

Specsavers maakt zich niet alleen schuldig aan ongeoorloofde vergelijkende reclame maar bovendien aan ongeoorloofde mededinging, omdat door de reclame-uiting een schadelijke mededeling wordt gedaan over Hans Anders en haar producten en diensten. De tekst van de gevraakte advertentie is er namelijk op gericht om het imago van Hans Anders welbewust te schaden door de consument ertoe te bewegen geen zaken meer te doen met Hans Anders. De inhoud en tekst van de reclame-uiting zijn niet alleen nodeloos denigrerend, maar de daarin gemaakte vergelijkingen alsmede de onderzoeksresultaten worden op een zodanige wijze gepresenteerd dat die op geen enkele wijze als zakelijk en neutraal kunnen worden aangemerkt. Verder maakt Specsavers met de gevraakte reclame-uiting, waarin een onmiskenbare verwijzing naar het merk HANS ANDERS wordt gemaakt, een inbreuk op het merk HANS ANDERS. Met de verwijzing naar het merk HANS ANDERS wordt door Specsavers afbreuk gedaan aan de reputatie en het onderscheidend vermogen van het merk. Op grond van art. 2.20 lid 1 onder d, BVIE verzet Hans Anders zich daartegen.

3.3. Specsavers voert verweer waarop hierna, voor zover van belang, nader zal worden ingegaan.

4. De beoordeling

4.1. In geschil is de vraag of de in geding zijnde advertentie, waarin Specsavers het opleidingsniveau van haar opticiens en audiciens vergelijkt met die van Hans Anders, geoorloofd is. Daartoe dient allereerst te worden beoordeeld of de advertentie, zoals door Hans Anders gesteld, misleidend is en de consument ertoe brengt of toe kan brengen een besluit over een transactie te nemen die hij/zij anders niet had genomen. Daarbij dient te worden uitgegaan van de vermoedelijke verwachtingen van een gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument. De aan de vergelijkende reclame gestelde eisen dienen daarbij in de voor deze reclame meest gunstige zin te worden uitgelegd (HvJ EG 25 oktober 2001, NJ 2002, 142).

4.2. De basis van de in geding zijnde advertentie wordt gevormd door het in opdracht van Specsavers door Branches & Trends uitgevoerde onderzoek. Vooropgesteld wordt dat van de zijde van Hans Anders ter terechtzitting desgevraagd is verklaard dat zij de uitkomsten van het onderzoek, dat (slechts) 49% van de geïnterviewde opticiens en 11% van de geïnterviewde audiciens in dienst van Hans Anders mbo-gediplomeerd is, als zodanig niet betwist en evenmin de representativiteit van de groep geïnterviewden ten opzichte

van de gehele groep opticiens en audiciens in haar dienst wenst aan te vechten. Gelet hierop zal verder van de juistheid van de gegevens uit het door Branches & Trends uitgevoerde onderzoek worden uitgegaan en kan de door Hans Anders opgeworpen vraag of Branches & Trends het onderzoek op juiste wijze heeft uitgevoerd onbesproken blijven.

4.3. Vastgesteld wordt dat voor zover Specsavers de resultaten van het onderzoek van Branches & Trends in de in geding zijnde advertentie heeft overgenomen, dit een cijfermatig correcte weergave van de onderzoeksresultaten oplevert. Vermeld is dat bij Hans Anders 23 van de 45 geïnterviewde opticiens en 34 van de 38 geïnterviewde audiciens die oog- of hoortesten uitvoeren niet een afgeronde opleiding op een officieel mbo- of hbo-instituut hebben gevolgd. Verder is bij de procentuele weergave van de resultaten voor Hans Anders in de advertentie, links tussen haakjes, meegedeeld waarop de in de advertentie vermelde percentages van 49% en 11% volledig gediplomeerde opticiens en audiciens zijn gebaseerd. Onder deze percentages staat in de advertentie vermeld dat het resultaat op geïnterviewde opticiens ziet.

