

is uitgegaan. Het woord "ernstig" ten spijt, lijkt het er niet op dat het Hof in rov. 9(c) van een andere maatstaf is uitgegaan; de HR casseert trouwens ook niet wegens een verkeerde rechtsopvatting. Mij dunkt dat het Hof tot uiting heeft willen brengen dat, zo er aanleiding is om van "misleiding" te spreken, hetgeen het Hof kennelijk niet aannemelijk acht, mede gelet op rov. 4, die pretense misleiding in elk geval niet zodanig ernstig zou zijn dat zij onverwijld voorzieningen (resp. nadere instructie) in kort geding zou behoeven. 's Hofs redenering in zijn rov. 4 werd door de HR wél aanvaard (rov. 3.2).

Anders dan de HR ben ik er dus nog niet zo zeker van of het Hof het "vergelijken met irreëel hoge adviesprijzen" (in casu feitelijk "misleitend" (zonder meer) achtte. Van belang is intussen vooral dat de HR, in elk geval, een *feitelijk oordeel* dat het vergelijken met irreëel hoge adviesprijzen (in een gegeven casus) misleitend – en door artikel 1416a verboden – is, blijkens het onderhavige arrest in stand zal laten, zelfs al zou die misleiding "niet ernstig" zijn. Van belang is óók de onjuistbevinding van onderdelen 9(a) en (b) van 's Hofs arrest; vgl. m.b.t. het laatste reeds HR 3 januari 1964, NJ 1964, 445 m.n. G.J.S., B.I.E. 1964, nr 27, p. 98.

Nog even over "ernstige" of "gewone" misleiding: op 10 september 1984 heeft de Raad van de EG de Richtlijn 84/450 inzake misleidende reclame vastgesteld (Pb. L 250/17). Tot de definitie van misleidende reclame wordt in artikel 2 sub 2 van de Richtlijn gerekend, dat deze *door haar misleidende karakter het economische gedrag van consumenten kan beïnvloeden*. Dat lijkt ook iets met "ernst" te maken te hebben. Misschien dat wij daarover, na de effectueringstermijn van de Richtlijn (1 oktober 1986) nader verifiërende rechtspraak tegemoet kunnen zien.

***) *Misleidende prijsvergelijking.*

Het lijkt niet gewaagd om de onderhavige, door Konsumenten Kontakt geëntameerde procedure, in verband te brengen met een adviesaanvraag van de Staatssecretaris van EZ dd. 7 november 1980, aan de SER, over "voorstellen ter bevordering van de prijsdoorzichtigheid voor de consument". In het vonnis in deze zaak maakt de President van de Rechtbank daar terloops melding van.

Van de zijde van consumentenorganisaties is vóór en ná deze adviesaanvraag de stelling verdedigd, dat de "wet misleidende reclame" (artikelen 1416a-c BW) ongenoegzaam zou zijn voor een optreden tegen het adverteren met fictieve c.q. irreële, doorgestreepte (advies-)prijzen, en andere aanduidingen die op onvoldoende gegronde wijze een prijsvoordeel suggereren. Hiervoor zouden aparte wettelijke regelen nodig zijn.

Het onderhavige arrest leert dat de rechter zeker genegen is misleidende prijsaanduidingen en -vergelijkingen, ook misleidende vergelijking met "irreëel hoge adviesprijzen" op basis van artikel 1416a BW te veroordelen; volgens de HR óók indien die misleiding "niet ernstig" zou zijn. In zoverre valt een argument voor aparte wettelijke regels voor misleidende prijsvergelijking weg. Een *andere* vraag is uiteraard of men "opgeblazen" (maar niet misleidende) prijsreclame wettelijk zou willen verbieden. Zie over 'een en ander nader het op 25 november 1983 door (de Commissie Consumentenaangelegenheden van) de SER aan de staatssecretaris van EZ uitgebrachte advies (SER-publikatie 83/28).

D.W.F. V.

Nr 39. Hoge Raad der Nederlanden, 29 maart 1985.

(Substral/Pokon)

President: Mr H. E. Ras;
Raadsheren: Mrs S. K. Martens, C. Th. Hermans,
A. R. Bloembergen en S. Boekman.

Artt. 1416a-c Burgerlijk Wetboek.

Bij de beoordeling van in de concurrentiestrijd gedane mededelingen behoort in de eerste plaats te worden onderzocht of die mededelingen (mede) betrekking hebben op een bepaalde mededeling of diens produkt dan wel (enkele) op het eigen produkt, omdat in het eerste geval andere en strengere normen van toepassing zijn dan in het laatste.

Wanneer in reclame-uitingen het produkt wordt gesteld naast en reeds daardoor wordt vergeleken met een kennelijk soortgelijk doch "anoniem" produkt is voor de vraag of de in die reclame-uiting vervatte mededelingen mede betrekking hebben op het produkt van een bepaalde concurrent, niet beslissend of het publiek, dat van die mededelingen kennisneemt het "anonieme" produkt voor dat van die concurrent zal houden, maar of dat publiek, althans een niet te verwaarlozen gedeelte ervan i.v.m. de bijzonderheden van het geval, de reclameboodschap, voor zover zij betrekking heeft op het "anonieme" produkt, zal betrekken op het produkt van de concurrent.

Wie omtrent de samenstelling van zijn eigen produkt onjuiste mededelingen doet – waarbij het doen van mededelingen het suggereren omvat – en dusdoende het publiek leidt tot de veronderstelling dat zijn produkt beter is dan soortgelijke produkten van zijn concurrenten, maakt zich in de zin van de artt. 1416a e.v. B.W. schuldig aan misleiding ook al is zijn produkt in feite niet minder goed dan concurrerende produkten. Dit geldt zelfs indien zijn produkt in feite beter is, omdat hij, door het publiek omtrent de samenstelling van zijn produkt onjuist voor te lichten, zich in de concurrentiestrijd een voorsprong poogt te verschaffen en de genoemde wetsbepalingen beogen de concurrenten – en de consumenten – nu juist daartegen te beschermen.¹⁾

Bendien B.V. te Naarden, eiseres tot cassatie [in kort geding], advocaat Mr E. J. Dommering, tegen

Verwet B.V. te Tiel, verweerster in cassatie [in kort geding], advocaat Mr G. M. M. den Drijver.

a) President Arrondissementsrechtbank te Arnhem, 25 mei 1983 (Mr J. E. B. van Julsingha).

Overweegt ten aanzien van het recht:

1. Tussen partijen staat als enerzijds gesteld en anderzijds erkend, dan wel niet of onvoldoende gemotiveerd weersproken en deels door de niet betwiste inhoud der produkties voorshands het navolgende vast.

a. Eiseres [Bendien. Red.] is producente van plantenvoeding die zij onder het sedert 1929 gebruikte merk Pokon, zowel in vaste als in vloeibare vorm op de markt brengt. Gedaagde importeert sedert 1968 – uitsluitend vloeibare – plantenvoeding van het sedert 1947 bestaande merk Substral.

b. Pokon bestrijkt ca 60% van de markt voor plantenvoeding en Substral ongeveer 33%. Te zamen met een derde merk, Turkenburg, bestrijken zij ongeveer 95% van die markt.

c. Vloeibare Pokon wordt op de markt gebracht in een flacon van 500 ml voor f 4,95 en Substral in een flacon van 500 ml voor f 5,25. Turkenburg is verpakt in een literflacon à f 5,60.

¹⁾ Zie de noot achter het arrest. Red.

d. Wat de voornaamste voedings(mest-)stoffen betreft is de samenstelling van vloeibare Pokon: 5 gewichtsprocent stikstof, 7% fosforzuuranhydride en 9% kaliumoxyde, te zamen 21 gewichtsprocent voedingsstoffen. De samenstelling van Substral is: 6% stikstof, 5% fosforzuuranhydride en 4% kaliumoxyde; te zamen 15 gewichtsprocent voedingsstoffen. Turkenburg levert te zamen 16% voedingsstoffen. De gehalten van deze stoffen zijn op de etiketten en verpakkingen vermeld.

e. Als gebruiksvoorschrift wordt voor de vloeibare Pokon een dosering aanbevolen van 10 ml; voor Substral van 7 ml, en voor Turkenburg, volgens eiseres voor sommige planten 7 en voor andere 15 ml, volgens gedaagde steeds 15 ml, telkens op 1 liter water.

Pokon adviseert één maal per week te begieten met deze oplossing en Substral adviseert hetzelfde, doch bovendien in de bloeiperiode één maal per week extra. Tot dusver vier maal heeft gedaagde een reclamespot door de Stichting Ether Reclame (STER) over de televisie doen uitzenden, waarin een – in beeld gebrachte – vergelijking wordt gemaakt tussen Substral en een andere, niet met name genoemde plantenvoeding.

