

Interflora: van doodsteek naar flowerpower voor vergelijkende reclame.

Kort commentaar vanuit reclamerecht perspectief bij HvJ EU 22 september 2011 (*Interflora/Marks&Spencer*), IER 2011/71, m.nt. Gielen

2

Inleiding

*L'Oréal/Bellure*² bracht destijds een schok teweeg in reclameland. Na *O2/Hutchison*³ achtte de maker van vergelijkende reclame het veilig het merk van de concurrent te gebruiken, zolang hij maar voldeed aan de voorwaarden voor zuivere vergelijkende reclame uit de Vergelijkende Reclamerichtlijn (VrRI)⁴. Maar in *L'Oréal/Bellure* werden de begrippen ongerechtvaardigd voordeel uit de Merkenrichtlijn (Mrl)⁵ en oneerlijk voordeel uit de VrRI als synoniem bestempeld. Volgens de VrRI mag vergelijkende reclame geen oneerlijk voordeel opleveren. De ruime uitleg van ongerechtvaardigd voordeel in *L'Oréal/Bellure* leek zodoende een reëel gevaar te vormen voor de toelaatbaarheid van vergelijkende reclame waarin het bekende merk van de concurrent wordt gebruikt. Immers: als sprake zou zijn van ongerechtvaardigd voordeel zou dat automatisch oneerlijk voordeel betekenen – en dus onzuivere vergelijkende reclame én merkinbreuk. Dit betekende volgens sommigen de doodsteek voor vergelijkende reclame.⁶ Echter: na *Interflora*⁷ kan de maker van vergelijkende reclame opgelucht ademen. Het voordeel dat deze wijze van reclame maken hem verschaft, blijkt niet één-twee-drie ongerechtvaardigd. Het HvJ lijkt de in *O2* ingezette koers van verzoening tussen VrRI en Mrl voort te willen zetten. De opmerkelijke toepassing van de geldige reden in *Interflora* vormt een kennelijk onbedoelde niet onoverkomelijke dissonant.

Aanhaken volgens *Interflora*

Op 22 september 2011 verduidelijkte het HvJ in *Interflora* wanneer een merkhouder kan optreden tegen het gebruik van zijn merk door een concurrent als trefwoord in het kader van een zoekmachineadvertentiedienst. De feiten van de zaak veronderstellen wij bekend. In deze bijdrage concentreren wij ons op wat het HvJ in *Interflora* zegt over on-

gerechtvaardigd voordeel trekken uit reputatie of onderscheidend vermogen van een bekend merk (aanhaken ex art. 5 lid 2 Mrl).⁸

Het HvJ stelt vast dat een *keyword advertiser* die *zonder geldige reden* het bekende merk van een ander als trefwoord selecteert, daarmee in de regel ongerechtvaardigd voordeel trekt (met andere woorden: in het kielzog van het merk probeert te varen). De *keyword advertiser* beoogt immers profijt te trekken uit het onderscheidend vermogen en de reputatie van het merk, en daarbij zal hij in de regel geen vergoeding betalen aan de merkhouder.⁹ Expliciet overweegt het HvJ dat het feit dat een merk een reputatie heeft natuurlijk de kans vergroot dat dat merk door derden gebruikt wordt, met het doel profijt te trekken van die reputatie en een positief effect op de eigen verkoop te creëren.

De crux zit hem in de geldige reden. Die biedt namelijk een *escape* voor de adverteerder. Wanneer de reclameboodschap een *alternatief* voor de waren of diensten van de merkhouder voorstelt,

- zonder dat in de reclame een loutere *imitatie* van de waren of diensten van de merkhouder wordt aangeboden;
- zonder dat dit tot *verwatering* of een *afbreken* van het merk leidt; en
- zonder dat de *functies van het merk* anderszins worden aangetast;

is sprake van een gezonde en eerlijke mededinging in de sector van de betrokken waren en diensten en dus van een geldige reden in de zin van art. 5 lid 2 Mrl.¹⁰

Het aanhaken, dat in *L'Oréal/Bellure* zo ruim werd omschreven, wordt in *Interflora* genuanceerd door de introductie van – wat wij noemen – een alternatief-exceptie. Het HvJ probeert daarmee kennelijk een *safe harbour* te creëren voor gezonde en eerlijke mededinging.