4.4. Het misleidende karakter van de advertentie zit er volgens Hans Anders met name in dat Specsavers in de advertentie niet vermeldt dat een mbo- of hbo-diploma voor de beroepen van opticien en audicien in Nederland niet verplicht is en dat de opticiens en audiciens van Hans Anders een door Hans Anders verplicht gestelde interne opleiding hebben gevolgd. Deze interne opleiding is volgens Hans Anders meer dan toereikend om op een zorgvuldige en verantwoorde wijze oogmetingen en hoortesten te verrichten. Daarbij wordt afhankelijk van de functie van de medewerker bepaald welke modules van de interne opleiding moeten worden gevolgd.

4.5. Vastgesteld wordt, gelet op de aanhef van de advertentie, dat de kern van de mededeling van Specsavers in de advertentie is dat slechts een beperkt deel van de audiciens en opticiens van Hans Anders een mbo-opleiding heeft gevolgd. Nergens wordt in de advertentie gesteld dat de audiciens en opticiens van Hans Anders, die niet over een mbo- of hbo-diploma beschikken, niet enige andere opleiding hebben genoten. Sterker nog, in de informatie die Specsavers op haar website heeft geplaatst en waar in de advertentie ook voor meer informatie naar wordt verwezen, valt onder meer te lezen dat medewerkers van Hans Anders die geen mbo- of hbo-opleiding hebben gevolgd wel een interne opleiding hebben gevolgd. Gelet op de beperkingen die een advertentie met zich brengt, wordt geoordeeld dat Specsavers met de verwijzing naar haar website in de advertentie deze

informatie daarmee voor de gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument op voldoende wijze ter controle beschikbaar heeft gesteld. Indien Hans Anders meer aandacht voor haar interne opleiding wenst, ligt het voorhands op haar weg om daar, bijvoorbeeld door een eigen reclame-campagne, nadere informatie over te verschaffen.

4.6. Verder is, anders dan door Hans Anders betoogd, in deze procedure niet aangetoond of aannemelijk geworden dat haar interne opleiding gelijk kan worden gesteld met een mbo-opleiding. Daarbij is van belang dat van de interne opleiding geen leerplan is overgelegd en dat uit hetgeen over en weer ter terechtzitting en met name door een voormalige interne opleider van Hans Anders, thans werkzaam voor Specsavers, is verklaard naar voren komt dat de interne opleiding van Hans Anders minder breed is dan een mbo-opleiding. Zo is bij de interne opleiding van Hans Anders een aantal mbo-vakken weggeglaten omdat die niet relevant zouden zijn. Daarnaast zou de interne opleiding in veel minder lesuren voorzien dan een mbo-opleiding. De omstandigheid dat in een televisieprogramma een opticien van Hans Anders een 'betere' oogmeting zou hebben verricht dan een opticien van Specsavers, zoals door Hans Anders gesteld, maakt dat niet anders. Allereerst heeft Specsavers de resultaten van die oogmeting gemotiveerd betwist, daarnaast zegt een enkele vergelijking tussen twee individuele opticiens onvoldoende over het algemene niveau van de interne opleiding, te minder nu niet bekend is of de desbetreffende opticien van Hans Anders de interne opleiding heeft gevolgd of dat hij misschien elders is geschoold.

4.7. Voorts zou de advertentie volgens Hans Anders misleidend zijn omdat Specsavers in de advertentie doet voorkomen dat bij Specsavers 100% van de opticiens en 100% van de audiciens mbo- of hbo-gediplomeerd is, terwijl dat geen onderdeel van het onderzoek van Branches & Trends is geweest. In de advertentie zou daarom niet sprake zijn van een objectieve vergelijking en het onderzoek kan dan ook niet dienen als rechtvaardiging voor de vergelijking die in de advertentie wordt gemaakt.