In beeld komt een tafel waarop naast elkaar zijn opgesteld een fles Substral, twee maatglazen en een witte flacon met het opschrift "500 ml". De maatglazen hebben een ml-verdeling, lopend tot 10 ml, maar kunnen in totaal nog enkele ml meer bevatten. In de film wordt de inhoud van de maatdop van de Substral fles in het ene maatglas gegoten en die van de dop van de anonieme fles in het andere maatglas. Het maatglas met Substral wordt gevuld tot 6,8 ml terwijl de inhoud van de andere dop het maatglas doet overlopen, zodat op de tafel een plas ontstaat. Vervolgens wordt over het laatste maatglas, terwijl het overloopt, een zwart kruis geprojecteerd. Ten slotte wordt een fles Substral getoond met rode Begonia's erachter. De bij de film gesproken tekst luidt als volgt:

"De door fabrikanten voorgeschreven hoeveelheden plantenvoeding voor volwassen planten werden vergeleken. En wat blijkt, voor één liter water heb je veel minder Substral nodig. Daarom is Substral voordeliger dan u denkt. Substral: je hebt minder nodig; gaat dus langer mee."

g. Op de verpakkingen van Substral komt sinds de aanvang van de televisiecampagne de volgende tekst voor: "U heeft er veel minder van nodig, daarom gaat een fles Substral langer mee. Dus Substral is voordeliger dan u denkt".

2. Eiseres vordert – alles met dwangsom en kosten rechtens –:

a. Een verbod om in reclame voor en op verpakkingen van Substral de in 1.f. en 1.g. aangehaalde, of daarmee overeenstemmende teksten te gebruiken;

b. Een rectificatie-advertentie in vier landelijke dagbladen met een door eiseres opgestelde tekst, subsidiair publikatie van een door de president op te stellen tekst in door hem aan te wijzen bladen;

c. Een bevel aan gedaagde om haar afnemers op de onjuistheid en misleidende van de in 1.f. en 1.g. geciteerde teksten te attenderen, onder overlegging aan eiseres van een lijst van degenen aan wie deze melding is gestuurd;

d. Een bevel om maatregelen te nemen ter vervanging van etiketten met de in 1.g. geciteerde tekst, onder overlegging aan eiseres van een lijst van degenen aan wie vervanging is verzocht.

Zij voert daartoe aan dat de reclame-uiting in de televisiespot en op de verpakkingen onrechtmatig is.

3. Gedaagde heeft het gevorderde gemotiveerd bestreden. Op haar argumenten zal, voor zoveel nodig, hieronder worden ingegaan.

4. Aangezien nog ongeveer 30 uitzendingen van de door eiseres aangevallen televisiereclamespot in de loop van dit jaar zullen worden uitgezonden en het anonieme produkt door het overgrote marktaandeel van Pokon

van 60% door het publiek licht daarmee zal worden geassocieerd, zoals ook klaarblijkelijk de bedoeling van gedaagde is, heeft eiseres een spoedeisend belang bij een voorlopige voorziening.

5. Eiseres heeft, onder verzet van gedaagde, mondeling haar eis in die zin gewijzigd dat in het eerste en tweede aangezien, telkens voor "plantenvoeding" het woord "vloeibare" wordt geschrapt. Gelet op de ondergeschikte aard van deze wijziging en nu gedaagde niet heeft aangegeven op welke wijze zij in haar verdediging zou zijn geschaad, wordt dit verzet ongegrond verklaard.

6. Met betrekking tot de hoofdvraag die partijen verdeeld houdt zal eerst worden onderzocht of de vergelijking die gedaagde in de televisiespot maakt voldoet aan de daaraan te stellen eis van zorgvuldigheid.

Getoetst zal worden aan de criteria aan de hand waarvan de Commissie tot handhaving van de Nederlandse code voor het reclamewezen en aanvaardbaarheid van vergelijkende reclame beoordeelt: de vergelijking dient vergelijkbare produkten te betreffen, waar te zijn, objectief controleerbaar te zijn, volledig en niet verwarrend te zijn en geen nodeloos denigrerende of krenkende uitlatingen aan het adres van het vergeleken produkt te bevatten.

Naar gedaagde heeft erkend is het in de televisiespot getoonde onderzoek gericht op de drie grootste merken plantenvoedsel, Pokon, Substral en Turkenburg, die te zamen 95% van de plantenvoedselmarkt bestrijken. Niet verenigbaar met deze doelstelling is dat slechts twee produkten worden vergeleken, nu juist op het punt dat vergeleken wordt, de dosering, verschillen tussen de drie produkten bestaan. Immers de dosering van Pokon bedraagt 10 ml en die van Substral 7 ml per liter water. Turkenburg schrijft volgens gedaagde een dosis van 15 ml per liter water voor. De vergelijking is derhalve wat dit aspect betreft in ieder geval onvolledig.

De vraag of ook andere merken in de vergelijking betrokken hadden dienen te worden kan in het midden blijven.

7. De vergelijking moet bovendien onvolledig en verwarrend worden geacht, omdat, nu het onderzoek van gedaagde, naar zij heeft verklaard, was bedoeld om de versluiering van de werkelijke prijs van Substral op te heffen, gedaagde heeft verzuimd het voor de beoordeling van de prijs in relatie tot het gebodene niet te verwaarlozen element van de bemaatswaarde in haar onderzoek te betrekken. Het woord nodig in de zin: "Je hebt minder nodig dus gaat langer mee", heeft een dubbele betekenis. Het slaat niet alleen op de hoeveelheid produkt per liter water, doch ook – en vooral – op hetgeen waaraan planten behoefte hebben. Voor een goede verzorging van planten is het uiteraard niet van belang hoe groot de maatdop is die aan 1 liter water dient te worden toegevoegd, doch het gaat om de voedingswaarde en de samenstelling van de toegevoegde hoeveelheid plantenvoeding. Zij had dan ook niet mogen voorbijgaan aan het aanmerkelijke verschil in concentratie van de op de verpakkingen aangegeven meststoffen die in de gebruiksgereede oplossingen van de betrokken produkten voorkomen.

Niet is komen vast te staan welke voedingswaarden aan planten dienen te worden toegediend ten einde een optimaal resultaat te verkrijgen. Dit is ook geen objectief controleerbaar gegeven voor de consument. Alleen uitvoerig wetenschappelijk onderzoek zou uitsluitel kunnen bieden om antwoord te geven op de vraag hoeveel en welke voedingsstoffen planten nodig hebben. Ook in dit opzicht is de door eiseres [gedaagde. Red.] toegepaste vergelijking onzorgvuldig.

Gedaagde heeft aangevoerd dat de voedingswaarde van Substral hoger is dan blijkt uit de op de verpakking aangegeven concentratie aan meststoffen, aangezien nog zes andere meststoffen erin als sporelementen voorkomen. Naar eiseres onbestreden heeft gesteld bevat echter ook Pokon dergelijke sporelementen. Gedaagdes

beroep op de aanwezigheid van andere meststoffen kan haar daarom niet baten.

Als sub 1.f. vermeld wordt op het televisiebeeld een fles Substral getoond in combinatie met een bloeiende begonia. Hierdoor wordt gesuggereerd dat deze plant dankzij Substral zo mooi in bloei is gekomen. Volgens de gebruiksvoorschriften van Substral dienen bloeiende planten 2 x in plaats van 1 x per week, zoals Pokon het voorschrijft, te worden begoten. Voor bloeiende planten is derhalve van Substral niet minder doch juist meer nodig dan van Pokon. De omstreden reclameboodschap is derhalve ook in dit opzicht onvolledig en verwarrend.

8. De vergelijking moet voorshands verder voor onwaar worden gehouden aangezien in de spot een anonieme fles met opschrift "500 ml" wordt getoond en uit de kennelijk bij die fles behorende dop zoveel vloeistof in het maatglas wordt gegoten dat dit duidelijk waarneembaar overstroomt. Dit, terwijl van de merken waarmee gedaagde naar eigen zeggen heeft willen vergelijken alleen Pokon in een 500 ml-fles wordt aangeboden, en Turkenburg in een literfles. De inhoud van de 10 ml maatdop van Pokon had echter niet het getoonde overstroomde effect kunnen teweegbrengen.

9. De televisiespot bevat ook elementen met een afbrekend karakter. Naar eiseres onbestreden heeft gesteld stroomt het maatglas waarin het anonieme produkt wordt gegoten over, waardoor op de tafel een plas ontstaat. Dit maakt een slordige en verkwistende indruk. Voorts wordt over dit maatglas, terwijl het nog overstroomt, een zwart kruis geprojecteerd. Dit wekt de gedachte aan ondeugdelijkheid.

10. Op grond van het hiervoor overwogene moet de in de televisiespot getoonde vergelijking voorshands als onzorgvuldig worden aangemerkt.

11. Vervolgens zal worden nagegaan of de op de verpakkingen van Substral gebruikte tekst, bedoeld in 1.g., misleidend is. Vooropgesteld moet worden dat deze tekst niet los gezien kan worden van de televisiespot. In de door gedaagde in het Vakblad voor de Bloemisterij geplaatste advertentie wordt naar de "Substral Ster-film" verwezen. De etiketten zijn ook van de gewraakte tekst voorzien sinds het begin van de televisiecampagne.

