

Kijk en vergelijk: vergelijkende reclame in Nederland

Dit artikel is een bewerking en update van de duo-presentatie van Mr Ebba Hoogenraad en Mr Stijn Debaene tijdens de BMM Voorjaarsbijeenkomst van 22 maart 2007.

'Vergelijkende merkreclame' (waarbij het merk van de concurrent wordt genoemd) is jaren lang wat flauwtjes ontvangen in Nederland. De implementatie van de Richtlijn Vergelijkende reclame 97/55¹ maakte het in 2002 al mogelijk om het merk van de concurrent expliciet te noemen. Amerikaanse toestanden bleven echter uit. Nu zijn wij ruim vijf jaar verder en de Nederlandse adverteerders zijn wakker geworden; KPN moet het voortdurend ontgelden – en doet zelf even hard mee – wanneer haar concurrenten Tele2, Pretium en UPC hun prijzen en service met die van KPN vergelijken. Pearle zegt over haar brillen 'bij Europa's beste betaal je minder', supermarkt Edah vraagt zich af waarom je bij Albert Heijn teveel zou betalen en de nieuwe wegenwachtsservice Route Mobiel prijst zichzelf aan als 41 % goedkoper dan ANWB. Vergelijkende reclame alom. Het Hof van Justitie heeft inmiddels een aantal vingerwijzingen gegeven. En evenzo zijn vele zaken nog onbeslist, waaronder hoe subjectieve superlatief reclame te beoordelen, of ook een (gewijzigd) logo mag worden gebruikt en de hamvraag hoe het merkgebruik in de vergelijking zich verhoudt tot de Merkenrichtlijn.² De rechtspraak in Nederland geeft een heel divers beeld. In vergelijking tot België zijn sommige onderwerpen hier meer aan bod gekomen. Dit artikel behandelt een aantal sprekende onderwerpen waarover reeds Nederlandse rechtspraak voorhanden is, danwel die in de praktijk problemen laten zien.

Informatievoorziening consument

Belangrijk richtsnoer bij beoordeling van vergelijkende reclame is dat de informatievoorziening van de consument voorop staat. Dit is het uitgangspunt van de Richtlijn 97/55/EG, verder ook 'Reclamerichtlijn'.³ Voor doeltreffende vergelijkende reclame kan het noodzakelijk zijn het merk of de handelsnaam van de concurrent te gebruiken. Voor zover de voorwaarden worden nageleefd die in de Reclamerichtlijn zijn vastgelegd, is geen sprake een inbreuk op de ex-

clusieve rechten van derden, aangezien – zo staat in de considerans – uitsluitend ernaar gestreefd wordt de vergeleken producten of diensten te onderscheiden en de verschillen op objectieve wijze te doen uitkomen. Dit informatieargument komen we steeds tegen bij de uitleg die het Hof van Justitie geeft aan artikel 3 bis lid 1 van de Reclamerichtlijn. Ook de Nederlandse rechter moet dit uitgangspunt (blijven) hanteren. Een te strenge toetsing van bijvoorbeeld denigrerend merkgebruik of niet volkomen objectieve of neutrale vergelijking is naar mijn mening in strijd met dit uitgangspunt.⁴

Vereisten vergelijkende reclame: art 3 bis lid 1 Reclamerichtlijn en art 6:194a BW

In het nieuw artikel 6:194a BW is de tekst van artikel 3 bis lid 1 van de Reclamerichtlijn integraal overgenomen:

Artikel 6:194a BW

1. Onder vergelijkende reclame wordt verstaan elke vorm van reclame waarbij een concurrent dan wel door een concurrent aangeboden goederen of diensten uitdrukkelijk of impliciet worden genoemd.
2. 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, zoals de prijs, met elkaar vergelijkt;
 - d. er niet toe leidt dat op de markt de adverteerder wordt verward met een concurrent, of de merken, handelsnamen, andere onderscheidende kenmerken, goederen of diensten van de adverteerder met die van een concurrent;
 - e. niet de goede naam schaadt van of zich niet kleinerend uitlaat over de merken, handelsnamen, andere onderscheidende kenmerken, goederen, diensten, activiteiten of omstandigheden van een concurrent;
 - f. voor producten met een benaming van oorsprong in elk geval betrekking heeft op producten met dezelfde benaming;

¹ Richtlijn 97/55/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 oktober 1997 tot wijziging van Richtlijn 84/450/EEG inzake misleidende reclame teneinde ook vergelijkende reclame te regelen (hierna ook te noemen Reclamerichtlijn).

² Eerste Richtlijn 89/104/EEG van de Raad van 21 december 1988

betreffende de aanpassing van het merkenrecht der Lid-Staten.

³ Considerans 2 richtlijn 97/55 EG.

⁴ Zie ook hierna en mijn noot onder Hof Arnhem, 20 maart 2007 m.nt. EHH (KPN/UPC, Geen KPN meer nodig).

- g. 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; en
 - h. niet goederen of diensten voorstelt als een imitatie of namaak van goederen of diensten met een beschermd merk of beschermde handelsnaam.
3. Elke vergelijking die verwijst naar een speciale aanbieding, moet duidelijk en ondubbelzinnig het einde en, zo de speciale aanbieding nog niet loopt, het begin aangeven van de periode gedurende welke de speciale prijs of andere specifieke voorwaarden gelden dan wel vermelden dat de speciale aanbieding loopt zo lang de voorraad strekt of de diensten kunnen worden verleend.

Dus: vergelijken mag mits aan strenge voorwaarden wordt voldaan. Vergelijken op slechts één aspect mag ook (bijvoorbeeld louter de prijs), en de grenzen van het gebruik van andermans merk/handelsnaam of onderscheidend kenmerk⁵ worden bereikt wanneer sprake is van oneerlijk voordeel of denigrerende toonzetting.

Welke consument?

Maatman is nog steeds de Gut Springenheide-consument,⁶ de gemiddelde, normaal geïnformeerde, omzichtig handelende en oplettende consument⁷. Die consument weet ook dat aan reclame overdrijving eigen is. Onder invloed van de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken zal vermoedelijk steeds meer aandacht gegeven worden aan zwakkere doelgroepen, waarbij voor de speciaal kwetsbare consument de misleiding cq oneerlijkheid getoetst wordt aan het gemiddelde lid van die speciale groep.⁸

Ruime definitie reclame

De Reclamerichtlijn geeft aan dat elke vorm van reclame, ook de opmaak, onder het reclamebegrip valt. Sprake moet zijn van aanprijzing. Informatie is geen reclame. Een vergelijking kan worden getrokken met de regelgeving uit het Reclamebesluit voor Geneesmiddelen en de recent gewijzigde Richtlijn Geneesmiddelenreclame.⁹ Uit het Toshiba-arrest¹⁰ blijkt hoe ruim de definitie reikt: ook het enkel refereren aan de concurrent, zonder te vergelijken (zoals in dit geval door het vermelden van artikelnummers van Toshiba in de catalogus van Katun) is te beschouwen als vergelijkende reclame. Uit de Nederlandse rechtspraak is een voorbeeld te noemen uit 2005 dat naar mijn mening in strijd is met deze Europese vingerwijzing: Valess, een vleesvervangend product, werd aangeprezen met de tekst

'lekker geen vlees'. Volgens de voorzieningenrechter van de rechtbank Arnhem is dit geen vergelijkende reclame.¹¹ Echter, met Toshiba in de hand, alsook het recente arrest Veuve Clicquot van het Hof van Justitie,¹² is ook een dergelijke vermelding op te vatten als vergelijkende reclame tussen Valess enerzijds en vlees in het algemeen anderzijds. De vraag is vervolgens of deze reclame individueel herleidbaar is tot een bepaald merk/adverteerder, zodat ook sprake is van individuele vergelijkende reclame (zie hierna).