4.8. Vastgesteld wordt dat nergens in de advertentie wordt gesteld dat door Branches & Trends ook onderzoek onder winkels van Specsavers is verricht. In het begin van de advertentie wordt uitsluitend gesteld dat onafhankelijk onderzoek onder Hans Anders winkels heeft plaatsgevonden en onder de 100% vermelding bij het resultaat van Specsavers staat ook slechts 'van alle opticiens/audiciens' en niet zoals bij het resultaat voor

Hans Anders 'van de geïnterviewde opticiens/audiciens'. Daarnaast blijkt ook uit de informatie op de website van Specsavers dat slechts de winkels van Hans Anders in het onderzoek betrokken zijn geweest. Voldoende aannemelijk is dan ook dat het voor een gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument duidelijk is dat het onderzoek slechts ziet op de winkels van Hans Anders en dat de in de genoemde 100% score voor Specsavers niet op het onderzoek is gebaseerd.

4.9. Van belang is of Specsavers de juistheid van haar 100% claim voldoende kan onderbouwen. Zij heeft daartoe de diploma's van alle voor haar werkzame opticiens en audiciens overgelegd. Tevens is per Specsaverswinkel een verklaring overgelegd waarin wordt gesteld dat alle oogtesten en alle gehoortesten door een gediplomeerd persoon worden uitgevoerd. Door Hans Anders is niet aangetoond dat deze verklaringen onjuist zijn. De door Hans Anders genoemde verklaringen van de Specsaverswinkels in Ede en Rotterdam maken dat niet anders. Uit die verklaringen kan niet worden afgeleid dat op de momenten dat een opticien van Specsavers, om wat voor reden dan ook, niet in één van die winkels aanwezig is, er toch een oogtest in die winkels wordt uitgevoerd. Daarnaast blijkt uit de verklaring van de winkel in Rotterdam dat de oogmeting wordt verricht onder toezicht van een gediplomeerd opticien, die tevens praktijkopleider is. Ook die oogmeting moet derhalve worden aangemerkt als uitgevoerd door een gediplomeerd opticien. Ten slotte is evenmin aannemelijk dat een gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument de 100% score zo zal begrijpen dat de gediplomeerde opticien of audicien te allen tijde in de winkel aanwezig is.

4.10. Uit het voorgaande volgt dat op basis van de thans beschikbare gegevens geen aanleiding bestaat voor het oordeel dat de advertentie van Specsavers misleidend is of dat het niet op een objectieve en controleerbare wijze de diensten vergelijkt.

4.11. Ten aanzien van de grief van Hans Anders dat de advertentie haar goede naam schendt en denigrerend is, wordt overwogen dat noch de tekst van de afzonderlijke onderdelen, noch de totaalindruk van de advertentie jegens Hans Anders denigrerend is. Wel is aan vergelijkende reclame inherent, zoals ook hier het geval, dat de adverteerder het eigen product in de advertentie als beter dan dat van de concurrent zal presenteren en dat het product van de concurrent daarmee in een ongunstiger daglicht wordt gesteld. Het doel van (vergelijkende) reclame is immers in het algemeen om de consument te stimuleren om meer producten van de adverteerder af te

nemen en niet om het product van concurrent te promoten. In het onderhavige geval wordt geoordeeld dat Specsavers de daarbij jegens de goede naam van Hans Anders in acht te nemen grenzen niet heeft overschreden.

4.12. Voor zover Specsavers heeft aangevoerd dat met de vermelding 'Anders dan Hans' in de advertentie een inbreuk wordt gemaakt op haar merk HANS ANDERS, wordt overwogen dat een houder van een merk niet gerechtigd is te verbieden dat een derde in een vergelijkende reclame gebruik maakt van een teken dat gelijk is aan of overeenstemt met zijn merk, indien dit gebruik niet leidt tot verwarringsgevaar bij het publiek (HvJ EG 12 juni 2008, IER 2008/56). In het onderhavige geval is de door Specsavers gebruikte variant op het merk van Hans Anders mogelijk enigszins provocerend, maar niet is gesteld of gebleken dat door het gebruik van die variant op het merk van Hans Anders verwarring bij het relevante publiek ontstaat. De advertentie is niet misleidend en er wordt geen enkel commercieel verband tussen Hans Anders en Specsavers gesuggereerd. Het onderhavige gebruik kan Specsavers voorshands dan ook niet op grond van het merkenrecht worden verboden. Daar komt bij dat Hans Anders door zich 'Anders' te noemen zelf uitlokt dat concurrenten, ter onderscheiding, zich in een vergelijkende reclame weer 'anders' dan Hans Anders zullen noemen. Een dergelijke ludieke variant op een merk is toelaatbaar zolang het niet denigrerend is. Hiervoor is reeds overwogen dat daar in het onderhavige geval geen sprake van is.