Aangenomen dient derhalve te worden dat de woorden "minder" en "langer" in deze tekst door het publiek zullen worden opgevat als betrekking hebbend op vergelijking met produkten van andere fabrikanten.

Hierboven is gebleken dat deze tekst de in rechtsoverweging 7 genoemde concentraties miskent. De tekst miskent evenzeer het gebruiksvoorschrift dat inhoudt dat bloeiende planten twee maal per week met Substral begoten dienen te worden. De tekst op de Substralverpakking moet daarom voorshands misleidend worden geacht. Dit wordt niet anders doordat op of bij de verpakking tevens de concentratie van de meststoffen en het gebruiksvoorschrift is vermeld.

12. Op grond van het voorgaande moeten voorshands de door gedaagde in haar televisiespot en op de verpakkingen van Substral gebezigde, hiervoor geciteerde teksten wegens hun onzorgvuldig en misleidend karakter onrechtmatig jegens eiser worden geacht.

13. De gevorderde termijnen en dwangsommen zullen als onderstaand worden vastgesteld.

14. Het primair gevorderde als hierboven vermeld in 2 sub b zal worden toegewezen met dien verstande dat er aanleiding is de grootte van de advertentie te beperken tot 100 mm hoog en twee kolom breed en te bepalen dat deze geplaatst moet worden op een redactionele pagina (als nadere verduidelijking van het gevorderde: op een opvallende plaats). Voorts is er aanleiding de tekst als onderstaand vast te stellen. De advertentie dient in 2 dagbladen en 2 vakbladen te worden geplaatst.

15. De in 2 sub c bedoelde mededeling aan afnemers

zal worden afgewezen als overbodig naast de rectificatieadvertentie. Bovendien zal de in 2 sub d gevorderde toezending van een lijst van geadresseerden als nodeloos bezwarend voor gedaagde worden afgewezen.

16. Als de voornamelijk in het ongelijk gestelde partij zal gedaagde worden veroordeeld in de kosten van deze procedure aan de zijde van eiseres gevallen.

Rechtdoende in kort geding:

1. Verklaart het verzet van gedaagde tegen de wijziging van eis als vermeld in rechtsoverweging 5 ongegrond.

2. Verbiedt gedaagde vanaf 48 uur na de datum van dit vonnis in haar reclame en binnen 14 dagen na dit vonnis op de verpakking van de vanaf dat tijdstip door haar in de handel gebrachte Substral gebruik te maken van de in 1.f. en 1.g. aangehaalde teksten, dan wel van enige daarmee in hoofdzaak overeenstemmende tekst.

3. Beveelt gedaagde binnen 8 dagen na dit vonnis in de grootste 2 landelijke dagbladen en 2 vakbladen een advertentie ter grootte van 100 mm hoog en twee kolom breed aan te bieden ter publikatie op haar kosten op een redactionele pagina met de volgende tekst.

"Rectificatie Substral reclameboodschap

In een STER reclameboodschap over Substralplantenvoeding, welke is uitgezonden onder meer op 24 april en 3 mei j.l. is gesteld dat men van ons produkt Substral minder nodig heeft voor één liter water, zodat de consument met Substral voordeliger uit zou zijn. Bij vonnis van 25 mei 1983 heeft de President van de rechtbank te Arnhem in een door Bendien B.V., de fabrikant van Pokon-plantenvoeding, aangespannen kort geding beslist dat de verdere vertoning van deze televisiespot achterwege dient te blijven. Voorts dienen wij langs deze weg bekend te maken dat Substral minder geconcentreerd is dan een aantal andere merken plantenvoeding.

Verwet B.V.
Importeur van Substral-plantenvoeding".

4. Beveelt gedaagde om binnen 8 dagen na dit vonnis maatregelen te nemen ter vervanging van etiketten met de in rechtsoverweging 1.g. bedoelde tekst bij haar afnemers.

5. Veroordeelt gedaagde tot een aan eiseres te betalen dwangsom van f 25.000,- voor elke keer dat zij in van haar uitgaande reclame in strijd handelt met het hiervoor onder 2. vermelde verbod.

6. Veroordeelt gedaagde tot een aan eiseres te betalen dwangsom van f 100.000,- wanneer zij in gebreke blijft te voldoen aan het hiervoor onder 3. vermelde bevel.

7. Veroordeelt gedaagde tot een aan eiseres te betalen dwangsom van f 500,- per dag voor elke dag dat zij in gebreke blijft te voldoen aan het hiervoor onder 2. vermelde verbod met betrekking tot de verpakking van Substral welke zij vanaf 14 dagen na dit vonnis in de handel brengt.

8. Veroordeelt gedaagde tot een aan eiseres te betalen dwangsom van f 500,- per dag met een maximum van f 10.000,-, voor elke dag dat zij in gebreke blijft te voldoen aan het hiervoor onder 4. vermelde verbod.

9. Verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad.

10. Wijst het anders of meer gevorderde af.

11. Veroordeelt gedaagde in de kosten van deze procedure aan de zijde van eiseres gevallen en tot aan deze uitspraak begroot op f 1.000,- voor salaris procureur en f 128,75 voor verschotten. Enz.

b) Gerechtshof te Arnhem, Derde en Vierde kamer, 12 maart 1984 (Mrs W. J. J. Koole, K. E. Smilde en J. A. J. Spoor).

Ten aanzien van het recht:

[1] *Overwegende* dat appellante als grieven heeft aangevoerd:

I. de expeditie van het onderhavige vonnis vermeldt dat het op 6 mei 1983 is uitgesproken, hoewel uit het overgelegde extract uit het audiëntieblad blijkt dat de behandeling van de zaak op 16 mei 1983 heeft plaatsgehadt en de uitspraak werd bepaald op 25 mei 1983;

II. ten onrechte overweegt de president dat de hoofdvraag, die partijen verdeeld houdt, betreft een vergelijking die appellante in de televisiespot maakt en ten onrechte toetst de president deze vergelijking aan de criteria van de Commissie tot handhaving van de Nederlandse code van het reclamewezen;

III. ten onrechte oordeelt de president dat de vergelijking onvolledig en verwarrend is, nu appellante heeft verzuimd het voor de beoordeling van de prijs in relatie tot het gebodene niet te verwaarlozen element van de bemaatigingswaarde in haar onderzoek te betrekken;

IV. de president geeft een onjuiste interpretatie aan de zin: "Je hebt minder nodig, dus gaat langer mee". De tekst luidt: "Voor één liter water heb je veel minder Substral nodig. Daarom is Substral voordeliger dan u denkt. Substral: je hebt minder nodig, gaat dus langer mee";

V. ten onrechte overweegt de president dat de overstreden reclameboodschap onvolledig en verwarrend is, daar de fles Substral wordt getoond in een combinatie met een bloeiende begonia, juist nu volgens de gebruiksvorschriften van Substral bloeiende planten twee maal in plaats van één maal per week dienen te worden begoten;

VI. de president houdt de vergelijking voor onwaar omdat de inhoud van de 10 ml maatdop van Pokon niet het getoonde "overstroomde" effect had kunnen teweeg brengen. Appellante heeft echter niet met Pokon willen vergelijken. Voorts gaat de president ten onrechte ervan uit dat slechts Substral en Pokon in een 500 ml fles worden aangeboden. Ook Turkenburg heeft een 500 ml fles;

VII. ten onrechte overweegt de president dat de televisiespot elementen met een afbrekend karakter bevat. Het maatglas stroomt over en op de merkloze fles wordt een zwart kruis geprojecteerd. Dit wekt volgens de president de gedachte aan slordigheid, verkwisting en ondeugdelijkheid;

VIII. ten onrechte overweegt de president dat de tekst, voorkomend op de verpakkingen van Substral, misleidend is;

IX. ten onrechte heeft de president de vordering van geïntimeerde toegewezen;

[2] O. met betrekking tot de eerste grief, dat blijkens het overgelegde uittreksel uit het audiëntieblad de president van de rechtbank te Arnhem op 25 mei 1983 ter openbare terechtzitting voor de behandeling van kort-gedingen het vonnis KG 1983-164 tussen partijen heeft uitgesproken;

dat het vonnis, waarvan beroep, als rolnummer draagt KG 1983/164, weshalve moet worden aangenomen dat de vermelding daarin dat het op 6 mei 1983 is uitgesproken, op een misslag berust;

dat een zodanige fout, die voor beide partijen kenbaar geweest moet zijn, daar de behandeling van de zaak ter zitting van 16 mei 1983 op tegenspraak had plaatsgehadt, niet tot nietigheid van het vonnis leidt, zodat de eerste grief faalt;

[3] O. met betrekking tot de overige gezamenlijk te behandelen grieven, die der partijen geschil in volle omvang aan 's Hofs oordeel onderwerpen, dat als erkend, althans onvoldoende gemotiveerd betwist – deels gestaafd door bescheiden en de vertoonde Ster reclameboodschap – van het volgende kan worden uit-gegaan:

– geïntimeerde produceert plantenvoeding, die zij sedert 1929 onder het merk Pokon op de markt brengt;

– appellante importeert sedert 1968 plantenvoeding

van het sinds 1947 bestaande merk Substral;

– beide partijen brengen – evenals een derde, Turkenburg – vloeibare plantenvoeding in de handel in een 500 ml fles, appellante tegen een prijs van f 5,25 en geïntimeerde van f 4,95; partijen en Turkenburg bestrijken circa 95%, althans verreweg het grootste gedeelte van de Nederlandse markt voor dit produkt;

– appellante schrijft voor een dosering van 7 ml Substral en geïntimeerde van 10 ml Pokon op één liter water; beide partijen adviseren één maal begieten per week met de verkregen oplossing, doch appellante adviseert voor bloeiende planten één maal extra begieten per week;

– appellante heeft enige malen een reclameboodschap door de Stichting Ether Reclame (Ster) over de televisie doen uitzenden met de volgende gesproken tekst:

"De door fabrikanten voorgeschreven hoeveelheden plantenvoeding voor volwassen planten werden vergeleken.

