarover Mr. N. K. F. Land, in *Themis*, 1887, bl. 268 vlg.

matige daad gepleegd te hebben. De rechtbank overweegt nu: „dat uit de bewoordingen van art. 1401 niet elke daad, waardoor aan een ander nadeel wordt berokkend, tot schadevergoeding aanleiding geeft, maar alleen zoodanige daad, welke als onrechtmatig moet worden aangemerkt, dat is, waardoor door de wet opgelegde verplichtingen worden geschonden of de wettige rechten van anderen worden aangetast, — O. nu, dat de wet nergens de verplichting oplegt om niet dan ware feiten te publiceeren, terwijl door de onjuiste vermelding en de bekendmaking nopens het ontbinden of uit elkander gegaan zijn der eischende M^v. en de gevolgen hiervan, de wettige rechten van die M^v. niet worden aangetast, — O. dat alzoo de ged. niet kan geacht worden door het verspreiden der bekendmaking eene onrechtmatige daad te hebben gepleegd*.

Bij dergelijke opvatting wordt aan elke oneerlijke concurrentie een vrijbrief uitgereikt; iedere vordering deswege zal eenvoudig afstuiten op de overweging, geheel in den geest van het Eindhovensche vonnis, dat de wet nergens de verplichting oplegt om niet dan op eerlijke wijze te concurreren en dat door misleidende gebruikmaking van naam, firma enz. de wettige rechten van den concurrent niet worden aangetast. Mij dunkt, een land waar werkelijk, zooals het hier besproken vonnis doet voorkomen, dergelijke overwegingen in de wet steun vonden, zou op den naam van een beschaafd land geen aanspraak kunnen maken, daar zou men van rechtstaat en rechtsorde niet anders kunnen spreken dan bij wijze van bittere ironie. Gelukkig zijn er echter nog redenen om aan te nemen dat de fout niet schuilt in onze wet, maar veeleer bij hare uitleggers, wier enge opvatting de toepasselijkheid van artikel 1401 B. W. binnen veel te nauwe grenzen beperkt. Toch vinden wij die opvatting bij tal van schrijvers, waaronder onze meest gezaghebbende juristen ¹⁾,

¹⁾ Met name Prof. Opzoomer, *het Burgerlijk Wetboek verklaard*, dl. 6, bl. 313 v. Mr. H. J. Kist, *over de verbintenissen die uit onrechtmatige daad ontstaan, volgens art. 1401 en 1402 B. W.* Diss. Leiden, 1861.

en schijnt ook de jurisprudentie zich daaraan nog maar altijd niet te kunnen ontworstelen, al heeft de Hooge Raad zich in latere jaren meer dan eens in zijne beslissingen op een ruimer en hooger standpunt geplaatst.

Aan Mr. G. Belinfante de eer, reeds een twintigtal jaren geleden met nadruk eene juistere uitlegging van art. 1401 B. W. verdedigd te hebben ¹⁾. Hij resumeerde zijn belangrijk betoog, dat m. e. niettegenstaande het vele dat daartegen is geschreven ²⁾ nog niet is weerlegd, in deze conclusie: „De wezenlijke zin van onze artt. 1401 en 1402 is dan deze, dat degene, die aan een ander schade toebrengt, door te doen datgene, waartoe hij zijne ontoerekenbaarheid niet kan aanwijzen of door niet te doen datgene, waartoe hij als zorgvuldig en waakzaam burger was verplicht in zijne maatschappelijke betrekking tegenover zijne medeburgers, is verplicht om de schade te vergoeden, door zijne schuld veroorzaakt“.

Eenvoudiger nog zou ik het aldus willen uitdrukken: „Hij die anders handelt dan in het maatschappelijk verkeer den eenen mensch tegenover den ander betaamt, anders dan men met het oog op zijne medeburgers behoort te handelen, is verplicht de schade te vergoeden, die derden daardoor lijden“. Behalve de regels, die de wet stelt, bestaan er in iedere beschaafde maatschappij tal van regels van meer zedelijken aard, regels van voorzichtigheid, regels van eerbied voor eens anders persoon, goederen en arbeid, die door een ieder in het verkeer met zijne medemensen behooren in acht te worden genomen, regels die zeer zeker te allen tijde zullen afhangen van de mate van volksbeschaving en ontwikkeling, maar

¹⁾ *Wat is onrechtmatige daad en wat is schuld, volgens art. 1401 B. W.* in *Themis*, 1865, bl. 341 vlg. en de nadere verdediging van zijn gevoelen in *Themis*, 1869, bl. 285 vlg.

²⁾ Mr. A. v. d. Does de Bye, *de verplichting tot schadevergoeding wegens onrechtmatige daad volgens het Ned. Recht* in *Themis*, 1866, bl. 389 vlg.; Mr. F. A. R. A. v. Ittersum, *eene nadere beschouwing van de vereischten voor de acties van art. 1401 B. W.* in *N. Bijdragen* enz. 1866, bl. 101 vlg.; Mr. W. Thorbecke, *Iets over de verbintenis tot schadevergoeding wegens onrechtmatige daad*. Diss. Leiden, 1867.

die toch in elk concreet geval zeer goed zijn aan te wijzen en vast te stellen. Welnu, hij die, deze regels overtredende, een ander schade berokkent, is verplicht die schade te vergoeden; dit en niets anders is de zin van de artt. 1401 en 1402 B. W. Zij treffen hem, die om zoo te zeggen buiten de orde is. Wij steunen deze meening op de volgende gronden:

1°. Art. 1401 spreekt van *onrechtmatige*, niet van *door de wet verboden* handeling, zooals Opzomer er in leest. *Onrechtmatig* is het equivalent van *ongeoorloofd* (zie den tekst van de Commissie van redactie van de Ned. wetboeken, Noordziek, *Gesch. en Beraadsl. o. h. ontw. B. W.*, 1824/25, dl. II, bl. 96), *illicite* (zie Franschen tekst van het ontw. B. W. bij Noordziek, t. a. p., bl. 181), uitdrukkingen die naar het spraakgebruik de algemeene beteekenis bezitten van: *niet te billijken*, *niet te rechtvaardigen*, *in strijd met den regel die men in acht moet nemen*, en volstrekt niet de beperkte van: *in strijd met de wet* of eenige wettige verordening; waarbij men mede in het oog houde dat ook de woorden *onrechtvaardig* en derg. steeds gebezigd worden om handelingen en toestanden aan te duiden, die worden afgekeurd niet op grond van strijd met eenig wettelijk voorschrift, maar omdat zij in strijd zijn met hetgeen naar onze begrippen van zedelijkheid en betamelijkheid in eene beschaafde, welgeordende maatschappij behoort gedaan of gelaten te worden.

2°. Het ontbreken van het woord *onrechtmatig* in art. 1402, waar alleen van *nalatigheid* of *onvoorzichtigheid* wordt gesproken. Door niets gerechtvaardigd schijnt ons de opmerking van Opzomer¹⁾: „geen andere strekking heeft dit artikel, dan om één der woorden van het vorige nader te bepalen. En wel het woord *daad*. In het daarmee verbonden adjectief *onrechtmatige* dus niet de minste wijziging“. De strekking is veeleer deze: naast de *onrechtmatige daad* in engeren zin, het onrechtmatig doen, waarvan art. 1401 spreekt, stelt art. 1402 de nalatigheid en onvoorzichtigheid, het niet doen

¹⁾ T. a. p. op art. 1402, bl. 321.

van wat men behoorde te doen. Dat daarbij het adjectief „onrechtmatig“ niet wordt herhaald ligt in den aard der zaak. Het niet doen van wat men behoorde te doen is een begrip, dat zich uitsluitend beweegt op het gebied van het ongeoorloofde of onrechtmatige; geoorloofde of rechtmatige nalatigheid of onvoorzichtigheid bestaat niet. In art. 1401 was daarentegen de toevoeging van *onrechtmatig* noodig, omdat het begrip *daad* zoowel het geoorloofde als het niet geoorloofde doen omvat; het nader bepalende *onrechtmatig* wijst dus aan dat alleen het doen van wat men niet behoorde te doen in aanmerking komt; engere beteekenis mag daaraan in verband met art. 1402 niet worden toegekend.

3°. Een en ander wordt ten volle bevestigd door de geschiedenis van art. 1401. Voor zoover wij de bedoeling van den wetgever kennen, wordt deze door de uitleggers van dit artikel in beperkten zin te eenenmale miskend. De eenige toelichting van het artikel wordt gevonden in de redevoering door Barthelémy gehouden bij de beraadslaging over den derden titel van boek III van het B. W. in de Tweede Kamer op 26 Jan. 1825 (Noordziek, t. a. p., dl. I, bl. 40): „C'est avec raison“ waren zijne woorden „et d'après l'avis des meilleurs commentateurs, qu'on ne s'est point servi de l'expression: tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, attendu que celui qui ne fait qu'user de son droit ne peut faire injure à personne. Si cependant, en usant de son droit, on causait un dommage par sa négligence ou son imprudence, on serait responsable, non à cause du fait en soi, mais à cause de la négligence ou de l'imprudence qui aurait accompagné le fait“¹⁾. Volgens deze redeneering

¹⁾ Aan het woord van den „orateur du gouvernement“, uitgesproken bij de behandeling en tot toelichting van art. 1401, meen ik meer gezag te mogen toekennen, dan aan de woorden van Mr. C. Asser (*Het burgerl. Wetb. vergeleken met het Wetboek Napoleon*, bl. 488), waarop Mr. Kerdijk zich voor de beperkte uitlegging van ons artikel beroept (*Ongelukken bij den arbeid in Vragen des tijds*, Dec. '86; bl. 16 v. d. overdruk).

is de bedoeling van het woord *onrechtmatig*, niet om alle niet door de wet verboden daden uit te sluiten, maar *alleen* die daden, welke verricht worden in de uitoefening van eenig recht. Daaruit volgt dat „elke onrechtmatige daad“ beteekent: „elke daad welke niet strekt tot uitoefening van eenig recht, die niet door het recht wordt gesteund, die wordt verricht zonder recht“¹⁾. De procureur-generaal v. Maanen paraphraseerde dienovereenkomstig in zijne conclusie bij het arrest van den Hoogen Raad van 28 Nov. 1884, *W.* no. 5116, de woorden: „of zekere handelingen als onrechtmatig zijn te beschouwen“ door: „of de dader is gebleven binnen de rechtmatige uitoefening van zijne rechten“. Daarom ook verdient de door Opzoomer bestreden meening van Mr. v. d. Does de Bye, dat onrechtmatige daad is elke schade aanbrengende handeling, die niet geschiedt „krachtens een recht, dat elders in de wet aan den dader bepaaldelijk wordt toegekend“, verre de voorkeur boven de uitlegging van *onrechtmatig* als *door de wet verboden*.

Uitdrukkelijk blijkt bovendien uit het door Barthelémy aangevoerde, dat art. 1402 een ieder — ook dengene, die een hem toekomend recht uitoefent, die blijft binnen den kring zijner wettelijke bevoegdheid — verplicht tot vergoeding der schade, die hij een ander toebrengt door bij zijn handelen niet de noodige voorzorgen te nemen en die voorzichtigheid te betrachten, welke hij tegenover zijne medeburgers behoort in acht te nemen. Ook op dengene die doet, wat de wet hem uitdrukkelijk veroorlooft te doen, rust dus de plicht voorzichtig te handelen en de schade te vergoeden die een ander lijdt door zijne onvoorzichtigheid, wel het beste bewijs dat interpolatie van het woord *onrechtmatig* in art. 1402 in het geheel niet te pas komt. Indien dit art. al de strekking heeft om het woord *daad* in art. 1401 nader te bepalen, dan kan dit dus nooit anders zijn dan in den door ons verdedig-

¹⁾ Verg. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, II, bl. 711, § 455, 3. „Zur Widerrechtlichkeit gehört: dass der Beschädigende kein Recht zur Beschädigung hat.“

den zin; naast het niet doen van wat men in den meest ruimen zin behoort te doen, waarvan art. 1402 spreekt, staat logisch het doen van wat men in even ruimen zin niet behoorde te doen.

4°. Met Opzoomer neem ik aan dat het uitgangspunt van den wetgever de natuurlijke vrijheid is; maar niet in den zin van het recht om alles te doen wat men wil, mits het maar niet door de wet uitdrukkelijk verboden is, maar veeleer in dien van het recht om niet in onze eer, persoon of vermogen aangetast of beschadigd te worden, in dien van het recht op eerbiediging van onze persoonlijkheid, van onze goederen, van onzen arbeid. Alleen de vrijheid, dus opgevat, mag gezegd worden geen erkenning noodig te hebben om te gelden, maar een verbod om niet te gelden.

5°. Alleen de hier verdedigde opvatting doet het woord *schuld* in art. 1401 ten volle tot zijn recht komen, harmonieert met de beteekenis die dit woord heeft in het spraakgebruik. Van *schuld* toch spreekt men alleen, maar ook altijd, wanneer iemand handelt in strijd met die regels, welke inachtneming men in de samenleving en het verkeer van ieder verwacht, met datgene wat aan den een jegens den ander betaamt. Dit komt het duidelijkst uit, waar iets gebeurt door het toedoen van meer dan één persoon. Een enkel voorbeeld moge dit ophelderden: stel een voetganger wordt op den openbaren weg overreden; heeft de bestuurder van het rijtuig onbesuisd, te hard gereden, niet gehandeld zooals een voerman behoort te handelen, men zal zeggen, het is de schuld van den voerman; was de overredene buiten de orde, had hij zich in de duisternis in dronkenschap op den openbaren weg nedergelegd, men zal niet aarzelen de schuld aan hem en aan hem alleen te geven; waren beiden buiten de orde, heeft de voerman niet behoorlijk uitgezien en is de voetganger niet bijtijds uit den weg gegaan, het zal terecht heeten dat beiden schuld hebben; kan geen van beiden eenig verwijt treffen, waren beiden binnen de orde, er zal van een ongeluk worden gesproken ¹⁾).

