

1. Partijen zijn twee vennootschappen die supermarkten exploiteren: Lidl en Vierzon (de laatste handelend onder de naam Leclerc). Leclerc heeft op 23 september 2006 in een plaatselijke (Franse) krant een advertentie geplaatst waarin *de kassabonnen* van boodschappen bij Lidl en Leclerc werden vergeleken. In elke supermarkt werden 34 producten gekocht, waarvan de prijzen werden opgesomd. Het betrof producten voor dagelijks gebruik, hoofdzakelijk levensmiddelen, die elkaar grotendeels overlaptten. De merken van de producten waren niet genoemd. Alleen de generieke naam van de producten werd genoemd (margarine, boterhamsmeersel, tomatenpuree enz.) met in voorkomend geval het gewicht of het volume. Uit de totaalprijs van de “winkelwagen vol met boodschappen” bleek dat Leclerc de goedkoopste supermarkt was. Het totale aankoopbedrag bedroeg bij Leclerc € 46,30 en bij Lidl € 51,40. Daarnaast bevatte de advertentie algemene slagzinnen die de winkel van Leclerc aanprijzen als de goedkoopste. Lidl meende dat sprake was van ongeoorloofde vergelijkende reclame en spande bij de Franse rechter een procedure aan, die vervolgens aan het HvJ prejudiciële vragen heeft gesteld.

2. Volgens het HvJ wenst de Franse rechter te vernemen of art. 3bis lid 1 sub a t/m c Richtlijn MVR (84/450)¹ aldus moet worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een reclamepraktijk zoals hierboven onder nr. 1 beschreven, waarbij de prijs van een winkelwagen vol met boodschappen in twee concurrerende winkelketens wordt vergeleken, in het bijzonder gelet op de verschillen die tussen de aldus vergeleken levensmiddelen bestaan inzake de wijze en plaats van bereiding ervan, de ingrediënten, en de identiteit van de fabrikant.

3. In deze vraag - aldus het Hof - ligt de nadruk op de voorwaarde genoemd in art. 3bis lid 1 sub b Richtlijn MVR (84/450). Op grond van deze bepaling is vergelijkende reclame slechts geoorloofd indien zij goederen of diensten vergelijkt die in dezelfde behoeften voorzien of voor hetzelfde doel zijn bestemd. Volgens vaste jurisprudentie van het Hof is

aan dit criterium voldaan wanneer de vergeleken goederen voldoende verwisselbaar/substutueerbaar zijn.² De Franse rechter wilde weten of het substitueerbaarheidsvereiste ook voor levensmiddelen geldt. Die producten verschillen immers van de wijze van plaats van bereiding, ingrediënten en identiteit van de fabrikant. Leidt dit ertoe dat elke vergelijking tussen verschillende levensmiddelen onmogelijk is, zodat een eventuele vergelijking enkel kan plaatsvinden tussen *identieke* levensmiddelen?

4. Het Hof antwoordt met een volmondig en overtuigend nee: *de loutere omstandigheid* dat levensmiddelen van elkaar verschillen inzake hun eetbaarheid en het genoeg dat zij de consument verschaffen op basis van de wijze en plaats van bereiding ervan, de ingrediënten, en de identiteit van de fabrikant, leidt er niet toe dat een vergelijking tussen dergelijke producten *niet kan voldoen* aan het in art. 3bis lid 1 sub b Richtlijn MVR (84/450) neergelegde vereiste, inhoudende dat deze producten in dezelfde behoeften moeten voorzien of voor hetzelfde doel moeten zijn bestemd, met andere woorden in voldoende mate onderling verwisselbaar moeten zijn. Een voor de hand liggend antwoord en ik volsta met een verwijzing naar r.o. 25 e.v.