En wat blijkt?

Voor één liter water heb je veel minder Substral nodig.

Daarom is Substral voordeliger dan u denkt.

Substral: je hebt minder nodig, gaat dus langer mee";

– het bij deze tekst getoonde beeld laat een tafel zien, waarop rechts een fles Substral met daarachter een bloeiende begonia. Verder naar links staan twee maatglazen en een witte fles met opschrift 500 ml zonder enige merkaanduiding.

Het dichtst naast de fles Substral staande maatglas wordt door een hand uit een dop gevuld met een groen-achtige vloeistof tot circa 2/3 van de schaalindeling. Gelijkijdig vult een andere hand uit een andere dop het andere maatglas met een kleurloze vloeistof op zodanige wijze dat een zeer geringe hoeveelheid overloopt. Daarna wordt op dit laatste glas een zwart kruis geprojecteerd;

– op de verpakkingen van Substral komt sinds de aanvang van deze reclamecampagne de volgende tekst voor: "U heeft er veel minder van nodig, daarom gaat een fles Substral langer mee. Dus Substral is voordeliger dan u denkt";

[4] O. dat geïntimeerde aan haar oorspronkelijke vorderingen de stelling ten grondslag heeft gelegd dat voormelde reclameteksten van appellante onjuist zijn, althans misleidend jegens de consument en afbrekend ten aanzien van haar en haar produkt, mitsdien onrechtmatig, in het bijzonder door de uitspraken dat je van Substral minder, of zelfs veel minder nodig hebt en dat Substral daarom voordeliger is dan je denkt;

dat volgens geïntimeerde immers de indruk wordt gewekt dat Substral geconcentreerder en derhalve in het oog van het publiek beter is dan andere plantenvoeding en met name Pokon; dat die indruk, nog steeds volgens geïntimeerde, in strijd is met de feiten daar de concentratie van voedingsstoffen in vloeibare Pokon 21% bedraagt en in Substral 15%;

[5] O. dat appellante hiertegen heeft aangevoerd dat haar aangevochten reclamecampagne tot doel had af te komen van het door haar bij het publiek geconstateerde image dat haar produkt Substral duur is, zulks door het publiek te laten zien dat aan één liter water minder Substral behoeft te worden toegevoegd dan bij andere merken vloeibare plantenvoeding;

dat appellante hieraan toevoegt dat wetenschappelijk geenszins vaststaat dat een hogere concentratie van voedingsstoffen voor planten beter is dan de samenstelling die Substral bevat, terwijl volgens haar hetzelfde geldt ten aanzien van de door Pokon met betrekking tot niet bloeiende planten geadviseerde grotere hoeveelheid vloeibare plantenvoeding per liter water;

[6a.] O. aangaande de vraag of appellantes litigieuze reclame-uitingen onjuist, althans misleidend of verwarrend jegens de consument zijn:

[b.] dat zulks in casu het geval zou kunnen zijn indien aannemelijk ware dat gebruik van Substral in de bestaande samenstelling en de door appellante geadviseerde dosering voor de groei en bloei van planten minder gunstig of effectief zou zijn dan het gebruik van vloeibare Pokon in de door geïntimeerde voorgeschreven hoeveelheid;

[c.] dat geïntimeerde evenwel niet stelt dat dit het geval is en bovendien uit de overgelegde bevindingen (rapport van 14 juli 1983) van Prof. Klougart, die voor bepaalde planten een wetenschappelijk vergelijkend onderzoek heeft verricht naar het resultaat van zowel Substral als vloeibare Pokon in de voor beide produkten voorgeschreven dosering geen significante verschillen in effectiviteit naar voren zijn gekomen, ondanks het verschil in concentratie;

[d.] dat geïntimeerde — naast andere bezwaren tegen het onderzoek — wel heeft aangevoerd dat de uitkomst voor andere planten anders kan zijn en de samenstelling van Substral in Scandinavië (Prof. Klougart deed zijn onderzoek in Denemarken) niet geheel gelijk is aan die van hier te lande, maar — wat hiervan ook zij, het kort geding leent zich niet voor nader onderzoek op dit terrein — het Hof, voorlopig oordelende, acht onvoldoende aannemelijk dat appellante, door in haar aangevochten reclame-uitingen niet op het verschil in concentratie te wijzen, het publiek omtrent de effectiviteit en prijs van haar litigieuze produkt misleidt, althans onjuist voorlicht;

[e.] dat daarbij in aanmerking moet worden genomen dat weliswaar appellantes op haar fles vermelde advies bloeiende planten tweemaal per week te begieten tot een verhoogd gebruik in vergelijking met dat volgens geïntimeerdes aanwijzingen leidt, maar dat anderzijds de maatdop van appellante slechts tot een gebruik van 7 ml Substral per liter water voert in vergelijking met 10 ml bij gebruik van vloeibare Pokon, nog ervan afgezien dat de gemiddelde maatdop van Pokon bij ijking door de dienst van het ijkwezen 10.6 ml bleek te bevatten en die van appellante 6.8 ml, zijnde verder telkens maar een beperkt deel van het plantenbestand in bloei;

[7.] O. alsnu met betrekking tot de vraag of appellantes bestreden reclame-uitingen een afbrekend karakter ten aanzien van geïntimeerde en haar produkt vloeibare Pokon dragen, dat als onbestreden tussen partijen vaststaat:

— dat de tijdens de Ster reclameboodschap getoonde merkloze fles een andere vorm en kleur heeft dan de fles, waarin geïntimeerde Pokon in vloeibare vorm in de handel brengt;

— dat de getoonde schenkdoop, waaruit de kleurloze vloeistof wordt gegoten, een andere vorm, kleur en inhoud heeft dan de schenkdoop van Pokon;

— dat de toegevoegde kleurloze vloeistof duidelijk verschilt van het lichtgroene Pokon;

[8.] O. dat op die gronden voorshands niet voldoende aannemelijk voorkomt dat de televisiekijkers het kleurloze produkt met daarover een zwart kruis voor Pokon zullen houden, zodat niet gezegd kan worden dat appellante, die ook in de mondelinge toelichting bij het beeld met geen woord over geïntimeerde en haar produkt rept, zich in afbrekende zin over haar en Pokon heeft uitgelaten;

[9a.] O. dat de kern van appellantes besproken reclame op de televisie en de verpakkingen van Substral, dat die stof langer meegaat en voordeliger is dan men denkt, met inachtning van het vorenstaande, geen wezenlijk andere betekenis heeft dan een — bij reclame-uitingen niet ongebruikelijke en weinig zeggende — aanprijzing van het eigen produkt;

[b.] dat die reclame tegenover geïntimeerde geen onrechtmatige daad oplevert en in ieder geval geen ingrijpende voorziening, als door de president gegeven, vereist doet zijn;

[10.] O. dat onder gegrondverklaring van de derde,

vijfde, zesde, zevende, achtste en negende grief het vonnis, waarvan beroep, moet worden vernietigd, de oorspronkelijk gevraagde voorzieningen dienen te worden geweigerd en geïntimeerde in de proceskosten aan de kant van appellante in beide instanties dient te worden veroordeeld;

Rechtdoende in hoger beroep in kort geding:

Vernietigt het vonnis waarvan beroep;

Weigert de door geïntimeerde gevraagde voorzieningen;

Veroordeelt geïntimeerde in de proceskosten in beide instanties aan de zijde van appellante gevallen en tot aan deze uitspraak begroot in eerste aanleg op f 1.175,- (...) en in hoger beroep op f 3.824,35 (...). Enz.

c) Cassatiemiddel.