¹⁾ Geenszins kunnen wij dan ook toegeven, wat Opzoomer t. a. p.,

In overeenstemming met dit spraakgebruik — uit niets blijkt dat de wetgever daarvan wilde afwijken — wordt het woord *schuld* in art. 1401 gebruikt“. Men kan dan ook *onrechtmatig* niet omzetten in *onwettig*, zonder de beteekenis van *schuld* geheel te verwringen. Ziet daarentegen het artikel op daden, die strijden met de maatschappelijke regels van handelen, dan is dit woord het juiste en volkomen op zijn plaats. Het overtreden van den regel maakt de schuld uit, en daarmee aansprakelijk voor de schade, die er het gevolg van is. Maar daarom ook zou het woord *onrechtmatig* naast schuld zonder veel bezwaar gemist kunnen worden. Hij die handelt en usant de son droit (en alleen hem wilde de wetgever buiten het bereik van artikel 1401 brengen) blijft, voor zooverre hij niet onvoorzichtig is of de noodige voorzorgen verzuimt om schade voor anderen af te wenden, van zelf binnen de orde, van hem zal men nooit zeggen dat hij

bl. 318 schrijft: „Ook wanneer mijn daad, die u schade aanbracht, volmaakt geoorloofd en rechtmatig was, zult ge, zoo er maar geen twijfel aan is, of die daad is de mijne, ik ben voor haar aansprakelijk, verantwoordelijk, die daad op mijne rekening schrijven, de schade door mij veroorzaakt, door mijn fout, mijn schuld noemen.“ *Schuld* wordt hier geheel gelijk gesteld met *toedoen*. Nu willen wij niet ontkennen, dat wel eens van schuld wordt gesproken, waar alleen toedoen aanwezig is, maar, en dit is o. i. beslissend, zoodra het noodig is te onderscheiden en zich nauwkeurig uit te drukken, wordt zelfs in de spreektaal nooit het een met het ander verward; dan hoort men het woord schuld uitsluitend bezigen met betrekking tot dengene, die anders handelde dan hij had behooren te handelen, die handelende iets verkeerd deed. Het voorbeeld in den tekst gegeven toont het overtuigend aan. Men verg. voorts titel 21 van het Strafwetboek. Volgens Opzoomer's opvatting dat schuld = toedoen is, zal elke operatie, die den dood ten gevolge heeft, den chirurg onder art. 307 Sr. doen vallen, volgens de onze alleen de operatie, die den dood ten gevolge heeft, omdat een kunstfout of eenige andere verkeerde handeling werd begaan. Terwijl volgens Opzoomer's opvatting degene, die een ander overrijdt en daardoor lichamelijk letsel toebrengt, onder alle omstandigheden strafbaar zal zijn, zal men volgens de onze de onderscheidingen moeten maken in den tekst aangeduid. Dat de laatste interpretatie van de artt. 307 en 308 Sr. de juiste is, behoeft wel geen nader betoog.

schuld heeft, en de vrees van den wetgever, die tot invoeging van het woord onrechtmatig leidde, mag dus ongegrond heeten.

6°. Alleen onze opvatting voldoet aan de onafwijsbare eischen van een gezond rechtsleven in een wèl geordenden staat. Tot welke onhoudbare, het rechtsgevoel kwetsende, ja inderdaad demoraliseerende resultaten de gelijkstelling van onrechtmatig met onwettig voert, hadden wij reeds gelegenheid op te merken bij de bespreking van het Eindhovensche vonnis. Men schatte dit niet te gering. In het recht ligt eene groote opvoedende kracht, eene macht die ten goede leidt, maar daartoe moeten recht en zedelijkheid hand in hand gaan, elkander steunende en aanvullende. Daartoe is voor alles noodig dat nooit te vergeefs op het recht een beroep worde gedaan, waar rechtshulp onmisbaar is; dat in den naam van het recht niet redres worde geweigerd, waar het rechtsgevoel is beleedigd, niet worden gesanctioneerd handelingen die in eene geordende maatschappij, waar in eerbied voor elkander de hoogste vrijheid wordt gevonden, algemeene afkeuring moeten ondervinden. Niets voert zekerder tot ondermijning zelfs van het gezondste rechtsleven, dan de wetenschap, de ervaring dat de wet niet reageert, waar de goede trouw, de eerlijkheid in het verkeer openlijk worden geschonden, niet reageert waar de allereerste regels van zedelijke plichtsbetrachting worden overtreden. Het is een wanbegrip dat het recht zich niet zou hebben te bekreunen om, zich negatief zou moeten houden tegenover de moreele regels van doen en laten, welke de menschelijke samenleving beheerschen, regels waarvan de niet-inachtneming dikwijls voor derden veel nadeeliger gevolgen heeft dan het verzuim van tal van wettelijke plichten. Bij de uitlegging der wet behoort dit alles ter dege overwogen en in het oog gehouden te worden, en *ceteris paribus* aan die uitlegging de voorkeur te worden gegeven die het rechtsgevoel bevredigt en in overeenstemming is met de taak die het recht in de maatschappij heeft te vervullen.

Ook op dezen grond handhaven wij onze uitlegging van art. 1401, die daaraan, al zij het dan ook met de niet geringe

beperking dat schade moet zijn geleden, in onze moderne maatschappij de rol toebedeelt, die volgens de leerzame uiteenzetting van v. Jhering de *actio injuriarum* (en naast haar ook de *actio doli*) in het Romeinsche recht vervulde. Wij verkrijgen op deze wijze hetzelfde resultaat dat anderen zoeken te bereiken door de constructie van een zoogenaamd „Individualrecht“¹⁾. Voor hen, wier juridisch geweten een dogmatische onderlaag voor art. 1401 onontbeerlijk acht, moet dan ook in de theorie van het Individualrecht zeer veel aantrekkelijks liggen. Naast den regel dat ieder, die tegenover zijne medeburgers anders handelt dan het hem in het maatschappelijk verkeer betaamt te handelen, de schade moet vergoeden die hij daardoor veroorzaakt, bestaat echter geen praktische behoefte aan deze constructie; de grenzen van het Individualrecht toch zullen juist daar liggen, waar de handelingen van derden ophouden ongeoorloofd te zijn, m. a. w. de vraag of ons Individualrecht (persoonlijkheidsrecht zou men kunnen zeggen) geschonden is, zal zich steeds oplossen in deze andere of de handeling, waarin wij die schending zien, tegenover ons al of niet eene geoorloofde mag heeten, al of niet in overeenstemming is met de regels van handelen, waarvan wij de nakoming te onzen opzichte mogen verwachten.

Ongetwijfeld wordt bij onze opvatting zeer veel overgelaten aan de subjectieve meening, aan de appreciatie van den rechter, maar juist daarin zien wij niet het minste bezwaar. Integendeel het behoort o. e. het meest eigenaardig tot de taak van den rechter, om daar te beslissen waar alles afhangt van de appreciatie der omstandigheden; juist daar is de rechter het nuttigst werkzaam en ook het meest onmisbaar, waar wij de onpartijdige uitspraak van vroede mannen noodig hebben; willen of kunnen wij die uitspraak niet aan hem overlaten, vertrouwen wij die niet aan hem toe, wij deden waarlijk het beste door onze rechters af te schaffen.

¹⁾ Zoo in 't bijzonder Kohler, *das Autorrecht* (*Jahrbücher f. Dogmatik*, XVIII) S. 123 fig.; *das Recht des Markenschutzes*, S. 1 fig., 73 fig.; *das Recht an Zeitungstiteln* (*Centralbl. f. d. jurist. Praxis*), § I.

Eene wetgeving, die niets aan den rechter overlaat, is nu eenmaal niet denkbaar, slechts bij doodend formalisme ware zij mogelijk; zoolang men aan de aequitas, de bona fides, nog een bescheiden invloed op het rechtsleven wil gunnen, zoolang het maatschappelijk verkeer, 's menschen doen en laten niet aan absolute regels kan worden gebonden, zal ook in tal van zaken het arbitrium des rechters de beslissing moeten geven.

De Hooge Raad heeft in den laatsten tijd herhaaldelijk arresten gewezen, waarbij althans art. 1402 in den hier aangegeven zin werd geïnterpreteerd. Zoo werd bij arrest in revisie van 23 Juni 1882 (*W.* 4791), bevestigende een arrest van 8 April 1881 (*W.* 4663), in substantie beslist, dat de aanleg van een werk op eigen grond zóó dient te geschieden, dat schade, door dit werk aan eens anders eigendommen toe te brengen en als mogelijk te voorzien, worde voorkomen. Men behoort daartoe alle mogelijke voorzorgsmaatregelen, hoe kostbaar ook, te nemen. De vordering strekte nl. tot vergoeding van de schade door den E. geleden door dat zijn weiland was bedorven door de oppersing van ondergrond ten gevolge van den gebrekkigen aanleg op een aangrenzend terrein van een hoogen dijk ten behoeve van de spoorbaan van Nijmegen naar Arnhem. In denzelfden geest het arrest in revisie van 19 Mei 1882 (*W.* 4826), bev. een arrest van 14 April 1881 (*W.* 4659). Hij, die in een publiek vaarwater een werk aanlegt, is verplicht alle redelijke voorzorgen te nemen, waardoor mogelijke ongevallen kunnen worden voorkomen of verminderd. Art. 1402 luidt algemeen en stelt ieder aansprakelijk voor *alle* schade, welke hij door zijne nalatigheid veroorzaakt. (Eene door de E^{ste} verzekerde stoomboot had schade geleden en was gezonken ten gevolge van het stooten tegen een uitstekende niet behoorlijk voorziene ijzeren bout aan het paalwerk van de in aanbouw zijnde spoorwegbrug te Rotterdam). De H. R. handhaafde deze jurisprudentie bij arrest van 8 Jan. 1885, *W.* 5140, en 18 Dec. 1885, *W.* 5254 (waarbij de cassatie werd verworpen tegen

een arrest van het Hof in den Bosch van 22 Jan. 1884, *W. n^o. 5076*, vernietigende het vonnis van de Rb. in den Bosch van 12 Jan. 1883, *W. n^o. 4886*), waarmede als tegenhanger te vergelijken het in elk opzicht onjuiste vonnis van de Rb. te Utrecht, 13 Dec. 1876, *W. 4283*.

Hiertegenover staan echter de arresten van 6 April 1883 (*W. n^o. 4901*) en 29 Juni 1883 (*W. n^o. 4927*, waarbij de cassatie werd verworpen tegen het arrest van het Hof te Amsterdam van 8 Dec. 1882, *P. v. J. 1883 n^o. 8**, terecht vernietigende het vonnis van de Rb. te Amsterdam van 20 Dec. 1881, *P. v. J. 1882, n^o. 7**). In beide wordt, in strijd met de evengenoemde beslissingen, eene eenigszins beperkter opvatting gehuldigd. Het eerste arrest liep over de vraag of een notaris, die bij den openbaren verkoop van een schip te zijnen overstaan, op een desbetreffende vraag, in strijd met de waarheid verzekert, dat op het schip geen bevoorrechte schulden rusten, uit dien hoofde door den koper van het schip tot schadevergoeding kan worden aangesproken. De H. R. beantwoordde haar ontkennend, overwegende o. a. „dat artt. 1401 en 1402 geen van beide toepasselijk zijn, waar hetzij de daad of het verzuim niet in strijd is met des daders rechtsplicht (waaronder blijkens den verderen inhoud van het arrest te verstaan: wettelijke verplichtingen) of inbreuk maakt op eens anders recht.“ Het tweede arrest gold de vordering van een gewezen lampenist bij de Holl. IJz. Spw. Mü., die op het stationsterrein in een kuil was gevallen, gegraven door een aannemer van werkzaamheden op dat terrein. Het Hof veroordeelde den aannemer tot schadevergoeding op grond van de artt. 1401 en 1402 B. W. De H. R. verwierp de tegen dit arrest gerichte voorziening in cassatie, op grond „dat uit het verband van dat artikel (1402) met het voorgaande, die te zamen de verschillende vormen van het *damnum injuria* datum omschrijven, mag worden afgeleid, dat zij alleen toepasselijk zijn, waar hetzij de daad of het verzuim in strijd zijn met des daders rechtsplicht of inbreuk maken op eens anders recht; dat door den E. echter ten onrechte beweerd

is, dat zulks hier niet het geval zou zijn, omdat het leven en de persoonlijke veiligheid der ingezetenen rechten zijn, welke zelfs bij de strafwet tegen onvoorzichtigheid van anderen beschermd worden, zoodat er zeker, wat betreft het burgerlijk recht, geen grond bestaat, om, waar feitelijk is uitgemaakt, dat de verwonding een gevolg is van onvoorzichtigheid, de actie tot schadevergoeding te weigeren“.

De H. R. vindt dus, voor zooveel deze beslissingen betreft, het criterium van onrechtmatig in het handelen in strijd met een rechtsplicht (en wel eene *wettelijke* rechtsplicht, arrest van 6 April 1883) of het inbreuk maken op eens anders recht. Hoe beperkt oogenschijnlijk, is deze uitlegging toch vrij wat ruimer dan die van Opzoomer en van diegenen, die met hem de artt. 1401 v. alleen dan toepasselijk achten, als de gepleegde daad uitdrukkelijk door de wet wordt verboden, hetzij het wetsvoorschrift een actief doen of eene onthouding voorschrijve (Thorbecke, t. a. p., bl. 24). Immers terwijl dezen vorderen strijd met een tekst der wet, spreekt de H. R. van inbreuk op een recht, een veel omvattender term, zoodra men het bestaan van rechten aanneemt ook buiten de wet om, zoodra men naast de wettelijke rechten, rechten erkend steunende op de meer onbestemde begrippen van het gemeene recht, de algemeene rechtsbeginselen enz. Inderdaad schijnt dit het standpunt van den H. R. te zijn. Immers in het arrest van 4 Sept. 1883 wordt een recht op het leven en de persoonlijke veiligheid aangenomen, terwijl bij arrest van 21 April 1882 (W. 4770, Farina c^a. Ayelts) de vordering werd toegewezen, omdat ieder koopman aan het *gemeene recht* ontleent het recht tot uitsluitend gebruik van zijn naam of firma. In denzelfden geest uitte zich de procureur-generaal in zijne conclusie bij het arrest van 18 Dec. 1885 (s. c.): „Zoo had“, zeide hij „b. v. in de zaak, beslist bij arrest van 29 Juni 1883, de beambte aan wien het ongeluk is overkomen, geene actie kunnen instellen tegen den aannemer om de gegraven kuil te omheinen of te bedekken; maar zijn verzuim of nalatigheid om dit te doen was eene onvoorzichtigheid, welke in-

breuk maakte op het recht van den beambte om veilig op die plaats de hem opgedragen werkzaamheden te kunnen verrichten. Door die onvoorzichtigheid verzuimde hij eene rechtsplicht. En zoo deed het gemeentebestuur *in casu* door niet te voorzien in een ontstaan gebrek in een der gemeente-eigendommen, althans niet te waarschuwen voor het gevaar hetwelk noodwendig daaruit voor de scheepvaart moest ontstaan“.

Indien wij wisten dat de Hooge Raad steeds zoo vèr zal gaan, een recht op veiligheid, op betrachting van voorzichtigheid door anderen, van niet beschadigd te worden, i. e. w. het bestaan van Individualrechten (zooals Kohler ze noemt), persoonlijkheidsrechten in den ruimsten omvang, aan te nemen, dan zeker kunnen wij tegen deze jurisprudentie niet veel bezwaar hebben. Dan blijft er tusschen den H. R. en ons slechts een verschil in uitgangspunt over. Terwijl naar onze meening juist door artt. 1401 en 1402 zelve ook nog andere plichten, dan die om de wet te observeeren tot rechtsplichten worden gestempeld, vordert de H. R. voor de toepasselijkheid dier artikelen het aanwezig zijn van een recht, vaststaande buiten deze artikelen om, en als uitvloeisel van dat recht het bestaan van een rechtsplicht om het niet te schenden. Dit recht behoeft echter niet te steunen op een bepaald wetsvoorschrift, vandaar dat in de toepassing beide opvattingen tot eenzelfde resultaat voeren.