Anonieme vergelijkende reclame: plantenvoeding met champagne afdrank

Pokon/Substral¹³ is niet meer het enige leidinggevende arrest als het gaat om vergelijking met een anoniem product: de witte bekertjes cola, de vele wasmiddelenreclames met de vermelding 'ander product'. De claim 'Je hebt minder nodig dus het gaat langer mee' voor het plantenvoedingsmiddel Substral werd beschouwd als individuele vergelijkende reclame met het plantenmiddel van concurrent Pokon. Toetsingscriteria: marktaandeel en intensiteit van de reclame. Als de consument de anonieme reclame-uiting betreft op de concurrent dan verkleurt de anonieme reclame tot een individueel vergelijkende reclame. En dus gelden de strenge(re) eisen. Toen Philips haar nieuwe elektrische tandenborstel Sonicare aanpreeft onder het vertonen van een 'gewone' elektrische tandenborstel met ronde kop bepaalde de voorzieningenrechter Utrecht onder toepassing van de Pokon Substral leer dat deze reclamespot een vergelijking inhield met de grote concurrent Oral-B.¹⁴ Heel recent is ook weer de Pokon Substral-leer toegepast in Reckitt Benckiser/Unilever.¹⁵ op het etiket van Cif Cream schuurmiddel prijkt de term 'de beste* universele reiniger'; de achterkant van het etiket verwijst door middel van de asterisk naar samengevoegde testresultaten. De consument zal niet denken dat de verwijzing betrekking heeft op het schoonmaakmiddelproduct voor hardnekkige vlekken van Reckitt Benckiser. Dit vonnis dateerde van vóór het Luxemburgse arrest inzake Veuve Clicquot.¹⁶ Inmiddels weten we dat niet de eis geldt dat de anonieme vergelijking de facto slechts refereert aan één concurrent. Het is irrelevant of meerdere concurrerende producten of meerdere concurrenten kunnen worden geïdentificeerd door de advertentie (overweging 24). Het gaat volgens Toshiba¹⁷ om het impliciet of expliciet noemen van het concurrerende product/de concurrent. Dat de consument denkt dat eventueel meerdere producten/concurrenten minder goed zijn dan (het product van) de adverteerder is geen reden om te oordelen dat het geen vergelijkende reclame is. Dat zou in strijd zijn met de ruime defi-

5 Te denken valt aan de zogenaamde Advertising Properties die niet door een IE recht worden beschermd maar wel de identiteit van de adverteerder aangeven: 'Biertje' van Heineken, de (inmiddels weggevoegen) zwanen van KLM, de cowboy van Marlboro, de rennende wilde paarden van Aegon en de hamburgererclown Ronald McDonald.

6 HvJEG 16 juli 1998, CC-210/96 (Gut Springenheide).

7 Door Prof Jan Kabel in zijn noot onder Leaseverlies/Dexia, IER 2004 nr. 5 getypeerd als het paardenmiddel om disproportionele, betuttelende, vrij verkeer belemmerende, misleidingswetgeving aan de kant te zetten.

8 Richtlijn 2005/29 EG betreffende oneerlijke 'business-to-consumer' handelspraktijken van 11 mei 2005, artikel 5 lid 3.

9 Richtlijn 2001/83 EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 november 2001 tot vaststelling van een communautair wetboek

betreffende geneesmiddelen voor menselijk gebruik. Zie voor de vele rechtspraak over de scheidslijn tussen informatie en reclame o.a. www.cgr.nl.

10 HvJEG 25 oktober 2001, IER 2002, 28 m.nt. JK (Toshiba/Katun).

11 Vr. Rb. Arnhem 11 mei 2005 (Voorlichtingsbureau Vlees/Valess).

12 HvJEG 19 april 2007, C-381/05, IER 2007/68, p. 241 m.nt. ECV (Veuve Clicquot).

13 HR 29 maart 1985, NJ 1985, 591 m.nt. LWH (Pokon/Substral).

14 Vr. Rb. Utrecht 15 april 2004, IER 2004, 68 m.nt. EHH (Gillette/Philips), ten aanzien van de misleiding bevestigd in Hof Amsterdam 19 november 2004, IER 2005, 30.

15 Vr. Rb. Haarlem 9 maart 2007, IER 2007 nr. 68, p. 241, m.nt. EHH (Reckitt Benckiser/Unilever).

16 Zie noot 12.

17 Zie noot 10.

nitie van reclame (overweging 21). In zoverre werpt Veuve Clicquot dus een ander, en ruimer, licht op de Pokon/Substral-leer. Het wachten is op de eerste Nederlandse uitspraak waar dit wordt toegepast. De Reckitt Benckiser uitspraak zou dan bij een mogelijk zelfde uitkomst in ieder geval een andere motivering meekrijgen.

Reclamekreet of objectieve superlatief claim?

Marketeers zijn creatief in het verzinnen van reclameteksten. Het Gut-Springenheide publiek is daarvan goed op de hoogte, zo is de algemene tendens in de rechtspraak. Een reclamekreet hoeft niet feitelijk juist te zijn; een *vergelijkende* reclamekreet evenmin. Van geval tot geval en sterker nog, in een bodytekst van regel tot regel moet de rechter beoordelen of sprake is van een holle reclamekreet of van een vergelijkende superioriteitsclaim. 'Gillette the best a man can get' is net als 'The closest, most comfortable shaver' volgens de voorzieningenrechter een gebruikelijke reclameoverdrijving en bevat geen superioriteitsclaim.¹⁸ Toetssteen is wat de consument, die weet dat aan reclame overdrijving eigen is, uit de claim redelijkerwijs zal afleiden.¹⁹ Natuurlijk kan getwist worden over het individuele oordeel van de rechter. Soms zal het raadzaam zijn om, bijvoorbeeld door middel van marktonderzoek, aan te tonen dat het publiek de kreet opvat als een concrete claim over het product (of juist als een reclamekreet, afhankelijk voor welke partij men optreedt).