Het Hof heeft door in zijn arrest, waarvan de inhoud als hier overgenomen en ingelast is te beschouwen, te overwegen en te beslissen als het heeft gedaan het recht geschonden en/of op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen verzuimd, om één of meer van de navolgende, zo nodig in onderling verband te lezen redenen:

(1) a. In rechtsoverweging 6 a en b overweegt het Hof dat de reclame van Verwet B.V. voor Substral misleidend of verwarrend jegens de consument zou kunnen zijn indien aannemelijk ware dat gebruik van Substral in de bestaande en door Verwet B.V. geadviseerde dosering voor de groei en de bloei van de planten minder gunstig of effectief zou zijn dan het gebruik van vloeibare Pokon in de door Bendien B.V. voorgeschreven hoeveelheid. In rechtsoverweging 7a staat het Hof vervolgens stil bij de vraag of de Substral-reclame jegens het produkt Pokon een afbrekend karakter heeft.

Aldus heeft het Hof een onjuist, althans onbegrijpelijk, onrechtmatigheids criterium gehanteerd.

Bij een vergelijkende reclame als de onderhavige, had het Hof immers moeten nagaan of in de reclamespot Substral wordt afgezet tegen vergelijkbare en concurrerende plantenvoedingsmiddelen (zoals Pokon) in die zin dat aan die vergelijkbare produkten bepaalde eigenschappen worden ontzegd (bijvoorbeeld dat ze minder zuinig in het gebruik zijn of een mindere concentratie zouden bevatten dan Substral), en op die grond, ook als de mededelingen waar zouden zijn, tot de onrechtmatigheid van de reclame-uiting moeten besluiten, behoudens wellicht bijzondere omstandigheden. Het arrest maakt in elk geval niet duidelijk dat het Hof dit heeft gedaan, c.q. is ondoorzichtig wat het Hof in r.o. 7a met "uitingen van een afbrekend karakter" bedoelt, zodat het arrest niet naar de eis der wet met redenen is omkleed.

b. Voor zover een reclame als de onderhavige niet moet worden getoetst aan de sub a omschreven maatstaf, is het arrest onjuist, althans niet naar de eis der wet met redenen omkleed, omdat het Hof er niet aan had mogen voorbij gaan dat het in casu om vergelijkende reclame gaat, die, indien zij op zich al geoorloofd zou zijn, aan strenge maatstaven moet voldoen, zoals de vergelijkbaarheid van de produkten, de waarheid, de objectieve controleerbaarheid, de volledigheid en de zakelijkheid van de vorm. Noch uit rechtsoverweging 6, noch uit rechtsoverweging 7 blijkt dat het Hof deze (strenge) maatstaven heeft aangelegd. Met name is onbegrijpelijk hoe het Hof Pokon en Substral, die in concentratie verschillen, vergelijkbaar kon achten en hoe het Hof de in de Substralreclame aangeprezen werking van Substral, in het licht van hetgeen partijen over en weer ten processe hebben aangevoerd, objectief controleerbaar kon achten, hoe het Hof de verdere mededelingen in de reclamespot voor waar kon houden en hoe het Hof (voor zover het Hof daarover een oor-

deel geeft) de vorm voor zakelijk kon houden.

(2) a. Rechtsoverweging 6 van het arrest is toegepast op het misleidende of verwarrende karakter van de reclamespot van Substral. Ondoorzichtig is of het Hof in deze rechtsoverweging, hetgeen het had behoren te doen, toepassing heeft gegeven aan de artikelen 1416 a-c B.W., zodat het arrest in dit opzicht niet naar de eis der wet met redenen is omkleed.

Voor zover deze rechtsoverweging aldus moet worden verstaan, dat het Hof (impliciet) de artikelen 1416a-c B.W. toepast, geeft het een onjuiste toepassing aan deze bepalingen. Het Hof gaat in deze overweging immers, met name in r.o. 6c en d, geheel voorbij aan de ook in kort geding niet te verwaarlozen omstandigheid dat Verwet B.V. krachtens artikel 1416b B.W. de bewijslast had van de juistheid en volledigheid van de feiten die in haar reclame zijn vervat of die daardoor werden gesuggereerd (zoals Bendien onder meer had gesteld), zodat bij gebreke aan (wetenschappelijke) eenstemmigheid over het verband tussen concentratie van plantengroeimiddelen en de effectiviteit (groeikracht) daarvan, het achterwege laten van mededelingen over het verschil in concentratie tussen Pokon en Substral als een misleidende mededeling in de zin van artikel 1416a B.W. heeft te gelden.

b. Onjuist, althans onbegrijpelijk, is voorts dat het Hof de vraag of de mededeling misleidend is, toespitst op de vraag of Substral even effectief (in vergelijking tot de prijs) als Pokon zou zijn. In de inleidende dagvaarding (aangezien 8 en 9) had Bendien B.V. aan haar vordering onder meer ten grondslag gelegd dat de indruk bij het publiek wordt gewekt dat Substral geconcentreerder is dan Pokon. Het Hof had moeten nagaan of dit inderdaad het geval is, c.q. op grond van het verschil in concentratie moeten vaststellen dat de reclamespot misleidend is omtrent de eigenschappen van Substral ten opzichte van concurrerende producten. Daaraan kan niet afdoen dat de consument door de aanschaf van Substral, wellicht een even effectief produkt als bijvoorbeeld Pokon in handen krijgt, omdat voor de vraag of een bepaalde reclame-uiting misleidend is, niet relevant is of degeen die op die misleidende reclame afgaande een aankoop verricht, ook werkelijk benadeeld is. Zulks geldt in het bijzonder bij vergelijkende reclame, omdat de misleiding in elk geval de concurrenten schaadt.

c. Afgezien van de onder b geformuleerde klacht is 's Hof's beslissing onjuist, althans onvoldoende gemotiveerd, nu het Hof onbesproken laat de stelling van Bendien B.V. (memorie van antwoord punt 3.3) dat er andere merken plantenvoedingsmiddelen zijn die in elk geval minder voorschrijven dan Substral. Aangezien het hier een geval van (onrechtmatige) systeemvergelijking betreft, had het Hof daaraan niet mogen voorbijgaan, omdat het niet in acht nemen van de maatschappelijke zorgvuldigheid jegens één of meer leden uit de groep concurrenten tevens heeft te gelden als een onrechtmatig handelen jegens Bendien B.V. Bovendien is de misleiding omtrent Substral op zich beschouwd onrechtmatig jegens Bendien. Het publiek kan immers tot aankoop van Substral bewogen worden doordat het misleid is omtrent de eigenschappen van dat produkt, al hetgeen tot omzetsderving voor Bendien leidt.

d. Rechtsoverweging 6e is op zichzelf genomen ondoorzichtig. Onbegrijpelijk is immers waarom de grootte van de maatdoppen (na ijking) iets kan afdoen aan het misleidende karakter van de reclame (zeker een vergelijkende reclame-uiting) die tot inzet heeft dat je van Substral minder nodig hebt in vergelijking tot concurrerende producten doch die verzuimt te vermelden dat je Substral (in tegenstelling tot bijvoorbeeld Pokon) twee maal per week moet gebruiken.

Voor zover het Hof in deze overweging bijzondere betekenis toekent aan het feit dat de fles het advies

planten twee maal te begieten (slechts) betreft op bloeiende planten, is deze overweging evenzeer onbegrijpelijk omdat zij geheel voorbijgaat aan het in de memorie van antwoord onder 3.5 gestelde en de als produktie 3 in appel overgelegde folder van Substral waaruit blijkt dat het advies niet alleen (verhoudingsgewijs zelden) ten aanzien van bloeiende planten wordt gegeven, maar veelvuldig bij tal van planten.

(3) a. In de rechtsoverwegingen 7 en 8 overweegt het Hof dat niet voldoende aannemelijk is geworden dat de televisiekijkers het kleurloze produkt waarmee vergeleken wordt, voor Pokon zullen houden. In rechtsoverweging 9 voegt het Hof daaraan toe dat de televisiereclame en de tekst op de verpakkingen dat Substral langer meegaat en voordeliger is, geen wezenlijk andere betekenis heeft dan de aanprijzing van het eigen produkt.

Deze beslissing is onjuist, aangezien niet, althans niet zonder meer beslissend is, dat Pokon als zodanig herkend wordt. In casu gaat het om een tegen de groep concurrenten gerichte reclame; voor de vraag of jegens één van hen onrechtmatig wordt gehandeld is niet nodig dat deze als zodanig in de desbetreffende reclame herkend wordt.

Het Hof had in dit verband bovendien niet voorbij mogen gaan aan de stelling van Bendien B.V. dat er naast Substral slechts twee serieuze concurrenten op de markt waren, te weten Turkenburg en Bendien (met Pokon) die te zamen met Substral 90% van de markt bezitten.

b. Onjuist, althans onbegrijpelijk, is voorts rechts-overweging 9. Een reclame die zich van comparatieve termen als "gaat langer mee", "voordeliger" bedient en die een vergelijking in beeld brengt met een daarbij uitgesproken tekst als door het Hof in zijn arrest vastgesteld, heeft immers uit dien hoofde reeds een vergelijkend karakter. Enz.

d) Conclusie van de Advocaat-Generaal Mr A. M. Biegman-Hartogh, 25 januari 1985.