Toepassing van de geldige reden

De toepassing van de geldige reden door het HvJ is opvallend. De alternatief-exceptie wordt door het HvJ expliciet onder de geldige reden geschaard. De geldige reden wordt gebruikt als essentiële bouwsteen om te komen tot het oordeel dat bij het aanbieden van een alternatief geen sprake is van merkinbreuk in de zin van art. 5 lid 2 Mrl. In rechts-

1 E.H. Hoogenraad en D. Haije zijn beiden advocaat bij Hoogenraad & Haak, advertising + IP advocaten.

2 HvJ EU 18 juni 2009, IER 2009/43, m.nt. Gielen (*L'Oréal/Bellure*), IER 2009/58, m.nt. Senftleben, BMM Bulletin 2010, p. 64.

3 HvJ EU 12 juni 2008, IER 2008/56, m.nt. EHH (*O2/Hutchison*), AA 2008/11, m.nt. ChG.

4 Richtlijn 2006/114/EG inzake Misleidende en Vergelijkende Reclame (voorheen 97/55/EG, in de arresten *O2* en *Bellure* wordt nog gerefereerd aan art. 3bis VR (oud), inmiddels gewijzigd in art. 4 VR).

5 Richtlijn 89/104 EG.

6 Paul Reeskamp, 'Bellure: de nieuwe doodsteek voor vergelijkende reclame?', BMM bulletin 2010-2, p. 62-63.

7 HvJ EU 22 december 2011 (*Interflora/Marks& Spencer*), IER 2011/71, m.nt. ChG.

8 R.o. 84-95.

9 R.o. 89.

10 R.o. 91.

overweging 89 staat immers dat bij selectie van een bekend merk als *keyword* – *wanneer een geldige reden ontbreekt* – sprake is van kielzogvaren. Indien een geldige reden ontbreekt, is het voordeel van de *keyword advertiser* ongerechtvaardigd. Het HvJ kiest dus voor een afzonderlijke toetsing van de geldige reden, en niet voor de enkele vaststelling dat geen sprake is van ongerechtvaardigd voordeel.

Dat is niet direct logisch. Het HvJ vindt klaarblijkelijk dat 'gezonde en eerlijke mededinging' het voordeel van de *keyword advertiser* rechtvaardigt. Dan lijkt toch geen sprake van *ongerechtvaardigd* voordeel. Het was ons inziens helemaal niet nodig geweest om 'gezonde en eerlijke mededinging' onder de geldige reden te scharen. De eenvoudige constatering dat geen sprake is van ongerechtvaardigd voordeel was voldoende geweest om merkinbreuk ex art. 5 lid 2 Mrl uit te sluiten. Ook annotator Gielen huldigt het standpunt dat als het merkgebruik als een gezonde en eerlijke mededinging valt te kwalificeren, het door de adverteerder verkregen voordeel gerechtvaardigd is en om die reden buiten de werking van art. 5 lid 2 Mrl valt.¹¹ Een geldige reden komt pas in beeld als het gebruik van het merk *ongerechtvaardigd* voordeel oplevert, niet als het slechts voordeel oplevert.

De gehanteerde systematiek is temeer merkwaardig nu deze (kennelijk onbedoeld) indruist tegen de door het HvJ ingezette lijn van verzoening van merkenrecht en vergelijkende reclame. Daarover hierna meer.

Keyword advertising = vergelijkende reclame

Interflora gaat over het gebruik van een merk in het kader van *keyword advertising*, maar de lijn is naar onze mening door te trekken naar vergelijkende reclame.¹² Het HvJ heeft weliswaar (nog) niet expliciet geoordeeld dat *keyword advertising* als vergelijkende reclame heeft te gelden, maar dat lijkt slechts een kwestie van tijd. Vergelijkende reclame is immers een bijzonder ruim begrip; voor kwalificatie als zodanig is het al voldoende dat de gemiddelde consument de onderneming of producten waarop de reclameboodschap betrekking heeft zou kunnen identificeren.¹³ De gemiddelde consument zal een verband leggen tussen advertenties en het door hem ingevoerde trefwoord, en in het verlengde daarvan tussen de advertenties en het merk. De gemiddelde consument zal dus kunnen begrijpen dat de advertenties betrekking hebben op de merkhouder en zijn producten – de vergelijkende reclame is daarmee een feit. De Haagse voorzieningenrechter oordeelde in de *Tempur*-zaken al dat de advertenties die verschenen na de invoer van 'Tempur'

moesten worden aangemerkt als vergelijkende reclame.¹⁴ Dit oordeel is recent en ons inziens terecht in hoger beroep door het Hof Den Haag bevestigd in de *Medicomfort*-zaak.¹⁵