De beste

De claim 'de beste' is net een kameleon. Soms kleurt de claim groen (reclamekreet, dus *coûte que coûte* toelaatbaar) en soms rood (verboden claim indien niet aantoonbaar juist ten opzichte van de concurrent). Nederlandse rechters oordelen hierover verschillend. Zo is 'Bij Europa's beste betaal je minder' volgens het hof²⁰ een in de reclamewereld vaker gebruikte vorm van overdrijving, die algemeen luidt en ook voor de consument kenbaar is als overdrijving. Een loze kreet dus, die niet bewezen hoeft te worden door de adverteerder. Ook het onderdeel 'betaal je minder' hoeft volgens het hof niet letterlijk (en dus aantoonbaar juist) genomen te worden. Het zegt het publiek alleen maar dat Specksavers een prijsvechter is.

Dat was heel anders in de hierboven genoemde Reckitt Benckiser zaak:²¹ 'De beste* universele reiniger' is volgens de voorzieningenrechter een superioriteitsclaim die dus ook aantoonbaar bewezen moet worden ten opzichte van de (impliciet) genoemde concurrenten. Gelukkig voor Reckitt Benckiser kon zij het bewijzen, ditmaal door middel van samengestelde onderzoeksrapporten.

Over smaak valt niet te twisten ...

Bij de toelaatbaarheid van vergelijkende reclame draait het allemaal om de objectieve en aantoonbare claims. Artikel 3 bis lid 1 onder c Reclamerichtlijn vereist dat de vergelijking op objectieve wijze één of meer wezenlijke, relevante, controleerbare en representatieve kenmerken met elkaar vergelijkt, waartoe ook de prijs kan behoren (idem artikel 6:194a lid 2 onder c BW).

Jarenlang is in Nederland onduidelijk geweest of smaakclaims te beschouwen zijn als objectieve claims, die dus vatbaar zijn voor een toets aan de wetgeving over misleiding en misleidende vergelijking, danwel dat smaak een van die subjectieve kwesties is die altijd afhangen van de persoonlijke voorkeur en ieders individuele smaak(papillen). Inmiddels was het rustig geworden aan het front sinds het Hof Den Bosch uitspraak heeft gedaan over de superieure smaak van honden- en kattenbrokken. Het blijkt mogelijk om op objectieve wijze, deugdelijk onderbouwd en representatief in speciaal voor dat doel opgezette 'smaakttest dierenkennels' de smaak van diervoer te testen. Dus mocht Hill's over haar hondenvoer zeggen '9 van de 10 honden geven de voorkeur aan Science Plan van Hill's'.²²

Advocaat Generaal Tizanno bespreekt in het arrest van het Europese Hof Lidl/Colruyt²³ de kwestie over subjectieve en objectieve vergelijking: het vereiste 'objectief' vereist slechts dat de producten/diensten op billijke en onpartijdige wijze kunnen worden vergeleken, en ziet niet op kwaliteiten die afhankelijk zijn van subjectieve smaken of voorkeuren. Als voorbeeld noemt hij 'goedkoper'; dat is een onbetwist, objectief kenmerk. Echter 'mooier/sierlijker dan de concurrent' is niet toegestaan volgens Tizanno want dat is subjectief en wordt per persoon anders beoordeeld. Dit zou gelezen kunnen worden in de zin dat subjectieve superlatiefreclame verboden is, omdat het niet voldoet aan het objectiviteitsvereiste in de zin van art 3 bis lid 1 sub c Reclamerichtlijn.

In Lidl/Colruyt gaat het Hof hier (nog) niet expliciet op in. Vraag is of de in Nederland gebruikelijke rechtspraak dat werkelijk subjectieve kreten (mooi- ste, liefste) voor de Gut Springenheide consument de mening van de adverteerder weergeven, en als zodanig niet objectief te toetsen zijn, stand houdt. Ik ben van mening, de conclusie van de Advocaat Generaal lezende, dat nog steeds de subjectieve claims zonder probleem gemaakt kunnen worden: subjectieve reclamekreten, ook in superlatieve zin, vallen buiten het bereik van vergelijkende reclame, en daarmee ook buiten het bereik van de toetsing aan misleiding en (on)geoorloofdheid van de vergelijking. De tijd zal het leren.

Vergelijkbare producten/diensten

Vergelijking is slechts toegestaan als de vergelijking vergelijkbare producten/diensten betreft. Dit wordt geformuleerd als: 'in dezelfde behoefte voorzien of

18 Vrz. Rb. Utrecht 22 april 2004, NJ 2004, 434 (Gillette/Wilkinson).

19 Deze lijn is bevestigd in Philips/Sonicare (zie noot 14).

20 Hof Amsterdam, 13 oktober 2003, NJ 2004, 27 (Specksavers/Fielmann).

21 Zie noot 15.

22 Hof Den Bosch 24 maart 2003, IER 2003, 54 (Royal Canin/Hill's).

23 HvJEG 19 sept. 2006, C-356/04, IER 2006, 97 m.nt. JK (Lidl/Colruyt).

voor hetzelfde doel bestemd zijn' (Reclamerichtlijn artikel 3 bis lid 1 onder b, artikel 6:194a lid 2 sub b BW). Volgens de Memorie van Toelichting²⁴ moet dit niet te ruim worden uitgelegd, maar ook niet beperkt worden tot slechts identieke producten. Aansluiting zou moeten worden gezocht bij het begrip 'relevante markt' dat de Europese Commissie hanteert (onderling verwisselbaar of substitueerbaar). Het begrip vergelijkbaar wordt meestal ruimhartig uitgelegd, zodat weinig vergelijkingen hierop struikelen.

Daarop vormt een uitzondering de vergelijking van Alpro voor haar sojamelk Alpro Soya met gewone melk. De voorzieningenrechter oordeelde (o.a.) dat deze directe vergelijking *tussen twee verschillende soorten producten* (sojaproducten en zuivelproducten) misleidend is.²⁵ Naar mijn mening ten onrechte, want het is algemeen bekend dat sojamelk het alternatief is voor koemelk voor een ieder die last heeft van koemelkallergie, waaronder ook zuigelingen. Een maand eerder had het Hof van Justitie uitspraak gedaan in Lidl/Colruyt²⁶ en ook over vergelijkbare producten relevante richtsnoeren gegeven: 'In dezelfde behoefte voorzien' wil zeggen dat de consument ze in voldoende mate kan substitueren. Dat is naar mijn mening bij sojamelk versus koemelk zonder twijfel het geval.

Substitueerbaar

Uit Lidl/Colruyt en Veuve Clicquot volgt dat aan het vereiste van vergelijkbaarheid is voldaan wanneer de consument, in zijn beleving, de producten of diensten daadwerkelijk kan substitueren. Of hier sprake van is moet worden beantwoord door toepassing van het 'relevante markt'-criterium zoals dat is ontwikkeld in het Europese mededingingsrecht. De Europese Commissie heeft in 1997 een bekendmaking gepubliceerd waarin zij de relevante markt als volgt definieert: 'Een relevante productmarkt omvat alle producten en/of diensten die op grond van hun kenmerken, hun prijzen en het gebruik waarvoor zij zijn bestemd, door de consument als onderling verwisselbaar of substitueerbaar worden beschouwd'.²⁷ In deze bekendmaking somt de Commissie een aantal bewijsmiddelen op die men kan gebruiken om te bepalen of is voldaan aan dit criterium. Bijvoorbeeld de kenmerken en de aard van het product of de dienst, het door de consument beoogde gebruik ervan en marktonderzoek onder afnemers waaruit diens voorkeuren blijken.

