

# IER 2015/63: Rb. Den Haag, 06-08-2015, nr. C-09-489416 - KG ZA 15-741

Instantie:	Rechtbank Den Haag	Datum:	6 augustus 2015
Magistraten:	-	Zaaknr:	C-09-489416 - KG ZA 15-741
Conclusie:	-		
Noot:	Mr. Ebba H. Hoogenraad	Roepnaam:	-
Brondocumenten:	ECLI:NL:RBDHA:2015:9271, Uitspraak, Rechtbank Den Haag, 06-08-2015		
Brondocument:	Rb. Den Haag, 06-08-2015, nr. C-09-489416 - KG ZA 15-741		

## Samenvatting

---

*Misleidende vergelijkende reclame voor optische meetinstrumenten, artikel 6:194a BW. Pan-Europees verbod en rectificatie voor misleidende B2B-reclame zonder dat er sprake is van merkgebruik.*

## Partij(en)

---

### Vonnis in kort geding van 6 augustus 2015

in de zaak van

de vennootschap naar vreemd recht

**OCULUS OPTIKGERÄTE GMBH,**

gevestigd te Wetzlar, Duitsland,

eiseres in conventie,

verweerster in reconventie,

advocaten mr. J.C.H. van Manen en mr. P. van Schijndel te Amsterdam,

tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

**I-OPTICS B.V.,**

gevestigd te Den Haag,

gedaagde in conventie,

eiseres in reconventie,

advocaten mr. S.M.Y. van de Graaff en mr. N.A. van Loon te Amsterdam.

## 1. De procedure

### 1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding van 3 juni 2015;
- producties 1 tot en met 22 van Oculus;
- de conclusie van antwoord in kort geding, tevens houdende een eis in reconventie van I-Optics;
- producties 1 tot en met 17 van I-Optics;
- de mondelinge behandeling van 9 juli 2015 en de daarbij door beide partijen overgelegde pleitnotities.

1.2. Oculus heeft ter zitting bezwaar gemaakt tegen de producties 14 tot en met 17 van I-Optics omdat deze te laat in het geding gebracht zouden zijn. Na reactie van de zijde van I-Optics is dit bezwaar verworpen omdat aannemelijk is geoordeeld dat de producties redelijkerwijs niet eerder beschikbaar waren en Oculus niet onredelijk is benadeeld door het tijdstip waarop de producties zijn overgelegd.

1.3. Vonnis is bepaald op heden.

## 2. De feiten

2.1. In dit kort geding kan worden uitgegaan van de navolgende onbestreden feiten.

2.1.1. Oculus brengt optische meetinstrumenten op de markt voor professioneel gebruik door oogartsen, optometristen en opticiens. Zij is op dit gebied marktleider.

2.1.2. Oculus biedt onder meer een corneatopograaf aan onder de aanduiding 'Pentacam'. De Pentacam werkt op basis van het zogenaamde Scheimpflug principe.

2.1.3. I-Optics is actief op dezelfde markt. Sinds 2012 brengt zij een soortgelijk meetinstrument op de markt onder de aanduiding 'Cassini'. De Cassini gebruikt een andere techniek dan de Pentacam.

2.1.4. Een derde techniek voor gebruik in een corneatopograaf is de zogenaamde Placido-methode.

2.1.5. Een corneatopograaf is een instrument voor het in kaart brengen van de vorm van de cornea, het hoornvlies. Een corneatopograaf meet onder meer astigmatisme. De term astigmatisme wordt gebruikt wanneer de vorm van de cornea niet perfect bolvormig is. Hieronder wordt links een getekende weergave van een cornea zonder astigmatisme afgebeeld en rechts een astigmatische cornea.





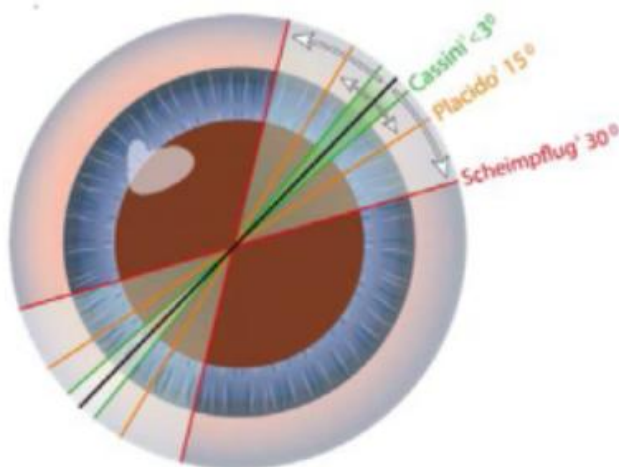
Round like Basketball



## Round like Football

- 2.1.6. Vanwege de afwijkende vorm, is een astigmatisch oog niet even sterk in alle richtingen. Daardoor treedt vertekening van het beeld op het netvlies op. Bij mensen met astigmatisme dient deze vertekening gecorrigeerd te worden met een lens (in een bril, als contactlens, of als implantaat) die precies in tegenoverstelde richting het beeld vertekent.
- 2.1.7. Voor het corrigeren van de astigmatische afwijking is onder meer de as van de astigmatische cornea van belang. Deze ligt niet noodzakelijkerwijs horizontaal in het oog maar kan ook schuin in het oog liggen. De richting van de as en wordt aangegeven in graden ( $^{\circ}$ ).
- 2.1.8. In de wetenschap wordt met betrekking tot de kwaliteit van metingen onderscheid gemaakt tussen precisie (*repeatability*), juistheid (*trueness*) en accuratesse (*accuracy*).
- 2.1.9. Precisie ziet op de mate waarin een meetinstrument in staat is om bij herhaalde meting steeds dezelfde waarde te geven bij gelijkblijvende omstandigheden. De gemeten waarde is echter niet noodzakelijk gelijk aan de werkelijke waarde.
- 2.1.10. Juistheid ziet op de mate waarin een meetinstrument in staat is om de werkelijke waarde weer te geven. Voor het bepalen van de mate van juistheid is een referentiewaarde (de 'werkelijke' waarde) nodig waarmee vergeleken kan worden. Die referentie kan een standaard meetmethode zijn of een bekende vaste waarde.
- 2.1.11. Accuratesse wordt gebruikt om aan te geven dat een meetinstrument zowel precies als juist is. Er is dan een kleine spreiding van de meetwaarden, en de gemiddelde meetwaarde ligt bovendien dicht bij de werkelijke waarde.
- 2.1.12. I-Optics heeft onder meer op haar website [www.i-optics.nl](http://www.i-optics.nl) en in door haar uitgegeven promotiemateriaal de navolgende reclame voor de Cassini gemaakt (hierna aangeduid als reclame I, reclame II en IIIa, IIIb, IIIc en IIId).<sup>[1]</sup>

reclame I:



### True Axis

The accurate degree and magnitude of astigmatism plays a vital part in the correct positioning of a toric IOL. Cassini's patented measurement principle measures the axis (figure 1) and magnitude of astigmatism precisely. This makes Cassini the critical addition to your cataract-refractive platform.