1. Eiseres tot cassatie Bendien produceert plantenvoeding, die zij sedert 1929 onder het merk Pokon op de markt brengt; verweerster in cassatie Verwet importeert sinds 1968 plantenvoeding van het merk Substral. Het gaat in dit geval om de vloeibare plantenvoeding van beide partijen. Substral zendt een Sterreclameboodschap uit voor de televisie waarvan de gesproken tekst luidt:

"De door fabrikanten voorgeschreven hoeveelheden plantenvoeding voor volwassen planten worden vergeleken. En wat blijkt? Voor één liter water heb je veel minder Substral nodig. Daarom is Substral voordeliger dan u denkt.

Substral: je hebt minder nodig, gaat dus langer mee".

Zie voorts de door het Hof als vaststaand aangenomen feiten in rov. 3 op p. 3 en in rov. 7 op p. 6 van het bestreden arrest (ik heb de door Bendien aangebrachte nummering gevolgd).

Bendien heeft in kort geding o.a. gevorderd Verwet te verbieden in haar reclameboodschappen van deze of een soortgelijke tekst gebruik te maken en voorts haar te bevelen een rectificatie-advertentie te plaatsen, op verbeurte van een dwangsom per keer en per dag. De President heeft een en ander toegewezen; het Hof echter heeft de gevraagde voorzieningen geweigerd.

2. Na in rov. 4 de stellingen van Bendien in eerste aanleg, en in rov. 5 de weren van Verwet te hebben weergegeven, heeft het Hof in rov. 6 antwoord gegeven op de vraag of de litigieuze reclame-uitingen onjuist, althans misleidend of verwarrend jegens de consument zijn, en in rov. 7 en 8 op de vraag of de bestreden reclame een afbrekend karakter heeft ten aanzien van Bendien en haar produkt vloeibare Pokon. En na ont-

kennende beantwoording van deze beide vragen kwam het Hof in rov. 9 tot de slotsom dat de litigieuze reclame geen wezenlijk andere betekenis heeft dan een — bij reclame-uitingen niet ongebruikelijke en weinig zeggende — aanprijzing van het eigen produkt, zodat deze ten opzichte van Bendien geen onrechtmatige daad oplevert.

3. Dit oordeel wordt thans bestreden in een cassatiemiddel met drie onderdelen, die elk weer enkele klachten bevatten.

Onderdeel 1 gaat ervan uit dat het Hof in dit geval een *vergelijkende reclame* beoordeelt (zie de Pleitnota van Bendien p. 4); en voor zover het Hof dit niet zou hebben gedaan, wordt dat oordeel bestreden in de onderdelen 2c en 3. Het is echter, als ik goed zie, vooral gericht tegen rov. 6 waarin het Hof misleiding t.a.v. de *consument* bespreekt.

De schrijvers over dit onderwerp zijn in het algemeen van mening dat van vergelijkende reclame sprake is wanneer kritische mededelingen worden gedaan omtrent het produkt of de persoon of onderneming van een *met name* genoemde, of althans een door het publiek te identificeren, concurrent, zie *Onrechtmatige Daad VI* (Martens) nrs 64a, 140.2, 141 met uitvoerige literatuur-opgaven in no 142, en 146, B. ad 2°, waaraan thans toe te voegen Drucker/Bodenhausen/Wichers Hoeth 1984 p. 203, Dorhout Mees II/Van Nieuwenhoven Helbach 1983 no 1026 en Slagter in *TVVS* 1984 p. 206—208. Over de vraag of vergelijkende reclame in het algemeen toelaatbaar moet worden geacht, zie Martens a.w. no 143 met verdere verwijzingen.

Het schijnt mij echter toe dat Uw Raad over deze vraag in casu geen uitspraak zal behoeven te geven, aangezien het Hof in rov. 8 overwoog:

“dat . . . voorshands niet voldoende aannemelijk voorkomt dat de televisiekijkers het kleurloze produkt . . . voor Pokon zullen houden, zodat niet gezegd kan worden dat (Verwet), die ook in de mondelinge toelichting bij het beeld met geen woord over (Bendien) en haar produkt rept, zich in afbrekende zin over haar en Pokon heeft uitgelaten”.

Met de — feitelijke — vaststelling dat Verwet in haar reclametekst niet over Bendien en Pokon rept, terwijl het niet aannemelijk is dat de televisiekijkers het produkt waarmee Substral wordt vergeleken, voor Pokon zullen houden, heeft het Hof, naar ik meen te kennen gegeven in dit geval geen vergelijkende reclame in de boven aangegeven betekenis van het woord aanwezig te achten.

4. In de toelichting op dit onderdeel van het middel (p. 6a sub 8 en p. 9 sub 11) betoogt de raadsman van Bendien nog, dat het in casu om een vorm van *systeemvergelijking* gaat. Bij een dergelijke vergelijking is het namelijk niet nodig dat concurrenten of produkten bij name worden aangeduid; het gaat daarbij om vergelijking van twee verschillende soorten produkten of diensten, zoals bijv. auto met trein, olie met aardgas, plantenvoeding in vloeibare, met die in poedervorm, enz. Zie over systeemvergelijking Slagter, *Praeadvies NJV* 1963, p. 140 ad c, *Praktijkboek Reclame- en Aanduidingsrecht*, onder redactie van Verkade, IID nrs 12 e.v. en voor voorbeelden in de Nederlandse rechtspraak HR 25-5-1951 *NJ* 1951, 541 (natuurazijn/chemisch azijnzuur) en voorts Martens a.w. no 157.3 B-d op p. 224a en *Praktijkboek IHC* no 18 p. 15 (CC 22-5-1975: Pokon/Substral) en IID nrs 15 e.v. Nu heeft weliswaar de President in rov. 5, p. 10 van zijn vonnis toegestaan dat de eis van Bendien werd gewijzigd in die zin, dat het woord “vloeibare” voor “plantenvoeding” werd geschrapt, maar het Hof spreekt wederom van de vloeibare plantenvoeding van beide partijen, zie rov. 3, derde feit.

Aangezien dus de vergelijking in het onderhavige geval betreft een zelfde produkt, namelijk vloeibare plantenvoeding, zij het dan wellicht in een onderling niet gelijke

concentratie, kan hier van systeemvergelijking in de technische zin van het woord m.i. niet worden gesproken.

5. En daar nu onderdeel 1 zowel sub a. als sub b. ervan uitgaat dat het Hof de Ster-reclameboodschap over Substral als vergelijkende reclame heeft beoordeeld — subonderdeel 1a met het betoog dat vergelijkende reclame in het algemeen, behoudens bijzondere omstandigheden, onrechtmatig is jegens de concurrent; subonderdeel 1b. met het betoog dat vergelijkende reclame in elk geval moet voldoen aan strenge maatstaven die het Hof niet zou hebben aangelegd — terwijl het Hof hier m.i. géén vergelijkende reclame in de hier gebruikte betekenis van het woord aanwezig heeft geacht, zal onderdeel 1 in zijn geheel moeten falen bij gebrek aan feitelijke grondslag.

6. De motiveringsklacht over ondoorzichtigheid van de in rov. 7a gebezigde term: “uitingen van een afbrekend karakter”, faalt: het Hof heeft klaarblijkelijk aan deze term dezelfde betekenis gegeven als Bendien zelf in haar inleidende dagvaarding sub 7. Ook heeft zij bij de klacht geen belang, naar het mij voorkomt, nu het Hof heeft vastgesteld (zie boven sub 3) dat de televisiekijkers deze uitingen niet in verband met Pokon zullen brengen.

7. *Subonderdeel 2a* begint met een motiveringsklacht: het arrest a quo zou onvoldoende gemotiveerd zijn omdat niet duidelijk is of het Hof in rov. 6 wel toepassing heeft gegeven aan de artt. 1416a-c BW. Deze klacht kan m.i. niet slagen: voor zover wordt bedoeld dat het Hof deze wetsartikelen in zijn uitspraak had moeten vermelden, faalt zij bij gebrek aan steun in het recht; terwijl naar mijn mening het Hof, door in rov. 6 na te gaan of de mededeling over Substral al dan niet misleidend was, blijk heeft gegeven art. 1416a te hebben toegepast.

Vervolgens wordt geklaagd over onjuiste toepassing van de genoemde bepalingen, met name art. 1416b omtrent de omkering van de bewijslast.

Mij is niet geheel duidelijk waarop deze klacht precies doelt. Inderdaad heeft het Hof zich niet uitgelaten over de vraag wie van de partijen de bewijslast had van de juistheid en volledigheid van de in de omstreden reclame vervatte feiten, maar waar het Hof van oordeel was dat hier niet van een vergelijking met Pokon doch slechts van een aanprijzen van het eigen produkt sprake was, was er voor bewijs van de juistheid en volledigheid van feiten geen plaats, en dus evenmin voor een omkering van bewijslast dienaangaande.