4.13. Uit hetgeen hiervoor reeds is besproken volgt dat in het onderhavige geval evenmin sprake is van een ongeoorloofde mededinging. De vorderingen van Hans Anders zullen daarom worden afgewezen.

4.14. Hans Anders zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. Bij afwijzing van de vordering is door Specsavers een volledige vergoeding van de advocaatkosten gevorderd nu door Hans Anders tevens een inbreuk op haar intellectuele eigendom is gesteld. Door Specsavers is in dat verband een bedrag van € 3500 aan advocaatkosten gevorderd. Dit bedrag komt redelijk voor en zal daarom worden toegewezen. De kosten aan de zijde van Specsavers worden derhalve begroot op:

- vast recht € 262
- salaris advocaat € 3500
- Totaal € 3762

5. De beslissing

De voorzieningenrechter

5.1. weigert de gevraagde voorzieningen,

5.2. veroordeelt Hans Anders in de proceskosten, aan de zijde van Specsavers tot op heden begroot op € 3762,

5.3. verklaart dit vonnis wat betreft de kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad. (Geen hoger beroep ingesteld, *beni*)

Noot

1. Voor wie nog twijfelde: opnieuw is de facto bevestigd dat art. 6:194a BW (vergelijkende reclame) niet slechts geldt voor BtoB-reclame (tussen handelaren), maar ook als een onderneming richting consument misleidende vergelijkende reclame maakt jegens zijn concurrent. De Wet oneerlijke handelspraktijken heeft daar geen wijziging in gebracht. Hierover was begin dit jaar enige discussie gaande. Zie het commentaar van P.G.F.A. Geerts in IER 2009/1 in reactie op het artikel van Kroon en Mastenbroek in IER 2009/64. Kort gezegd: weliswaar beperkt het *toepassingsgebied* van de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken (2005/29) zich tot B2C-verhoudingen, maar dat betekent niet dat ondernemingen niet zouden kunnen *optreden*. Geerts baseert zich op overweging 8 en art. 11 Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken: de strekking van de Richtlijn OPH is niet slechts om consumenten tegen oneerlijke handelspraktijken te beschermen, maar ook om bonafide ondernemers te beschermen tegen andere ondernemers die zich niet aan de OHP-regels houden.¹ Daarnaast is het niet de bedoeling van de ROH geweest om ook art. 6:194a BW over vergelijkende reclame te beperken tot de BtoC-uitingen. Art. 6:194a BW ziet zowel op vergelijkende reclame gericht op de ondernemer, als op uitingen gericht op de consument. Soortgelijk is ook expliciet beslist door Vzt. Rb. Leeuwarden 29 april 2009 (*Huis & Hypotheek/DSB bank*²):

'de rechtbank is van oordeel dat naast consumenten ook concurrenten tegen handelaren kunnen optreden die zich niet aan de in de artikelen 6:193a-j BW neergelegde regels houden.'

De discussie kan worden gesloten. Op dit punt weten we nu waar we aan toe zijn.

2. Specsavers heeft opdracht gegeven tot Mystery-onderzoek bij de opticiens en audiciens van Hans Anders. De resultaten worden vermeld in een uitgebreide advertentie 'Anders dan Hans'. 23 van de 45 geïnterviewde opticiens heeft geen officiële mbo- of hbo-opleiding tot opticien gevolgd. Dat geldt ook voor 34 van de 38 geïnterviewde audiciens. Het valt op dat Hans Anders kennelijk de uitkomsten van het onderzoek en de representativiteit niet heeft weersproken. Specsavers heeft aangetoond dat al haar opticiens/audiciens wel een mbo- of hbo-diploma hebben. De feiten zijn over en weer dus juist. Discussie ontstaat over de betekenis van de

advertentie voor de consument. Hoe zit het met de misleidende suggestie?