1. A. John Kanellopoulos, MD. *Clinical Professor Of Ophthalmology New York University Medical School* - Submitted.
2. Karabatsas et al. BJO 2005
3. McAlinden et al. IOVS 2011

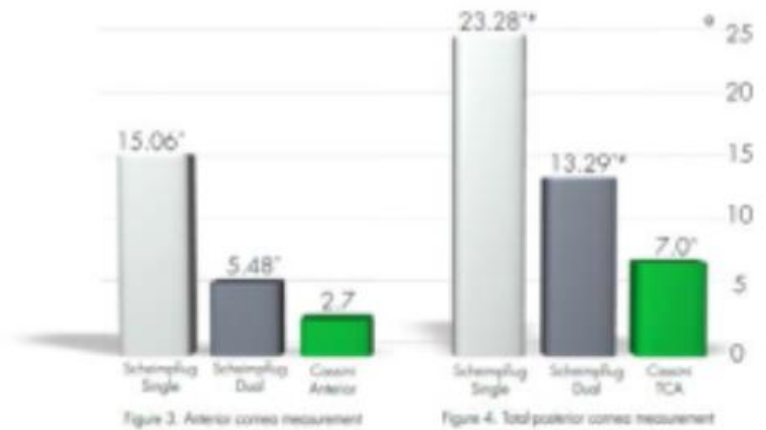
(The accurate degree and magnitude of astigmatism plays a vital part in the correct positioning of a toric IOL. Cassini's patented measurement principle measures the axis (figure 1) and magnitude of astigmatism precisely. This makes Cassini the critical addition to your cataract-refractive platform)  
reclame II:



**Nic. J. Reus, MD**  
Amphia Ziekenhuis  
Breda, the Netherlands

## Cassini outperforms Scheimpflug

Better repeatability of determination of axis both in Anterior and TCA



\* Atanasiu J, Anz J, Garcia A, Baranowski J, Clinix J, Opatore J, Roney A, Vigore J | *Cataract Refract Surg.* 2012 Nov;38(11):1936  
# Posterior cornea  
^ Total cornea

(Cassini outperforms Scheimpflug  
Better repeatability of determination of axis both in Anterior and TCA )  
reclame IIIa

# True data to increase your confidence with premium cataract planning

The patented multi-colored LED point-to-point ray tracing technology used in the Cassini corneal shape analyzer has brought surgeons an advancement in accurately measuring axis and magnitude of astigmatism. This increased accuracy enables surgeons to properly select the power and position of Toric intraocular lenses (IOLs), as well as allowing for accurate limbal relaxing incisions (LRIs).

More than 2,000 are eligible

reclame IIIb

Location: Home / Events / AAO annual meeting 2014, booth# 1671

share:



*(Cassini's unsurpassed accuracy and precision make it indispensable for your cataract refractive platform. With its unique astigmatism measurement capabilities Cassini is essential for toric IOL planning. See for yourself at the AAO and join our clinical workshop.)*

**reclame IIIc**

### TCA is vital to calculating correct corneal refractive power for Toric IOL planning

Accurate measurement of total corneal astigmatism in cataract patients is crucial for achieving optimum postoperative uncorrected visual acuity and patient satisfaction, especially with the implantation of Toric intraocular lenses (IOLs). Traditionally, the corneal power and astigmatism values have been calculated by assuming a fixed posterior:anterior curvature ratio based on the measurement of the anterior surface curvature only. Unfortunately, a number of studies consistently suggest the current methodology is inadequate for achieving optimum astigmatic outcomes<sup>1-3</sup>.

*(TCA is vital to calculating correct corneal refractive power for Toric IOL planning*

*Accurate measurement of total corneal astigmatism in cataract patients is crucial for achieving optimum postoperative uncorrected visual acuity and patient satisfaction, especially with the implantation of Toric intraocular lenses (IOLs). Traditionally, the corneal power and astigmatism values have been calculated by assuming a fixed posterior:anterior curvature ratio based on the measurement of the anterior surface curvature only. Unfortunately, a number of studies consistently suggest that current methodology is inadequate for achieving optimum astigmatic outcomes<sup>1-3</sup>.)*

**reclame III d**

<b>True Axis</b>	<b>True Magnitude</b>	<b>True Capture</b>	<b>True Accuracy</b>
Cassini measures the axis of astigmatism precisely. Δ Cassini <3°	Cassini measures the magnitude of astigmatism reliably within clinical margins. Δ Cassini <2%	Cassini offers instantaneous and precise data capture. Δ Cassini 0 sec.	Submicron accuracy due to color LED triangulation technology. Δ Cassini <0.8 μm

*(Cassini measures the axis of astigmatism precisely*

Δ *Cassini <3°*

*Cassini measures the magnitude of astigmatism reliably within clinical margins.*

Δ *Cassini <2%*

*Cassini offers instantaneous and precise data capture*

Δ *Cassini 0 sec.*

*Submicron accuracy due to color LED triangulation technology*

Δ *Cassini < 0.8μM)*

2.1.13. Oculus gebruikte op haar website en in promotiemateriaal tot voor kort de navolgende reclame-uitingen (hierna aangeduid als reclame IV):

- *50 sectional images with up to 138.000 true elevation values*
- *The Pentacam calculates a 3-dimensional model of the anterior eye segment from as many as 25.000 (HR: 138.000) true elevation points.*
- *We have to consider the anterior and posterior curvature to calculate the true corneal power.*
- *The Pentacam gives us the true and real measured central power of the cornea!*

2.1.14. De technische documentatie van de Pentacam houdt voorts in (hierna aangeduid als reclame V):

- *Figure 84, Pentacam True Net Power map, post LASIK*

2.1.15. C. McAlinden e.a. heeft in 2011 verslag gedaan van een onderzoek naar de precisie van de Pentacam in een artikel met de titel *A Comprehensive Evaluation of the Precision (Repeatability and Reproducibility) of the Oculus Pentacam HR*<sup>2.1</sup>. Uit deze studie blijkt een afwijking van de Pentacam van gemiddeld (ten minste) 30 graden.

2.1.16. De precisie van de Cassini is onderzocht door A.J. Kanellopoulos e.a. De resultaten zijn gepubliceerd in een tweetal artikelen: *The Clinical Impact of Color LED Topographic Variability Analysis*<sup>3.1</sup> en *Color light-emitting diode reflection topography: validation of keratometric repeatability in a large sample of wide cylindrical-range corneas*<sup>4.1</sup>. In laatstgenoemd artikel wordt voor de precisie van de Cassini voor vier verschillende groepen van geteste ogen waarden gerapporteerd van respectievelijk 3.45, 4.12, 3.2 en 2.16 graden.

2.1.17. De website van I-Optics is gericht op de internationale markt, waaronder Nederland. De hiervoor vermelde reclames zijn onder meer gebruikt in materiaal dat wordt verspreid op vakbeurzen waaraan I-Optics deelneemt. In het verleden was dat onder meer een beurs in Londen en San Diego. Voor dit jaar heeft I-Optics het voornemen deel te nemen aan beurzen in Spanje, Portugal en Duitsland.

2.1.18. De website van Oculus is mede op Nederland gericht. De technische documentatie van de Pentacam is op deze website te downloaden.

2.1.19. In oktober 2014 heeft Oculus I-Opticsterzake van reclame I gedagvaard voor het Landgericht Köln. Zij heeft I-Opticsterzake van reclame I, II en III op 22 mei 2015 gesommeerd het gebruik te staken.

