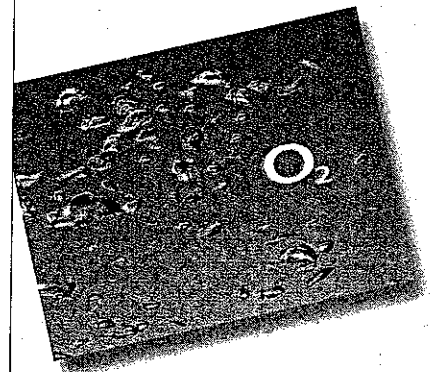


Hof van Justitie brengt licht in duisternis

# Ruim baan voor

**De supermarktprijoorlog blijft de consument verblijden. Brillenketens vergelijken zich met elkaar. Ditzo zet zich af tegen Datzo. Om over de concurrentiestrijd tussen telefoniepakketten maar te zwijgen: de ene rectificatie volgt op de andere. Is vergelijkende reclame ten dode opgeschreven of levend als nooit tevoren? Met de O2-zaak brengt het Hof van Justitie licht in de duisternis: de vergelijking hoeft alleen te voldoen aan de regels over vergelijkende reclame. De vergeleken adverteerder kan dus niet zijn merkrechten in de strijd gooien.**

DOOR: EBBA HOOGENRAAD



Jarenlang liep Amerika voorop: vergelijkende reclame troef. Nederland liep achter. Maar nu is het anders. Vergelijkende reclame viert hoogtij. En daarmee ook de rechtspraak die richtlijnen geeft. Voor 1992 was het een moeilijk verhaal: de durfal die vergelijkende reclame maakte en de merknaam van de concurrent noemde, liep in de val van het merkenrecht. Ook als de vergelijking op zich juist was, kon de vergeleken adverteerder eenvoudigweg een beroep doen op zijn merkrecht. De vergelijking vormde meestal een merkinbreuk: er werd geprofiteerd van de bekendheid van het merk zonder geldige reden. Exit vergelijkende reclame.

Toen kwam Brussel. Het consumentenbelang staat voorop; de consument is gebaat bij informatie en een competitieve markt. In het kader van harmonisering is de Reclamerichtlijn van kracht geworden in 1992. Sindsdien is het wél toegestaan om het merk van de concurrent met naam en toenaam

te noemen. De Europese wetgevers waren echter een ding vergeten: duidelijk te maken hoe de Merkenrichtlijn en de Reclamerichtlijn zich tot elkaar verhouden(!). Het duurde tot deze zomer totdat daar helderheid over kwam.

## Eisen

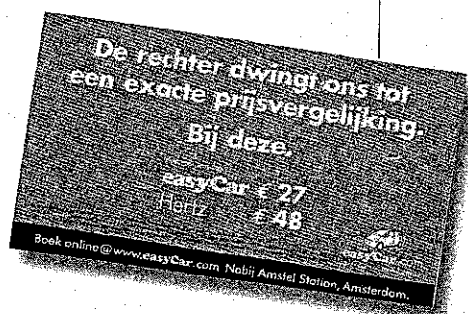
Als Albert Heijn zijn prijzen vergelijkt met Super de Boer, waar moet zo'n vergelijking dan aan voldoen? Aan een hele set eisen, die te vinden zijn in artikel 194a van boek 6 van het Burgerlijk Wetboek. Het is geen sinecure toelaatbare vergelijkende reclame te maken. Maar als je

**De vergelijking moet juist zijn; misleiding is verboden**

je houdt aan de eisen, dan kan niemand de adverteerder wat maken. Wat zijn die eisen zoal? Natuurlijk moet de vergelijking juist zijn. Misleiding is verboden. Als Telfort zegt dat haar belpakket 39 procent goedkoper is dan T-Mobile, moet dat aantoonbaar zijn. En wie claimt een betere service te verlenen, moet niet als klantenvriendelijk uit de bus komen in consumentenonderzoek. De vergelijking moet ook betrekking hebben op soortgelijke producten of diensten. Het Hof van Justitie heeft verklaard dat dat ruim moet worden uitgelegd, als het maar onderling verwisselbaar is.

Vorig jaar vond de rechter dat Alpro soja verboden vergelijkende reclame maakte ten opzichte van gewone melk. Want sojamelk zou niet een vergelijkbaar product zijn. De rechter heeft dat naar mijn mening fout gedaan. Want juist voor mensen en zuigelingen met koemelkallergie is sojamelk de vervanging voor gewone melk.