Verzoening Mrl met VrRI: voortgezet in *Interflora*

Steeds waar een (bekend) merk wordt gebruikt in een vergelijkende reclame komt de samenloopvraag aan de orde. De wetgever heeft verzuimd een doorwrochte samenhang uit te denken tussen de VrRI en de Mrl. Dat is overgelaten aan de rechtspraak. In *O2* heeft het HvJ een duidelijke koers uitgezet: het verzoenen van de beide richtlijnen. In overweging 45 van *O2* overweegt het HvJ dat om de bescherming van de ingeschreven merken te verzoenen met het gebruik van vergelijkende reclame art. 5 lid 1 en 2 Mrl en art. 3bis lid 1 VrRI zo moeten worden uitgelegd dat de merkhouder niet gerechtigd is een derde het gebruik van een (overeenstemmend) teken te verbieden in vergelijkende reclame die voldoet aan alle in art. 3bis lid 1 VrRI genoemde voorwaarden van geoorloofdheid. Met andere woorden: een zuivere vergelijkende reclame is nooit een merkinbreuk. Die verzoening wordt ook bewerkstelligd door juridische begrippen uit de vergelijkende reclame en het merkenrecht bij elkaar te brengen.

Zo zijn verwarring uit de VrRI en verwarringsgevaar¹⁶ uit de Mrl blijkens *O2* hetzelfde. In *L'Oréal/Bellure* geeft het HvJ aan dat oneerlijk voordeel uit de VrRI en ongerechtvaardigd voordeel uit de Mrl in beginsel op dezelfde wijze moeten worden uitgelegd.¹⁷ Een belangrijke koers, zo menen wij, want rechtszekerheid verlangt eenduidige invulling van overlappende begrippen.

De verzoening tussen VrRI en Mrl is ook in *Interflora* terug te vinden.

Interflora is ook toegespitst op vergelijkende reclame en geeft daar alle ruimte voor: alternatief en merkfuncties

Wie *Interflora* leest met een reclamebril op ziet in de kernoverweging 91 dat deze (ook) is toegespitst op vergelijkende reclame. Een zuivere vergelijkende reclame stelt het product voor als alternatief, veroorzaakt geen verwarring (sgevaar) en doet normaal gesproken ook geen afbreuk aan de merkfuncties, nu daarbij een hoge drempel geldt. Het HvJ heeft duidelijk (ook) de vergelijkende reclame in gedachten gehad en heeft kennelijk de bedoeling gehad om de VrRI en Mrl verder te verzoenen.

11 Noot Gielen onder HvJ EU 22 december 2011 (*Interflora*), *IER* 2011/71, voorlaatste alinea.

12 Zo ook Steinhauser, stellig, in zijn noot onder *Interflora* (*BIE* 2011, nr. 116) en Van der Kooy (*Het Interflora-arrest en de geldige reden*, *BIE* 2011, p. 360 e.v.). Onder vergelijkende reclame wordt immers verstaan elke vorm van reclame waarbij een concurrent dan wel door een concurrent aangeboden goederen of diensten uitdrukkelijk of impliciet worden genoemd (art. 6:194a lid 1 BW).

13 HvJ EG 19 april 2007, *IER* 2007/54 (*Veuve Clicquot*).

14 Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 20 december 2010, *IER* 2011/18 en Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 4 februari 2011, *IER* 2011/19, m.nt. ChG, EHH, DHaije.

15 Gerechtshof 's-Gravenhage 22 november 2011, nr. 380699/KG ZA 10-1438 (*Tempur/Medicomfort*), *IEPT*20111122. Een adword campagne die het product als alternatief voorstelt zal ons inziens vrijwel steeds vergelijkende reclame inhouden.

16 Daarbij signaleren wij dat het HvJ kennelijk 'verwarringsgevaar' uit de Mrl op één lijn stelt met '(...) de adverteerder of dienst product wordt verward met (dat van de) concurrent' uit art. 4 onder h VrRI.