### 3. Het geschil in conventie

3.1. Oculus vordert zakelijk weergegeven:

1. een gebod aan I-Optics zich binnen 24 uur na betekening van het vonnis in de Europese Unie te onthouden van:
  - a. vergelijkende reclame waarbij de suggestie wordt gewekt dat de Cassini een betere precisie heeft dan de Pentacam;

- b. reclame, al dan niet vergelijkend, waarin gesuggereerd wordt dat de Pentacam een significante imprecisie heeft, in het bijzonder een imprecisie van 30 graden of meer;
      - c. reclame waarin de meetcapaciteiten van de Cassini worden aangeprezen als *true* en/of accuraat;
    2. een gebod tot het overleggen van bewijs van de instructies die door I-Optics ten behoeve van het gevorderde onder 1 aan haar medewerkers zijn gegeven;
    3. een rectificatie op de websites van I-Optics ([www.I-Optics.com](http://www.I-Optics.com) en [www.I-Optics.com/de\[5.1\]](http://www.I-Optics.com/de[5.1])) die 25% van het scherm vult gedurende een periode van twee maanden;
    4. een rectificatie in marketingmateriaal dat gebruikt zal worden op vakbeurzen in de komende twaalf maanden;
    5. een rectificatie per brief aan afnemers en personen aan wie informatie over de Cassini is verstrekt;
    6. een en ander op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 50.000 per dag van overtreding en
    7. met veroordeling van I-Optics in de kosten van dit geding en uitvoerbaar bij voorraad verklaring van het vonnis.
  - 3.2. Oculus legt aan haar vorderingen, voor zover thans relevant en zakelijk weergegeven, onder meer het volgende ten grondslag.
    - 3.2.1. Reclame I is misleidend (artikel 6:194 BW[6.1]) en in strijd met de overige vereisten voor vergelijkende reclame (artikel 6:194a BW). Reclame 1 claimt dat de Cassini ten opzichte van de Pentacam superieur is voor wat betreft de precisie van de meting. Dit is echter niet, zoals is vereist, gebaseerd op ten minste twee objectieve en wetenschappelijk betrouwbare studies waarin de apparaten rechtstreeks met elkaar worden vergeleken. Reclame I is niet gebaseerd op een vergelijkende studie waarin de apparaten onder dezelfde condities zijn getest en waarbij metingen zijn verricht aan dezelfde verzameling ogen. I-Optics heeft bovendien verouderde apparatuur met nieuwe apparatuur vergeleken. Zij vergelijkt appels met peren. Reclame 1 baseert zich voor wat betreft de precisie van de Pentacam op het artikel van McAlinden uit 2011 en voor wat betreft de Cassini op artikelen van Kannelopoulos uit 2015. De gebruikte software heeft grote invloed op de kwaliteit van de meting. De software van de Pentacam is sinds 2011 meerdere malen ingrijpend gewijzigd. Bij een rechtstreekse vergelijking die inmiddels in een tweetal andere studies is verricht (Kannelopoulos 2013 en Hildago 2014) blijkt dat de precisie van de Cassini en de Pentacam gelijk is.
    - 3.2.2. Reclam II is eveneens misleidend.
    - 3.2.3. Reclame III bevat misleidende en onjuist vergelijkende claims met betrekking tot de juistheid en accuratesse van de door de Cassini verrichte metingen. Wetenschappelijke studies waarin de juistheid en de accuratesse van de Cassini zijn onderzocht en vergelijkende studies die laten zien dat de Cassini op dit punt beter scoort dan de concurrentie ontbreken echter. Het betreft vergelijkende reclame omdat de prestaties van de Cassini impliciet worden vergeleken met de concurrentie.
  - 3.3. Het hiertegen gevoerde verweer van I-Optics laat zich, voor zover thans relevant en zakelijk weergegeven, samenvatten als volgt.
    - 3.3.1. Reclame I en (naar I-Optics ter zitting heeft aangevuld) reclame IIIb, IIIc en III d zijn getoond tijdens een beurs in Amsterdam in oktober 2013. Oculus was op deze beurs aanwezig en is dus al sinds 2013 op de hoogte van het gebruik van deze reclames. Ook nadien zijn partijen elkaar op



verschillende beurzen tegengekomen. Het ontbreekt Oculus aldus aan spoedeisend belang.

- 3.3.2. De stelling dat vergelijking slechts dan geoorloofd is indien de apparaten in één studie onder dezelfde condities zouden zijn getest, vindt geen steun in het recht. Voldoende is dat aan de onderzoeken een zelfde onderzoeksmethode ten grondslag ligt en dat dezelfde type metingen zijn verricht. Dat is het geval.
- 3.3.3. Het gebruik van reclame II is inmiddels gestaakt. Oculus heeft dus geen belang bij haar vorderingen met betrekking tot reclame II.
- 3.3.4. Oculus gebruikt in haar reclame-uitingen de term *true* zelf eveneens. Zij heeft daarom geen (spoedeisend) belang bij haar vorderingen ten aanzien van reclame III.
- 3.3.5. I-Optics gebruikt de term *true* niet als statistische term maar als marketingterm. In de context van de reclames is de betekenis *betrouwbaarheid* of, conform het woordenboek, *having all the expected or necessary qualities of a specified type of person or thing*. Door de doelgroep wordt de term *true* zo begrepen dat de meetresultaten nauwkeuriger en betrouwbaarder zijn dan de meetresultaten van andere methodes en dat deze binnen de klinisch relevante bandbreedte blijven. De hiervoor vermelde onderzoeken tonen aan dat I-Optics een dergelijke claim mag maken.
- 3.3.6. Reclame III, in het bijzonder IIIa en III d, zijn niet vergelijkend omdat deze niet herleidbaar zijn tot een bepaalde concurrent. Terzake van misleidende reclame kan geen pan-Europees verbod worden opgelegd.
- 3.3.7. Het gevorderde verbod is te ruim geformuleerd.
- 3.3.8. Oculus heeft geen belang bij het gevorderde onder 2.
- 3.3.9. Oculus heeft geen belang bij rectificatie omdat is gesteld noch gebleken dat zij ten gevolge van de reclames van I-Optics klanten heeft verloren.
- 3.3.10. De gevorderde rectificatie op [www.I-Optics.com](http://www.I-Optics.com) de moet worden afgewezen omdat dat neerkomt op een grensoverschrijdend gebod waartoe de voorzieningenrechter niet internationaal bevoegd is.
- 3.3.11. De gevorderde grootte en duur van de rectificaties is disproportioneel. De rectificatie kan niet worden gestuurd aan personen aan wie informatie is verstrekt omdat de gegevens van die personen niet zijn geregistreerd. Bij verzending aan afnemers heeft Oculus geen belang.
- 3.3.12. De gevorderde dwangsom is onredelijk hoog en dient gematigd te worden.

## 4. Het geschil in reconventie

- 4.1. I-Optics vordert in reconventie zakelijk weergegeven een verbod voor - naar I-Optics ter zitting heeft verduidelijkt - Nederland op het gebruik van reclame IV en V en een bevel tot rectificatie op de op de Europese markt gerichte websites van Oculus ([www.oculus.de/en/frontpage](http://www.oculus.de/en/frontpage) en <http://pentacam.com/sites/hr.php>), een en ander op straffe van verbeurte van een dwangsom en met veroordeling van Oculus in de kosten van dit geding en de nakosten.
- 4.2. I-Optics legt aan haar vorderingen te grondslag dat de doelgroep reclame IV en V zo zal begrijpen dat de meetresultaten van de Pentacam betrouwbaarder en nauwkeuriger zijn dan de meetresultaten van andere methodes en dat de deviatie binnen de klinisch relevante bandbreedte blijft. Bij de meetresultaten van de Pentacam blijft de deviatie volgens I-Optics echter niet binnen de klinisch relevante bandbreedte, zodat het gebruik van de term *true* in reclame IV en V misleidend en dus onrechtmatig is.