Vergelijkbare supermarktproducten

Nieuw is dat er sprake is van communicerende vaten: hoe meer belang de consument heeft bij een vergelijking, des te sneller is er sprake van vergelijkbare producten, aldus Lidl/Colruyt: het voordeel dat reclame oplevert aan de consument weegt mee bij de beoorde-

ling van de vergelijkbaarheid van de producten/diensten. Prijsvergelijkingen zijn in het voordeel van de consument, en daarom is in de supermarktoorlog bij prijsvergelijkingen er eerder sprake van vergelijkbare producten. Dan is wel nodig dat het assortiment aan beide zijden bestaat uit individuele producten die per paar bezien voldoen aan het vereiste van vergelijkbaarheid. Dus: de prijs van het dagelijkse boodschappenmandje mag worden vergeleken, mits de prijsvergelijking wel gebaseerd is op individuele producten: koffie van Colruyt versus koffie van Lidl.

Belangrijk item is mijns inziens dat het Hof hierbij géén kwaliteitsvereiste stelt, louter de prijs is relevant bij deze vergelijking. Daarover meer hierna (vergelijkingen op één aspect).

Vergelijking op één aspect (artikel 6:194a lid 2 sub c BW)

De strijd tussen de wegwacht concurrenten ANWB en nieuwkomer Route Mobiel heeft direct een interessant juridisch discussiepunt blootgelegd. In hoeverre mag louter op één aspect worden vergeleken, in casu de prijs, zonder dat andere, minder gunstige, aspecten worden gemeld in de reclameuiting? De Rechtbank Den Haag oordeelde dat de claim 'goedkoper dan de ANWB' zonder het kwaliteitsverschil te noemen (te weten dat Route Mobiel een lager reparatiepercentage kent) en zonder dat dit kenbaar is voor de consument, de reclame misleidend maakt.²⁸ Is dit oordeel terecht of is deze uitspraak de facto de doodsteek voor vergelijkende reclame op louter de prijs?

De wettekst spreekt over 'Op objectieve wijze één of meer wezenlijke, relevante, controleerbare en representatieve kenmerken van deze goederen en diensten, waartoe ook de prijs kan behoren, met elkaar vergelijkt'.^{29,30} De Memorie van Toelichting³¹ spreekt zich expliciet uit voor vergelijking op slechts één aspect: als uit de vergelijking voldoende duidelijk blijkt dat op andere punten niet wordt vergeleken en als de producten voldoende vergelijkbaar zijn, dan behoeft een vergelijking op louter de prijs niet misleidend te zijn. Het is aan de concurrent die meent dat andere aspecten een ander licht op de zaak werpen om een contra-advertentie te plaatsen.³²

Het Europese Hof geeft ons richtsnoeren bij vergelijking op slechts één aspect: volgens Pippig³³ moet vergelijkende reclame in de meest gunstige zin worden uitgelegd. En Lidl/Colruyt zegt dat een vergelijking waarbij alle vergeleken producten en alle vergeleken omstandigheden uitdrukkelijk in de reclameuiting moeten worden genoemd de haalbaarheid van vergelijkende reclame aantast. Kortom: Het Hof van Justitie laat het belang bij vergelijkende reclame prevaleren boven de volledigheid van de boodschap, want dat brengt de haalbaarheid van vergelijkende reclame

24 Memorie van Toelichting bij artikel 6:194a lid 2 sub b BW, 27 619 nr. 3 (p. 15).

25 Vrz. Rb. Breda 25 oktober 2006, IER 2007, 46 m.nt. EHH (Nederlandse Zuivelorganisatie/Alpro).

26 Zie noot 23.

27 'Bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht' (PbEG 19 97 C 372/03), punt 7.

28 Rb. Den Haag 25 oktober 2006, IER 2007, 16 m.nt. MdCB (ANWB/Route Mobiel). Ten tijde van het afsluiten van dit artikel is hoger beroep aanhangig.

29 Artikel 3 bis lid 1 onder c Richtlijn 97/55 en artikel 6:194 a lid 2 sub c BW.

30 In de Nederlandse Reclame Code is het artikel over vergelijkende reclame identiek geïmplementeerd (artikel 14 NRC) zodat het oude vereiste dat de vergelijking betrekking moest hebben op alle aspecten van de vergeleken producten/diensten, is komen te vervallen.

31 Memorie van Toelichting 27 619 nr. 3.

32 Memorie van Toelichting 27 619 nr. 3 (p. 16).

33 HvJEG 8 april 2003, C-44/01, IER 2003, 64 m. nt. JK (Pippig Augenoptik).

in gevaar.³⁴ In de ANWB/Route Mobiel zaak meent de rechtbank dat in de reclame-uitingen melding had moeten worden gemaakt van het lagere reparatiepercentage. Het noemen van kwalitatieve aspecten in de vergelijking is echter lang niet altijd eenduidig vast te stellen; bij wegenwacht service on the road spelen allerlei aspecten een rol, ook wachttijd (tijd is geld), kwalitatieve kennis van de monteurs, hulpvaardigheid. Verschil in kwaliteit kan ook een kostenaspect met zich meebrengen. De consument zal naar gelang zijn specifieke omstandigheden een andere voorkeur hebben.

Tenslotte kan nog als argument genoemd worden dat de Gut Springenheide-consument wel weet dat een lagere prijs in negen van de tien gevallen effect heeft op de kwaliteit van dienstverlening. Te denken valt aan de alom bekende vergelijking op prijs tussen EasyJet en KLM waarbij nooit melding gemaakt wordt/hoeft te worden van de krappere beenruimte, het eigen broodje dat de EasyJet vlieger moet meenemen en dat het vliegtuig niet landt op het centrale vliegveld, maar vele kilometers daarbuiten waardoor de reiziger bij aankomst extra vervoerskosten zal hebben.

Het is voor de rechtspraak te hopen dat het hof Den Haag een positieve uitspraak zal doen over het vergelijken op één aspect.