17 R.o. 77.

Passen we het door *Interflora* aangedragen toetsingskader toe op gebruik van het bekende merk van de concurrent in vergelijkende reclame, dan valt op dat de vergelijkende reclamemaker er goed vanaf komt. Het bieden van een *alternatief* is in feite waar het om draait in vergelijkende reclame. De vergelijking stelt bijna altijd het eigen product voor als een alternatief: goedkoper, beter, zachter en sterker. In de gewone praktijk van vergelijkende reclame zal zelden een loutere *imitatie* van het product van de merkhouder worden aangeboden. Van *verwatering* of *afbreken* van het merk van de concurrent zal in een vergelijkende reclame normaal gesproken geen sprake zijn.

Aantasting van een merkfunctie door *keyword advertising* blijkt volgens *Interflora* niet zomaar het geval te zijn. Het HvJ onderzoekt in *Interflora* de herkomstaanduidingsfunctie, de reclamefunctie en de investeringsfunctie. Het criterium voor aantasting van de herkomstaanduidingsfunctie in het kader van *keyword advertising* was al bekend uit *Google France*. De adverteerder heeft – kort gezegd – een transparantieplichting. Duidelijk zijn over de afkomst van de advertentie is het devies.¹⁸

Aantasting van de reclamefunctie blijkt een hoog hekje. Het gebruik door een derde van een aan een merk gelijk teken voor dezelfde waren of diensten als die waarvoor dit merk is ingeschreven, verplicht de houder van dit merk om grotere reclame-inspanningen te leveren om de bekendheid van dit merk bij de consument te behouden of te verhogen. Maar dit enkele feit volstaat op zich niet om te concluderen dat afbreuk aan de reclamefunctie van dat merk wordt gedaan.¹⁹

De lat ligt ook hoog voor het aannemen van afbreuk aan de investeringsfunctie. Daarvan zal pas sprake zijn als het gebruik van het merk door de adverteerder het gebruik door de merkhouder van zijn merk ter verwerving of behoud van een reputatie 'aanzienlijk stoort'. De merkhouder van het vergeleken product ondervindt financieel nadeel, en zal zich extra tijd, geld en moeite moeten getroosten om de concurrent enigszins de pas af te snijden. Ook zou een aantal consumenten de producten en diensten van de merkhouder links kunnen laten liggen als gevolg van het gebruik van het merk door de adverteerder. Maar dat alles is nog geen reden om afbreuk aan de investeringsfunctie aan te nemen – aldus het HvJ in *Interflora*.²⁰

De boodschap van het HvJ is duidelijk: bij vergelijkende reclame waarbij het bekende merk van de concurrent wordt gebruikt is dus niet zomaar sprake van schending art. 5 lid 2 Mrl. Het verzoeningstraject wordt daarmee dus voortgezet.

Toelaatbaarheid vergelijkende reclame: een stappenplan

Hoe moet procesrechtelijk de samenloop van merkenrecht en de regels van vergelijkende reclame worden aangepakt? De merkhouder die meent dat zijn merk ten onrechte wordt gebruikt stelt een vordering in op basis van merkinbreuk. De adverteerder verweert zich met een beroep op de regels van vergelijkende reclame. Bij een evidente vergelijkende reclame doet de eiser in het kader van zijn stelplicht er goed aan om ook te onderbouwen waarom geen sprake is van zuivere vergelijkende reclame.

Wij zijn van mening dat de rechter bij de vraag naar de toelaatbaarheid van vergelijkende reclame waarin gebruik wordt gemaakt van een merk van een ander onderstaand stappenplan zou moeten hanteren.

Stap 1: Zuivere vergelijkende reclame?

Stap 1 is de toets of de vergelijkende reclame voldoet aan de eisen die daaraan worden gesteld door de VrRI. Dat betekent dat art. 4 onder a-h VrRI moet worden afgelopen.