3. Juridische hamvraag: zal de consument de advertentie opvatten in de zin dat hij bij Specsavers in meer deskundige handen is dan bij Hans Anders, of, sterker nog, dat de kwaliteit van dienstverlening bij de Hans Anders opticiens slechter is? Uit de overwegingen valt af te leiden dat de voorzieningenrechter meent dat een mogelijke suggestie dat Specsavers meer gediplomeerd is niet misleidend is omdat Hans Anders niet heeft aangetoond dat haar interne opleiding gelijk is te stellen aan een mbo/hbo-opleiding. Maar levert dit vervolgens de misleidende suggestie op dat je bij Hans Anders niet in goede handen bent? De voorzieningenrechter vindt van niet.

4. Het doet denken aan de juridische vraagstelling of je mag vergelijken op één aspect, zonder de bijkomende negatieve (eigen) omstandigheden te vermelden. Ook dan wordt net als in deze zaak wel gezegd dat de andere partij altijd nog een 'verweer' advertentie kan plaatsen waarbij de gunstige eigen omstandigheden of de negatieve aspecten bij de concurrent kunnen worden benadrukt.

5. In dit geval wordt echter met het positieve gegeven '100% gediplomeerd bij Specsavers' in vergelijking tot de 49% respectievelijk 11% bij Hans Anders naar mijn mening voor de consument de suggestie gewekt dat Hans Anders minder kwaliteit heeft. De gemiddelde consument zal na deze advertentie zeker menen dat je beter bij een gediplomeerd opticien kunt zijn. In een situatie dat de kwaliteit bij Hans Anders aantoonbaar even goed is, dan is naar mijn mening wel sprake van een misleidende reclame. Feitelijk is het zover niet gekomen, omdat kennelijk niet was aangetoond dat de interne opleiding van Hans Anders op eenzelfde niveau was. De voorzieningenrechter had daarmee dan kunnen volstaan. Overweging 4.5 dat 'nergens in de advertentie wordt gesteld dat Hans Anders opticiens/andiciens niet een andere opleiding hebben genoten' is mijns inziens niet overtuigend. Het gaat immers om de suggestie uit de advertentie, en die is zonder twijfel dat Hans Anders personeel minder vakbekwaam is.

6. Specsavers heeft wel op de website vermeld dat een interne opleiding wordt gevolgd bij Hans Anders. Vaak is dit bij reclame-uitingen (ook bij advertenties) een reden dat de misleiding wordt weggenomen. Echter, dan moet wel in de uiting zelf worden verwezen naar de website. Dat is in dit geval niet gebeurd. De voorzieningenrechter overweegt 'gelet op de beperkingen die een advertentie met zich meebrengt' dat de vermelding op de website in voldoende mate maakt dat Specsavers de informatie ter controle beschikbaar heeft

gesteld. Met Geerts³ ben ik van mening dat, als de voorzieningenrechter bedoeld heeft te verwijzen naar art. 6:193d lid 4 BW (beperking van het communicatiemedium bij misleidende omissie) dat in dit geval niet toepasselijk is. Deze printadvertentie was bij uitstek geschikt (anders dan een TVC of banner of sms-bericht) om nadere informatie te geven. Als bedoeld is om te verwijzen naar het voor de gemiddelde consument bekende want gebruikelijke fenomeen dat nadere informatie op de website wordt vermeld, dan deel ik die visie voor zover het aanvullende, onderbouwende informatie betreft, zoals de uitwerking van het onderzoeksrapport. Voor zover het wezenlijke informatie betreft, nodig om misleiding te voorkomen, moet die informatie in de reclame-uiting zelf worden opgenomen. Bijvoorbeeld door middel van een asterisk die verwijst naar de interne opleiding van Hans Anders. Nu door Hans Anders niet is aangetoond dat die opleiding gelijkwaardig is, komt de noodzaak daartoe te vervallen.