Wij stonden uitvoerig stil bij de uitlegging van de artt. 1401 en 1402, omdat zij naar onze overtuiging beslissend is voor de vraag of op oneerlijke concurrentie eene schadeactie gegrond kan worden. Aanvaardt men de uitlegging van Opzoomer c. s., de oneerlijke concurrent zal nimmer tot schadevergoeding verplicht zijn (tenzij in het geval van overtreding van art. 337 Sr., waarover later); immers wij vinden in ons stellig recht, buiten art. 337 Sr., niet ééne bepaling, waarbij de talloze handelingen, de duizende vormen der oneerlijke concurrentie verboden worden. Stemt men daarentegen met ons betoog in, elke handeling van oneerlijke concurrentie, welke ook, zal voor het forum van den burgerlijken rechter

gebracht kunnen worden; het feit toch dat zij is eene *oneerlijke* handeling, in strijd met die regels van zedelijk en maatschappelijk doen en laten, die de eene handelaar jegens den andere behoort in acht te nemen, stempelt haar tot eene onrechtmatige daad in den zin der wet, den dader tot schadevergoeding verplichtende.

Gaan wij de niet omvangrijke jurisprudentie na, dan zien wij dat zij zich, hoewel eenigszins schuchter, in deze richting beweegt. In den geest toch van het Eindhovensche vonnis, boven besproken, werd slechts eenmaal beslist en wel door de rb. te Amsterdam, 26 Juni 1884, *W.* 5166, in zake David c^a. Philips en Co., een mal jugé, gewezen naar aanleiding van de merkenwet van 1880. Dit vonnis, waarop wij later terugkomen, stelt voorop: „dat als onrechtmatige daad alleen de handeling beschouwd kan worden, welke in strijd is met de wet“. In de gevallen, waarin over eene quaestie van oneerlijke concurrentie te beslissen viel, werden daarentegen vonnissen gewezen, waaraan meerendeels eene ruimere opvatting van art. 1401 ten grondslag ligt. Een kort overzicht der verschillende procedures, op bl. 3 vermeld, moge dit staven. Daarbij blijven natuurlijk die vonnissen buiten beschouwing, waarin de beslissing enkel berust op het aannemen van een uitsluitend recht op den naam of firma. Wel maakt dit recht elke oneerlijke concurrentie door het misbruiken van eens anders naam of firma, bijv. door in strijd met de waarheid eigen fabrikaat met een vreemden naam te voorzien, tot eene onrechtmatige daad, maar de onrechtmatigheid zal dan niet liggen in het feit der oneerlijke concurrentie, maar veeleer in de daaraan gepaard gaande schennis van het uitsluitende recht op den naam, welke overigens plaats kan hebben ook buiten het geval van oneerlijke concurrentie.

Wij bepalen ons dus tot de volgende procedures:

1°. *Ziegelaar en Co. c^a. Wissink en v. Rooij*. De eischeres (de firma Ziegelaar en Co.) had aan ged. (voerende de firma Wissink en van Rooij) vergunning gegeven achter hun firma te voegen de woorden: „voorheen Ziegelaar en Co.“, doch dit verlot

later opgezegd. Zij beweerde, dat de ged. desniettenstaande den naam Ziegelaar en Co. met zeer in het oog vallende letters, en het woord *voorheen* met kleiner stereotype letters, boven de winkeldeur hadden geschilderd, terwijl der gedaagden firma zoodanig in een tuimelraam was geplaatst, dat het althans den schijn had, alsof de firma Z. en Co. aldaar nog was gevestigd. Zij sprak ged. deswege tot schadevergoeding aan. Onder deze omstandigheden overwoog de rb. te Rotterdam bij interlocutoir vonnis van 25 Juni 1873 terecht: „dat het gebruik van eens anders firma met het toevoegsel *voorheen* niet in 't algemeen ongeoorloofd is, maar dit o. a. afhangt van de wijze, waarop het wordt gebruikt, wijl hierdoor zoolwel kan worden te kennen gegeven, dat niet meer op de oude firma wordt gehandeld, als het publiek in den waan kan worden gebracht, dat het tegendeel het geval is“. Dienovereenkomstig werd in het eindvonnis dd. 23 Maart 1874 onderzocht of bewezen was „dat de plaatsing der woorden: „voorheen Ziegelaar en Co.“ en die der eigene firma van ged., op zoodanige wijze geschied was, dat daaruit noodwendig misleiding moest voortvloeien en het publiek in den waan gebracht worden, dat niet W. en v. R., maar Z. en Co. in het huis, waar boven die namen geplaatst waren, hun bedrijf uitoefenden“. De rb. achtte dit feit niet bewezen en ontzeide de vordering. Bij arrest van 15 Febr. 1875 dacht het Hof van Zuid-Holland er anders over. Na vooropgesteld te hebben dat de handelsfirma een voorwerp van eigendom is, treedt het Hof in een uitvoerig onderzoek van het geleverde bewijs en neemt aan dat bewezen is dat het opschrift „voorheen Z. en Co.“ zoodanig was ingericht, dat het alleszins den bedriegelijken schijn had alsof de app. firma aldaar nog was gevestigd. Met vernietiging van het vonnis a quo werd dus verklaard dat de geïnt. eene onrechtmatige daad hadden verricht en werden zij, op grond dat de schade eo ipso in het feit der onrechtmatige concurrentie is gelegen, veroordeeld tot vergoeding deswege.

2°. *Apollinaris-Brunnen-Actien-Gesell. c^a. Otto, geb. Puts.*

Eischeres stelde dat ged. op groote schaal zeker door haar vervaardigd kunstmineraalwater verkoopt, waaraan zij den naam geeft van Apollinaris-water, als ware dit afkomstig uit de Apollinarisbron te Neuenahr, uitsluitend eigendom van de E.; dat zij om dat bedrog gereeden ingang te doen vinden dit water verpakt en in den handel levert in kruiken geheel gelijk aan die door de E. gebezigd en voorzien van capsule en kurken met de handelsmerken en de firma der E. „Apollinaris-Brunnen“, door de ged. geschreven „Apollinares Brunner“. De Rb. (vonnis van 2 Dec. 1878) overwoog alsnu „wat aangaat de capsules en kurken door partijen gebruikt, dat die door ged. gebezigd inderdaad eene zoo groote gelijkheid en een zoo klein verschil met die der E. vertoonen, dat alleen bij opzettelijke vergelijking vorengenoemde afwijkingen (waarop ged. zich had beroepen) in het oog vallen; dat bij appreciatie dier afwijkingen blijkt: 1°. dat de gelijkheid van merkteekenen, het randschrift, de letters M. W. (Mineralwasser) rondom en met het ankerteeken kennelijk het publiek moest in den waan brengen, dat de ged. verkocht en leverde Apollinaris-bronwater, en 2°. dat het verschil van merkteekenen, de lettersoort, foutieve spelling (Apollinares Brunner), de omzetting van het vlaggetje aan de schacht van het anker 4 (op de capsule) en het onklaar anker aan de benedenzijde der kurk of ook het gemis van merk ter zijde der kurk, gansch ongenoegzaam is, om het publiek uit dien waan te houden, of om het publiek te doen gelooven, dat de ged. verkocht en leverde kunstwater en geen bronwater; O. verder dat (al moge het in het algemeen waar zijn, dat partijen beide gelijk regt hebben om de kruiken te gebruiken, die den naam houden van den vorigen eigenaar der bron [Georg Kreuzberg], en die inderdaad niet houden den handelsnaam der E. [Apollinaris-brunnen, vormals Georg Kreuzberg], en dat bijgevolg het gebruik dier kruiken bij verkoop van eenig kunstwater of ander handelsartikel op zich zelve niet ongeoorloofd zou zijn) nogtans het gebruik van deze kruiken in het bijzonder voor verpakking van het water in geschil

niet kan worden gescheiden van de andere handelingen der ged. en daarmee in samenhang aan het Apollinaris- of Apollinarieswater, dat de ged. verkoopt, den schijn geeft dat het werkelijk is afkomstig uit de bron bij Ahrweiler in Rheinpreussen; O. dat deze handelingen, het te koop aanbieden van Apollinariswater bij prijscourant, het verkoopen en leveren in kruiken met inschrift als herkomstig van de Apollinarisbrunnen Ahrweiler Preussen, en voorzien van capsules en kurken, nagenoeg gelijk aan die, door E. gebruikt, te zamen vereenigd uitmaken het feit, dat de ged. den inhoud dier kruiken verkoopt niet als een harer fabrikaten, maar wel zeker als het echte water uit de Apollinarisbron te Neuenahr; O. dat dit feit is een inbreuk op het eigendomsrecht der E. en als zoodanig een onrechtmatige daad, die in zichzelf het begrip en bewijs van toegebrachte schade medebrengt“.

In dit met zorg gestelde vonnis (inderdaad een modelvonnis op het gebied van concurrence déloyale) achten wij alleen de qualificatie van het bewezen verklaarde feit als een inbreuk op het eigendomsrecht minder juist; en wij vermoeden dat de Rb. zelve, indien zij zich de vraag had gesteld wat nu toch wel het voorwerp was van dit eigendomsrecht, met het antwoord verlegen zoude zijn geweest. De onrechtmatige daad lag dan ook veeleer in het uitgeven van eigen waar voor waar van de eischesse.

3°. *De Rente-Cassa c^a. J. v. Zaanen en Co.* — Ged. richtte eene onderneming op onder den naam „Amsterdamsche Rentekas“, waarin E. aanleiding vond eene vordering ex art. 1401 B. W. in te stellen, omdat E. „te veel prijs stelt op hare benaming en reputatie om toe te laten dat die door anderen, laat staan door de Ged., gebruikt worde en ged. door het aannemen der benaming „Amsterdamsche Rentekas“ eene onrechtmatige daad heeft gepleegd“. E. grondde hare vordering dus blijkbaar op een uitsluitend recht op den naam Rente-Cassa. De rechtbank daarentegen ontzegde den eisch, omdat noch verwarring tusschen de beide ondernemingen mogelijk noch con-

currence déloyale aanwezig was. Zij overwoog nam. dat „het hier niet op de beteekenis der woorden aankomt, maar daarop of voor het publiek, dat relatiën met de E. heeft, de klank der beide benamingen zoodanig overeenkomt, dat daaruit verwarring kan ontstaan, die hinderlijk voor de E. zoude kunnen zijn“; en na deze vraag ontkennend te hebben beantwoord, „dat hier nog opmerking verdient, dat bij den ganschelijk verschillende werkring van beide partijen, zoo zelfs dat de in dit geding gebleken handelingen der ged. wellicht niet eens als daden van koophandel zouden kunnen worden gequalificeerd (!), het publiek nimmer voor dezelfde handelingen zich tot beiden zoude kunnen wenden en dus eene beoordeeling of de beweerde gelijkkluidendheid der benamingen ook eenigen grond kon hebben, als men zich op het standpunt van deloyale concurrentie en daardoor mogelijke schade plaatst, hier veilig achterwege kan blijven“. Ten slotte wordt ook nog de grief dat het publiek zou gaan denken „dat de E. een insoliede onderneming had opgezet en de E. dus het vertrouwen zou verliezen“ ongegrond verklaard.

4°. *J. M. Farina c^a. v. Marken Jr.* Ged. verkocht flesschen met reukwater, in vorm, sluitbanden en etiketten geheel gelijk aan die door E. gebezigd voor haar fabriek, en stelde daarop den naam, woonplaats en handteekening der E. In het vonnis (rb. den Haag, 21 Dec. 1887) wordt alle nadruk gelegd op der E. uitsluitend recht op haren naam, en de inbreuk op dat recht door ged. verklaard een onrechtmatige daad te zijn; daarna vervolgt de Rb.: „O., dat hierbij zonder invloed moet zijn, of de nabootsing der naamteekening met meerdere of mindere nauwkeurigheid, of zelfs met eene geringe wijziging of bijvoeging is geschied, indien slechts, zooals in casu, de indruk bij den beschouwer wordt teweeggebracht, dat men met de naamteekening des laatsten te doen heeft, waardoor de zekerheid schijnt te bestaan, dat men des laatsten fabriek in handen heeft“. De vraag, of er concurrence déloyale, misleiding omtrent den oorsprong

der waar aanwezig is, beslist dus ten slotte. Zeer terecht lette de Rb. niet op het verweer van ged., dat hij de eau de cologne niet voor fabrikaat van de E. had verkocht, en de flesschen op de aangegeven wijze had ingericht, omdat hem dit zoo besteld was; immers welke dan ook de redenen daarvoor waren, hij had in elk geval desbewust zijn fabrikaat in het verkeer gebracht in eenen uiterlijken verschijningsvorm, er op berekend om het publiek omtrent de herkomst te misleiden en de E. in haren afzet te benadeelen.

In de gelijksoortige zaak van dezelfde eischeresse c^a. Ayelts werd door het Hof te Arnhem, 13 April 1881, met evenveel recht de uitvlucht van den ged., dat hij den namaak niet zelf had uitgevoerd, maar de flesschen van een ander had gekregen, afgewezen met de overweging dat „wel is waar niet bewezen is, dat deze feiten van namaak onmiddellijk door of op last van geïnt. zijn geschied, doch dat hierdoor de aansprakelijkheid voor *het in den handel brengen* dezer nageemaakte artikelen niet wordt weggenomen, daar immers civielrechtelijk men ook moet instaan voor de schade door nalatigheid of onvoorzichtigheid aan anderen wederrechtelijk toegebracht“. Op dit punt vond 's Hof's arrest dan ook instemming bij den Hoogen Raad, die het overigens, 21 April 1882, casseerde (zie bl. 59).

5°. *Schaeben (firma Maria Clem. Martin Klosterfrau) c^a. Schoutendorp*. Interlocutoir vonnis van de Rb. te Amsterdam van 11 Juni 1880. „O., dat hij, die door namaak van de verpakking, etiketten en sluitbanden voorzien van eens anders naam of firma, in strijd met de waarheid, het doet voorkomen alsof het door hem verkochte afkomstig is van de fabriek van dien ander, onverschillig Nederlander of vreemdeling, diens debiet benadeelt, zoowel direct door op slinksche wijze klandisie tot zich te trekken, die anders aan den andere zou toevallen, als indirect door de reputatie van E's. fabrikaat te verminderen; dat hij derhalve zodoende een onrechtmatige daad doet, waardoor hij schadeplichtig wordt“. Bij eindvonnis van 22 Maart 1883 werd nog beslist dat de mededeeling van den

ged. aan de koopers, dat hij de eau de cologne zelf vervaardigde, „ten aanzien van de handelingen van ged. in het algemeen van geen invloed is“, en „daardoor niet wordt uitgesloten dat latere koopers of verbruikers meenen dat zij een fabrikaat des eischers voor zich hebben, hetgeen i. c. te meer klemt, omdat ook aan een getuige, die zich als wederverkooper voordoet, door ged. een kistje met fleschjes, voorzien van de firma der E. geleverd is; dat alzoo de mogelijkheid van misleiding van het publiek en van nadeel voor den rechtmatigen gebruiker van naam en etiketten blijft bestaan“.