Art. 4 VrRI:

"Vergelijkende reclame is, wat de vergelijking betreft, geoorloofd op voorwaarde dat deze:

- a) niet misleidend is [...];
- b) goederen of diensten vergelijkt die in dezelfde behoeften voorzien of voor hetzelfde doel zijn bestemd;
- c) op objectieve wijze een of meer wezenlijke, relevante, controleerbare en representatieve kenmerken van deze goederen en diensten, waartoe ook de prijs kan behoren, met elkaar vergelijkt;
- d) niet de goede naam schaadt van en zich niet kleinerend uitlaat over de merken, handelsnamen, andere onderscheidende kenmerken, goederen, diensten, activiteiten of omstandigheden van een concurrent;
- e) voor producten met een oorsprongsbenaming in elk geval betrekking heeft op producten met dezelfde benaming;
- f) geen oneerlijk voordeel oplevert ten gevolge van de bekendheid van een merk, handelsnaam of andere onderscheidende kenmerken van een concurrent dan wel van de oorsprongsbenamingen van concurrerende producten;
- g) niet goederen of diensten voorstelt als een imitatie of namaak van goederen of diensten met een beschermd handelsmerk of beschermde handelsnaam;
- h) er niet toe leidt dat onder handelaren de adverteerder met een concurrent wordt verward of dat de merken, handelsnamen, andere onderscheidende kenmerken, goederen of diensten van de adverteerder met die van een concurrent worden verward."

Dat eerst de reclamerechtelijke toets moet worden verricht volgt uit *O2*. Het Hof Den Haag bevestigt in de *Tempur*-zaak dat de voorzieningenrechter deze volgorde mocht kiezen,

¹⁸ R.o. 44.

¹⁹ R.o. 57.

²⁰ R.o. 64.

omdat een zuivere vergelijkende reclame per definitie geen merkinbreuk is.²¹

Doorstaat de reclame deze toets dan is sprake van *zuivere vergelijkende reclame*. Dat betekent: geen onrechtmatige daad en geen merkinbreuk. *Case closed*.

Echter, in geval van schending van de voorwaarden uit de VrRI (dus: onzuivere vergelijkende reclame) is wél sprake van een onrechtmatige daad. Sancties die daarbij passen zijn het verbod, de rectificatie, recall en andere nevenvorderingen: Alles op grond van de VrRI. Bovendien gaat het deurtje open naar **Stap 2**: de toets of sprake is van merkinbreuk.

Stap 2: Merkenrechtelijke toets

Schending van één van de voorwaarden uit de VrRI betekent niet direct merkinbreuk.²² De merkenrechtelijke toetsing dient los te worden gezien van de reclamerechtelijke toetsing. Een onzuivere vergelijkende reclame resulteert in de bijbehorende sancties van o.a. verbod en rectificatie, maar niet per se in een volledige kostenveroordeling en de mogelijkheid van een pan-Europees verbod (in geval van een gemeenschapsmerk). Een denigrerende (en dus onzuivere) vergelijkende reclame waarin een onbekend merk wordt gebruikt levert niet automatisch merkinbreuk op – aantasting van een merkfunctie zal moeten worden aangetoond.

In een paar gevallen heeft het HvJ een brug geslagen tussen een voorwaarde uit de VrRI en een voorwaarde voor merkinbreuk. Deze 'doorsteekjes' zijn interessant omdat in die gevallen immers wél sprake zou kunnen zijn van 'twee vliegen in één klap': onzuivere vergelijkende reclame die meteen een merkinbreuk oplevert.

Doorsteekje 1 is dat volgens O2 het begrip verwarring uit art. 4 onder h VrRI overeenkomt met het begrip verwarringsgevaar uit art. 5 lid 1 onder b Mrl.²³ Verwarringsgevaar tast per definitie de herkomstaanduidingsfunctie aan. Ergo: strijdigheid met art. 4 onder h VrRI betekent direct ook een merkinbreuk. Twee vliegen in één klap.

Doorsteekje 2 leidde als gezegd tot onrust in reclameland en is aangelegd in *L'Oréal/Bellure*: het 'oneerlijk voordeel ten gevolge van de bekendheid van het merk' van art. 4 onder f VrRI komt overeen met het 'ongerechtvaardigd voordeel' uit art. 5 lid 2 Mrl. Oneerlijk voordeel betekent dus automatisch ongerechtvaardigd voordeel, en dat betekent

merkinbreuk. De drempel om ongerechtvaardigd voordeel aan te nemen leek bijzonder laag. Dat is nu voorbij. Na *Interflora* weten we dat van merkinbreuk op basis van ongerechtvaardigd voordeel in vergelijkende reclame niet bepaald snel sprake is. Het presenteren van alternatieven vormt immers een geldige reden.

Toepassing geldige redenen in *Interflora*: een Catch-22 voor vergelijkende reclame of toch niet?