7. De reclame is niet nodeloos denigrerend, noch qua tekst, noch de afzonderlijke onderdelen, noch de totaalindruk. De voorzieningenrechter overweegt dat het aan vergelijkende reclame inherent is dat het product van de concurrent in een ongunstiger daglicht wordt gesteld. Op zich juich ik toe dat niet te snel wordt geoordeeld dat een vergelijking denigrerend is. Dat past geheel in de lijn van het Hof van Justitie EG: alle voorwaarden die gelden ten aanzien van vergelijkende reclame moeten gunstig worden uitgelegd in het voordeel van vergelijkende reclame. De toetsing of iets denigrerend/kleinerend is, is hoe dan ook sterk verweven met de misleiding. Als de vergelijking wel misleidend was geacht, dan was natuurlijk sneller sprake van nodeloos denigrerend.

8. Het vonnis is geweest op dezelfde dag als – en dus zonder kennis van – *L'Oreal/Bellure*.⁴ Sindsdien weten we zeker dat niet alleen bij verwarringsgevaar op basis van het merkrecht kan worden opgetreden bij vergelijkende reclame, maar ook indien het gebruik van het merk in de vergelijkende reclame afbreuk doet aan een van de andere functies van het merk. De voorzieningenrechter overweegt 'een dergelijke Indieke variant (Anders dan Hans) op het merk HANS ANDERS is toelaatbaar zolang het niet denigrerend is.' Ook na *L'Oreal* meen ik dat het oneerlijk voordeel ten gevolge van de bekendheid van het merk (art. 3 bis lid 1 sub g Vergelijkende Reclamerichtlijn) nog ruimte moet laten voor enige speelse humor in de vergelijking met het concurrerende (beeld) merk.

1. Zo ook D.W.F. Verkade, *Misleidende en vergelijkende reclame en oneerlijke handelspraktijken (de invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht)*, Serie Onderneming en Recht deel 42-2, Deventer: Kluwer 2007, p. 9.
2. V.zr. Rb. Leeuwarden 29 april 2009, nr. 87328/HA ZA 08-96 (*Huis & Hypotheek/DSB Bank*).
3. Noot d.d. 28 juli 2009 bij Hans Anders/Specsavers, te vinden op www.boek9.nl.
4. HvJ EG 18 juni 2009, B9 7974 (*L'Oreal/Bellure*), o.a. geannoteerd door Charles Gielen in *IER*, 2009/43.

Nr. 90

RECLAME CODE COMMISSIE

1 september 2009

(Mrs. J.P.H. van Driel van Wageningen, voorzitter, en P.H. Debets, N.Y.F. Krijnen, E. Schuchart en J.M.F.M. Waaijer, leden, Mr. W. Hengeveld, secretaris)
(m.nt. EHH)

(Nederlandse Energie Maatschappij: Maurice de Hond)

Reclame-uiting van NEM waarin Maurice de Hond optreedt. Strijd met art. 11.2 NRC (verbod dat mensen die krachtens hun optreden in tv-/radio-programma geacht kunnen worden gezag te hebben bij bepaalde publieksgroepen optreden in reclame-uitingen)? Nee. College van Beroep vernietigt beslissing van Reclame Code Commissie. Verschil tussen bekendheid, gezag en vertrouwen bij het publiek, en bekendheid/gezag/vertrouwen ten gevolge van het optreden in programma's.

De Nederlandse Energie Maatschappij BV,
gevestigd te Rotterdam,
appellante,
adv.: mr. De Heer,
tegen
X,
te Utrecht.

(...)

De bestreden reclame-uiting

Het betreft een televisiereclame waarin Maurice de Hond, terwijl hij door een drukke straat loopt en vervolgens in een volle tram staat, zegt:

'Uit mijn onderzoek blijkt dat minstens 94% van de Nederlandse huishoudens te veel betaalt voor energie. Al die mensen kunnen fors besparen als ze overstappen. Bekijk mijn onderzoek en vergelijk zelf. Op nederlandenergie.nl. Of bel gratis 0800-4664. Ik zeg: "doen".'

EHH

Wanneer het telefoonnummer wordt opgelezen, komen de genoemde website en het