- 4.3. Oculus verweert zich, voor zover thans relevant, als volgt.
- 4.3.1. De reconventionele vordering is in strijd met de goede procesorde te laat toegezonden, namelijk op 1 juli 2015 terwijl de voorzieningerechter had vastgesteld dat I-Optics uiterlijk op 22 juni 2015 producties in het geding kon brengen. Oculus heeft onvoldoende gelegenheid gehad om adequaat op die producties te reageren.
- 4.3.2. Reclame IV wordt niet meer gebruikt. Het betreft ongelukkige vertalingen uit het Duits. I-Optics heeft in zoverre dus geen spoedeisend belang.
- 4.3.3. Reclame V verwijst naar een gebruikt computeralgoritme in de software van de Pentacam. Dit begrip wordt al tien jaar in de technische documentatie van de Pentacam gebruikt. Gelet op het langdurig en bekend gebruik van deze term heeft I-Optics ook in zoverre geen spoedeisend belang daartegen op te komen.
- 4.4. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

## 5. De beoordeling in conventie

### internationale bevoegdheid

- 5.1. Deze rechtbank is gezien artikel 4 lid 1 EEX II-Vo<sup>17</sup> internationaal bevoegd kennis te nemen van de hoofdzaak. Daarmee bestaat ook bevoegdheid voorlopige voorzieningen te gelasten, inclusief een eventuele rectificatie die, zoals door Oculus gevorderd, effect zou moeten hebben in andere lidstaten van de Europese Unie. De stelling van I-Optics dat de voorzieningerechter niet bevoegd zou zijn een grensoverschrijdend gebod te geven in de door I-Optics bedoelde zin is onjuist.

### spoedeisend belang

- 5.2. De gestelde voortdurende onrechtmatigheid van de reclame-uitingen van I-Optics brengt met zich dat Oculus in beginsel spoedeisend belang heeft bij de gevorderde voorzieningen. Dat spoedeisend belang kan niet worden geacht te ontbreken omdat Oculus al geruime tijd, sinds oktober 2013, van de reclame-uitingen op de hoogte zou zijn geweest. Zij heeft bestreden op de door I-Optics bedoelde beurs in Amsterdam (of daarna) met de reclame-uitingen geconfronteerd te zijn. Aanwijzingen voor het tegendeel ontbreken, zodat er vooralsnog vanuit te gaan is dat zij niet eerder dan omstreeks oktober 2014 - in welke maand zij de Duitse bodemprocedure is begonnen - bekend is geworden met reclame I. Voor de andere reclame-uitingen geldt dat evenmin blijkt dat Oculus daarvan al eerder op de hoogte was. Het tijdsverloop tussen oktober 2014 en de sommatie van Oculus aan I-Optics op 22 mei 2015 is, ook gelet op het internationale karakter van de zaak, niet zodanig dat kan worden aangenomen dat de gevorderde voorzieningen kennelijk niet spoedeisend zijn.
- 5.3. Voor reclame II geldt dat I-Optics Oculus bij brief van 9 juni 2015 (productie 11 van I-Optics) weliswaar heeft meegedeeld dat zij gebruik van deze reclame heeft gestaakt, maar uit het door Oculus overgelegde proces-verbaal van deurwaarder G. Bakker van 7 juli 2015 blijkt dat de *Clinical Review*, waarvan deze reclame deel uitmaakt, op die datum nog altijd van de website van I-Optics kon worden gedownload. Volgens I-Optics is sprake van een vergissing. Dat neemt echter niet weg dat Oculus belang blijft houden bij de gevorderde maatregelen nu de enkele toezegging van I-Optics kennelijk niet voldoende is om het gebruik van reclame II te staken. Ook blijft spoedeisend belang bestaan bij de

gevorderde rectificatie.

- 5.4. De omstandigheid dat Oculus in haar reclame-uitingen zelf eveneens de term *true* zou gebruiken leidt er tot slot niet toe aan te nemen dat spoedeisend belang bij de gevorderde voorzieningen voor zover die zijn gericht tegen reclame III ontbreekt.

## reclame I

- 5.5. Partijen zijn het erover eens dat reclame I moet worden aangemerkt als vergelijkend in de zin van artikel 6:194a B.W. Dergelijke reclame is slechts toegestaan onder meer op voorwaarde dat de goederen of diensten op objectieve wijze worden vergeleken. Anders dan Oculus heeft betoogd is daarvoor niet onder alle omstandigheden nodig dat een rechtstreekse vergelijking plaatsvindt, noch dat de claim noodzakelijk is gebaseerd op twee wetenschappelijke studies. Oculus ontleent deze eisen aan regelgeving die van toepassing is op reclame voor geneesmiddelen. Daargelaten dat in die regelgeving niet langer wordt vastgehouden aan het vereiste van ten minste twee studies<sup>[8.]</sup> kan de onderhavige apparatuur niet als geneesmiddel worden aangemerkt.
- 5.6. De voorzieningenrechter is daarentegen wel voorshands met Oculus van oordeel dat de gemaakte vergelijking tussen de precisie van de Pentacam en de Cassini niet als objectief kan worden aangemerkt. Oculus heeft voldoende aannemelijk gemaakt dat de software van deze meetapparaten van wezenlijk invloed is op de prestaties. Oculus wijst er terecht op dat I-Optics het daarmee kennelijk eens is nu zij zich verzet tegen de uitkomsten van het onderzoek van Hidalgo omdat de geteste Cassini zou zijn uitgerust met verouderde software. I-Optics heeft voorts niet weersproken dat de software van de Pentacam sinds 2011 aanzienlijk is gewijzigd en dat daarom de Pentacam uit 2011 of eerder niet mag worden vergeleken met een Cassini van 2014 of 2015. Reeds om die reden is reclame I niet toelaatbaar.

## reclame II

I-Optics heeft het onrechtmatig karakter van reclame II niet weersproken, zodat daarvan is uit te gaan. Ook deze reclame is derhalve niet toelaatbaar.

## reclame III

- 5.7. Naar voorlopig oordeel zijn reclames IIIa en IIIb als vergelijkend aan te merken omdat daarin impliciet een vergelijking wordt gemaakt met het product van de concurrentie van de Cassini, waarbij de doelgroep zeker ook zal denken aan marktleider Pentacam. Dat Oculus of haar product niet worden genoemd en de vergelijking ook verwijst naar de producten van andere concurrenten doet daaraan, zoals Oculus terecht heeft aangevoerd, niet af.<sup>[9.]</sup>
- 5.8. Voor de betekenis van het woord *true* in deze reclames moet de context in beschouwing worden genomen zoals die door de doelgroep - professionele afnemers - begrepen zal worden. In reclame IIIa betekent *true*, gelezen in de context van de toelichting in de advertentie, kennelijk dat de Cassini ten opzichte van de concurrentie accuratere metingen mogelijk maakt van de astigmatistische as en sterkte. I-Optics heeft namelijk geen feiten aangevoerd waaruit zou volgen dat de doelgroep zou begrijpen dat wordt vergeleken met iets anders dan de concurrentie, zoals een eerdere versie van de Cassini die een andere

techniek toepast. Reclame IIIb claimt een onovertroffen accuratesse en precisie van de meting van de astigmatistische afwijking.