6°. De talrijke processen door de *Singer Manufacturing Co.* gevoerd. Al deze vorderingen steunden op het misbruik maken van den naam van E., door onder dien naam (en wel als veel verbeterde Singer of Singers naaimachines), naaimachines niet door haar vervaardigd, in advertenties te koop aan te bieden en zoo het publiek omtrent de herkomst te misleiden. Eenmaal luidde de advertentie „*Lewenstein's* veel verbeterde Singer-naaimachines zijn verkrijgbaar“ enz. Dat de Rb. in den Haag, 30 Juni 1882, onder deze omstandigheden de vordering ontzegde, mag niet verwonderen. De Rb. overwoog terecht: „dat deze advertentie, zoowel naar haren inhoud als vorm van letters, zijnde het woord „*Lewenstein's*“ met groote kapitale letters gedrukt, die meer de aandacht trekken dan het overige gedeelte der advertentie, niet dien indruk geeft, dat te bepaalden huize origineele Singer-naaimachines worden verkocht, maar wel zeker fabrikaat van den ged., in vorm of constructie op de gemelde Singer-machine gelijkende en, naar gezegd wordt, veel verbeterd.“

Evenzoo kan men vrede hebben met het vonnis van de Rb. te Amsterdam van 20 Maart 1883 (*S. M. Co. c^a. v. Muijen*). De advertentie luidde in dit geval: „Groote overwinning! Het beste is bereikt. De origineele Singer naaimachines zijn verre overtroffen. Een ieder overtuige zich. Veel verbeterde Singer handmachine / 30“ enz. Op grond „dat het zeker wel geen enkelen fabrikant in de gedachte zal komen om op de wijze als bij deze advertentie wordt gedaan zijne vroegere

handelswaren aan te prijzen en te koop aan te bieden, maar ook zeker niemand door de lezing der advertentie in de meening kan worden gebracht, dat bij den ged. machines te koop zijn, die door de E. zijn vervaardigd of uit hare fabriek afkomstig¹⁾, werd de vordering afgewezen. Inderdaad bestond hier oneerlijke concurrentie, niet door misleiding omtrent de herkomst van waren en het misbruik maken van den naam eens concurrents, maar door „dénigrement“ van eens anders fabriek¹⁾. In het vonnis lezen wij dan ook: „dat echter wel behoort te worden geobserveerd dat de onrechtmatigheid, die door den ged. heet gepleegd te zijn, niet hierin bestaat, dat de ged. naaimachines der E. heeft nageemaakt of verbeterd, of valschelijk dit alzoo doet voorkomen, noch ook hierin dat de ged. onder het onware voorgeven van betere naaimachines te verkoopen dan de E., aan deze hierdoor een deloyale concurrentie aandoet“. Ware dus „dénigrement“ geposeerd, de uitslag van het proces had anders kunnen zijn.

Bedenkelijk schijnt mij daarentegen de jurisprudentie, die tot ontzegging van de vorderingen der Singer M. Co. leidde, op grond dat de uitdrukking „veel verbeterde Singer-naaimachines“ niet zou wijzen op naaimachines door de E. vervaardigd, maar op zoodanige werktuigen, als vervaardigd zijn volgens het systeem, door zekeren Singer voor het eerst in praktijk gebracht. Met deze, der Singer M. Co. steeds tegenover, defensie vereenigde zich het eerst het Hof in den Haag bij arrest van 26 Febr. 1883, vernietigende het vonnis der Rb. in den Haag van 17 Mrt. 1882. Op grond van door

¹⁾ Verg. over dénigrement Pouillet, t. a. p., n^o. 616. Een voorbeeld van eene vordering wegens „dénigrement“ (kwaadsprekerij) van eens anders fabriek geeft: Singer Man. Co. c^a. Gerritsen (Hof Arnhem 18 Maart 1885, W. 5221, vern. Rb. Arnhem 23 Juni 1884); wegens „dénigrement“ van eene concurrerende onderneming: M^v. Eendracht c^a. Boekhoud (Hof te Leeuwarden 12 Nov. 1884, vern. Rb. Winschoten 19 Dec. 1883, W. 5209). In beide gevallen was de vordering gegrond op art. 1408 B. W. (laster, hoon en belediging), werd zij ontzegd in eersten aanleg, doch toegewezen in hooger beroep.

den app. Beck overgelegde bescheiden neemt het Hof aan „dat de uitdrukking *Singer-naaimachines* in den handel veelal wordt gebezigd als benaming van een handelsartikel, onafhankelijk van de fabriek, waarin die voorwerpen zijn vervaardigd“, en dat dus uit het te koop aanbieden van *Singer-naaimachines* op zich zelf niet volgt, dat de app. het publiek in den waan wilde brengen, dat de te koop aangeboden in zijn magazijn voorhanden naaimachines waren afkomstig uit de fabrieken van de geïnt. Daar naar 's Hofs oordeel evenmin aliunde bleek van eene bedoeling van den app. om het publiek te misleiden omtrent de herkomst van de door hem te koop aangeboden naaimachines, achtte het geen onrechtmatige daad gepleegd ¹⁾.

Op overeenkomstige overwegingen steunt het arrest van hetzelfde Hof in zake *Singer M. Co. c^a. Sprenger*. „O.“ heet het hier „dat het Hof, op grond dat in een door den app. overgelegd geschrift, getiteld: „*The Singer Manufacturing Cy. New-York*“, hetwelk de geïnt. heeft erkend van haar afkomstig te zijn, wordt gezegd: „dat de eerste invoering van eene werkelijk praktische naaimachine geschiedde in 1851, en te danken is aan den uitvinder van een der beste systemen *Mr. H. J. Singer*“, aanneemt, dat onder de uitdrukking *Singer-naaimachines* ook kunnen worden verstaan naaimachines, vervaardigd naar het systeem *Singer*, ook al zijn zij uit andere fabrieken dan die der geïnt. afkomstig“. „O.“, dus lezen wij verder, „dat nu is aangenomen, dat onder de uitdrukking „*Singer-naaimachines*“ niet per se behoeven verstaan te worden naaimachines uit de fabrieken der geïnt. afkomstig, behoort te worden nagegaan, of uit den inhoud en vorm der advertentiën, wier plaatsing door den app. bij het vonnis a quo (den Haag 24 Nov. 1882) onrechtmatig is geoordeeld, blijkt van de bedoeling van den app. om het publiek in den waan

¹⁾ De Cassatie tegen dit arrest werd door den H. R. verworpen bij arrest van 21 Maart 1884, op grond dat het voorgestelde middel van cassatie afstuitte op de feitelijke overwegingen van het Hof. Het arrest van den H. R. heeft dus voor ons onderwerp geen belang.

te brengen, dat de bij hem aanwezige en ten verkoop aangeboden naaimachines of naalden afkomstig zijn uit de fabrieken der geïnt.* Op grond dat het bewijs dier bedoeling ontbrak werd ten slotte het vonnis a quo vernietigd en der geïnt. alsnog haar eisch ontzegd. In gelijken zin wees ook de Rb. te Dordrecht vonnis in de zaak c^a. de Leur. Zij achtte bovendien misleiding van het publiek omtrent de herkomst der naaimachines niet mogelijk, omdat de naam „Singer“ niet geplaatst was aan het hoofd der uitdrukking „veel verbeterde“, en „naardien Singer niet met den in de taal erkende 's als vorm van den tweeden naamval, dien van afkomst, bezit of eigendom, aan het *hoofdwoord* „Naaimachines“ verbonden was“ !!

Dezelfde opvatting spreekt uit het vonnis van de rb. te Amsterdam in zake Maughan c^a. Becht (6 Oct. 1885). De E. stelde: dat hij is uitvinder en fabrikant van een badtoestel, waaraan hij den naam gegeven heeft van „Maughans Patent Geyser“, dat zijn naam als fabrikant dezer toestellen te recht een groote vermaardheid heeft verworven en tot waarborg strekt voor de deugdelijkheid van zijn fabrikaat; dat nu de ged. o. a. door aan te kondigen, dat hij in zijne fabriek de zoo gunstig bekende badtoestellen Maughan Pat. Geyser vervaardigt, te eigen bate van beide namen (Maughan en Geyser) zich een onwettig en ongeoorloofd gebruik aanmatigt en bij het publiek daardoor den waan verwekt als ware hij de fabrikant van des E.'s fabrikaat. De Rb. overweegt nu in de eerste plaats dat de Ned. wetgeving wel aanneemt dat de wettige drager van een familienaam, op dien naam bezit een uitsluitend recht, maar dat in die wetgeving geen spoor is te vinden van toekenning, aan wien ook, van eenig uitsluitend recht op de namen van voorwerpen; dat de E. zelf stelt, dat hij den naam Maughans Patent Geyser heeft gegeven aan zekere door hem uitgevonden en gefabriceerde badtoestellen, zoodat deze naam is de naam van een bepaald soort voorwerpen; dat de E. niet beweert, en nog minder bewijst, dat die naam door ged. is gegeven aan een ander soort voorwerpen, dan

de door eischer uitgevonden en gefabriceerde badtoestellen; dat mitsdien het gebruik van dien naam door ged. niet kan geacht worden te zijn een naar Ned. rechtsbeginselen ongeoorloofd naamsgebruik. In de tweede plaats onderzoekt de Rb. of het gebruik maken van den naam Maughans Patent G. bij het publiek den waan heeft kunnen verwekken, als ware de ged. de fabrikant van des E.'s fabrikaat. Deze vraag beantwoordt zij ontkennend, omdat hier te lande het namaken en verkoopen van door een ander uitgevonden voorwerpen geoorloofd is, en dus in verband met het vroeger overwogene, ook dan, wanneer men daaraan denzelfden naam geeft, welken de uitvinder daaraan heeft geschonken, terwijl het publiek ook geacht moet worden bekend te zijn met dezen rechtstoestand, en te weten, dat uit het vervaardigen en verkoopen van een bepaald en genoemd voorwerp en het adverteeren, dat men dit doet in Nederland, niet de gevolgtrekking kan gemaakt worden, dat men de uitvinder van dat voorwerp is, noch ook dat vervaardiging en verkoop plaats hebben voor den uitvinder“.

Al nemen wij in aanmerking, dat de eisch in dit geding niet zeer gelukkig was geformuleerd, toch komt ons deze beslissing verkeerd voor. Juist in het feit dat de ged. den naam, dien E. had gegeven aan *zijn* fabrikaat (niet bloot aan zijne uitvinding) en waaronder *zijn* fabrikaat in den handel bekend was, bezigde voor gelijksoortige voorwerpen, niet door E. maar door hem ged. vervaardigd, lag de concurrence déloyale, het onrechtmatig misbruik maken van den naam Maughan. Naamsgebruik was ongeoorloofd, omdat de naam van het artikel terugsloeg op den fabrikant, i. c. diende tot aanduiding van de betrekking, waarin het artikel tot Maughan als fabrikant stond. Vandaar dat het usurpeeren van dien naam voor eigen fabrikaat wel degelijk geschikt was om het publiek in den waan te brengen, hetzij dat de ged. badtoestellen verkocht door E. vervaardigd, hetzij dat hij ze zelf vervaardigde op last van E., als diens agent. De Rb. had echter zoo weinig begrip van hetgeen oneerlijke concurrentie

moet heeten, dat zij het rechtmatige van ged.'s handeling mede afleidde juist uit het feit dat de oneerlijke concurrentie in het leven riep, dat nl. de geïncrimineerde naam door ged. was gegeven aan dezelfde soort voorwerpen, als door E. onder dien naam werden gefabriceerd. Het beroep op het niet bestaan hier te lande van octrooien van uitvinding had ook gerust kunnen wegblijven; de onrechtmatige daad toch lag niet in het namaken van eene uitvinding, maar in het geven aan het nagemaakte voorwerp van een naam die op een ander als fabrikant wees.

Vandaar ook dat wij ernstig bezwaar hebben tegen de aangehaalde jurisprudentie in de zaken der Singer M. Co. De meest voor de hand liggende beteekenis van Singer of Singer's naaimachines is: naaimachines vervaardigd door Singer; in elk geval, dit wordt ook in de betrekkelijke vonnissen erkend, kan die uitdrukking zoowel zien op den fabrikant als op den uitvinder, dus zoowel beteekenen naaimachines vervaardigd door Singer als naaimachines naar het systeem Singer. Waar dit nu vaststaat, staat ook de mogelijkheid vast van misleiding van het publiek, daar er geen enkele reden is om te veronderstellen dat dit van de beide mogelijke beteekenissen der uitdrukking „Singer naaimachines“ steeds de laatste zal kiezen, noch ook dat het zich evenals de Rb. te Dordrecht met letterzifterij zal bezighouden. Voor het bestaan van oneerlijke concurrentie is het bovendien volstrekt niet noodig dat, zooals het Hof in den Haag schijnt aan te nemen, de bedoeling om het publiek te misleiden vaststa, integendeel het is voldoende dat een toestand in het leven is geroepen, die verwarring moet stichten en misleiding van het publiek, dus ook benadeeling van den concurrent, ten gevolge moet hebben, evenals in het algemeen opzet, de bedoeling om onrechtmatig te handelen, geen constitutief vereischte is van het begrip onrechtmatige daad, maar deze ook zonder opzet aanwezig kan zijn.