Zuivere vergelijkende reclame kan nooit merkinbreuk zijn. Eén van de voorwaarden voor zuivere vergelijkende reclame is dat deze de adverteerder geen oneerlijk voordeel mag opleveren.

In *L'Oréal/Bellure* heeft het HvJ de begrippen ongerechtvaardigd voordeel (Mrl) en oneerlijk voordeel (VrRI) gelijkgeschakeld.

Het HvJ heeft in *Interflora* de geldige redenen gebruikt als bouwsteen zonder expliciet uit te spreken dat de geldige redenen de ongerechtvaardigdheid van het voordeel opheft.²⁴ Daarmee blijft strikt genomen in het midden of wel of niet sprake is van ongerechtvaardigd voordeel. Voor de merkenrechtelijke beoordeling is dit niet relevant: er is rechtsom of linksom immers geen sprake van merkinbreuk. Voor de vergelijkende reclamebeoordeling is het wél van belang, omdat de VrRI geen geldige redenen kent. Als 'ongerechtvaardigd voordeel' overeind blijft (maar met een geldige reden), zou dat via het ongerechtvaardigd/oneerlijk voordeel doorsteekje kunnen betekenen dat sprake is van oneerlijk voordeel en dus een onzuivere vergelijkende reclame. Doordat het HvJ de alternatief-exceptie onder de geldige redenen schaarft heeft het er aldus iets van weg dat een Catch-22 wordt gecreëerd. Nu de VrRI geen 'geldige redenen' kent, zou in theorie de situatie kunnen ontstaan dat tijdens 'Stap 1' oneerlijk voordeel wordt aangenomen, terwijl merkenrechtelijk gezien een geldige reden bestaat. Dat kan niet de bedoeling zijn. Het naast elkaar bestaan van oneerlijk voordeel en een merkenrechtelijke geldige reden past immers niet in de lijn van verzoening van het HvJ.

Toch lijkt de toepassing van de geldige redenen in *Interflora* niet onoverkomelijk voor de vergelijkende reclame. Gezonde en eerlijke mededinging vormt volgens het HvJ merkenrechtelijk de rechtvaardiging van het voordeel dat de *keyword advertiser* trekt. Die rechtvaardiging zou precies even sterk moeten gelden voor de vergelijkende reclame. De rechtvaardiging is aan beide zijden immers gelegen in de eerlijke mededinging.

21 R.o. 8. Slechts op uitdrukkelijk verzoek van Tempur beoordeelt het HvJ eerst de merkinbreuk.

22 Bijv.: een denigrerende (en dus onzuivere) vergelijkende reclame waarin een onbekend merk wordt gebruikt levert niet automatisch merkinbreuk op – aantasting van een merkfunctie zal moeten worden aangetoond. Anders (en o.i. wat te kort door de bocht) Rechtbank 's-Gravenhage (vzr.) 22 december 2011, KG ZA 11-1312 (*Gillette c.s./Wilkinson c.s.*), B9 10593, r.o. 4.9.

23 Als gezegd: daarbij signaleren wij dat het HvJ kennelijk 'verwarringsgevaar' uit de Mrl op één lijn stelt met '(...) de adverteerder of dienst product wordt verward met (dat van de) concurrent' uit art. 4 onder h VrRI.

24 In r.o. 89 geeft het HvJ aan dat gebruik als keyword onder de genoemde omstandigheden ongerechtvaardigd is, met name bij imitaties, tenzij sprake is van een geldige reden. Onder de in r.o. 91 geschetste omstandigheden (alternatief-exceptie en o.a. geen afbreuk merkfuncties) is in ieder geval sprake van een geldige reden. Het HvJ laat nog in het midden of daarmee ook direct sprake is van een 'gerechtvaardigd voordeel'.

Voordeel dat inherent is aan het maken van vergelijkende reclame werd tot zekere hoogte al niet beschouwd als oneerlijk voordeel. De grens tussen enerzijds oneerlijk voordeel en anderzijds het aan vergelijkende reclame inherent toegestane voordeel is in het kader van vergelijkende reclame rechtspraak op Europees niveau nog niet beslist. *Interflora* geeft handvatten voor de toetsing van ongerechtvaardigd voordeel, die via de gelijkshakeling van ongerechtvaardigd en oneerlijk voordeel richtinggevend zijn voor de toetsing van oneerlijk voordeel. Het ligt voor de hand om tijdens de toetsing van de vergelijkende reclame (stap 1) een uitstapje te maken naar het merkenrecht door de *Interflora*-criteria voor de geldige reden bij ongerechtvaardigd voordeel toe te passen op het oneerlijk voordeel. Het arrest geeft ook mogelijkheden om dit te doen.