- 5.9.** Aan deze reclames liggen geen objectieve vergelijkingen ten grondslag. Voor wat betreft de precisie van de meting volgt dat uit het voorgaande. Wat de accuratesse van de meting van de Cassini betreft heeft I-Optics als productie 14 overgelegd een artikel met de titel *Accuracy and precision of a color multiple point source reflection corneal topographer*<sup>[10]</sup> waarin de resultaten worden weergegeven van een studie naar de accuratesse van de Cassini aan de hand van metingen aan kunstmatige objecten. Het artikel vermeldt weliswaar dat voor vergelijking dezelfde metingen zijn uitgevoerd met de Pentacam, maar dat de studie de accuratesse van de Cassini en de Pentacam op objectieve wijze met elkaar zou vergelijken is door I-Optics niet aangevoerd, zodat de voorzieningenrechter ervan uitgaat dat dit niet het geval is. Ook voor wat betreft accuratesse ontbreekt dus een objectieve vergelijking tussen Cassini en Pentacam. Reclame IIIa en IIIb zijn daarmee niet toelaatbaar.
- 5.10.** Reclame IIIc is naar voorlopig oordeel niet als vergelijkende en/of misleidende reclame aan te merken. De tekst houdt niet meer in dan een onderstreping van het belang van accurate meting van astigmatisme en de constatering dat huidige meettechniek tekortschiet. In een ruimere context heeft de tekst mogelijk een andere strekking, maar dat is door Oculus niet inzichtelijk gemaakt. Reclame IIIc is dus toelaatbaar.
- 5.11.** Reclame IIId is evenmin als vergelijkend aan te merken. Dat, zoals Oculus aanvoert, ook deze reclame superioriteitsclaims zou bevatten is niet in te zien.
- 5.12.** De motivering van Oculus ziet voornamelijk op de ontoelaatbare vergelijking van de Cassini en de Pentacam. Dat de beweringen in reclame IIId afgezien daarvan misleidend zou zijn, heeft Oculus slechts zeer summier gemotiveerd.
- 5.13.** De vermelding *true* in deze reclame heeft kennelijk steeds de betekenis die daaronder wordt toegelicht. Zo wil *true axis* kennelijk zeggen dat Cassini de astigmatistische as meet met een precisie van minder dan 3 graden. I-Optics heeft in het licht van de summier motivering van Oculus aan de hand van de onder 2.1.16 genoemde studies van Kanellopoulos en het als productie 14 overgelegde onderzoek naar de accuratesse van de Cassini de juistheid van de beweringen in reclame IIId, althans het ontbreken van een misleidend karakter van de beweringen, vooralsnog voldoende aannemelijk gemaakt. Reclame IIId is dus eveneens toelaatbaar.

## de vorderingen van Oculus

- 5.14.** Gezien het voorgaande zijn de vorderingen van Oculus in beginsel toewijsbaar voor zover zij zijn gebaseerd op het ontoelaatbaar karakter van reclame I, II, IIIa en IIIb. Nu het recht met betrekking tot vergelijkende reclame is geharmoniseerd, is aan te nemen dat reclame I, II, IIIa en IIIb ook in andere EU lidstaten ontoelaatbaar moet worden geacht. Een verbod voor de gehele Europese Unie, zoals door Oculus gevorderd, is daarom eveneens toewijsbaar. Het bezwaar van I-Optics tegen een pan-Europees verbod terzake van misleidende reclame die niet als vergelijkend kan worden aangemerkt behoeft geen bespreking omdat reclame I, II, IIIa en IIIb steeds als vergelijkende reclame moet worden aangemerkt. Het verbod zal verder worden beperkt als in het dictum vermeld omdat de door Oculus gevorderde verboden verder gaan dan het spoedeisend belang van Oculus rechtvaardigt. Voorts zal een ruimere termijn voor nakoming van het verbod worden bepaald.

- 5.15. Zoals I-Optics terecht heeft opgemerkt heeft Oculus geen belang bij het onder 2 gevorderde naast een met een dwangsom versterkt gebod. Deze vordering wordt afgewezen.
- 5.16. Oculus heeft belang bij een rectificatie, ook al zou niet kunnen worden aangetoond dat zij door de ontoelaatbare reclame van I-Optics klanten heeft verloren. De reclame kan namelijk toekomstige aankoopbeslissingen in het nadeel van de Pentacam doen uitpakken. Een rectificatie kan dit schadelijk effect voorkomen. De gevorderde rectificatie op de websites van I-Optics wordt bij afweging van de belangen van partijen vooralsnog voldoende geacht om aan de belangen van Oculus tegemoet te komen. Het gebod zal daartoe worden beperkt. In de rectificatie zal worden vermeld dat het een voorlopig oordeel betreft.
- 5.17. De gevorderde dwangsom is onnodig hoog. Deze wordt beperkt en aan een maximum gebonden zoals in het dictum vermeld.

### proceskosten

- 5.18. Als voornamelijk in het ongelijk gestelde partij wordt I-Optics veroordeeld in de kosten van de procedure in conventie.

## 6. De beoordeling in reconventie

### internationale bevoegdheid

- 6.1. Reclames IV en V zouden volgens de stellingen van I-Optics te vinden zijn op de, mede op Nederland gerichte website van Oculus. Daarmee bestaat bevoegdheid van deze rechtbank voor de hoofdzaak op grond van artikel 7 lid 2 EEX II-Vo en al om die reden tevens om voorlopige maatregelen te gelasten.

### strijd met de eisen van een goede procesorde

- 6.2. Het bezwaar van Oculus tegen het tijdstip waarop zij kennis heeft kunnen nemen van de vordering in reconventie wordt verworpen. De procedure in kort geding, waarvoor Oculus zelf heeft gekozen, brengt met zich dat de mogelijkheid bestaat dat de wederpartij op haar beurt in reconventie een samenhangende vordering zal instellen en dat de eisende partij in het algemeen pas ter zitting of kort tevoren met die vordering wordt geconfronteerd. Oculus heeft haar bezwaar niet anders toegelicht dan met de stelling dat het tijdstip van toezending van de vordering, 1 juli 2015, zich niet zou verdragen met het door de voorzieningenrechter opgestelde tijdschema. Daarin is echter geen datum bepaald voor het instellen van een eis in reconventie. Dat de tijd tussen 1 juli 2015 en de datum van de zitting, 9 juli 2015, onvoldoende zou zijn geweest om adequaat verweer te voeren, is door Oculus niet aannemelijk gemaakt.

### spoedeisend belang

- 6.3. Oculus heeft onbestreden gesteld dat zij reclame IV direct heeft verwijderd nadat zij op de - naar zij stelt - vertaalfouten was gewezen. Nu voorts door I-Optics geen reden is aangevoerd om aan te nemen dat Oculus de betreffende reclame opnieuw zal gebruiken of dat de toezegging van Oculus zonder boetebeding onvoldoende garantie geeft, bestaat in zoverre geen spoedeisend belang bij het door I-Optics gevorderde verbod. Dat belang bestaat echter wel bij de gevorderde rectificatie gezien de mogelijk nawerking van reclame IV.



- 6.4. Met betrekking tot reclame V heeft Oculus gesteld dat zij de betreffende passage in haar technische documentatie al tien jaar gebruikt. Zij stelt zich op het standpunt dat gezien het langdurige en bekende gebruik (waarmee zij kennelijk doelt op de bekendheid met het gebruik bij I-Optics), spoedeisend belang bij maatregelen die gericht zijn tegen reclame V ontbreekt. I-Optics heeft niet weersproken dat de reclame al jarenlang wordt gebruikt en dat zij daarvan op de hoogte is geweest. Daarvan uitgaande kan spoedeisend belang bij maatregelen die zijn gericht tegen reclame V niet worden aangenomen.