Wij vereenigen ons dus liever met het voor de Singer M. Co. gunstige vonnis van de Rb. in den Haag van 17 Mrt. 1882,

waarin gezegd wordt: „dat het alleszins denkbaar is, dat velen aan de uitdrukking van Singer-naaimachine te recht of ten onrechte de beteekenis hechten van machines vervaardigd volgens zeker stelsel, maar dat de uitdrukking door even zoovele anderen kan worden opgevat als te beteekenen, machines uit de fabrieken van de E. afkomstig; zoodat reeds de dubbelzinnigheid dier uitdrukking in het nadeel van ged. moet worden uitgelegd“. Men verg. voorts het op dit punt zeer juist gemotiveerde vonnis van de Rb. te Amsterdam van 19 Dec. 1879 in de procedure c^a. Lewenstein, die trouwens liep over de meest drieste feiten van oneerlijke concurrentie die zich laten denken. De Ged., een ontslagen agent van de eischende Singer M. Co., kondigde fabrikaat, niet van de E. afkomstig, aan onder de namen: veel verbeterde echte Amerikaansche en origineele Singers-hand- en trapnaaimachines; Singer veel verbeterde handnaaimachines, veel verbeterde Singer-machines, echte Amerikaansche en veel verbeterde Singer-machines, enz. Het verweer dat deze benamingen slechts heenwijzen naar werktuigen, als vervaardigd zijn volgens het systeem, door zekeren Singer voor het eerst in practijk gebracht, en door anderen verbeterd, noemde de Rb. van allen grond ontbloot. Zij overwoog o. m. terecht: „dat het publiek, misleid door den naam van Singer, in den waan werd gebracht, dat de als verbeterde aangekondigde Singer-machines ook van de eischeres afkomstig waren“, als ook „dat het beweren van gedaagde, dat hij in dezen slechts te werk is gaan in navolging van een algemeen handelsgebruik, gesteld dat gebruik ware bewezen, niets zou afdoen, dewijl, indien bleek dat andere handelaars in Nederland zich, evenals gedaagde, onrechtmatig van den naam der eischeres bedienen, de gevolgtrekking voor de hand ligt, dat zij daarvoor gelijkelijk verantwoordelijk zouden kunnen worden gesteld, terwijl de handelingen van kooplieden in het buitenland, waarop gedaagde zich ook heeft beroepen, nimmer een richtsnoer kunnen zijn bij de beoordeeling van feiten, die in Nederland zijn gepleegd en aan de Nederlandsche wet behooren te worden getoetst“.

Evenzeer werd, naar onze meening, door de Rb. in den Haag bij het later door het Hof vernietigde vonnis van 24 Nov. 1882 aan de Singer M. Co. terecht haren eisch tegen Sprenger toegewezen ¹⁾. Alleen door aankondigingen als Lewenstein's veel verbeterde Singer-naaimachines (zie Rb. den Haag 30 Juni 1882), of verbeterde Singer-systeem naaimachines (zie Rb. den Haag 17 Maart 1882), achtten wij verwarring van anderer fabrikaat met dat van Singer uitgesloten. In Frankrijk beschouwen velen zelfs dit niet als geoorloofd. Pouillet bijv. is van oordeel dat „le nom de l'inventeur, du fabricant, ne peut tomber dans le domaine public que tout à fait exceptionnellement, et si, en réalité, de nom propre il est devenu nom commun“. Zoolang dit niet het geval is mogen concurrenten diens naam niet gebruiken ter aankondiging van hunne producten, zelfs niet met de toevoegsels „façon de, système de“ en derg. Men verg. de jurisprudentie pro en contra door dezen Schr. aangehaald, sub n^o. 58, 384—386 bis, 416—417 bis. Eenstemmigheid bestaat echter daarover dat, zonder die bijvoegsels in duidelijk leesbare letters, het verbinden van den naam van een fabrikant met niet door hem vervaardigde voorwerpen steeds en in elk geval onrechtmatig is ²⁾.

7^o. *Heidsieck en Co. c^a. Bauduin en Bull.* Met vernietiging van het vonnis der Rb. te Amsterdam van 13 Nov. 1884, waarbij de vordering werd ontzegd, besliste het Hof te Amsterdam 21 Jan. 1886: „dat het valschelijk en wederrechtelijk aannemen der hoedanigheid van agent eener geaccrediteerde handelsfirma en het handelen onder dien naam en in die geïsurpeerde hoedanigheid in het algemeen en op zich zelf moet geacht worden te zijn eene onrechtmatige daad, waardoor de firma is benadeeld“; eene beslissing die volle instemming verdient. Moeilijk te verdedigen schijnt daarentegen het vonnis van de Rb. te Amsterdam van 19 Dec. 1879 (Singer M. Co.

¹⁾ Verg. Kohler, *Recht des Markenschutzes*, S. 146 fig.

²⁾ Verg. Kohler, *Recht des Markenschutzes*, S. 154 fig.

c^a. Lewenstein), voor zooverre daarin overwogen wordt „dat, al ware bewezen, dat ged. zonder machtiging van E. op de glasruiten van zijn winkel te Rotterdam de inscriptie had geplaatst: „hoofdagent van de Singer Manufacturing Company“, daaruit nog niet zou volgen, dat hij zich aan een onrechtmatige daad tegenover de E. heeft schuldig gemaakt, waardoor haar schade berokkend is; dat dit eerst dan het geval zou zijn, indien tevens geposeerd en bewezen was, dat de ged. zich zonder autorisatie der E. als haar agent had gedragen en haar daardoor nadeel had toegebracht“; immers waaruit kan duidelijker blijken dat men zich zonder autorisatie als agent gedraagt, dan uit het feit dat men zonder machtiging openlijk aankondigt dat men die qualiteit bezit?

Wij meenen door dit overzicht der betrekkelijke vonnissen, voor zooverre zij gepubliceerd zijn, het bewijs geleverd te hebben, dat de rechtspraak ten onzent, hoewel nog eenigszins aarzelend, erkent dat de oneerlijke concurrentie is een onrechtmatige daad. Daarmede heeft zij zich op het juiste standpunt geplaatst. Evenwel is hiermede nog niet alles gewonnen. Immers de waarde, die eene actie voor den belanghebbende heeft, ligt in haar practisch resultaat. De moreele invloed van een vonnis, waarbij de onrechtmatigheid eener handeling wordt uitgemaakt, mag zeer zeker niet gering geschat worden, evenmin valt te ontkennen dat die uitspraak dikwijls voldoende zal zijn om aan de oneerlijke concurrentie een einde te maken, maar toch is eene sententia declaratoria, de erkenning van zijn recht, niet het eenige wat men verlangt. Men wil terecht meer. Zoo zal de vordering tegen den oneerlijken concurrent eerst dan ten volle aan haar doel beantwoorden, de tusschenkomst des rechters eerst dan een afdoende hulp zijn tegen kwade praktijken, als naast de verklaring van onrechtmatigheid *volledige* schadevergoeding en een dwangmiddel tegen voortgezet handelen kan worden verkregen.

Wat de vergoeding van geleden schade betreft maakt de wet het den eischer moeilijk genoeg door steeds bewijs van materiële schade te vorderen en alleen vergoeding van de

bewezen materiële schade toe te staan. Wel zal het leveren van dit bewijs kunnen worden uitgesteld tot de schadestaat wordt opgemaakt, en de actie dus reeds ontvangen kunnen worden indien slechts in het algemeen van schade blijkt, op welk punt onze rechters doorgaans nog al niet lastig zijn, maar daarmee is de eischer nog lang niet geholpen. Ontzaggelijk veel hangt hier af van den rechter; acht hij zich geroepen niet anders te oordeelen dan naar scherpste van recht en in elk geval een pijnlijk onderzoek naar elke gulden schade zijn plicht, het resultaat waartoe hij komt zal allicht anders zijn dan wanneer hij zijn taak ruimer opvat, ex aequo et bono meent te mogen beslissen en den eischer toe te wijzen wat hem billijk toeschijnt. In het laatste geval zal zelfs de omslag en kosten van een staatprocedure dikwijls vermeden kunnen worden, door bepaling van het cijfer der schadevergoeding reeds dadelijk bij het eindvonnis.

Dit alles is van te meer belang in zake oneerlijke concurrentie, omdat daar het bewijs van de materiële schade, hoewel schade steeds ontwijfelbaar aanwezig zal zijn, niet dan uiterst moeilijk, ja nooit anders dan approximatief is te leveren. De Hooge Raad gaf dan ook een goed voorbeeld door bij het arrest van 21 April 1882 (*J. M. Farina c^a. Ayelst*) de schadevergoeding eenvoudig naar billijkheid te taxeeren op *f* 100.— Zoo ook het Hof te Amsterdam 21 Jan. 1886 (*Heidsieck en Co. c^a. Bauduin en Bull*). Het overwoog, wat de te betalen schadevergoeding betreft, „dat deze volgens app. door haar als van ondergeschikt belang wordt aangemerkt, hetgeen den Hove aanleiding geeft om, ter vermindering van verdere noodelooze proceskosten, die reeds nu te begrooten en vast te stellen*. Het bedrag daarvan werd voor ieder der geint. op *f* 100 gesteld, terwijl gevraagd was vergoeding van kosten, schade en interessen, nader te regelen bij staat.

Instemming verdient ook het vonnis van de Rb. te Amsterdam dd. 19 Oct. 1882 (*R. B. 1883, D bl. 27*) in de schadestaatprocedure in de zaak der *Singer M. Co. c^a. Lewenstein* (eindvonnis 19 Dec. 1879). Als maatstaf ter bepaling van het

bedrag der schade door de nadeelige concurrentie geleden (i. c. door het aanbieden in openbare nieuwsbladen van veel verbeterde Singers-naaimachines), liet de Rb. toe het verschil in debiet van E's. fabriikaat ter plaatse waar de concurrent was gevestigd in de jaren toen het adverteeren veel, weinig en bijna niet plaats had. Eene hoogst bekrompen opvatting spreekt daarentegen uit een ander vonnis van dezelfde rechtbank in de schadestaat-procedure Schaeben (firma M. Cl. Mart. Klosterfrau) c^a. v. d. Poel en Oly, dd. 30 Nov. 1882 (*R.B.* 1883, D bl. 26). De E. had o. a. de twee volgende posten op zijn schadestaat gebracht: 2^o. nadeel, veroorzaakt door den werkelijken verkoop van gedeclareerde.... f 175, en 3^o. „benadeeling in den goeden naam van der E.'s fabriikaat, door dien de gedecl. zeker niet in den handel brengt een even voortreffelijk fabriikaat als dat van den declarant voor een zooveel geringer prijs, waardoor ook de concurrentie tegen declarantes Keulsche medefabrikanten hier te lande voor hem veel moeilijker is geworden en de nadeelige gevolgen sedert 1 Jan. 1878 door hem zijn ondervonden met het effect, dat een aantal jaren zijn debiet hierdoor gedrukt zal worden, waardeerende de decl. dat bedrag op eene som van f 2000“.

Men zou, het bedrag geheel daargelaten, geneigd zijn deze posten alleszins billijk te achten; de eene vult als het ware de andere aan. De eerste post slaat op de onmiddellijke schade, geleden door het in den handel brengen van vreemd fabriikaat, als ware het van den E. afkomstig; de tweede op de middellijke schade, op het verlies van reputatie en de vermindering van debiet als gevolg van het verkoopen als van E. afkomstig van een fabriikaat van mindere qualiteit, een voor E.'s debiet nadeelige door de handelingen van decl. in het leven geroepen factor, die uit den aard der zaak gedurende langeren of korteren tijd zijne nawerking moet doen gevoelen. De Rb. dacht er echter anders over. Met een even onwaardige als belachelijke overweging werd de E. afgescheept. „O.“, heet het, „dat betrekkelijk den derden post moet in aanmerking genomen worden, dat voor zooverre hier

sprake kan zijn van reeds verminderd debiet. deze post geacht moet worden onder n°. 2 vervat te zijn, en voor de toekomst mogelijkheid van nadeel wordt uitgesloten, omdat juist de door declarant geposeerde voortreffelijkheid van zijn fabrikaat boven dat van gedeclareerde zijnen goeden naam zal handhaven⁴. Of de Rb. de vordering zou hebben toegewezen, indien de decl. had geposeerd dat zijn fabrikaat niet voortreffelijk was? Het ligt in hare beslissing opgesloten. Maar in elk geval is de overweging niet logisch; de voortreffelijkheid van een fabrikaat zal den eigenaar de aangetaste reputatie spoedig doen herwinnen, zij kan nooit verhinderen dat die reputatie lijdt, wanneer slechte waar valschelijk onder den naam van den fabrikant in den handel wordt gebracht; vermindering van reputatie moet daarvan het gevolg zijn en het is evenzeer duidelijk dat er tijd noodig is om ze te herwinnen ¹⁾.

In hooge mate hangt het dus van den rechter af, of de vorderingen wegens concurrence déloyale eenig practisch resultaat zullen hebben; de bescherming van den eerlijken handel ligt meer nog in zijne handen dan in die van den wetgever; de schadevergoeding toch, het machtigste dwangmiddel, is geheel eene feitelijke quaestie, eene quaestie van appreciatie. Hoe echter daaromtrent beslist worde, de schadevergoeding ziet altijd op het verleden. Evenwel ook aan een rechterlijke uitspraak, gericht tegen toekomstige handelingen, kan behoefte bestaan. Deze laat zich denken als een verbod om met de onrechtmatige handeling voort te gaan, al of niet met veroordeeling tot betaling van een bepaald bedrag bij overtreding van dit verbod. De Fransche jurisprudentie is eenstemmig wat betreft 's rechters bevoegdheid om een verbod uit te spreken tegen het voortgezet onrechtmatig han-

¹⁾ Verg. Pouillet, n°. 677 al. 2: „Si le produit vendu par la concurrence déloyale est défectueux, ce fait entraîne une dépréciation sensible des produits véritables, et est, à juste titre, invoqué pour faire élever le chiffre des dommages intérêts“ (V. Bruxelles, 22 déc. 1859, aff. Labélonye, Pataille, 60, 92).

delen; zij gaat verder en acht het ook de taak van den rechter om voor te schrijven wat partijen behooren te doen om verwarring te voorkomen. „Il appartient aux tribunaux — et en ceci leur appréciation est souveraine — d'apprécier quelles sont les modifications de nature à empêcher la confusion et de les imposer aux parties“ (Pouillet, n^o. 685)¹⁾.

Indien men een uitsluitend recht, een eigendomsrecht op den naam of firma, op etiketten enz. aanneemt, dan kan aan 's rechters bevoegdheid om een verbod voor de toekomst uit te spreken geen twijfel bestaan. „Das Recht der eigenen selbständigen ausschliesslichen Verfügung, wovon dann das Recht, Dritten dieselbe zu untersagen (Prohibitionsrecht), die *nothwendige Kehrseite* bildet“, lezen wij bij v. Jhering, t. a. p., bl. 304. Onze rechters hebben dan ook, naar ik meen, nooit bezwaar gemaakt om bij toewijzing van vorderingen wegens storing in het bezit of den eigendom, wegens handhaving in een erfdienstbaarheid en derg., eene veroordeeling uit te spreken om zich voortaan te onthouden van stoornis of belemmering van het erkende recht; ik zou althans een aantal voorbeelden van dien aard kunnen bijbrengen. Bij vorderingen wegens inbreuk op den eigendom van den naam werd, minder consequent, dergelijk dictum meestal geweigerd. Zoo Amsterdam 19 Dec. 1879, Singer M. Co. c^a. Lewenstein: „dat de vordering der E., voor zooveel betreft de uitvaardiging van een verbod aan den ged. om zich voortaan van haar naam en handelsmerk te bedienen, voor toewijzing bij rechterlijk vonnis niet vatbaar is.“ In denzelfden zin Rb. den Haag 21 Dec. 1877, J. M. Farina c^a. v. Marken Jr., en Rb. Rotterdam 10 Oct. 1877, J. M. Farina c^a. Cramer en Co. In al deze vonnissen wordt het uitsluitend recht op den naam aangenomen.