Overweging 89 laat ons inziens de ruimte om tot zo'n 'gelijkshakelende' oplossing te komen: als een geldige reden ontbreekt is het voordeel van de keyword advertiser ongerechtvaardigd, aldus het HvJ. *A contrario* geredeneerd houdt dat in dat als een geldige reden wél bestaat, het voordeel per definitie dus niet ongerechtvaardigd is maar gerechtvaardigd. Gerechtvaardigd voordeel is gelijk te stellen met eerlijk voordeel, zodat de reclame is toegestaan en geen merkinbreuk oplevert.

Het was ook hierom makkelijker geweest als het HvJ in *Interflora* eenvoudigweg had vastgesteld dat geen sprake is van ongerechtvaardigd voordeel, zonder daarbij de geldige reden in een afzonderlijke toets te betrekken. Door de gelijkstelling van oneerlijk voordeel met ongerechtvaardigd voordeel was dan meteen duidelijk geweest dat van oneerlijk voordeel geen sprake kan zijn. De afzonderlijke toets van de geldige reden betekent echter dat het HvJ met wat onnavolgbaar juridisch stuntwerk de verhouding tussen oneerlijk voordeel en ongerechtvaardigd voordeel zal moeten gladstrijken. Arresten als *O2* leren ons dat die schone taak wel aan het HvJ kan worden toevertrouwd.

Tot die tijd menen wij dat deze redenering in de overwegingen van het HvJ gelezen kan – zo niet gelezen moet – worden. Ondertussen volgt het Hof 's-Gravenhage, in de eerste Nederlandse zaak in beroep geweest sinds *Interflora*, inmiddels al de rechttoe rechtaan-koers: de geldige reden houdt in dat geen sprake is van ongerechtvaardigd voordeel en daarmee geen oneerlijk voordeel: nu aan de *Interflora*-omstandigheden is voldaan, is een geldige reden aanwezig voor het gebruik van het merk 'Tempur' en kan het voordeel niet als ongerechtvaardigd worden aangemerkt.²⁵ De toets op basis van vergelijkende reclame resulteert in het oordeel dat geen sprake is van *oneerlijk* voordeel.²⁶

Conclusie

Interflora is goed nieuws voor vergelijkende reclame. Het arrest geeft ruim baan aan de eerlijke mededinging en het consumentenbelang. Het gevaar uit *L'Oréal/Bellure* (vergelijkende reclame als ongerechtvaardigd voordeel trekken) is door het HvJ uitdrukkelijk besproken, en lijkt geweken met de introductie van de alternatief-exceptie als geldige reden. De verhouding tussen de geldige reden en het ongerechtvaardigd voordeel is door het HvJ nog niet uitgesproken; de verzoening die het HvJ teweeg wil brengen zou ons inziens moeten inhouden dat de geldige reden direct met zich meebrengt dat het voordeel niet meer ongerechtvaardigd is (Mrl) en daarmee ook geen oneerlijk voordeel oplevert (VrRl). Een zuivere vergelijkende reclame vormt een geldige reden, het voordeel is niet meer ongerechtvaardigd. *Interflora* maakt duidelijk dat de herkomstgarantie-, reclame-, en investeringsfunctie niet snel worden aangetast in geval van vergelijkende reclame. Wij zouden menen dat ook voor afbreuk aan andere merkfuncties hoge drempels moeten worden opgeworpen daar waar het vergelijkende reclame betreft die het product duidelijk als alternatief neerzet. Dat doet recht aan het uitgangspunt dat het HvJ een en andermaal heeft gegeven: vergelijkende reclame moet ruimhartig worden bejegend. Bij twijfel in het voordeel van de vergelijkende reclame uitleggen. Dit, in combinatie met het gegeven dat het begrip vergelijkende reclame heel ruim wordt uitgelegd, maakt dat het merkenrecht de vergelijkende reclame wérkelijk serieus moet nemen.

25 Gerechtshof 's-Gravenhage 22 november 2011, nr. 380699/KG ZA 10-1438 (*Tempur/Medicomfort*), IEPT20111122, r.o. 32.

26 R.o. 39.