## reclame IV

- 6.5. I-Optics heeft gesteld dat de doelgroep de term *true* in reclame IV aldus zal begrijpen dat de meetresultaten van de Pentacam betrouwbaar(der) en nauwkeurig(er) zijn (dan de meetresultaten van andere methodes) en dat de deviatie binnen de klinisch relevante bandbreedte blijft. I-Optics stelt dat de deviatie bij de meetresultaten van de meting van dezelfde waardes van de Pentacam echter wél klinisch relevant is en dat een oogchirurg niet zonder meer op de meetresultaten van de Pentacam kan vertrouwen. Zij acht daarom het gebruik van de term *true* misleidend en dus onrechtmatig.
- 6.6. Oculus heeft een en ander niet bestreden, zodat van het onrechtmatige karakter van reclame IV moet worden uitgegaan. De gevorderde rectificatie is daarmee in beginsel toewijsbaar.

## de vorderingen van I-Optics

- 6.7. Nu I-Optics zich uitsluitend keert tegen het onrechtmatig handelen in Nederland, dient ook de rectificatie zoveel mogelijk beperkt te worden tot de doelgroep in Nederland. Daarom zal geen rectificatie in het Engels worden gelast, zoals door I-Optics gevorderd, maar in het Nederlands. De gevorderde dwangsom wordt gematigd en aan een maximum gebonden.

## proceskosten

- 6.8. Als voornamelijk in het ongelijk gestelde partij wordt Oculus veroordeeld in de kosten van de procedure in reconventie. Bij veroordeling in de nakosten bestaat geen belang gezien de procedure van artikel 237 lid 4 Rv<sup>[11]</sup>. Deze vordering wordt afgewezen.

## 7. De beslissing in conventie

De voorzieningenrechter:

- 7.1. gebiedt I-Optics zich binnen de Europese Unie te onthouden van reclame I, II, IIIa en IIIb met bepaling dat dit gebod ingaat één week na betekening van dit vonnis;
- 7.2. gebiedt I-Optics binnen één week na betekening van dit vonnis op de homepage van haar websites <http://www.I-Optics.com> en <http://www.I-Optics.com/de> een rectificatie te plaatsen en gedurende twee maanden geplaatst te houden die ten minste 25% van het scherm vult en bovenaan de pagina is geplaatst met uitsluitend de volgende tekst zonder wijzigingen en/of toevoegingen:

### *Rectification*

*We have suggested that Cassini offers superior precision, trueness and accuracy compared to our closest competitors. By judgement of 6th August 2015 the District Court at The Hague has preliminarily ruled that we cannot substantiate that claim and has forbidden us to further make this claim.*

- 7.3. veroordeelt I-Optics tot betaling van een dwangsom van € 5.000,- per dag (een gedeelte van een dag als een gehele gerekend) waarop zij in gebreke blijft geheel of ten dele te voldoen aan de geboden onder 7.1 en 7.2 met een maximum van € 2.000.000,-;
- 7.4. veroordeelt I-Optics in de proceskosten, tot heden aan de zijde van Oculus begroot op € 693,49 aan verschotten en € 816 aan salaris van de procesadvocaat;
- 7.5. verklaart dit vonnis in conventie tot zover uitvoerbaar bij voorraad;
- 7.6. wijst af het meer of ander gevorderde;

## 8. De beslissing in reconventie

De voorzieningenrechter:

- 8.1. beveelt Oculus om binnen één week na betekening van dit vonnis op de homepages van de websites van Oculus [www.oculus.de/en/frontpage](http://www.oculus.de/en/frontpage) en <http://pentacam.com/sites/hr.php> gedurende 30 dagen een rectificatie te plaatsen met de volgende inhoud en zonder toevoegingen en/of commentaar in een duidelijk leesbaar lettertype en grootte en in een vlak van ten minste 15 bij 15 centimeter gemeten op een 17 inch scherm bij een resolutie van 1024 x 768 pixels:

*information for our Dutch clients*

*Rectificatie*

*De voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag heeft ons bij vonnis van 6 augustus 2015 bevolen de navolgende rectificatie bekend te maken:*

*Op onze website en in onze Pentacam Interpretation Guideline hebben wij de indruk gegeven dat de meetwaarden die door de Pentacam worden gemeten zodanig precies zijn dat de afwijking als klinisch niet relevant kan worden beschouwd. De voorzieningenrechter heeft geoordeeld dat wij deze claim niet kunnen onderbouwen. Wij hebben het gebruik van de claim gestaakt.*

- 8.2. veroordeelt Oculus tot betaling van een dwangsom van € 5.000,- per dag (een gedeelte van een dag als een gehele gerekend) waarop zij in gebreke blijft geheel of ten dele te voldoen aan het gebod onder 8.1 met een maximum van € 2.000.000,-;
- 8.3. veroordeelt Oculus in de proceskosten, tot heden aan de zijde van I-Optics begroot op € 408,- aan salaris van de procesadvocaat, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf veertien dagen na betekening van het vonnis;
- 8.4. verklaart dit vonnis in reconventie tot zover uitvoerbaar bij voorraad;
- 8.5. wijst af het meer of ander gevorderde.

Dit vonnis is gewezen door mr. P.G.J. de Heij en in het openbaar uitgesproken op 6 augustus 2015.

## Noot

---

**Auteur:** Mr. Ebba H. Hoogenraad

1. Dit is bij mijn weten de eerste uitspraak waarin de kortgedingrechter een *pan-Europees verbod* geeft in een zaak over een *misleidende vergelijkende reclame waarin géén merk van de concurrent* wordt genoemd. De motivering? Kort en krachtig: omdat het recht met betrekking tot vergelijkende

reclame is geharmoniseerd, is aan te nemen dat de reclame ook in andere EU-lidstaten ontoelaatbaar moet worden geacht. Een verbod voor de gehele Europese Unie, zoals door Oculus gevorderd, is daarom toewijsbaar (r.o. 5.14).

2. De feiten: Oculus en I-Optics zijn beide actief op de markt voor optische meetinstrumenten voor professioneel gebruik. Oculus is marktleider en biedt onder andere een corneograaf aan onder de naam 'Pentacam'. Dit is een instrument voor het in kaart brengen van de vorm van de cornea, het hoornvlies. I-Optics brengt een soortgelijk meetinstrument op de markt onder de naam 'Cassini'. Beide apparaten maken gebruik van verschillende meettechnieken. In de wetenschap wordt met betrekking tot de kwaliteit van metingen onderscheid gemaakt tussen precisie (*repeatability*), juistheid (*trueness*) en accuratesse (*accuracy*).
3. Op haar website maakt I-Optics reclame voor de Cassini, onder meer door haar eigen Cassini te vergelijken met de "Scheimpflug" meetmethode, de methode die gebruikt wordt in de Pentacam van Oculus.
4. De website van I-Optics is gericht op de internationale markt, waaronder Nederland. De reclamematerialen worden onder meer gebruikt op internationale vakbeurzen. Zo heeft I-Optics al op beurzen in London en San Diego gestaan en zijn beurzen in Spanje, Portugal en Duitsland in het verschiet. Het betreft B2B-reclame (Business to Business).
5. Oculus vordert in dit kort geding onder andere een gebod jegens I-Optics zich in de Europese Unie te onthouden van dergelijke vergelijkende reclame waarin de suggestie wordt gewekt dat de Cassini betere precisie heeft dan de Pentacam, dat de Pentacam een significante imprecisie heeft, en van reclame waarin de Cassini wordt aangeprezen als *true* of accuraat. Ook vordert Oculus een rectificatie voor de duur van twee maanden op de (op de Europese markt gerichte) websites van I-Optics.com.
6. I-Optics heeft niet weersproken dat de software van de meetapparatuur van het hoornvlies van wezenlijke invloed is op de meetprestaties. Evenmin is weersproken dat de software van de Pentacam sinds 2011 aanzienlijk is gewijzigd, en dat daarom de Pentacam 2011 niet mag worden vergeleken met een Cassini uit 2014 of 2015. De voorzieningenrechter oordeelt daarom dat de reclame niet objectief is en daarmee ontoelaatbaar (r.o. 5.6).
7. De bevoegdheid tot het opleggen van voorlopige voorzieningen, inclusief een eventuele rectificatie, wordt gebaseerd op art. 4 lid 1 EEX II Verordening. De stelling van I-Optics dat de voorzieningenrechter niet bevoegd zou zijn een grensoverschrijdend gebod te geven is volgens de voorzieningenrechter onjuist (r.o. 5.1). De vordering wordt toegewezen:

"Nu het recht met betrekking tot vergelijkende reclame is geharmoniseerd, is aan te nemen dat de reclame ook in andere EU lidstaten ontoelaatbaar moet worden geacht. Een verbod voor de gehele Europese Unie is daarom toewijsbaar."