8. Overigens betreft het hier een kort geding waarbij de gewone regels omtrent bewijs en bewijslastverdeling niet van toepassing zijn; en uit de door Bendien (Pleitnota p. 12—20) geciteerde geschiedenis van de wet van 6-6-1980 S. 304, kamerstukken 13 611, inhoudend regelen omtrent de privaatrechtelijke bescherming tegen misleidende reclame, blijkt dat ook de wetgever hiervan is uitgegaan, zie hieromtrent uitvoeriger de conclusie van mijn ambtgenoot Mr Mok in de zaak van de Stichting Konsumenten Kontakt tegen Elektrorama, nr 12 554 sub 3.2, en zie nog J. J. C. Kabel, *Tijdschrift voor Consumentenrecht* 1985, nr 1 p. 9.

Ten slotte laat, naar ik meen, een regel omtrent de bewijslastverdeling onverlet, dat de waardering van het bewijs en de beslissing of een feit bewezen is, voorbehouden is aan de rechter die over de feiten oordeelt.

9. De overige grieven van onderdeel 2 zijn gericht tegen rov. 6. Het Hof overwoog in rov. 6a en 6b dat de litigieuze reclame-uitingen onjuist, misleidend of verwarrend jegens de consument zouden zijn.

“indien aannemelijk ware dat gebruik van Substral in de bestaande samenstelling en de door Verwet geadviseerde dosering voor de groei en bloei van planten minder gunstig of effectief zou zijn dan het gebruik van vloeibare Pokon in de door Bendien voorgeschreven hoeveelheid”.

In rov. 6c overwoog het Hof dat zulks door Bendien

niet is gesteld, en dat het bovendien niet blijkt uit het rapport van Prof. Klougart te Kopenhagen, die ondanks verschil in concentratie geen significante verschillen in effectiviteit constateert. Het Hof acht daarom geen misleiding van het publiek aanwezig (rov. 6d), in aanmerking genomen enerzijds dat het advies bloeiende planten tweemaal per week te begieten tot een verhoogd gebruik leidt, maar anderzijds dat de maatdop van Substral slechts tot een gebruik van ca 7 ml per liter water voert en die van Pokon van ca 10 ml.

10. *Subonderdeel 2b* acht onjuist, althans onbegrijpelijk dat het Hof de vraag of de mededeling misleidend is, toespitst op de vraag of Substral even effectief (in vergelijking tot de prijs) als Pokon zou zijn, in aanmerking genomen hetgeen Bendien in de inleidende dagvaarding sub 7, 8 en 9 aan haar vordering ten grondslag heeft gelegd, te weten dat de indruk bij het publiek wordt gewekt dat Substral meer geconcentreerd is dan Pokon. Betoogd wordt, dat het Hof in het kader van dit geding het misleidende van de reclame-uitingen niet had mogen beoordelen aan de hand van het criterium, of Substral een meer of minder gunstig effect op groei en bloei van de planten heeft dan Pokon, maar of Substral geconcentreerder is, zodat men er inderdaad (veel) minder van nodig heeft dan van Pokon.

Voor zover hier bedoeld wordt een rechtsklacht voor te dragen, moet deze falen: het antwoord op de vraag of er in een bepaald geval sprake is van misleiding van het publiek, is in beginsel feitelijk van aard en aan het oordeel van de feitenrechter overgelaten.

Wat betreft de motiveringsklacht echter, deze komt mij gegrond voor. De discussie tussen partijen betrof blijkens rov. 4a, 4b en 5a de kwestie of er sprake is van misleiding van het publiek ten aanzien van de vraag of men van Substral (veel) minder nodig heeft, dus de vraag naar de hoeveelheid voedingsstoffen per eenheid produkt, de *concentratie* ervan, dit in verband met de prijs (Verwet: "af te komen van het image dat Substral duurt is"). Aldus heeft ook Verwet (Toelichtende Memorie p. 6 sub 12) de inzet van de rechtsstrijd tussen partijen begrepen. Daaraan heeft Verwet toegevoegd (zie rov. 5b) een opmerking over de vraag of een hogere concentratie van voedingsstoffen voor planten wel beter is, dus de vraag naar de *optimale concentratie*.

Naar het mij voorkomt nu heeft het Hof de vraag waar het in dit geding om gaat, die naar de mate van concentratie, onbeantwoord gelaten en is slechts ingegaan op de vraag, welk effect de plantenvoeding in de door Verwet geadviseerde dosering op groei en bloei van de planten heeft, dus de vraag naar de optimale concentratie. Echter, ongeacht welke concentratie als optimaal moet worden beschouwd (dit zal m.i. overigens wel mede afhankelijk zijn van de soort van plant, de fase waarin deze zich bevindt: in bloei of in ruste, de samenstelling van de voedingsbodem, e.d.), de vraag blijft of men van Substral minder nodig heeft (dan van Pokon) om een zelfde, al dan niet optimale, concentratie te bereiken. Anders gezegd: als Substral een lager percentage voedingsstoffen bevat dan Pokon (zoals de President op p. 8, rov. 1 sub d van zijn vonnis heeft vastgesteld, maar het Hof in het midden heeft gelaten), dan zal men ter bereiking van de voor planten optimale dosering, van Substral *altijd* méér nodig hebben dan van Pokon en niet minder, zoals in de reclame van Verwet wordt meegedeeld.

Derhalve acht ik 's Hof's motivering op dit punt ontoereikend, althans onbegrijpelijk.

11. *Subonderdeel 2c* voert aan dat het Hof ten onrechte onbesproken heeft gelaten de stelling van Bendien (mem.v.gr. sub 3.3) dat er andere merken plantenvoedingsmiddelen zijn die in elk geval minder voorschrijven dan Substral.

Aangezien het Hof m.i. niet gehouden was aan alle stellingen van partijen afzonderlijk aandacht te geven, en niet blijkt dat deze stelling voor Bendien van

essentieel belang was, kan dit subonderdeel niet slagen.

12. *Subonderdeel 2d* is gericht tegen rov. 6e en acht het onbegrijpelijk waarom de grootte van de maatdoppen van resp. Substral en Pokon zou kunnen afdoen aan het misleidend karakter van de reclame die meedeelt dat je van Substral minder nodig hebt, zonder te vermelden dat je Substral tweemaal per week moet gebruiken.

Deze klacht treft geen doel, naar ik meen, nu het Hof met de vergelijking van de maatdoppen blijkbaar heeft bedoeld tot uiting te brengen dat de kleinere maatdop van Substral tot een geringer verbruik, en dus tot het "gaat langer mee" van de reclame leidt, ook al wordt in beperkte mate, namelijk voor bloeiende planten, een dubbel gebruik voorgeschreven.

Over de stelling dat Verwet niet alleen voor bloeiende, maar veelvuldig bij tal van planten tweemaal per week begieten voor zou schrijven, heeft het Hof zich niet uitgelaten; daaromtrent mist de klacht dus feitelijke grondslag.

13. *Subonderdeel 3a* acht onjuist de vaststelling van het Hof (in rov. 8) het niet aannemelijk te oordelen dat de televisiekijkers het kleurloze produkt voor Pokon zullen houden. Deze vaststelling is feitelijk van aard, zoals boven sub 3 reeds vermeld, en kan derhalve niet — met vrucht — met een rechtsklacht in cassatie worden aangevallen.

Voorts ziet Bendien eraan voorbij dat het Hof in deze overweging beoogt antwoord te geven op de vraag of de reclame-uitingen een afbrekend karakter ten aanzien van Bendien en haar produkt Pokon dragen, zie rov. 7, eerste zinsnede; de klacht mist derhalve feitelijke grondslag.

14. *Subonderdeel 3b* ten slotte moet eveneens falen: het enkele feit dat een reclame zich van comparatieve termen bedient, lijkt mij in het algemeen onvoldoende om deze aan te merken als "vergelijkende reclame" in de juridische zin van het woord, zie boven sub 3.

15. Daar ik onderdeel 2b gegrond acht, concludeer ik tot vernietiging van het bestreden arrest met verwijzing van de zaak naar een ander Gerechtshof ter verdere behandeling en beslissing, en met veroordeling van verweerster in cassatie in de kosten op de voorziening gevallen. Enz.

e) De Hoge Raad, enz.

3. *Beoordeling van het middel*

3.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan:

— Bendien, Verwet en Turkenburg bestrijken circa 95% van de Nederlandse markt voor vloeibare plantenvoeding;

— Bendien, Verwet en Turkenburg brengen die vloeibare plantenvoeding in de handel in een fles van 500 ml; de fles van Bendien kostte destijds f 4,95, die van Verwet f 5,25;

— in 1983 is Verwet voor haar onder het merk SUBSTRAL verhandelde vloeibare plantenvoeding een reclamecampagne begonnen. In het kader van deze campagne heeft zij verscheidene malen door de Ster een reclamespot doen uitzenden, waarvan de gesproken tekst luidt:

"De door fabrikanten voorgeschreven hoeveelheden plantenvoeding voor volwassen planten werden vergeleken.

En wat blijkt?

Voor één liter water heb je veel minder SUBSTRAL nodig.

Daarom is SUBSTRAL voordeliger dan u denkt. SUBSTRAL: je hebt minder nodig, gaat dus langer mee."