Contra-advertentie

Dat de Nederlandse rechtspraak inderdaad het argument hanteert dat eiser een contra-advertentie kan plaatsen als tegenhanger van onvolledige vergelijkende reclame blijkt uit het Kwikfit-arrest.³⁵ Kwikfit vergeleek de prijs van haar grote beurt met APK met die van Peugeot. Het bezwaar van Peugeot dat haar grote beurt van hogere kwaliteit is en dat daarom de vergelijking onrechtmatig is, wees het hof Arnhem van de hand: het verschil in kwaliteit van dienstverlening betreft een kwalitatief aspect van de grote controle, welk verschil Peugeot op haar beurt in een vergelijkende reclamecampagne kan betrekken. Het is, zeker gezien de richtsnoeren die het Europese Hof van Justitie ons inmiddels heeft gegeven, mijns inziens noodzakelijk dat vergelijking op slechts één (prijs)aspect zeker niet te snel via de achterdeur van misleiding onmogelijk wordt gemaakt, louter om de reden dat andere kwalitatieve aspecten – die uiteraard vaak ook een kostenaspect in zich dragen – niet worden genoemd.³⁶

Geen verwarring (artikel 6:194a lid 2 sub d BW)

Het verbod dat de vergelijkende reclame tot verwarring tussen adverteerder en concurrent leidt is een

logische bepaling,³⁷ tot op heden is hier nog niet veel rechtspraak over. De gele advertentie campagne voor iLocal.nl, de internetconcurrent van de Gouden Gids, waarbij de bekende gele pagina met Katja Schuurman gekleed in Gouden Gids advertenties werd nageaapt (ook geel, maar dan met een look-alike van Katja, gekleed in Euro biljetten) is een voorbeeld waarin de voorzieningenrechter de advertentie – naast allerlei andere bezwaren – ook misleidend vond omdat sprake is van verwarring met de diensten van Gouden Gids.³⁸ Het overgrote deel van het publiek zal vluchtig kennis nemen van de advertentie voor iLocal.nl en onmiddellijk veronderstellen met Gouden Gids van doen te hebben omdat iLocal.nl alle kenmerken van de advertenties van Gouden Gids heeft gebruikt. Uit deze overweging valt af te leiden dat indien alleen enkele (de belangrijkste?) onderdelen worden gebruikt minder snel sprake zal zijn van verwarring. Hoe duidelijker de afzender, des te minder kans dat de vergelijking hierop struikelt. Toen Cono voor Beemsterkaas de acteur Peer Mascini inschakelde, jarenlang dé reclame-icoon van Campina voor haar merk Melkunie, is deze campagne ook op grond van lid 2 sub d 'ontoelaatbare verwarring' verboden.³⁹ De tv-commercial voor Beemsterkaas startte met de tekst: "Nee, nee, nee, ik ben het niet, Ik ben mijn broer, ik ben van de kaas". Deze tekst is volgens de voorzieningenrechter, hoe geestig ook, door de associatie die wordt gelegd met de oude Melkunie commercial van Campina, een vorm van vergelijkende reclame. Beemsterkaas wordt impliciet als opvolger van de zuivelproducten van Melkunie gepresenteerd. De rechter vindt de nieuwe Cono-commercial een kopie van de eerder reclamecampagne met Peer Mascini van Melkunie: dit leidt tot verwarring bij het publiek en de commercial is daarmee verboden. Het parodieverweer werd afgewezen. Het wachten is op het hoger beroep.

Denigrerend (artikel 6:194a lid 2 sub e BW)

Vergelijkende reclame moet keurig van toon zijn. Humor kan nog wel, maar raakt, zo blijkt, toch vaak een gevoelige snaar. Zodra de vergelijkende advertentie een denigrerende toon aanslaat in woord of beeld, is de vergelijkende reclame over de schreef en heeft de vergeleken adverteerder een sterk argument om de advertentie te doen staken. Vaak is sprake van gebruik van het merk van de adverteerder, in dat geval vindt de toetsing soms (ook) plaats aan de hand van lid 2 sub g (geen oneerlijk voordeel ten gevolge van de bekendheid van een merk etc). Zie daarover hierna.

Maar als de vergeleken adverteerder geen geldig merk heeft kan nog steeds op basis van sub e worden

34 Zo ook advocaat Generaal Tizzano bij Lidl/Colruyt: "(...) vergelijkende reclame een moeilijk of helemaal niet bruikbaar middel wordt telkens wanneer de uitgewerkte gegevens complex en talrijk zijn" (punt 53).

35 Hof Arnhem 18 januari 2005, LJN: AS4490 (Peugeot/Kwik-Fit). Het gerechtshof toetst gezien het opgevoerde verweer in casu aan artikel 6:194 a onder b BW (vergelijkbare producten). Overigens werd de vergelijking op andere, feitelijke, punten misleidend geoordeeld o.a. omdat het overgelegde onderzoeksrapport met de prijsvergelijkingen niet deugdelijk werd bevonden.

36 Bij het paarsgewijs vergelijken van prijzen stelt Lidl/Colruyt evenmin kwaliteitsvereisten.

37 Artikel 194a lid 2 onder d BW, en artikel 3 bis lid 1 sub d richtlijn

97/55 EG.

38 Vr. Rb. Breda, 24 juni 2005, IER 2005, 80, AMI 2005, 14 m.nt D.J. Visser (Gouden Gids & Katja Schuurman/Yellow Bear).

39 Vr. Rb. Den Bosch, 11 mei 2007, IER 2007, nr. 7 m.nt. EHH (Campina/Cono), gevolgd door een executie kort geding wegens het wel zeer ruim geformuleerde verbod Vr. Rb. Haarlem, 25 mei 2007, LJN BA 5846 (Cono/Campina) hetgeen voor Cono geen effect resulteert nu de onrechtmatigheid van de vergelijking gegeven is in het executie kort geding en het petitum weliswaar restrictief, maar wel aan de hand van de overwegingen van het vonnis moet worden uitgelegd. Het weglaten van de introductiezin waardoor de associatie/verwarring met Melkunie wordt gelegd is niet voldoende.

opgetreden: vergelijkende reclame is geoorloofd op voorwaarde dat deze niet de goede naam schaaft van of zich niet kleinerend uitlaat over de merken, handelsnamen, andere onderscheidende kenmerken, goederen of diensten, activiteiten of omstandigheden van een concurrent. Het valt op dat een scala aan 'advertising properties' cum annexis is genoemd waaraan niet kleinerend mag worden gerefereerd. De Nederlandse rechtspraak kent twee spraakmakende voorbeelden: Ronald McDonald⁴⁰ en de al eerder genoemde vergelijking van iLocal met de Gouden Gids.⁴¹

Burger King heeft een parodiërende reclame gemaakt waarbij de beroemde clown Ronald McDonald incognito naar concurrent Burger King gaat om stiekem een Big King te kopen. McDonald's beroep op haar merkrecht (een zwart/wit beeldmerk van een clown Ronald McDonald) faalde omdat geen sprake was van een overeenstemmend merk. De voorzieningen rechter verbood de commercial echter op basis van lid 2 sub e BW: in de tv commercial is Ronald McDonald zich welbewust dat hij afbreuk doet aan de reputatie van McDonald's. De commercial maakt Ronald MacDonald belachelijk en laat zich zodoende kleinerend uit over de concurrent. Opvallend is dat de voorzieningenrechter vervolgens niet meer toetst aan sub g (oneerlijk voordeel van een merk of ander onderscheidend kenmerk), omdat de commercial al op basis van lid 2 sub e is verboden.