Juister begrip van de beteekenis van een uitsluitend recht had het Hof van Zuid-Holland; in het arrest in zake Ziegelaar

¹⁾ Er zijn voorbeelden dat sluiting van een winkel, openbaarmaking van het vonnis, verbeurdverklaring van de namaak werd bevolen. Men zie Pouillet, n^o. 688, 683, 684.

en Co. c^a. Wissink en van Rooy (15 Febr. 1875) luidt het in het dictum: „Verbiedt geïnt. om den naam der firma Ziegeelaar en Co. in het vervolg weder op den voorgevel van haar winkelhuis te plaatsen en in aankondigingen en aanbevelingen van haren handel of winkelzaak te bezigen“. Wij gelooven niet alleen dat deze beslissing volkomen juist is, maar zien ook geen reden waarom de rechter niet ook bij de actie uit art. 1401, de vordering wegens oneerlijke concurrentie, dergelijk verbod zou mogen uitspreken. De wet verbiedt het nergens, terwijl het verbod juist het natuurlijk gevolg is van de erkenning van de onrechtmatigheid der handeling. Men zie het arrest van het Hof te Amsterdam van 21 Jan. 1886 (Heidsieck en Co. c^a. Bauduin en Bull): „Verklaart dat de beide geïnt. zich onbevoegdelyk hebben voorgedaan en hebben gehandeld als agenten van den app.; — Verklaart die handeling onrechtmatig en dat daardoor door app. schade is geleden: — Gelast hun zich voortaan daarvan te onthouden.“

Twijfelachtiger is het, of de rechter aan het verbod kan vastknoopen eene veroordeeling tot betaling van een bepaald bedrag voor elke overtreding. De Fransche rechters, die anders niet huiverig zijn om eene practische beslissing te geven, denken er verschillend over Pouillet, n^o. 680—681bis, haalt evenveel beslissingen pro als contra aan. De rechtbanken te Rotterdam en in den Haag achtten beide in de zoeven geciteerde vonnissen van 10 Oct. en 21 Dec. 1877 dergelijken eisch (f 500 voor elk later te verkoopen fleschje met reukwater) niet voor toewijzing vatbaar. Alleen tot vergoeding van reeds toegebrachte schade, niet ook van toekomstige nog hypothetische kan veroordeeling worden uitgesproken ¹⁾.

Bij oppervlakkige beschouwing schijnt dit geheel in overeenstemming te zijn met art. 1401; toch aarzelen wij ons met deze opvatting te vereenigen, om hare voor de practijk troostelooze gevolgen. Het verbod om voort te gaan met of

¹⁾ Verg. Kohler, *Recht des Markenschutzes*, bl. 376.

een gebod om zich te onthouden van de onrechtmatige handeling bezit, zonder de subsidiaire veroordeeling tot eene getaxeerde schadevergoeding bij overtreding, weinig dwingende kracht, en toch, waar de onrechtmatige handeling eene voortdurende handeling is, bestaat in het in 't leven roepen en in stand houden van een onrechtmatigen toestand, kan alleen onderwerping aan dit verbod volledige bevrediging geven aan het recht des eischers. Er valt dus, indien deze jurisprudentie juist is, eene betreuenswaardige leemte in de wet te constateeren, die op het stuk van executie toch al in menig opzicht te kort schiet. Wij mogen dit niet aannemen, tenzij de wet zelve er ons bepaald toe dwingt. Dit nu mag betwijfeld worden. Men zie het opmerkelijke arrest van het Hof te Leeuwarden van 9 Dec. 1885 (*W. v. Not. en Reg.*, n^o. 869), waarbij schadevergoeding werd uitgesproken ad f 10 voor elken dag dat de E. in de nakoming zijner verplichting tot aangifte van den te beschrijven boedel en tot beëediging dier aangifte na gedaan bevel nalatig of weigerachtig blijft.

Is eene dusdanige veroordeeling mogelijk en niet in strijd met de wet — de Hooge Raad hechtte er, bij arrest van 18 Juni 1886, *W.* 5312, zijn zegel aan: O. „dat nergens in de wet is verboden om eene voorwaardelijke veroordeeling tot schadevergoeding uit te spreken voor het geval dat aan eene veroordeeling om iets te doen niet wordt voldaan“ — dan is er geen reden waarom zij niet ook geoorloofd zou zijn, waar eene vordering wegens onrechtmatige daad wordt ingesteld. Kan de rechter ten behoeve van de triumfeerende partij eene gefixeerde schadevergoeding stellen op het niet voldoen aan zijn gebod om eene zekere handeling te verrichten, hij zal het evenzeer kunnen doen op het niet-nakomen van een gebod om iets na te laten. In zijne conclusie tot het aangehaalde arrest van den H. R., merkte advocaat-generaal Polis op, dat geene rechtsbepaling den rechter verbiedt om, waar door de wanpraestatie eene voortdurende schade geleden wordt, eene voortdurende vergoeding toe te kennen; maar

hetzelfde moet dan ook gelden, waar een voortgezet onrechtmatig handelen een voortdurende schade toebrengt. In het belang der rechtszekerheid, die voor alles vordert krachtige, afdoende handhaving van het recht, onderwerping aan het gezag van het rechterlijke gewijsde, is het te hopen dat het voorbeeld in het Leeuwarder arrest gegeven, gesteund door het erkend gezag van den H. R., navolging zal vinden en ook zal worden toegepast waar het vorderingen geldt uit onrechtmatige daad ¹⁾).

Tot nu toe hielden wij ons bezig met de bescherming, die het gemeene recht verleent tegen oneerlijke concurrentie. Er zijn echter ook speciale wetsbepalingen, nl. de wet van 1880 op de handels- en fabrieksmerken en art. 337 Wetb. v. Sr. Is daardoor wijziging gebracht in het gemeene recht? m. a. w. welke is de verhouding tusschen art. 1401 en de wet op de handels- en fabrieksmerken, alsmede art. 337 Sr.?

De wet tot bescherming van de handels- en fabrieksmerken strekt tot beteugeling van de oneerlijke concurrentie; de geschiedenis der wet, de bescheiden gewisseld tusschen regeering en Staten-generaal, de beraadslagingen in de 2^{de} Kamer laten daaromtrent geen twijfel. Niet echter van elke oneerlijke concurrentie, maar van die welke wordt bedreven door middel van namaak en nabootsing op eigen waar van het handels- en fabrieksmerk dat door den concurrent voor zijne waar wordt gebezigd. De wet treft dus een van de meest voorkomende en meest gevaarlijke vormen van oneerlijke concurrentie, een vorm echter die evenals elke andere binnen het bereik valt van art. 1401 B. W. Krachtiger bescherming, dan verleend wordt door dit artikel, welks interpretatie bovendien onzeker is, ziedaar de grondgedachte van, het motief voor

¹⁾ De nakoming van een rechterlijk gebod of verbod is in Duitschland verzekerd door art. 774 en 775 CPO. Ten onzent lost zich daarentegen elke verbintenis (ook die zoogen. uit de wet) om iets te doen, wat niet door een derde gedaan kan worden, op in vergoeding van kosten, schaden en interessen, dus ook de verplichting om het rechterlijk gebod of verbod na te komen.

eene speciale wet op de handels- en fabrieksmerken. Krachtiger bescherming, zoowel door de burgerlijkrechtelijke stelling van hem die zich van een merk bedient te bevestigen en te versterken, door zijn recht als het ware te potentiëeren, als ook door eene strafrechtelijke sanctie in het leven te roepen. Zoowel het een als het ander, niet alleen het laatste. De burgerlijkrechtelijke stelling van den gebruiker van een merk wordt versterkt door dat hem de gelegenheid wordt gegeven zich het recht tot *uitsluitend* gebruik van zijn merk te verzekeren (a. 1 der merkenwet). Hij, die een merk op de door de wet gewilde wijze doet inschrijven, verkrijgt een uitsluitend recht op dat merk met betrekking tot de soort van waren, waarvoor het bestemd is (art. 6).

Over de beteekenis van het uitsluitend recht spraken wij boven (bl. 6) reeds met een enkel woord. Elke stoornis van het recht zal een onrechtmatige daad zijn, ook al heeft er geen oneerlijke concurrentie plaats gehad. Dit geeft den rechthebbende het groote voordeel dat hij niet anders zal behoeven te bewijzen dan het bestaan van zijn recht, m. a. w. de behoorlijke inschrijving van zijn merk, en het feit dat een ander op dit recht inbreuk heeft gemaakt, door bijv. niet van hem afkomstige waren (scil. van de soort waarvoor het merk is ingeschreven) van dit merk te voorzien of van dit merk voorzien in het verkeer te brengen of te verhandelen. Daarenvens heeft hij met de mogelijkheid van misleiding van het publiek niets te maken. Maar bovendien, hij zal ook onafhankelijk van het feit dat hij schade heeft geleden, eene vordering hebben tot handhaving van zijn uitsluitend recht, en het doen ophouden van elke stoornis. Zijn eisch zal dus strekken, evenals die van den eigenaar tegen dengene die zich een erfdiensbaarheid aanmatigt, tot erkenning van recht, tot verbod om daarop inbreuk te maken, tot vernietiging of wegneming van hetgeen in strijd daarmede is verricht en casu quo tot schadevergoeding.

Eene algeheele miskennis van geest en strekking van de merkenwet is dan ook gelegen in de vonnissen van de Rb.

te Amsterdam van 26 Juni 1884 (W. 5166, David ca. Philips en Co.) en 4 Febr. 1886 (P. v. J. 1886, n^o. 24*, Bispinck ca. Lensing Jr.), die terecht door Mr. M. P. G. Kappeyne v. d. Coppello (bl. 164) worden afgekeurd. In de eerste zaak ontzeide de Rb. de vordering wegens inbreuk op het merkenrecht, omdat niet was geposeerd dat de ged. desbewust E.'s recht had geschonden, d. i. dat hij geweten had dat de door hem verkochte waren voorzien waren van een nagebootst merk, op grond dat a. 10 der merkenwet alleen het *desbewust* verkoopen als schennis van het op een merk verkregen recht beschouwt. Nog erger maakt het 't vonnis in de tweede zaak. Wij lezen daarin onder meer: „dat, nu vaststaat dat het door den ged. gebruikte merk een nabootsing is van het merk des E.'s, moet worden aangenomen, dat het gebruiken van zijn merk in advertentiën en op door hem verkocht wordende wol, tengevolge kan hebben dat het publiek, althans een gedeelte daarvan, in den waan wordt gebracht, dat zoowel de ten verkoop aangeboden „Fox breiwool“, als die, welke gedaagde in zijn winkel verkoopt is de wol afkomstig van den eischer“, p. a. „dat dus in casu door den ged. eene onrechtmatige handeling is gepleegd, dat echter . . . niet vaststaat dat de ged. die onrechtmatige daad opzettelijk heeft gepleegd, zooals bij art. 4 der wet van 22 Juli 1885 tot wijziging der wet van 25 Mei 1880 wordt vereischt“¹⁾. Ten slotte werd den E. nader bewijs van ged.'s opzet opgelegd.

Behalve de uitvinding van het juridieke misbaksel van eene *onrechtmatige* daad, die niet tot schadevergoeding verplicht!! omdat zij niet opzettelijk is verricht, welke alleen voor rekening komt van het vonnis van 4 Febr. 1886, komen beide beslissingen daarin overeen dat zij geene burgerlijke actie tot handhaving van het merkenrecht erkennen, tenzij de vereischten aanwezig zijn voor de strafactie bij de wet gesteld. Dit nu is totaal onjuist, vierkant in strijd met de merkenwet

¹⁾ Art. 10 der merkenwet, eerst gewijzigd door art. 4 van de wet van 22 Juli 1885, is thans vervangen door art. 337 Sr.

zelve. De Rb., die in het vonnis van 26 Juni 1884 nog wel overweegt: „dat als onrechtmatige daad alleen die handeling beschouwd kan worden, welke in strijd is met de wet; dat het gebruik der handels- en fabrieksmerken speciaal beheerscht wordt door de wet van 25 Mei 1880 St. n°. 85 en uitsluitend aan de bepalingen dezer wet het rechtmatige of onrechtmatige der vermelde handeling moet getoetst worden“, ziet geheel voorbij dat die wet met ronde woorden in art. 1 j°. art. 6 een recht van uitsluitend gebruik van het ingeschreven merk erkent. Dit recht negeert de rechtbank, want het mag gevraagd worden wat er van dit recht overblijft, als den rechthebbende tegen schennis van dit recht, nog wel tegen onrechtmatige aantasting van dit recht (zie het vonnis van 4 Febr. '86), geen rechtsmiddel wordt toegekend. Ware de leer der Amsterdamsche rechtbank de juiste, de merkenwet zou een groote stap achteruit genoemd moeten worden, het uitgesproken doel harer invoering, krachtiger beteugeling der oneerlijke concurrentie, te eenemale gemist zijn, en de fabrikant of handelaar er beter aan toe zijn, indien hem alleen de artt. 1401 en 1402 B. W., de vordering wegens oneerlijke concurrentie, die niet van opzet afhankelijk is, ten dienste stond.

Door de merkenwet is de belanghebbende ten opzichte van zijn merk burgerrechtelijk in dezelfde stelling gebracht, waarin hij, volgens de jurisprudentie, reeds stond tot zijn naam of firma, — in die van uitsluitend rechthebbende. Als uitvloei- sel nu van het uitsluitend recht op den naam is steeds (de hierboven besproken vonnissen in zake Baour en Co. c^a. Ellinckhuyzen en Zn., Ziegelaar en Co. c^a. Wissink en v. Rooij, J. M. Farina c^a. Cramer en Co., dezelfde c^a. v. Marken Jr., dezelfde c^a. Ayelts strekken ten bewijze) de burgerlijke vordering tot schadevergoeding toegewezen, onafhankelijk van de vraag of de strafwet was overtreden, ja toen er nog geen strafbepaling bestond tegen het opzettelijk verkoopen enz. van waren valschelijk met eens anders naam voorzien, en de burgerlijke actie dus steeds niet-strafbare feiten tot grondslag had. *Naast* het uitsluitend recht, dat uit zijn aard bij elke

stoornis eene burgerlijke rechtsvordering geeft tot handhaving in het recht, alsmede wanneer daardoor schade is geleden, eene vordering wegens onrechtmatige daad, onverschillig of er opzet is of bloot verzuim (de H. R. besliste dit uitdrukkelijk in zake Farina c^a. Ayelts), is eerst thans, maar alleen in geval van bedrog, de strafactie gekomen van art. 337 Sr. Dus ook de Regeering in de Memorie van Toelichting van het ontwerp van wet tot goedkeuring der internationale overeenkomst tot bescherming van den industriëelen eigendom. Zij achtte ten aanzien van handelsnamen eene wettelijke voorziening (als in de merkenwet ten aanzien van merken wordt gevonden) vooralsnog minder noodzakelijk, omdat de handelsnamen blijkens onderscheidene rechterlijke uitspraken hier te lande in rechte worden geëerbiedigd; terwijl *bovendien* art. 337 van het nieuwe Wb. v. Sr. bepalingen bevat tegen het daarmee gepleegd bedrog. Wat hier van de namen is gezegd geldt geheel voor de merken. Dit had de Amsterdamsche rechtbank behooren in te zien: art. 10 van de merkenwet van 1880, a. 4 van de wijzigingswet van 1885, thans art. 337 Sr., regelen uitsluitend de strafactie, beslissen hoegenaamd niets omtrent het burgerlijke merkenrecht, dat naast deze artikelen staat, beschermd door dezelfde rechtsmiddelen als het uitsluitend recht op den naam.