Dat zijn de exacte en enige woorden die de voorzieningenrechter hieraan besteedt.

8. Reclame is steeds vaker grensoverschrijdend. Internationale ondernemingen kiezen voor één internationale campagne die op kleine onderdelen wordt geadapteerd voor de nationale landen, of waarbij de televisiereclame een lokale ondertiteling krijgt. De reden? Met name budgettair, want multinationals hebben ook de ervaring dat binnen Europa grote verschillen bestaan in appreciatie en beleving van internationaal opgezette reclamecampagnes. De ene consument is (toch) de andere niet.
9. Juist vanwege de harmonisatiegedachte en het bevorderen van het vrije verkeer van goederen

en diensten is destijds de Richtlijn Misleidende en Vergelijkende reclame tot stand gekomen.<sup>[12]</sup> Met de komst van de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken<sup>[13]</sup> die uitsluitend ziet op de misleiding gericht op de consument, is de Richtlijn Misleidende en Vergelijkende reclame voorbehouden aan misleidende B2B-reclame en alle vergelijkende reclame (B2B en B2C). Wat betreft misleidende B2B-reclame is sprake van minimumharmonisatie: nationale overheden mogen strengere regels stellen met betrekking tot misleidende reclame-uitingen in het professionele verkeer (artikel 8 lid 1 eerste zin<sup>[14]</sup>). Maar dit is uitdrukkelijk niet het geval bij vergelijkende reclame (idem tweede volzin<sup>[15]</sup>). Omdat het doel is om vergelijkende reclame in het belang van de consument juist te bevorderen en Europeeswijd toelaatbaar te maken is bij vergelijkende reclame sprake van volledige harmonisatie.

Het Hof van Justitie heeft in Pippig<sup>[16]</sup> al bepaald dat eventuele strengere nationale bepalingen inzake bescherming tegen misleidende B2B-reclame niet kunnen worden toegepast op vergelijkende reclame. Anders gezegd: (ook) de misleidingstoets in het kader van alle vergelijkende reclame is volledig geharmoniseerd.<sup>[17]</sup>

10. In het geval van een ontoelaatbare vergelijkende reclame is het natuurlijk niet efficiënt om in ieder land een afzonderlijke verbodsprocedure met nevenvorderingen te moeten starten. Dit geeft immers een risico van tegenstrijdige uitspraken. Het brengt extra tijd en kosten met zich. En het risico bestaat dat de misleidende vergelijkende reclame weliswaar wordt verboden in een land, maar intussen wordt voortgezet in de andere landen.
11. Deze zaak gaat over vergelijkende reclame, die dus volledig geharmoniseerd is. In zoverre is inderdaad – ik zou zeggen: per definitie – sprake van een uniforme regeling in heel Europa. Een uitspraak in een EU-lidstaat heeft *naar de letter van de wet* een uitstraling over heel Europa.
12. Maar hoe zit het met de *feitelijke*, en ook in de rechtspraak erkende, onderlinge verschillen bij de gemiddelde Europese consument? Misleiding wordt gerelateerd aan de perceptie van de gemiddelde consument. Weliswaar is ook die gemiddelde consument geharmoniseerd (de Gut Springenheide-consument<sup>[18]</sup>), maar de invulling daarvan door de nationale rechters kan verschillend uitpakken. Datgene waardoor een Zuid-Europese consument zich niet laat misleiden kan bij een Noord- of Oost-Europese consument misschien juist wel misleiding opleveren en – in de praktijk – de vergelijking eigenlijk onrechtmatig maken.
13. Het Hof van Justitie erkent ook dat binnen Europa toch verschillen bestaan: bij de toepassing van de maatstaf van de ‘gemiddelde consument’ moeten sociale, culturele en taalkundige factoren bij de beoordeling in ogenschouw worden genomen.<sup>[19]</sup>
14. Naar mijn mening speelt dit verschil vooral een rol bij de meer subjectieve misleidingsaspecten waarbij cultuur, traditie en taal de perceptie van de consument kleuren. Wanneer sprake is van feitelijke onjuistheid, of – zoals in dit geval – een vergelijking die gebaseerd is op verouderde software, of op onvergelijkbare producten of andere objectief vast te stellen onjuistheden, dan zullen de door het HvJ EU geaccepteerde culturele verschillen minder een rol spelen. Een dergelijke ‘fout’ zal de vergelijking gemakkelijk in *alle* betreffende landen ontoelaatbaar maken.
15. In dit geval stond vast – want onweersproken – dat ten gevolge van de inmiddels gewijzigde software een Pentacam 2011 niet mag worden vergeleken met een Cassini uit 2014 of 2015. Dat is een feitelijke misser, die voor heel Europa dezelfde weeffout in de vergelijking oplevert. Sociale, culturele en taalkundige factoren spelen hier geen rol.
16. In zoverre is de wel heel korte motivering van de voorzieningenrechter te begrijpen.
17. Het lijkt mij dat de eisende partij zich goed van zijn stelplicht moet kwijten: eiser moet aannemelijk

maken dat de vergelijking zich richt op de diverse Europese landen waar hij een verbod wenst, en dat het aannemelijk is dat deze vergelijking in die landen onrechtmatig zal zijn.