In de supermarktenstrijd is eerder sprake van vergelijkbare producten, zo heeft het Hof van Justitie



# vergelijkende reclame

bepaald in de Lidl/Colruyt zaak. En inderdaad: prijsvergelijkingen hebben vaak betrekking op A-merken versus eigen merken. Soms heeft dat dezelfde kwaliteit, soms niet. In de supermarktprijsoorlog is dat meestal niet bezwaarlijk. Het is voldoende dat de prijs te herleiden is tot individuele producten: koffie van Colruyt versus koffie van Lidl. De consument moet de vergelijking kunnen controleren: op de website moeten de verschillende prijzen en de vergelijking duidelijk vermeld zijn.

## Prijs

Een andere eis is dat de vergelijking betrekking moet hebben op een of meer wezenlijke, relevante, controleerbare en representatieve kenmerken. Het leuke is dat maar één aspect mag worden vergeleken, bijvoorbeeld de prijs. Dat daarbij de kwaliteit of service minder is, hoeft niet te worden vermeld. Daarom is het vreemd dat de rechtbank Route Mobiel afstrafte voor de claim 'goedkoper dan de ANWB'. De rechtbank vond dat dat alleen maar mocht als ook werd vermeld dat Route Mobiel een lager reparatiepercentage kent. Maar die visie lijkt in strijd te zijn met de Europese rechtspraak over vergelijkende reclame: het is belangrijker dat de consument wordt geïnformeerd over de voordelen, dan dat de vergelijking helemaal compleet is. Dan zou vergelijkende reclame immers bijna onmogelijk worden. Toen easyJet zich steeds vergeleek met KLM werd er niet bij vermeld dat je bij easyJet je eigen boterhammetje moet meenemen en dat je minder ruimte hebt. En ook

**STEENGOED**  
DE GOEDKOOPSTE IN NON-FOOD

**20% TOT 40% GOEDKOPER DAN €1000**

**BESPAAR NU TIENTALLEN EURO'S OP DEZE BOODSCHAPPEN!!!**

LIGA 1.25	HONIG 1.00	SPORTLIFE 1.25	MENTOS 1.00
OUYUIS 0.50	ANTAFLU 0.75	VERKADE 0.75	GRAND ITALIA 1.00
PICKWICK 1.00	SILVO 0.75	MARNE 1.00	VERSTEGEN 0.35
GRAND ITALIA 1.50	SORBI 2.50	VAPORRESSE 1.50	EDET 1.00
SANEX 2.50	EDET 2.00	DOVE 2.00	AXE 2.00
			AMBI PUR 4.00
			CILIT BANG 2.50

**Nu écht zonder fratse**

100% GARANTIE OP MEER DAN 6000 KOOPJES, BESTAANDE UIT: HUISHOUDELIJKE ARTIKELIEN, SPEELGEREDSCHAP, COSMETICA, CASUALWEG, ELEKTRISCHE HUISHOUDAPPARATUUR, GEHEEL VERKOOP OF AAR HANDS

AMERSFOORT WINKELPROFENADE AMICHTIA STADSBRING 190-194 / EDE #BOUVERSTR  
HILVERSUM WINKELCENTRUM HILVERTSROF ZEEDIJK 398 /

In de reclame zei de acteur er het volgende bij: 'nee, nee, nee, ik ben het niet, ik ben mijn broer, ik ben van de kaas'. Maar dat hielp niet. De rechter vond dat de consument in verwarring zou raken. En het argument dat het een parodie was hielp niet. Deze uitspraak is uniek. Het komt bijna niet voor dat een vergelijking verwarring veroorzaakt. Dat wil de adverteerder juist voorkomen.

## Claim

Nog een voorbeeld: de claim van Albert Heijn: 'waarom bij Edah teveel betalen?' werd denigrerend geoordeeld. Vergelijking moet netjes zijn. En vaak ook keuriger dan reclamemakers bedenken. Het spraakmakende voorbeeld was de Burger King-commercial waarin de clown Ronald McDonald stiekem en incognito bij de concurrent een Burger King bestelde. Velen vonden de commercial humoristisch, zoiets zou toch moeten mogen. Maar de rechter oordeelde strenger: dit is denigrerend voor McDonald's. Resultaat: een rectificatie op televisie, binnen 24 uur na het vonnis uit te zenden. Het werd een slapeloze nacht voor Burger King en haar reclamebureau om de rectificatiespot tijdig geproduceerd en aangeleverd te krijgen.