Overigens is de Rb. te Amsterdam consequent in de miskenning van het uitsluitend recht op een merk. Ten bewijze strekke nog de procedure Clark en Co. c^a. Bispinck Kundert (vonnis van 12 Oct. 1882, *R. Bijblad*, 1883, D bl. 32)¹⁾. E. stelde dat ged. op haar recht op het door haar ingeschreven merk inbreuk maakte door eigen koopwaar valsche-lijk te voorzien van een merk, waarin het merk, waarop de E. recht heeft, met een geringe afwijking was nagebootst. De Rb. had dus niets anders te beslissen dan de hoogst een-

¹⁾ Het vonnis treft in hooge mate de grief, die Prof. Faure, in de laatste aflevering van dit tijdschrift, tegen de meer en meer gebruikelijke wijze van redigeeren der vonnissen heeft geformuleerd. De overwegingen in facto bevatten een uitvoerig relaas over niets ter zake doende feiten.

voudige vraag of inderdaad nabootsing van het ingeschreven merk van E. had plaats gehad; zij gevoelde dit zelf, want in het vonnis heet het zeer juist: „dat de eenige te beslissen vraag is, of de ged. het fabrieksmerk, waarop de E. hier te lande recht hebben, zij het ook met eenige afwijking, heeft nagebootst“. In plaats van nu ook eenvoudig het door ged. gebruikte merk te vergelijken met het door E. ingeschrevene, overweegt de Rb. dat het merk, dat E. daadwerkelijk op hunne kluwens hadden aangebracht, afweek van het door hen ingeschrevene en dat zij zich dus ten onrechte beklagen over een inbreuk door de ged. op hun recht gemaakt. De eisch werd op dezen grond ontzegd, en dit alles, terwijl de E. uitdrukkelijk geposeerd hadden nabootsing van hun ingeschreven merk. Deze tastbaar onjuiste beslissing laat zich alleen verklaren uit het feit, dat de Rb. de beteekenis van het uitsluitend recht, dat de merkenwet geeft, niet heeft ingezien; dat zij heeft voorbijgezien 1°. dat de eenige voorwaarde, waarvan het uitsluitend recht op het ingeschreven merk afhangt, de inschrijving zelve is, en 2°. dat dit recht zich oplost in de bevoegdheid om ieder ander het gebruik van dit merk of eene nabootsing daarvan te beletten. Al gebruikt dus de inschrijver daadwerkelijk een ander van het ingeschrevene afwijkend merk, dit neemt zijn uitsluitend recht op het ingeschrevene in het minst niet weg; toch zal niemand zich daarvan mogen bedienen, en des inschrijvers vordering tot handhaving van zijn uitsluitend recht zal er niet minder ontvankelijk om zijn. Of de E. al of niet hun wettig merk op hunne kluwens plaatsten was daarom een volkomen irrelevant feit, dat de ged. volstrekt geen recht gaf E.'s merk na te bootsen. De beslissing der Rb. zou een schijn van juistheid gehad hebben, indien alleen ware geposeerd nabootsing van het merk dat E. gebruikten; nu dit niet het geval was, maar wel degelijk nabootsing van het *ingeschreven* merk de grondslag der actie uitmaakte, is zij te eenenmale onverdedigbaar.

Met de vaststelling van het karakter van het bijzondere merkenrecht, van het recht op het ingeschreven merk, is de

vraag naar de verhouding tusschen het gemeene recht der concurrence déloyale en het merkenrecht nog niet in haar geheel beantwoord; daartoe hebben wij nog na te gaan, wat rechtens is ten opzichte van een niet ingeschreven merk. Dat men daarop geen uitsluitend recht kan verkrijgen is niet twijfelachtig; maar kan het niet ingeschreven merk ook aanleiding geven tot eene vordering wegens oneerlijke concurrentie? Volgens de regeering niet; immers op de vraag van den heer v. d. Werk, bij de algemeene beraadslagingen over de merkenwet van 1880: of hij, die een merk gebruikt, dat hij niet gedeponereerd heeft, tegenover hem, die mede niet deponereerde, eene actie uit art. 1401 heeft, antwoordde de minister (M o d e r m a n): „wanneer dit ontwerp wet geworden is, moet in Nederland het antwoord zonder twijfel ontkennend zijn, want zonder inschrijving bestaat geen recht op een merk. Wanneer men naar de Fransche wet anders beslissen moet, dan is dit te begrijpen en volkomen rationeel, omdat daarbij het beginsel geldt, dat het depôt niet is constitutief maar declaratief. Volgens ons ontwerp daarentegen is de inschrijving eene conditio sine qua non voor een uitsluitend recht“. Evenzoo schijnt de Rb. te Amsterdam er over te denken; althans dit mag afgeleid worden uit het zooveen besproken vonnis van 12 Oct. 1882 (in zake Clark en Co. c^a. Bispinck). Immers de Rb. ontzeide den eisch omdat de eischers een ander dan hun wettig (d. w. z. ingeschreven) merk gebruikten en mitsdien zich niet over inbreuk van hun recht konden beklagen ¹⁾.

Ondanks deze ministeriële verklaring zijn wij beslist van eene andere meening. Stellen wij ons voor een oogenblik voor, wat de rechtstoestand zou zijn bij gebreke van een merkenwet. De merken zouden als zoodanig geen bescherming genieten, alleen de oneerlijke concurrentie door nabootsing van merken zou eene actie geven, steunende op artt. 1401 v. B. W. Ten aanzien van de merken zou dus volkomen het-

¹⁾ In denzelfden zin werd, onder vigueur van de wet van 22 Germinal an XI, beslist door de Rb. te Arnhem, 29 Nov. 1880 (*B. R.* 1881, D bl. 111), in zake Farina c^a. Ayelts.

zelfde gelden wat thans rechtens is ten aanzien van etiketten, capsules, kurken, verpakking, uithangborden enz. en juiste toepassing heeft gevonden in de vonnissen in zake Apollinaris Br. Act. Gesell. c^a. Otto, en Schaeben c^a. Schoutendorp (zie boven bl. 28 en 31). Om nu den handel krachtiger te beschermen tegen oneerlijke concurrentie wordt de merkenwet ingevoerd. Zij geeft gelegenheid om door inschrijving een uitsluitend recht op een merk te verkrijgen: in plaats van de vordering wegens oneerlijke concurrentie treedt die krachtens merkenrecht en de schending daarvan; over de niet-ingeschreven merken geeft zij echter geenerlei bepalingen. Wordt nu daardoor de nabootsing van een niet ingeschreven merk, of liever oneerlijke concurrentie door nabootsing van een niet ingeschreven merk plotseling eene rechtmatige daad? Wordt de rechtstoestand ten opzichte van een niet ingeschreven merk in eenig opzicht gewijzigd, omdat de gelegenheid wordt opengesteld om zich door inschrijving een recht te verschaffen dat men tot nog toe niet bezat? Mij dunkt, daarvoor bestaat geen enkele reden. Voor de niet ingeschreven merken is alles bij het oude gebleven ¹⁾, alleen ten aanzien van de ingeschreven merken een nieuw recht geschapen ²⁾.

Maar ook al nemen wij 's ministers verklaring aan als de juiste, dan moet toch het door hem gezegde in elk geval

¹⁾ De heer v. d. Werk, die zich door het antwoord van den Minister al te gauw liet overtuigen, had zijn vraag stellende zeer juist opgemerkt: „de bepaling, dat hij die behoorlijk deponeerde krijgt een uitsluitend recht, bewijst alleen dat in dat geval hij en niemand anders recht heeft op het merk — maar sluit niet in zich dat hij, die geen uitsluitend recht heeft, ook wanneer voor datzelfde merk bij niemand anders een uitsluitend recht bestaat, daardoor de civile actie moet missen, die hij thans onder de bestaande wet, ook zonder depôt, evenzeer heeft als wanneer hij in zijn naam of die zijner firma wordt benadeeld.“

²⁾ Ter voorkoming van misverstand zij er nogmaals op gewezen dat de vordering wegens oneerlijke concurrentie den eischer de plicht oplegt de mogelijkheid van misleiding van het publiek te bewijzen, mitsdien, waar het nabootsing van merken geldt, het bewijs dat E.'s merk algemeen als zoodanig bekend was, daar zonder dat geen misleiding denkbaar is.

strikt beperkt worden tot de vordering wegens oneerlijke concurrentie door nabootsing van een niet ingeschreven merk. Op grond van het bestaan der merkenwet zal nimmer de niet-toepasselijkheid van artt. 1401 v. B. W. beweerd kunnen worden, waar de oneerlijke concurrentie bestaat in de usurpatie van eens anders naam, in de nabootsing van etiketten, verpakking, capsules enz. Toch wordt dit aangenomen in een hoogst bedenkelijk vonnis van de Amsterdamsche rechtbank, in welk collegie de merkenwet inderdaad een slechte interpret heeft gevonden. Wij bedoelen het vonnis in zake Piver en Co. c^a. Boldoot, van 2 Mrt. 1883 (*R. Bijbl.* 1883, D bl. 29).

E. stelde dat ged. zeep in den handel brengt, waarop staat het woord Piver en op die wijze gebruik maakt van de handelsfirma der eischeres, dat ged. door dat in den handel brengen van voormelde zeep en het bezigen der firma van eischeres, zij het ook met eene geringe afwijking, wat door hem wederrechtelijk geschiedt, onrechtmatig tegenover de E. handelt, daar hij het publiek in den waan brengt, dat hij echte en in de fabriek der eischeres vervaardigde zeep verkoopt, waardoor laatstgenoemde schade heeft geleden en nog lijdt. De Rb. ontzeide de vordering op grond „dat het in casu, waar de eischeres zich van het uitsluitend recht op een fabrieksmerk verzekerd heeft, eene door niets gerechtvaardigde uitbreiding van dat recht wezen zou, indien haar daarenboven eene vordering als de thans ingestelde toekwam, die toch in het wezen der zaak geen ander uitgangspunt heeft dan dat de zeep, door ged. verkocht, zeker merk draagt, dat zooals niet is betwist, niet in de verste verte eenige gelijkenis heeft met het door de eischeres gedeponeerde en ook gebezigde; dat inzonderheid uit de toewijzing van den eisch zou volgen dat de eischeres recht zou hebben te doen verbieden het gebruik van het woord Piver alleen (niet als handteekening voorkomende) en schadevergoeding te vorderen, terwijl in al. 5 van art. 1 der wet v. 25 Mei 1880 (S. n^o. 85) wordt bepaald, dat een fabrieks- of handelsmerk niet alleen uit woorden mag bestaan, welke ongerijmdheid niet kan worden aangenomen“.

Valscher interpretatie van de merkenwet is moeilijk denkbaar. Volgens de Rb. geeft zij een vrijbrief om waren valschelijk met eens anders naam te voorzien, heeft de wetgever in 1880 opzettelijk de bescherming afgeschaft, die tot op dat oogenblik volgens de jurisprudentie de op de waar geplaatste naam van den fabrikant naar rechte genoot. En dat nog wel terwijl in datzelfde jaar de afgevaardigde van Nederland op de internationale conferentie tot het ontwerpen van eene conventie ter bescherming van den industriëlen eigendom uit naam van zijn land plechtig verklaarde: „la propriété de noms commerciaux des étrangers, tout aussi bien que des nationaux, a toujours été respectée par les tribunaux“, en „il va sans dire que tous les États protégeront le nom commercial, mais ce dont il s'agit, c'est de bien établir que le nom commercial de l'étranger sera protégé dans tous les autres États“¹⁾. Misschien was deze verklaring onvoorzichtig, maar wie kon voorzien dat er een rechter zou gevonden worden, die het verbod om een woord alleen in gewone drukletters als merk te doen inschrijven zou omzetten in een verlot tot oneerlijke concurrentie!

De theorie van het Amsterdamsche vonnis vindt dan ook, zoo als licht te bevroeden is, in de geschiedenis der wet niet

¹⁾ De firma Piver en Co. heeft ondervonden wat waarborg dergelijke welgemeende verklaringen geven! Trouwens het vonnis van de Amsterdamsche rechtbank schijnt niet ter kennis van de regeering te zijn gekomen. Dit mag men daaruit afleiden dat zij in 1884, met een beroep op de jurisprudentie, wettelijke voorziening ten opzichte van het gebruik van namen en firma's vooralsnog minder noodzakelijk achtte (zie hierboven bl. 51), en een jaar later in de Memorie van beantwoording betrekkelijk het wetsontwerp tot wijziging van de wet op de handels- en fabrieksmerken (thans de wet van 22 Juli 1885) niet aarzelde te verklaren: „daarenboven is Nederland zedelijk gebonden door de hier aangehaalde verklaringen ter internationale conferentie in 1880 door zijnen afgevaardigde afgelegd.“ Verg. voorts a. 8 van de internationale overeenkomst tot bescherming van den industriëlen eigendom (K. B. v. 2 Aug. 1884 Stb. n^o. 189): „De handelsnaam *zal* in alle landen der Vereeniging, zonder verplichting van depôt, beschermd worden, hetzij die naam al dan niet deel uitmake van een fabrieks- of handelsmerk.“

den minsten steun; art. 1 al. 5 van de wet van 1880 belet alleen het verkrijgen van een *uitsluitend* recht om den naam of firma in gewone drukletters als merk te bezigen, van een uitsluitend recht waardoor ieder ander handelaar, die denzelfden naam draagt of dezelfde firma voert, de bevoegdheid zou verliezen om zijn eigen gelijkkluidenden naam of firma in gewone letters op zijne waar te plaatsen ¹⁾. De bedoeling is dus geen andere dan deze: een ieder het recht te verzekeren om eigen waar van *eigen* naam of firma in gewone letters te voorzien, niet om ieder het recht te geven op zijn waar den naam van een concurrent te plaatsen. Het eenige wat men uit het artikel in den geest van de door ons bestreden beslissing zou kunnen afleiden is, dat in geval van homonymie geen vordering wegens oneerlijke concurrentie kan worden ingesteld, indien de concurrent, die denzelfden naam draagt, zich bepaalt tot het aanbrengen van dien naam op zijne waren in gewone drukletters.