5. Veel moeilijker te beantwoorden is de vraag in welke gevallen de vergeleken producten voor de consument daadwerkelijk substitueerbaar zijn. Dat zal door de nationale rechter van geval tot geval beoordeeld moeten worden. Het HvJ heeft in het De Landtsheer Emmanuel-arrest beslist dat de rechter bij die beoordeling rekening dient te houden met zowel de actuele marktsituatie, als de ontwikkelingsmogelijkheden ervan, zonder zich noodzakelijkerwijs te beperken tot de consumptiegewoonten in een enkele lidstaat of een bepaalde streek en met de bijzondere kenmerken van het product dat de adverteerder wil promoten en met het imago dat hij eraan wenst te geven.

¹ Thans art. 4 sub a t/m c Richtlijn MVR (2006/114).

² HvJ 19 september 2006, IER 2006/97, p. 332 m.nt. Kabel (Lidl/Colruyt) en HvJ 19 april 2007, IER 2007/68, p. 241 m.nt. Vollebregt (De Landtsheer Emmanuel).

6. Aan een voorspelling of dit betekent dat appels met peren vergeleken mogen worden ga ik mij in deze noot niet wagen. A-G Mengozzi zegt in zijn conclusie bij het arrest hierover in zijn algemeenheid het volgende (nr. 51): “Het is niet mogelijk bij voorbaat aan te geven welke factoren voor de nationale rechter beslissend zijn bij de beoordeling of de vergeleken producten voor de consument substitueerbaar zijn: dat moet van geval tot geval worden beoordeeld in het licht van de specifieke kenmerken van de situatie. Elementen als de kwaliteit van de vergeleken producten of het assortiment waartoe ze behoren, kunnen echter belangrijke factoren zijn, indien zij van invloed kunnen zijn op de mate waarin de vergeleken producten voor de consument substitueerbaar zijn”.³

7. Indien de nationale rechter oordeelt dat de verschillende levensmiddelen substitueerbaar zijn dan dient de vergelijkende reclame uiteraard ook nog te voldoen aan de overige voorwaarden van art. 3bis lid 1 Richtlijn MVR (84/450). Het Hof gaat in het onderhavige arrest nog in op de voorwaarden genoemd onder sub a en c.

8. Volgens art. 3bis lid 1 sub a Richtlijn MVR (84/450) is de vergelijkende reclame slechts geoorloofd indien zij niet misleidt. De vraag wanneer een prijsvergelijkende reclame misleidend is, is uitvoerig aan bod gekomen in het Lidl/Colruyt-arrest. In dat arrest is beslist dat een prijsvergelijkende reclame misleidend kan zijn indien de verwijzende rechter, rekening houdend met alle relevante omstandigheden van het betrokken geschil en in het bijzonder met de vermeldingen of weglatingen in de advertentie, vaststelt dat een aanzienlijk aantal consumenten tot wie de advertentie zich richt, tot aankoop zou kunnen besluiten in de onjuiste overtuiging dat de door de adverteerder samengestelde winkelwagen representatief is voor diens algemene prijsniveau ten opzichte van zijn concurrent, zodat zij, wanneer zij regelmatig hun gangbare consumptiegoederen zouden aankopen bij de adverteerder en niet bij de betrokken concurrent, besparingen zouden kunnen realiseren van de door de betwiste advertentie

vermelde omvang, of dat zij in de onjuiste overtuiging verkeren dat alle producten van de adverteerder goedkoper zijn dan deze van zijn concurrent.