De Reclamerichtlijn zegt dat de vergelijking geen oneerlijk voordeel mag opleveren ten gevolge van de bekendheid van het merk. Dat lijkt sterk op de formulering in onze merkenwet. Daarmee is direct de principiële discussie duidelijk: kan een zuivere vergelijkende reclame (die dus aan alle bovengenoemde vereisten voldoet) toch nog verboden

niet dat je niet landt op het meest centrale vliegveld.

Toelaatbare vergelijkende reclame betekent dat geen verwarring mag plaatsvinden. Campina heeft op dit argument de strijd gewonnen met Cono Beemsterkaas in de Peer Mascini commercial. Peer was jarenlang dé reclame-icoon voor Campina voor haar merk Melkunie. Nu trad Mascini opeens op voor concurrent Cono.

**Vergelijking moet netjes zijn. En vaak ook keuriger dan reclamemakers bedenken**

## ■ RETAILRECHT

worden wegens merkinbreuk? Door domnigheid in Brussel was die vraag bij het opstellen van de Reclamerichtlijn niet beantwoord. Met als gevolg dat Nederlandse rechters elke keer wat anders zeiden. Soms was het oordeel: de beide wetten bestaan naast elkaar. Dus de merkhouder kan altijd óók nog optreden op basis van zijn merkenrecht. Dat gebeurde in de campagne van Steengoed tegen C1000. Steengoed adverteerde dat zij twintig tot veertig procent goedkoper was dan C1000. En Steengoed gebruikte een variant op de slogan

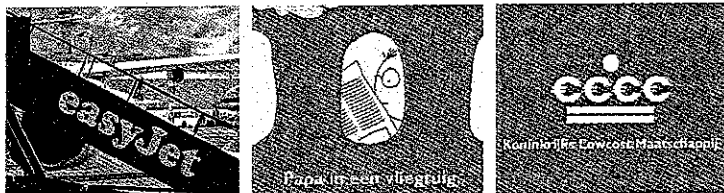
van C1000: 'nu echt zonder fratsen'. De prijsvergelijking was misleidend. En daarnaast vond de rechter dat C1000 ook op basis van het merkenrecht kon optreden.

### Visie

Maar andere rechters hanteerden de visie dat als de vergelijking volgens de Reclamerichtlijn-regels is toegestaan, het merkenrecht exit is, zoals het Hof Amsterdam in de zaak 'Geen KPN meer nodig' tegen UPC. Als de vergelijking correct is, komt het merkenrecht niet meer om de hoek

### Een merkhouder kan niet optreden tegen een zuivere vergelijkende reclame

kijken (in dit geval was de vergelijking overigens niet toegestaan). Maar met de uitspraak van het Europese Hof van Justitie in de 02-zaak weten we eindelijk meer. In Engeland vergeleek H3G haar prijzen met die van 02. Het was een 'zuivere' vergelijkende reclame (niet misleidend, niet denigrerend). H3G gebruikte daarbij het beeldmerk van 02, de luchtballen tegen een blauwe achtergrond. Het Hof van Justitie heeft op 12 juni 2008 bepaald dat de merkhouder niet kan optreden tegen een zuivere vergelijkende reclame. Dat kan alleen als sprake is van verwarring tussen de beide producten/diensten (want het merkenrecht beschermt tegen verwarring). En van verwarring is bijna nooit sprake. Belangrijker nog: blijkens de 02-uitspraak kan de merkhouder - zelfs als de vergelijking onzuiver is, bijvoorbeeld omdat sprake is van misleiding of omdat het te denigre-



Toen easyJet zich vergeleek met KLM meldde zij er niet bij dat je je eigen boterhammetje moet meenemen en dat je minder ruimte hebt