18. Dit blijkt ook uit de uitspraak van het Hof Den Haag (*Wilkinson/Gillette*), waarin eveneens een grensoverschrijdend verbod werd gevorderd, gebaseerd op een misleidende vergelijkende reclame. [\[20\]](#) Gillette dient volgens het Hof aannemelijk te maken dat de onderhavige onrechtmatige daad (misleidende vergelijking) ook werkelijk plaatsvindt of dreigt plaats te vinden in alle landen waarvoor zij een verbod wenst, te weten de landen van de Europese Unie (r.o. 25). Omdat Gillette volgens het Hof hiertoe slechts was geslaagd voor wat betreft de landen van de Benelux ziet het gegeven verbod op Nederland, België en Luxemburg.
19. Deze Oculus-uitspraak verschilt van het grensoverschrijdende verbod in *Gillette* omdat daar mede sprake was van *vergelijkendemerkreclame*, waarbij het pan-Europese verbod tevens gebaseerd was op de *merkinbreuk*. In de Oculus-vergelijkende reclame is het merk van de concurrent niet genoemd (anonieme vergelijkende reclame) en is het pan-Europese verbod louter gebaseerd op de volledig geharmoniseerde wetgeving met betrekking tot de vergelijkende reclame, dus op basis van de onrechtmatige daad.
20. Zijn er parallellen met de merkenrechtelijke Chronopost-uitspraak? [\[21\]](#) Het Hof van Justitie overwoog daarin dat een verbod jegens een merkinbreukmaker op een gemeenschapsmerk in beginsel weliswaar pan-Europees is, maar zich niet per definitie uitbreidt over het gehele grondgebied van de Europese unie; een territoriaal beperkt verbod wordt opgelegd als de omstandigheden daar aanleiding toe geven, bijvoorbeeld als de inbreuk zich voordoet in slechts een of een aantal lidstaten. Het is aan de gedaagde partij om dit aannemelijk te maken.
21. Dit verschilt in een essentieel opzicht van de situatie dat een grensoverschrijdend verbod wordt gevraagd gebaseerd op misleidende vergelijkende reclame. Uit Chronopost blijkt dat een verbod op een inbreuk van een EU-merk in beginsel EU-wijd is, tenzij zich bijzondere omstandigheden voordoen. De achterliggende reden is uiteraard dat hieraan één, ondeelbaar, EU-merk ten grondslag ligt. Bij misleidende vergelijkende reclame zonder dat het merk wordt genoemd gaat het om nationaal geïmplementeerde regels, gebaseerd op de onrechtmatige daad. Daarbij geldt een stelplicht en motivering. Als de gedaagde zwijgt nadat een pan-Europees verbod wegens misleidende vergelijkende reclame is gevorderd en aan de stelplicht is voldaan, krijgt hij in principe bij een internationale campagne een pan-Europees verbod om zijn oren. Het is aan gedaagde om de rechter te overtuigen dat de betreffende vergelijkende reclame enkel in bepaalde landen openbaar wordt gemaakt, reden waarom het grensoverschrijdende verbod tot die landen beperkt moet worden.
22. Soortgelijk zal mijns inziens ook opgaan voor de culturele, sociale en taalverschillen. Ondanks de volledige harmonisatie zou het kunnen zijn dat de meer suggestieve vergelijkende reclames, waarbij het niet gaat om harde feiten, maar de interpretatie van de consument juist doorslaggevend is, in sommige landen, maar *nietoveral* in de EU als misleidend moeten worden beschouwd. Gezien het uitgangspunt van volledige harmonisatie zal gedaagde dat per land of taalgebied voldoende aannemelijk moeten maken, bijvoorbeeld door expert-verklaringen of consumentenonderzoek. Als het meer harde objectieve criteria betreft zal het verbod gemakkelijk Europawijd worden opgelegd (mits voldaan aan de stelplicht dat de uitingen zich in al die landen voordoen).
23. De voorzieningenrechter legt Oculus naast het Europabrede verbod ook een rectificatie op met betrekking tot twee internationaal georiënteerde websites: twee maanden lang op de homepage een in het Engels gestelde rectificatietekst. Een in het Engels gestelde website zonder specifieke



locale bestelmogelijkheden en landspecifieke eigenaardigheden zal al snel pan-Europees georiënteerd zijn. Mijn inschatting is dat bij dit soort internationale campagnes een website-rectificatie gemakkelijk zal worden toegewezen.

24. Nu een schaap over de dam is zullen vermoedelijk meer volgen. De weg is vrij voor een 'Europaverbod' bij vergelijkende reclame zonder dat het merk van de concurrent genoemd wordt.
25. De vraag rijst of zo'n Europaverbod nu binnenkort ook gaat volgen voor andere volledig geharmoniseerde wetgeving, zoals de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken. Met deze uitspraak lijkt die weg wagenwijd open te staan. Wie weet gaan ook Europaverboden volgen bij foute levensmiddelenetiquetteringen (Verordening Voedselinformatie voor Consumenten<sup>[22]</sup>) en ontoelaatbare voedings- en gezondheidsclaims bij schending van de Claimsverordening<sup>[23]</sup>. We leven in een interessante wereld! De blijde of treurige gevolgen van harmonisatie.

## Voetnoten "Uitspraak"

---

- [1.] Omdat de tekst niet steeds duidelijk leesbaar is wordt waar nodig onder de betreffende reclame (een deel van) de tekst herhaald.
- [2.] Investigative Ophthalmology & Visual Science, september 2011, vol. 52 nr. 10.
- [3.] Cataract & Refractive Surgery Today, april 201.
- [4.] Clinical Ophthalmology 2015:9 245-252.
- [5.] Ter zitting heeft Oculus aangegeven dat haar vorderingen niet langer zien op de op de Verenigde Staten gerichte website van I-Optics.
- [6.] Burgerlijk Wetboek.
- [7.] Verordening (EU) 1215/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken.
- [8.] Vergelijk in dit verband artikel 5.2.2.9 van de Gedragscode Geneesmiddelenreclame van stichting GCR.
- [9.] Vergelijk HvJEG 19 april 2007, C-381/05 (Veuve Clicqout).
- [10.] Bronvermelding ontbreekt.
- [11.] Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

## Voetnoten "Noot"

---

- [12.] Richtlijn 2006/114/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 inzake misleidende reclame en vergelijkende reclame, *PbEU*2006, L 376/21 (Richtlijn MVR).
- [13.] Richtlijn 2005/29/EG van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt, *PbEU* 2005, L 149/22.
- [14.] Artikel 8 lid 1 Richtlijn MVR: "Deze Richtlijn belet de lidstaten niet voorschriften te handhaven of aan te nemen met het oog op een verdergaande bescherming van handelaren en concurrenten met betrekking tot misleidende reclame."
- [15.] Artikel 8 lid 1 Richtlijn MVR tweede volzin: "Deze eerste alinea is niet van toepassing op vergelijkende reclame voor zover het de vergelijking betreft."
- [16.] HvJ EU 8 april 2003, IER 2203/64, p. 320, m.nt. J.J.C. Kabel (*Pippig/Hartlauer*).
- [17.] Zo ook reeds D.W.F. Verkade, *Monografieën BW, Misleidende (B2B) reclame en vergelijkende reclame*, Deventer: Kluwer 2011.
- [18.] HvJ EU 16 juli 1998, C-210/97, *Jur.* p. I-4657; *NJ* 2000/374, m.nt. D.W.F. Verkade (*Gut Springenheide*): maatman is de gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument.
- [19.] HvJ EU 26 november 1996, C-313/94, *PbEG* 1996, p. 1-6039 (*Graffione*) en HvJ EU 16 september 1999, C-220/98, *PbEG* 2000, p. I-117 (*Lifting*). Meer over dit onderwerp in het proefschrift van B. B. Duivenvoorde, *The Consumer Benchmarks in the Unfair Commercial Practices Directive*, Houten: Springer 2015.
- [20.] Hof Den Haag 29 januari 2013, IEPT20130129, *IER* 2013/4, p. 369-379, m.nt. Eijsvogels en Hoogenraad (*Wilkinson/Gillette*).
- [21.] HvJ EU 12 april 2011, DC 235/09 HL/Chronopost, *NJ* 2013/209, m.nt. Ch. Gielen. Zie ook M. Haak, Handhaven van

gemeenschapsmerken- en modellen: territoriale beperkingen?, *BMM Bulletin* 2011/3, p. 114-119.

[22] Verordening EU 1169/2011 van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2011, *PbEU* 2011, L 304/18 (VIC verordening, Voedselinformatie naar Consumenten).

[23] Verordening EG 1924/2006 van het Europees Parlement en de Raad van 20 december 2006, *PbEU*2006, L 404/9 (Claimsverordening).