9. Het Hof herhaalt die regels in het onderhavige arrest niet alleen (zie r.o. 46 e.v.), maar voegt daar voor de “vergelijkende levensmiddelenreclame” nog aan toe dat een dergelijke prijsvergelijkende reclame ook misleidend kan zijn indien voor de prijsvergelijking in de betwiste advertentie, levensmiddelen werden uitgekozen die in werkelijkheid objectieve verschillen vertonen die de keuze van de consument aanzienlijk beïnvloeden (r.o. 51 e.v.). Wanneer de advertentie geen melding maakt van deze verschillen kan de gemiddelde consument een dergelijke advertentie, die enkel prijzen vergelijkt, namelijk opvatten als een impliciete bevestiging dat de andere kenmerken van de betrokken producten, die ook een belangrijke rol spelen bij diens keuze, gelijkwaardig zijn. In dat verband heeft het Hof, inzake het vergelijken van prijzen in twee concurrerende winkels, met name reeds geoordeeld “dat in de gevallen waarin het merk van de producten de keuze van de koper merkbaar kan beïnvloeden, en de vergelijking betrekking heeft op concurrerende producten van merken die inzake bekendheid aanzienlijke verschillen vertonen, het weglaten van het bekendste merk in strijd is met artikel 3 bis, lid 1, sub a, van richtlijn 84/450 (arrest Pippig Augenoptik, reeds aangehaald, punt 53). Dit kan in voorkomend geval ook gelden voor andere kenmerken van de vergeleken producten, zoals hun samenstelling of de wijze en plaats van hun bereiding, waarnaar in de prejudiciële vraag wordt verwezen, wanneer blijkt dat dergelijke kenmerken - net als de prijs - naar hun aard de keuze van de koper merkbaar kunnen beïnvloeden”.

10. Is dit de doodsteek voor de vergelijking tussen A- en B-(levensmiddelen)merken? Het antwoord op die vraag moet denk ik ontkennend luiden, als uit de advertentie maar duidelijk genoeg blijkt dat A-merken met B-merken worden vergeleken. Of zoals Bengani het heeft verwoord: “companies across the European Community should either aim at giving the consumers

³ Zie voor Nederlandse jurisprudentie op dit punt onder meer: Rb. 's-Gravenhage 25 oktober 2006, IER 2007/16, p. 49 (ANWB/Route Mobiel); Hof Arnhem 18 januari 2005, LJN AS4490; V.zr. Rb. Haarlem 11 juli 2005, IER 2005/94, p. 383 (KPN/Casema) en V.zr. Rb. Breda 25 oktober 2007, IER 2007/15, p. 46 m.nt. EHH (Nederlandse Zuivelorganisatie/Alpro).

the unvarnished truth while comparatively advertising or tumble into the litigation abyss”.⁴

11. Dan ten slotte art. 3bis lid 1 sub c Richtlijn MVR (84/450), dat bepaalt dat de vergelijkende reclame de kenmerken van de betrokken goederen op objectieve wijze een of meer wezenlijke, relevante, controleerbare en representatieve kenmerken van de goederen met elkaar vergelijkt. Ook over dit criterium is in het Lidl/Colruyt-arrest al veel gezegd en het Hof verwijst opnieuw naar deze uitspraak (r.o. 60 e.v.), waarin het oordeelde dat de controleerbaarheid van de prijzen van de goederen uit twee productentassortimenten noodzakelijkerwijs veronderstelt dat de goederen waarvan de prijzen aldus worden vergeleken, individueel en concreet moeten kunnen worden geïdentificeerd aan de hand van de in de advertentie vermelde informatie. De consument moet dus kunnen controleren of de prijzen kloppen. In het onderhavige arrest voegt het Hof daaraan toe dat dit met name *niet* het geval is indien blijkt dat de supermarkten verschillende producten verkopen die beantwoorden aan de productomschrijving op de in de advertentie getoonde kassabonnen (r.o. 63).

12. Aangezien supermarkten verschillende soorten/merken margarine, boterhamsmeersel, tomatenpuree enz. verkopen betekent het laatste dat op de kassabonnen die in de vergelijkende reclame worden gebruikt de goederen voldoende gespecificeerd moeten zijn waardoor ze identificeerbaar worden. Voor zover ik dat uit het arrest van het Hof kan afleiden lijkt het erop dat de onderhavige reclame van Leclerc aan deze eis (in ieder geval) niet voldoet. Op de kassabon worden immers alleen de generieke naam van de producten genoemd (margarine, boterhamsmeersel, tomatenpuree enz.) waardoor de goederen niet geïdentificeerd kunnen worden.

PGFAG

⁴ Shalani Bengani, Is comparison of the non-verifiable misleading comparative advertising?, The weblog of the Journal of Intellectual Property Law and Practice, 16 februari 2011.