## Verleiden is een kunst

### Omzetversnellen is ons vak

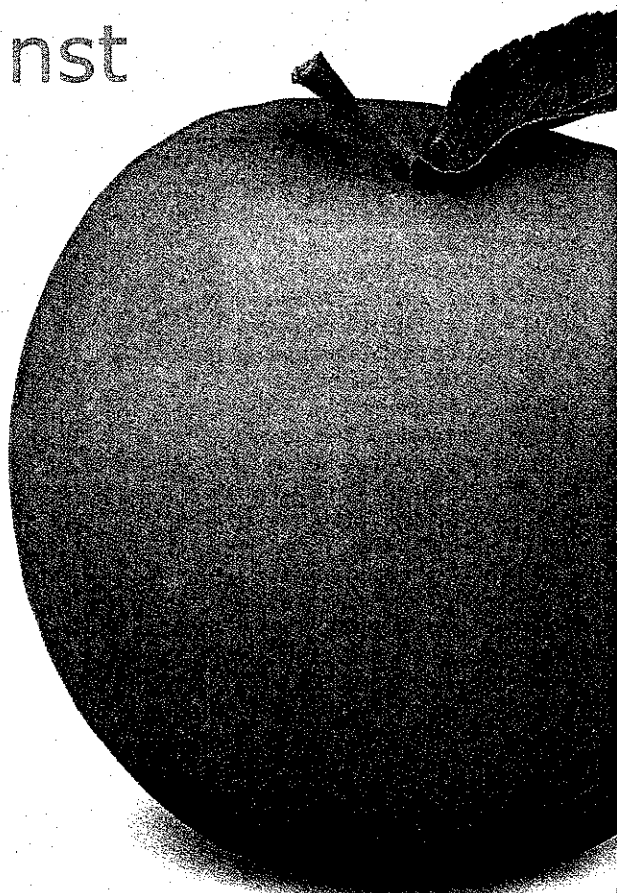
De kunst van het verleiden, is het prikkelen van de zintuigen... in Basix is een ervaren onderneming in de markt van displays, productpresentaties en shopformules. Wij zijn onderscheidend in vormgeving, functionaliteit en prijs. En ondersteunen u van ontwerp tot en met montage. Kortom, denkers en doeners met een passie om uw omzet te versnellen.

# in Basix

Retail & Display Performance

[www.inbasix.nl](http://www.inbasix.nl)

In Basix bv • Baarnsche Dijk 17 • NL 3741 LP - Baarn • T +31 (0)35 5280390 • F +31 (0)35 543423 • E [info@inbasix.nl](mailto:info@inbasix.nl)





Column

rend is – toch niet optreden op basis van zijn merkrecht.

### Merkvuist

Tot nu toe was iedere adverteerder die vergelijkende reclame wilde maken toch bezorgd voor de 'merkvuist' van de concurrent. Want als sprake is van merkinbreuk, dan kan de merkhouders alle kosten op de adverteerder verhalen. Zelfs de advocaatkosten. Dat is een groot extra risico. Die zorg is nu exit. Bij een zuivere vergelijkende reclame zal het merkrecht geen rol meer spelen. De C1000-uitspraak zal onder de huidige uitspraak dus anders luiden: merkinbreuk komt niet meer aan de orde.

Het is nog niet geheel duidelijk hoe het zit met gebruik van bekende merken in vergelijkende reclame. Het ziet eruit dat een soortgelijke redenering zal gaan gelden. Geen merkinbreuk als de vergelijking voor het overige zuiver is. Maar die vraag moet nog – ooit – voor de Europese Rechter komen. Voorlopig geldt echter dat het maken van een nette vergelijkende reclame veel minder riskant is geworden. ■