De meningen zijn zeer verdeeld of deze vergelijking door de beugel kan. Menigeen vindt de uiting zeer humoristisch, en meent dat dit moet kunnen. De teneur is in ieder geval gezet voor Nederland: al snel is sprake van (te) kleinerende vergelijking, en humor helpt dan toch lang niet altijd. Burger King werd veroordeeld tot een rectificatie op (o.a.) televisie, een sanctie die al vele jaren niet meer was toegewezen in het kader van schending van het reclamerecht.

Merkgebruik in vergelijkende reclame

Op welke wijze en in welke mate mag vergelijkende reclame gebruik maken van het merk van de concurrent? En mag alleen het woordmerk of ook het beeldmerk worden gebruikt? Is variatie op het merk toegestaan? Deze kwestie speelt al vele jaren. De Reclamerichtlijn beantwoordt dit in enige mate, maar veel antwoorden zijn nog in mist gehuld. Richtsnoer is de considerans van de Reclamerichtlijn: voor een doeltreffende vergelijking kan het gebruik van een merk of handelsnaam of ander teken noodzakelijk zijn. Voor zover de voorwaarden uit de Richtlijn worden nageleefd is er geen sprake van merkinbreuk omdat uitsluitend wordt gestreefd deze van elkaar te onderscheiden en de verschillen op objectieve wijze uit te doen komen. Die voorwaarden zijn: geen misleiding, geen verwarring veroorzaken, niet kleinerend zijn, en o.a. dat het geen oneerlijk voordeel oplevert

ten gevolge van de bekendheid van een merk, handelsnaam of andere onderscheidende elementen van een concurrent.

Onder het oude merkenrecht werd stevast aangenomen dat merkgebruik in een vergelijkende reclame valt onder gebruik sub d van artikel 13 A lid 1 BMW, thans artikel 2.20 lid 1 sub d BVIE ('elk ander gebruik').⁴² Die oude, makkelijke, situatie is verleden tijd.

Inmiddels is de dogmatische discussie gaande of gebruik van een merk in vergelijkende reclame valt onder gebruik ter onderscheiding van eigen waren, of moet worden beschouwd als ander gebruik. En tevens de discussie hoe de merken gerelateerde bepaling van artikel 2 sub g van de Reclamerichtlijn zich verhoudt tot de Merkenrichtlijn.

Moet geredeneerd worden dat gebruik van het merk in de reclame onder naleving van de voorwaarden uit de Reclamerichtlijn per definitie geen ongerechtvaardigd ('oneerlijk') voordeel inhoudt, maar een gerechtvaardigd voordeel oplevert, immers de Reclamerichtlijn geeft in het belang van de consument een legitimatie om het merk van de merkhouder ten eigen voordele te gebruiken?⁴³

De Luxemburgse arresten BMW/Deenik,⁴⁴ Gillette⁴⁵ en het stof opwaaiende arrest Opel⁴⁶ zijn in deze discussie over kwalificatie en onderlinge verhoudingen leidinggevend, evenals het gegeven dat ons 'sub d ander gebruik' weliswaar in de Benelux gelding heeft, maar dat volgens de Merkenrichtlijn aan de lidstaten zelf is overgelaten om deze bepaling al dan niet te implementeren. Dit geeft complicaties indien de vergelijking (ook) een Gemeenschapsmerk noemt, o.a. wat betreft bevoegdheid en indien een verbod buiten de Benelux wordt gevraagd. Dit alles lijkt te pleiten voor het uitgangspunt dat gebruik van andermans merk in reclame valt te scharen onder gebruik sub a.

De Reclamerichtlijn heeft ten doel een uniforme regeling voor vergelijkende reclame te treffen met totale harmonisatie. Het lijkt daarmee strijdig te zijn als vergelijkende reclame in sommige landen onder d kan worden geschaard, en in andere landen noodzakelijkerwijs onder a. In het artikel van Mr Paul Reeskamp elders in dit themanummer wordt deze discussie uitgebreid besproken.

Daarnaast speelt de vraag of, als er sprake is van zui-vere (= niet misleidende) vergelijkbare reclame, nog wel een toetsing op basis van het merkenrecht noodzakelijk of zelfs mogelijk is. Diverse pleitbezorgers menen dat de noodzaak om een merk te noemen een gegeven is, vastgelegd in de considerans van de Reclamerichtlijn. Om die reden zou geen afzonderlijke toetsing moeten plaatsvinden naar de noodzaak van het noemen van het merk. Uitsluitend toetsing aan de bepalingen uit de Reclamerichtlijn komen volgens die visie aan de orde: toetsing aan sub e (kleinerend en schaden goede naam) en sub h (oneerlijk voordeel ten gevolge van de bekendheid van het merk).⁴⁷ Deze

40 Vrz. Rb. Amsterdam 13 januari 2005, IER 2005, 43, m.nt. JK (McDonald's/Burger King).

41 Zie noot 38.

42 Volgens het Claeryn/Klarein arrest van het BenGH 1 maart 1975, NJ 1975, 472 m.nt. LWH, BIE 1975, nr. 30, p. 183 m.nt. vdZ, AA 1977, 664 m.nt. HC) moet het begrip geldige reden beperkt worden uitgelegd. Hierop sneuvelen de vergelijkende reclames waarbij een merkrecht in stelling kan worden gebracht. Zie voor de redenering dat het gebruik van een merk in vergelijkende

reclame altijd een aantasting van het merk oplevert: Pres. Rb. Breda 21 oktober 1988, BIE 1990, 5 (Durex/Classic).

43 Aldus Kort begrip 8^e druk, 2000, Wichers Hoeth cs. blz. 200.

44 HvJEG 23 februari 1999, C-63/97, IER 1999/16 m.nt. RdR (BMW/Deenik).

45 HvJEG 17 maart 2005, C-228/03, IER 2005, 51 m.nt. HMHS (Gillette).

46 HvJEG 21 januari 2007, C-48/05, IER 2007, 28 m.nt. ChG (Opel).

47 Aldus o.a. Prof Jan Kabel onder Vrz. Rb. Arnhem 16 augustus

discussie speelt vooral bij veelvuldig gebruik van het vergeleken merk, opvallend gebruik van het logo of wijzigingen daarvan.

Het wachten is op het hopelijk heldere orakel uit Luxemburg in de OZ/Hutchison zaak waarin door de Engelse rechter de kwalificatievraag is neergelegd, en de vraag of de noodzaak tot het gebruik van het merk ook het beeldmerk betreft, of wijzigingen daarvan.⁴⁸ De Nederlandse rechtspraak is uiterst divers. Voor en tegenstanders van de verschillende visies kunnen ieder argumenten van hun gading vinden. In het kader van dit artikel noem ik vier verschillende uitspraken met evenzo verschillende aanpak.