Een afdoend démenti vindt het besproken vonnis ten overvloede in art. 337 Wetboek van Strafrecht (thans mede in plaats van de strafbepaling der merkenwet getreden), waarin o. a. straf wordt bedreigd tegen dengene, die opzettelijk waren, welke zelve of op hare verpakking valschelijk voorzien zijn van den naam of de firma waarop een ander recht heeft of op welke of op wier verpakking zoodanige naam (of) firma, zij het ook met een geringe afwijking, zijn nagebootst [binnen het Rijk in Europa invoert zonder klaarblijkelijke bestemming om weder te worden uitgevoerd ²⁾], verkoopt, te koop aanbiedt, aflevert, uitdeelt of ten verkoop of ter uitdeeling in voorraad heeft. Mij dunkt, zelfs hij die het begrip: onrechtmatige daad, binnen de engste

¹⁾ Men verg. de woorden, waarmede Minister Modderman bij de algemeene beraadslagingen over de wet de bepaling van art. 1 al. 5 verdedigde: „Een uitsluitend recht toe te kennen op een naam in gewone drukletters is totaal onmogelijk, zoolang het vrijstaat dat meerdere personen (en dit komt onder neven nog al eens voor) zoowel denzelfden naam als dezelfde voornamen hebben.“

²⁾ Wet van 15 Jan. 1886, zoogen. novelle, a. 6.

grenzen beperkt, zal met het oog op dit artikel wel moeten toegeven, dat het enkele gebruik maken van eens anders firma tot teekening zijner waren wel degelijk in vele gevallen grond zal opleveren voor eene vordering wegens onrechtmatige daad.

Gelukkig is de beslissing van de Rb. te Amsterdam nog geen jurisprudentie. Reeds in 1866 (30 Mei), nog onder vigueur van de merkenwet van Germinal an XI, had de Rb. te Rotterdam in zake Baour en Co. c^a. Ellinckhuijzen en Zoon, omtrent het onderhavige punt eene volkomen juiste beslissing gegeven. De vordering steunde op verzending van kisten wijn met het opschrift Baour en Co., waartegen ged. zich beriep op niet depot van dezen naam (E.'s firma) volgens de wet van Germinal an XI. De Rb. wees dit verweer af, O. „dat, volgens hetgeen door de E. als grond harer vordering gesteld is, het geschil ten deze niet loopt over het gebruik van een fabrieksmerk, maar van eenen naam, door de E. gedragen en die als zoodanig ook zonder depot overeenkomstig de wet geacht moet worden der E. uitsluitend eigendom te zijn en waarvan de ged., tenzij zij daartoe haar recht aantoonen, geen gebruik mag maken“.

Verder nog ging de Hooge Raad bij zijn arrest van 21 April 1882, J. M. Farina c^a. Ayelts. Het Hof te Arnhem had met bevestiging van het vonnis a quo (Rb. Arnhem 29 Nov. 1880, zie boven bl. 53) bij arrest van 13 April 1881 (W. 4699) den eisch (tot schadevergoeding wegens verkoop van flesschen reukwater, in vorm, sluitband en etiketten geheel gelijk aan die door E. gebezigd, en met den naam, woonplaats en handteekening van E.'s firma voorzien) afgewezen, omdat de firma deel uitmaakte van E.'s fabrieksmerk en als deel daarvan was gebruikt, terwijl dit merk, als niet ingeschreven op de wijze, door de wet van Germinal an XI gewild, geen bescherming genoot¹⁾. Waar het namaken van het merk niet onrechtmatig was, kon naar 's Hof's oordeel het gebruik van den

¹⁾ In eersten aanleg was alleen namaak van het merk aangevoerd, in hooger beroep als nieuwe rechtsgrond: in elk geval schending van het recht op den naam.

naam als bestanddeel van het merk evenmin als een onrechtmatige daad worden aangemerkt. In denzelfden zin had ook de Rb. te Amsterdam beslist in zake Singer M. Co. c^a. Lewenstein (19 Dec. 1879), in welk geding de eisch, op andere gronden toegewezen (zie boven bl. 38), mede steunde op misbruik van E.'s fabrieksmerk, waarin hare firma voorkwam. De H. R. casseerde het arrest van het Hof te Arnhem en wees ten principale rechtdoende den eisch toe, O. p. a. dat het Hof geen onrechtmatig gebruik van de firma aannam, omdat de handteekening der firma een deel uitmaakte van haar fabrieksmerk, „dat door deze gevolgtrekking de kracht der bijzondere wet buiten de door haar onderwerp gestelde grenzen wordt uitgebreid en daardoor dus is geschonden a. 18 der wet van Germ. an XI in verband met art. 1401 en 1402 B. W;

dat toch uit art. 18 alleen kan volgen, dat, nu feitelijk is beslist dat de naam of handteekening der eischeresse een deel uitmaakt van haar merk, zij zich ter bescherming van dien naam of van die handteekening niet kan beroepen op de speciale wet, waar deze, wegens niet-voldoening aan haar voorschriften, het merk onbeschermd laat, maar in geen deele, dat nu ook de bescherming van haar recht op uitsluitend gebruik van haar naam, firma of handteekening, aan het gemeene recht ontleend, afhankelijk zoude zijn van voorwaarden, welker inachtneming de speciale wet alleen vereischt voor de bescherming van het merk, in zoover het gemeene recht dit onbeschermd laat“.

Neemt men met den Hoogen Raad een recht tot uitsluitend gebruik van naam of firma aan, dan is deze beslissing zonder eenigen twijfel volkomen juist¹⁾; wij zouden tot hetzelfde resul-

¹⁾ Uit het uitsluitende of eigendomsrecht van den naam volgt nog, dat de eigenaar de inschrijving van elk merk, zijn naam bevattende, zal kunnen beletten. Ten onrechte anders Rb. te Amsterdam 13 Oct. 1881 (*R. Bijbl.* 1881, D bl. 122), overwegende: „dat de stelling dat ten deze het eigendomsrecht (nl. aan eigen naam) van de opposante (de Singer Man. Co.) is geschonden (geopp. Seidel en Naumann, had een merk ingezonden met het randschrift „Verbesserte Singer Nähmaschinen“),

taat zijn gekomen, omdat wij de oneerlijke concurrentie met nabootsing van een niet of niet regelmatig gedeponeerd merk als eene onrechtmatige daad beschouwen. In elk geval verdient het opmerking dat de H. R. den naam, ook als deel van een fabrieksmerk, onafhankelijk van de merkenwet beschermd acht, terwijl de Rb. te Amsterdam die bescherming zelfs aan den enkelen naam, op waren geplaatst, ontzegt.

Eene speciale wetsbepaling behoorende tot het gebied der oneerlijke concurrentie vinden wij nog in het reeds aangehaalde art. 337 W. v. Sr. Dit artikel brengt mede, dat de daarin strafbaar gestelde feiten grond zullen opleveren voor eene vordering wegens onrechtmatige daad, onverschillig of de bijzondere vereischten voor het bestaan van oneerlijke concurrentie al of niet aanwezig zijn. Zoo zal de eischer misleiding van het publiek niet behoeven aan te toonen, maar kunnen volstaan met nabootsing te bewijzen van naam, firma of merk, zij het ook met eene geringe afwijking. Men hechte echter niet te veel aan dit verschil, daar de nabootsing, zij het ook met een geringe afwijking, gewoonlijk misleiding van het publiek in zich zal sluiten ¹⁾. Daartegenover staat dat

geen reden kan zijn tot verbod van inschrijving, daar noch in art. 3, noch in art. 14 van de wet van 25 Mei 1880 zoodanige reden tot verbod wordt vermeld.“ De eigenaar ontleent aan zijn eigendomsrecht eene vordering tot handhaving daarvan tegen elken stoorder, waarmede hij opheffing der storing kan vragen; i. c. bestaat de storing daarin dat een ander een merk heeft doen inschrijven met den naam waarvan men eigenaar is; de actie tot opheffing der storing zal dus noodzakelijkerwijze er eene zijn tot verbod van inschrijving of tot doorhaling en bestaan onafhankelijk van de merkenwet.

¹⁾ Dat de vraag wat nabootsing is, of zooals art. 3 der merkenwet het noemt, overeenstemming of niet genoegzaam onderscheid, voor zeer verschillende beoordeeling vatbaar is, blijkt uit de jurisprudentie, waartoe art. 3 aanleiding heeft gegeven. Tusschen de rechtbanken te Rotterdam en Amsterdam heeft zich een doorgaand verschil van gevoelen openbaard. De Rotterdamsche opvatting schijnt mij verreweg de voorkeur te verdienen en dan ook volkomen in harmonie te zijn met den geest en de bedoeling van de wet. Gezonde wetsinterpretatie brengt mede, dat men vraagt naar den indruk dien het merk op het publiek maakt; dit

a. 337 Sr. alleen treft handelingen opzettelijk verricht, zonder natuurlijk de burgerlijke vordering buiten het geval van opzet uit te sluiten. Het groote belang van a. 337 voor ons onderwerp is dus hierin gelegen dat het voor de daarin strafbaar gestelde feiten implicite de toepasselijkheid van art. 1401 v. B. W. buiten contest stelt, terwijl voor alle andere, daarbuiten liggende vormen van oneerlijke concurrentie de toepasselijkheid van deze artikels afhangt van de uitlegging, die daaraan wordt gegeven.

Indien wij thans ons overzicht van de rechtspraak resumeeren, kan het resultaat, waartoe wij komen, niet geheel bevredigend genoemd worden. De procedures over oneerlijke concurrentie waren schaarsch; wel is in de rechtspraak vrij algemeen een eigendoms- of uitsluitend recht op naam of firma erkend, is ook een paar malen eene vordering wegens oneerlijke concurrentie toegewezen, doch van eene krachtige jurisprudentie, van een flink optreden tegen de oneerlijke concurrentie, zooals in Engeland en Frankrijk valt waar te nemen, kan moeilijk gesproken worden. Het onrechtmatige karakter van de verschillende vormen van dit euvel, den grooten vijand van den solieden handel, wordt slechts aarzelend erkend. Bedenkelijker verschijnsel is de verkeerde wijze, waarop de merkenwet bijna in elk opzicht door de rechtbank in de eerste koopstad des Rijks wordt geïnterpreteerd, te bedenkelijker omdat daardoor de oneerlijkheid rechtstreeks in de hand wordt gewerkt. Ten volle gelden ook voor ons land de gulden woorden van Kohler (*Recht des Markenschutzes*, S. 99): „Man täusche sich nicht: es ist nicht der Verlust des einzelnen Individuums, der Vermögensniedergang eines einzelnen redlichen Arbeiters, um den es sich handelt; es ist die Demoralisation des ganzen Verkehrs, welche eintritt, wenn rechtswidrige Uebergriffe ungeahndet ihr Spiel treiben können; es

gaat af op de hoofdvorstelling en treedt niet met de Rb. te Amsterdam in een nauwkeurig en pijnlijk onderzoek van alle details. De Hooge Raad sloot zich dan ook uitdrukkelijk bij de Rotterdamsche uitlegging aan bij arrest van 16 Febr. 1883 (*R. Bijbl.*, 1883, D bl. 22).

ist der Mangel des Vertrauens, welcher alle Verkehrsoperationen in furchtbarer Weise lähmt. „Confidence is outraged“, sagt treffend Brown e p. 38, „and that is a thousandfold worse than the immediate loss of money, for a scar of suspicion is left“. Noch mehr, mit dem Schwinden des Vertrauens schwindet auch die sociale Verkehrsmoral: stets ist es das traurige Facit, dass, was längere Zeit im Verkehr ohne Repression bleibt, zuletzt im Verkehr überhaupt nicht mehr als schlimm und unrecht angesehen wird; dass die Meinung entsteht, dass, wenn die Gerichte stumm bleiben, eben auch das Thun und Treiben so schimpflich nicht sein könne; und öfters werden dann solche Praktiken mit dem Namen Usance verschönt: der Untergang des redlichen Verkehrs, der Ruin der Solidität des Handels, das ist die Perspective, welche unserer Nation vorschwebt, wenn es an einem Rechtsschutze gegen die illoyale Concurrenz fehlt. Es hat Producenten gegeben, welche nichts unrechtes darin fanden, Waaren mit ausländischen Firmennamen und Marken in den Verkehr zu bringen — um damit die nationale Industrie zu poussiren! — und wie sehr die deutsche Industrie noch bis in die neuere Zeit an der Sucht krankt, auf inländische Waaren ausländische Zeichen, Embleme, Etiketten anzubringen, und wie dadurch die Sicherheit, die Festigkeit und der Kredit der Industrie aufs tiefste erschüttert wird, weiss ein Jeder¹⁾.

Hetgeen hier gezegd wordt is maar al te waar; men kan er zich vaak genoeg van overtuigen, dat ook ten ontzent op het punt van eerlijkheid in den handel het rechtsgevoel alle gevoeligheid heeft verloren. Hoe groot de omvang van het kwaad is, daarvan een enkel voorbeeld. In het voorloopig verslag omtrent het wetsontwerp tot wijziging van de merkenwet (wet van 22 Juli 1885) werd bedenking geopperd tegen de toen voorgestelde uitbreiding van de strafbepaling van art. 10 der wet van 1880, thans art. 337 Sr., op grond

¹⁾ Opmerkelijk is het dat, behoudens eene enkele uitzondering, in al de in dit overzicht besproken procedures de eischende partij een buitenlander was.

dat het dagelijks voorkomt dat waren, welke ter aanduiding van herkomst, zelve of op hare verpakking valschelijk voorzien zijn van den naam eener bepaalde plaats en van een verdichten of met een bedriegelijke bedoeling aan een ander ontleenden handelsnaam of op welke of wier verpakking zoodanige namen zijn nagebootst, in den handel worden gebracht en verkocht; „men denke“, zegt het verslag, „aan een kistje „Havannah“ sigaren, die in ons land van binnenlandsche tabak zijn gemaakt en van een verdichten handelsnaam voorzien zijn; aan een kistje Arnhemsche „Eau de Cologne“ met den naam der bekende firma Johann Maria Farina enz.“ Er had aan toegevoegd kunnen worden: aan kunstboter door eerlijke fabrikanten verpakt in vaatjes valschelijk voorzien met merken, etiketten, en namen welke gebruikt worden voor de meest gerenommeerde soorten natuurboter, ten einde hun fabrikaat voor inlandsche of Deensche natuurboter te doen doorgaan, kwade praktijken die krachtig hebben medegewerkt om den goeden naam onzer natuurboter in het buitenland te bederven¹⁾. Dat dergelijke handelingen zelfs in de Tweede Kamer vergoelijkt worden, immers niet erg genoeg geacht om een strafbepaling te motiveeren, is een veeg teeken. Moge althans de Nederlandsche rechter diep doordrongen worden van de groote beteekenis die in deze materie elk zijner uitspraken voor handel en verkeer heeft.

¹⁾ Men zie thans het adres van de Landbouw-Commissie aan den Minister van Waterstaat enz., opgenomen in de N. Rott. Courant van 14 Mei jl.