*Bij een zuivere vergelijkende reclame zal het merkrecht geen rol meer spelen*

## Retailen op z'n Zuid-Amerikaans

Is het u al wel eens overkomen dat u in een restaurant het voorgerecht tegelijkertijd krijgt uitgeserveerd met het hoofdgerecht, of nog erger, nadat u het hoofdgerecht reeds verorberd hebt? Welnu, dit alles is in Spaans sprekend Zuid-Amerika eerder regel dan uitzondering. Mij is het in ieder geval verschillende keren overkomen tijdens mijn vakantie op dit continent. In eerste instantie denk je dat het een vergissing van de kok betreft, niets is minder waar. Bij navraag in de keuken bleek dat men volledig voorbij gaat aan het onderscheid tussen voor- en nagerechten. Het bereiden van de gerechten geschiedt op willekeurige basis waarbij de kok de volgorde bepaalt. Erg fijn voor de kok natuurlijk, maar ondenkbaar in ons kleine Nederland. Hiermee is een van de belangrijkste verschillen in denken geïllustreerd tussen beide continenten. Wij focussen primair op de klant in het restaurant en serveren de gerechten keurig in de door de klant gewenste volgorde uit. Ook zorgen wij ervoor dat er voldoende tijd tussen het voor- en hoofdgerecht in acht wordt genomen, waarbij we er tevens op toezien dat eenieder tegelijkertijd bediend wordt zodat we gezellig gezamenlijk van onze maaltijd kunnen genieten. De klant staat centraal. In Zuid-Amerika staat de keuken centraal. Wat efficiënt is voor de kok is maatgevend. De gevolgen voor de klant zijn duidelijk: de productielijn is bepalend, voor- en hoofdgerechten worden in willekeurige volgorde klaargemaakt, gerechten worden nooit tegelijkertijd per tafel uitgeserveerd. Het kwam regelmatig voor dat een van mijn tafelgenoten (wij waren met vijf personen) zijn eerste gerecht pas kreeg uitgeserveerd nadat de rest reeds lang en breed klaar was met eten. U zult zich afvragen, wat heeft dit met retail te maken. Welnu alles. De Zuid-Amerikaanse retail werkt volgens hetzelfde principe als de horeca. Wat geproduceerd wordt is bepalend voor wat er verkocht wordt. Zo kan het gebeuren dat een groot aantal winkels exact hetzelfde aanbod heeft. Als je dan ook nog bedenkt dat de verschillende winkels zich nauwelijks van elkaar onderscheiden dan zal het duidelijk zijn dat eenvoudigheid troef is. Dit gekoppeld aan een schrijnend gebrek aan koopkracht zorgt ervoor dat prijs het belangrijkste keuzecriterium is. Toch wil ik stellen dat het de moeite waard is een retail-excursie naar Zuid-Amerika te ondernemen. Reden hiervoor is de zeer omvangrijke 'straatverkoop'. Als je bijvoorbeeld door la Paz loopt word je onmiddellijk gegrepen door een enorme hoeveelheid boeren en handelaren die hun koopwaar op straat aanbieden: wel vijftien verschillende soorten aardappelen, wasknijpers, overhemden, T-shirts, citrusvruchten, manden, schoenen, etcetera. Dit alles levert een zeer boeiend, levendig en kleurrijk spektakel op dat nog lang in mijn retail-geheugen verankerd zal blijven..

Prof. Dr. Will Reijnders

VEDIS is het kennisplatform ten behoeve van retailers, retail wetenschap- en onderwijs, retailadviseurs en fabrikanten werkzaam op directie- en managementniveau ([www.vedis.org](http://www.vedis.org)). Will Reijnders is bestuurslid van het VEDIS Detailhandels Platform, Hoogleraar Retail Marketing TiasNimbas Business School en directeur bij Van Spaendonck Consultants.

Onlangs hebben wij reclame gemaakt met daarin de boodschap dat belten met Telfort tot €117,- per jaar goedkoper is dan belten met Vodafone. In een andere reclame vergeleken wij het Vodafone abonnement van €27,50 met het Telfort abonnement van €14,95. Wij hebben daarbij op onjuiste wijze producten vergeleken. Ten onrechte suggereerden wij dat Telfort wezenlijk goedkoper is en dat belten bij Telfort tot €117,- goedkoper zou zijn dan bij Vodafone. Die reclames waren misleidend en daarom onrechtmatig jegens Vodafone.

De directie van Telfort B.V.

Mr. Ebba H. Hoogenraad is partner van Hoogenraad & Haak advocaten, Advertising + IP te Amsterdam. Zij is als advocaat gespecialiseerd op het gebied van reclamerecht, productinformatie en intellectuele eigendom (IP). Hoogenraad adviseert en procedeert voor het bedrijfsleven, de reclamebranche en de creatieve sector, zoals merkhouders, retailers, reclamebureaus en ontwerpers. Voorts is zij voorzitter van de Vereniging voor Reclamerecht en oud-voorzitter van de Beneluxvereniging voor Merken- en Modelrecht. Voor RetailTrends gaat zij frequent in op juridische retailkwesties. Reacties? [eh@hoogenhaak.nl](mailto:eh@hoogenhaak.nl)