Zuivere vergelijking, toetsing merkgebruik onder sub d

Het Hof Den Haag heeft in 2004 gebruik van het merk Correct in een advertentie van Mediamarkt betiteld als een merkinbreuk onder artikel 13 lid 1 sub d BW (oud).⁴⁹ Het hof overweegt met zoveel woorden dat het niet de bedoeling kan zijn dat geoorloofd gebruik in vergelijkende reclame merkinbreuk sub a zou inhouden. Het hof toetst volovertuigd aan 'ander gebruik'. Mediamarkt had in een advertentie de tekst geplaatst: "alleen bij MediaMarkt de *correcte* prijs". Dit levert een ongerechtvaardigd voordeel en doet afbreuk aan de reputatie van het merk CORRECT. Een geldige reden ontbreekt en het hof concludeert dat sprake is van merkinbreuk.

Toetsing aan vergelijkende reclame wetgeving; zuivere vergelijking, géén toetsing merkenrecht

Een concurrentiestrijd in fietsenland heeft geleid tot een vonnis van de voorzieningenrechter te Haarlem waarbij de prijsvergelijking wordt getoetst aan de Reclamerichtlijn en artikel 6:194a BW.⁵⁰ De prijsvergelijking door gedaagde met de adviesprijzen van Biretco is toegestaan, o.a. wegens adequate bronvermelding. Dat in die brochure veelvuldig het (beeld)merk PROFILE van Biretco is afgebeeld levert geen merkinbreuk op. Onder verwijzing naar de considerans van de Reclamerichtlijn oordeelt de rechter dat vergelijkende reclame waarin een merk van een ander wordt gebruikt en die voldoet aan de voorwaarden uit die Reclamerichtlijn (en artikel 6:194a), niet met een beroep op het merkenrecht kan worden verboden. Die voorwaarden zijn geen verwarring, niet de goede naam schaden of zich kleinerend uitlaten over het merk van de concurrent en geen oneerlijk voordeel opleveren ten gevolge van de bekendheid van een concurrent. De advertenties zijn wellicht wat schreeuwerig, maar kunnen niet anders worden begrepen dan als een onderdeel van een objectieve en zakelijke neutrale prijsvergelijking.

Kortom: geen oneerlijk voordeel trekken cq aanhaken bij de bekendheid van het beeldmerk PROFILE.

Toetsing aan vergelijkende reclame wetgeving, aan Gillette én toetsing merkenrecht

Anders is het door de rechter aangepakt in de zaak Steengoed C1000.⁵¹ Steengoed adverteerde met een prijsvergelijkende claim (20-40% goedkoper dan C1000), daarbij gebruikte Steengoed ook een variant op de slogan van C1000 namelijk 'nu echt zonder fratsen', en het logo van C1000. De prijsvergelijking werd onjuist/misleidend bevonden. De wijziging in de C1000 slogan is strijdig met 6:194a onder e want kleinerend. Er zou geen noodzaak zijn de slagzin te gebruiken en zeker niet in opvallend rood kader en groter lettertype.⁵² Op basis van het merkenrecht wordt het gebruik van het logo C1000 verboden wegens strijd met 2:20 lid 1 sub d BVIE. Leidraad is de Gillette-uitspraak dat een noodzaak moet bestaan voor gebruik van een merk, en vervolgens dat dit gebruik dan in overeenstemming moet zijn met de eerlijke gebruiken in nijverheid en handel. Steengoed had geen noodzaak het beeldmerk C1000 te gebruiken. De uitkomst is mijns inziens strijdig met Pippig-uitspraak⁵³ waarbij het gebruik van een logo op een winkelpui juist wél werd toegestaan in vergelijkende reclame.

Zolang zuivere reclame geen noodzaaktoetsing; kwalificatie merkgebruik sub d; onzuivere reclame dus geen beoordeling merkenrechtelijke grondslag

En toen kwam dit voorjaar het Hof Arnhem in de UPC/KNP zaak.⁵⁴ UPC adverteerde in een groot-scheepse campagne richting de consument-beller: 'geen KPN meer nodig'. De uitspraak heeft ons enige helderheid gebracht. Het hof toetst aan de Reclamerichtlijn: voor gebruik van een merk in zuivere vergelijkende reclame kan worden aangenomen dat er een geldige reden bestaat in de zin van het op vergelijkend merkgebruik van toepassing zijnde artikel art 2:20 lid 1 sub d BVIE omdat volgens de Reclamerichtlijn een noodzaak aanwezig wordt geacht. Dus: zuivere vergelijkende merkreclame geeft per definitie een noodzaak voor gebruik van dat merk. En: merkenrechtelijk valt vergelijkend merkgebruik onder sub d. De rechter oordeelt dat de vergelijking op vele punten strijdig is met eisen van artikel 194a lid 2 sub c: de vergelijking heeft geen betrekking op wezenlijke, relevante, controleerbare en representatieve kenmerken. 'Geen KPN meer nodig' is een op zich staande uitroep. Het hof laat een afzonderlijke toetsing aan de merkenrechtelijke grondslag achterwege nu de reclame al sneuvelt op de eisen uit de Reclamerichtlijn.

2006, IER 2006, 81. m.nt. JK (KPN/UPC) welk standpunt impliciet is bevestigd in hoger beroep (zie hierna).

48 Court of Appeal 5 december 2006 (OZ/Hutchison), gepubliceerd elders in dit nummer, zie voor een bespreking van de vraagstelling het artikel van Mr Paul Reeskamp elders in dit nummer.

49 Hof Den Haag 27 mei 2004, IER 2004, 77 m.nt. ChG (Correct/Media Markt). De uitspraak gaat louter over de merkinbreuk. Misleiding in de vergelijking is niet ten grondslag gelegd.

50 Vrz. Rb. Haarlem 21 juli 2005, LJN: AT9841 (Biretco/X).

51 Vrz. Rb. Utrecht, 12 oktober 2006, IER 2007, 10 (Schuitema/Steengoed).

52 Dit oordeel ten aanzien van toetsing aan 6:194a wordt mijns

inzins ten onrechte onderbouwd met het argument dat een noodzaak ontbreekt om variaties op het als merk gedeponeerde Schuitema logo te gebruiken; het ontbreken van die noodzaak leidt aldus het vonnis tot strengere eisen aan gebruik van variaties op het merk in vergelijkende reclame. Ten onrechte, immers de noodzaak is in de Richtlijn gegeven; het draait slechts om de vraag of het merkgebruik voldoet aan de voorwaarden, en met name sub e (kleinerend) en g (oneerlijk voordeel bekendheid merk).

53 Zie noot 33.

54 Hof Arnhem 20 maart 2007, IER 2007, nr. 54 m.nt. EHH (UPC/KPN hoger beroep, Geen KPN meer nodig).

Proceskostenveroordeling bij onzuivere merkvergelijkende reclame/merkinbreuk.

Dat niet afzonderlijk aan de merkenrechtelijke grondslag wordt getoetst, zal naar mijn mening geen navolging krijgen in de rechtspraak. De Handhavingsrichtlijn die volledige proceskostenveroordeling mogelijk maakt bij IE-zaken – en niet bij kwesties aangaande onrechtmatige daad, waaronder vergelijkende reclame – maakt het belang bij een afzonderlijke toetsing wezensgroot.

In de Schuitema/Steengoed zaak moest de adverteerder de advocaatkosten ad circa € 13.000,= vergoeden wegens ontoelaatbaar gebruik van het beeldmerk C1000.

Bij de kostenveroordeling in vergelijkende merk-reclame die tevens een merkinbreuk vormt is een interessant discussiepunt hoe de kostenpost toege-rekend moet worden; slechts de merkenrechtelijke werkzaamheden komen voor de kostenveroordeling in aanmerking. De rechter zal moeten gaan denken in percentages!⁵⁵

Sancties

De sancties bij misleidende vergelijkende reclame zijn niet mis, naast het gebruikelijke verbod is vooral de rectificatie in zwang en soms ook een recall van de misleidende producten of teksten.⁵⁶ Aandachtspunten zijn dat de rectificatie niet mag leiden tot een (verkapt) reclame-uiting voor de benadeelde concurrent. Sinds de eerder genoemde BurgerKing uitspraak is rectificatie op televisie een vaker toege-vozen vordering.⁵⁷ In die procedure moest Burger King op de eerstvolgende keer dat de commercial na betekening van het vonnis weer zou worden uitgezonden (!) een rectificatie commercial uit-zenden, hetgeen resulteerde in nachtwerk voor het betreffende reclamebureau. In een recente uitspraak waarbij Prevner zich vergelijkt met Zovirax koorts-lipcrème heeft de rechter een mildere termijn van 15 dagen voor rectificatie gegeven.⁵⁸ Dat roept weer het aloude dilemma in herinnering of de rectificatie dan nog wel zinvol is. Dit geldt evenzeer voor de vraag of de rectificatie met stemmig geluid moet worden voorgelezen of in doodse stilte tegen een zwart vlak moet worden getoond, wat de attentiewaarde in het drukke reclameblok wellicht verhoogt ...

Rectificatie op internet is inmiddels standaard; aandachtspunt is de duur van de rectificatie (veelal een maand). Het is essentieel om als eisende partij een zeer nauwkeurige beschrijving te geven van de grootte, de resolutie en andere technische omschrij-vingen.⁵⁹

Evenzo wordt rectificatie afgewezen met het argu-

ment dat eiser zelf voor verspreiding van de uitspraak kan zorgdragen, onder meer als het een branche-orga-nisatie betreft.⁶⁰ Executie kort gedingen over naleving van het verbod tot misleidende vergelijkende reclame hebben inmiddels het antwoord gegeven dat iedere commercial als afzonderlijke uiting beschouwd moet worden. Nawerking van een misleidende tv commer-cial is in principe niet aan de orde en tekst gaat boven beeld.⁶¹

Humor helpt?

Een lach kan veel wonden verzachten en rechters doen smelten. Maar of dat ook geldt bij vergelijkende reclame is zeer de vraag. Reclamemakers doen niets liever dan een humoristische vergelijkende reclame-uiting maken. Vaak op het scherp van de snede en dat leidt evenzo vaak tot het oordeel dat de vergelijking kleinerend is (sub e) of oneerlijk voordeel oplevert (sub g). Ronald McDonald incognito bij de concu-rrent, door de advocaat betiteld als reclame met een knipoog, kon geen lach bij de rechter ontlokken. En de 'Nee, nee, ik ben mijn broer' van Peer Mascini, voorheen Melkunie, evenmin ('hoe geestig ook' volgens het vonnis). Het hof Arnhem meent zelfs dat de vergelijking *neutraal* tot uitdrukking moet worden gebracht.⁶² Naar mijn mening is dit een te strenge eis: De vergelijking zelve moet wat de vergelijking betreft neutraal zijn (op objectieve wijze een of meer we-zenlijke, relevante, controleerbare en representatieve kenmerken met elkaar vergelijken). De *presentatie* be-hoeft niet neutraal te zijn. Dat kan niet de bedoeling zijn van de wetgever, en bovendien, reclamemakers kunnen zich daar vast niet aan houden. Humor moet speels en mild zijn, en niet schrijnend. Kortom, zoals ik het wel eens noemde in het kader van de parodie-rechtspraak: alleen werkelijke humor helpt.

Conclusie

Tot nu toe is het (nog) een ratjetoe in Nederland. Dat de vergelijkingsstrijd eindelijk is losgebarsten levert naast consumentenprofijt een veelheid aan recht-spraak op. De rechters lijken nog niet in lijn te lopen met de Europese richtsnoeren: de regelgeving zo veel mogelijk in het voordeel van vergelijkende reclame uitleggen. En de dogmatische kant van vergelijkende reclame is nog lang niet uitgekristalliseerd, al zal O2 – hopelijk – richtinggevend zijn. De kostenver-oordeeling in vergelijkende reclamezaken, waarbij de juridische strijd zeer arbeidsintensief kan zijn, gaat een belangrijke rol spelen. Het wordt een interes-sante tijd, voor adverteerders, hun communicatie- en merkenadviseurs en hun advocaten. Om naar uit te kijken ...

55 Zie voor de caleidoscoop in kostenveroordelingen en de vraagstukken bij overlappende rechtsgebieden, waaronder toerekening van percentages het artikel van Mw Mr M. Driessen, De willekeur van de proceskostenveroordeling, BIE 15 juni 2007 blz. 343-350.
56 Een vreemde eend in de bijt was de uitspraak van Vrz. Rb. Utrecht, 15 april 2004, IER 2004, nr. 68 m.nt. EHH (*Gillette/Philips tandenborstels*), waarin de rechter Gillette veroordeelde tot een rectificatieadvertentie waarbij de consument die ten gevolge van de misleiding een Sonicare had aangeschaft, werd aange-boden deze kosteloos te retourneren en de aankoopprijs retour te krijgen. Dat is rechtgezet in hoger beroep Hof Amsterdam 19 november 2004, IER 2005,30.

57 Zie noot 40 (McDonald's/Burger King).

58 Vrz Arnhem, 26 april 2007, IER 2007, nr. 7 m.nt. EHH (GSK/Pro-nova)

59 Zie voor zeer praktische tips bij rectificatie op internet de annota-tie van mr A.R. Lodder bij vrz. Rb. Amsterdam 7 december 2005, Tiscali vs KPN, Mediaforum 2006, nr. 3.

60 Zie de uitspraak Nederlandse Zuivelorganisatie/Alpro, zie noot 25.

61 Hof Amsterdam 28 december 2006, Makelaarsland/JX, IER 2007 nr. 69 p. 247, m.nt. EHH (Makelaarsland hoger beroep).

62 Zie noot 54 (KPN/UPC hoger beroep Geen KPN meer nodig).