In datzelfde kader heeft Verwet op de verpakking van SUBSTRAL de volgende tekst opgenomen:

"U heeft er veel minder van nodig, daarom gaat

een fles SUBSTRAL langer mee. Dus SUBSTRAL is voordeliger dan u denkt."

Reclamespot (voor de beschrijving van welks visuele gedeelte wordt verwezen naar rechtsoverweging 3 van 's Hofs arrest) en verpakkingstekst te zamen zullen hierna ook wel worden aangeduid als "de mededelingen".

3.2. Bendien is tegen de mededelingen in kort geding opgekomen. De President heeft die mededelingen jegens haar onrechtmatig geacht. Van oordeel dat de door Verwet tegen de uitspraak van de President aangevoerde grieven het geschil in volle omvang aan zijn oordeel onderwierpen, heeft het Hof dat geschil zelfstandig onderzocht. Daarbij heeft het college twee vragen onderscheiden: het gaat eerst (in rechtsoverweging 6) na of de "litigieuze reclame-uitingen onjuist, althans misleidend of verwarrend jegens de consument zijn", en onderzoekt vervolgens (in de rechtsoverwegingen 7 t/m 9) of die uitingen "een afbrekend karakter ten aanzien van Bendien en haar produkt vloeibaar POKON dragen". De onderdelen 1 en 2 van het middel keren zich tegen 's Hofs overwegingen omtrent de eerste, onderdeel 3 tegen zijn overwegingen omtrent de tweede vraag. De Hoge Raad zal eerst onderdeel 3 behandelen. Bij de beoordeling van in de concurrentiestrijd gedane mededelingen als de onderhavige behoort immers in de eerste plaats te worden onderzocht of die mededelingen (mede) betrekking hebben op een bepaalde mededinger of diens produkt, dan wel (enkel) op het eigen produkt. Dient deze vraag in eerst-gemelde zin te worden beantwoord, dan zijn toch andere en strengere normen van toepassing, dan wanneer het antwoord in laatstgemelde zin luidt.

3.3. Het Hof stelt in rechtsoverweging 7 vast: dat de tijdens de uitzendingen van de reclamespot getoonde merkloze fles een andere vorm en kleur had dan de fles waarin vloeibaar POKON in de handel wordt gebracht; dat de toen eveneens getoonde schenk-dop, waaruit kleurloze vloeistof werd gegoten, een andere vorm, kleur en inhoud had dan de schenk-dop van POKON; dat de naast SUBSTRAL getoonde vloeistof kleurloos was, terwijl POKON licht-groen is; en dat ook in de gesproken tekst van de reclamespot met geen woord over Bendien en haar produkt werd gerept. Op grond van deze vaststellingen oordeelt het Hof in rechtsoverweging 8 dat "voorshands niet voldoende aannemelijk voorkomt dat de televisiekijkers het kleurloze produkt met daarover een zwart kruis voor POKON zullen houden, zodat niet gezegd kan worden dat Verwet (...) zich in afbrekende zin over Bendien en POKON heeft uitgelaten".

Tegen dit oordeel voert onderdeel 3a van het middel terecht aan dat te dezen niet zonder meer beslissend is of de televisiekijkers — het publiek tot hetwelk de reclameboodschap zich richtte — het in de reclamespot naast SUBSTRAL getoonde en met SUBSTRAL vergeleken merkloze produkt "voor POKON zullen houden".

Wanneer, zoals te dezen, in reclame-uitingen het eigen produkt wordt gesteld naast en reeds daardoor wordt vergeleken met een kennelijk soortgelijk, doch "anoniem" produkt, rijst de vraag of de mededelingen mede betrekking hebben op het produkt van een bepaalde concurrent en of de mededelingen dienover-eenkomstig getoetst moeten worden aan de normen welke mededingers beschermen tegen mededelingen in de concurrentiestrijd waarin zij of hun produkt afbrekend worden besproken of bij hun reputatie wordt aangehaakt. Voor het beantwoorden van deze vraag is niet beslissend of het publiek, dat van die mededelingen kennis neemt, het "anonieme" produkt voor dat van die concurrent zal houden, maar — naar uit de strekking van evenbedoelde normen moet worden afgeleid — of dat publiek, althans een niet te verwaarlozen gedeelte daarvan, in verband met de bijzonderheden van het geval, de reclameboodschap, voor zover zij

betrekking heeft op het "anonieme" produkt, zal betrekken op het produkt van de concurrent. Of het publiek dat zal doen, hangt niet enkel en zelfs niet in de eerste plaats af van de mate van gelijkenis tussen het "anonieme" produkt en dat van de concurrent, maar vooral van de verdere omstandigheden van het geval, zoals: dat op de desbetreffende markt slechts een gering aantal ondernemers een belangrijke plaats inneemt, waaronder de betrokken concurrent, of dat diens produkt bij het publiek zeer bekend is, hoedanige bekendheid kan voortvloeien uit een groot markt-aandeel, maar ook uit langdurig en intensief merkgebruik of omvangrijke reclame.

Door — hoewel Bendien zich in dit verband op omstandigheden als evenbedoeld had beroepen — enkel in aanmerking te nemen dat het in de reclamespot getoonde "anonieme" produkt generlei visuele gelijkenis met POKON had en dat het woord POKON niet is gevallen, heeft het Hof derhalve een rechtens onjuiste maatstaf aangelegd. Het onderdeel treft in zoverre doel en behoeft voor het overige geen bespreking.

3.4. Nu onderdeel 3a slaagt, behoeft ook onderdeel 3b geen bespreking. Dit onderdeel keert zich immers tegen rechtsoverweging 9 die voortbouwt op, en derhalve het lot deelt van de door eerstgenoemd onderdeel bestreden rechtsoverweging 8.

3.5. Gezien de opbouw van 's Hofs arrest, de formulering van de vraagstelling in rechtsoverweging 6 en de bewoordingen van rechtsoverweging 9a is duidelijk dat het Hof bij zijn onderzoek van de vraag of "de litigieuze reclame-uitingen onjuist, althans misleidend of verwarrend jegens de consumenten zijn", ervan is uitgegaan dat die uitingen niet mede betrekking hebben op een bepaalde mededinger of diens produkt. Bij dit uitgangspunt is van vergelijkende reclame geen sprake. Nu hiervoor onder 3.3 reeds is gebleken dat dit uitgangspunt is gebaseerd op het aanleggen van een rechtens onjuiste maatstaf, behoeft onderdeel 1, dat het Hof verwijt de litigieuze reclame-uitingen niet aan de normen voor vergelijkende reclame te hebben getoetst, geen bespreking.

3.6. Onderdeel 2a dat zich keert tegen rechtsoverweging 6, mist feitelijke grondslag voor zover het erover klaagt dat "ondoorzichtig is of het Hof in deze rechtsoverweging, hetgeen het had behoren te doen, toepassing heeft gegeven aan de artikelen 1416a—c BW". Duidelijk is immers dat het Hof zich op genoemde wetsbepalingen heeft gebaseerd. Voor zover dit onderdeel er in verbinding met onderdeel 2b over klaagt dat het Hof blijk heeft gegeven van een onjuiste opvatting van het begrip "misleidend" in de zin van genoemde bepalingen, is het evenwel terecht voorgesteld.

Blijkens rechtsoverweging 4 heeft Bendien aan haar verwijt dat de mededelingen welke Verwet had gedaan omtrent de door haar in de uitoefening van haar bedrijf onder het merk SUBSTRAL verhandelde vloeibare plantenvoeding onjuist, althans misleidend waren, de navolgende stellingen ten grondslag gelegd: (A) door die mededelingen wordt bij het publiek dat daar-van kennis neemt, de indruk gewekt dat SUBSTRAL een hogere concentratie van voedingsstoffen bevat dan andere vloeibare plantenvoeding (en met name dan POKON); (B) dat publiek zal daaruit afleiden dat SUBSTRAL beter is — in 's Hofs terminologie: voor de groei en bloei van planten gunstiger of effectiever is — dan andere vloeibare plantenvoeding (en met name dan POKON); (C) de onder (A) bedoelde indruk is echter in feite onjuist omdat POKON een hogere concentratie van voedingsstoffen bevat (nl. 21%) dan SUBSTRAL (15%).

Het Hof heeft de juistheid van deze stellingen van Bendien niet onderzocht omdat het blijkens zijn rechtsoverwegingen 6b en 6c van oordeel was dat deze stellingen zonder meer nog onvoldoende zijn om de mededelingen van Verwet als misleidend in de zin van

de artt. 1416a e.v. te kunnen beschouwen: daartoe had Bendien, naar 's Hofs oordeel, immers ook nog moeten stellen dat – kort gezegd – SUBSTRAL minder goed is dan andere vloeibare plantenvoeding (en met name dan POKON). Dit oordeel geeft daarom blijk van een onjuiste rechtsopvatting omdat wie omtrent de samenstelling van zijn eigen produkt onjuiste mededelingen doet – suggereren valt te dezen onder het doen van mededelingen – en dusdoende het publiek leidt tot de veronderstelling dat zijn produkt beter is dan soortgelijke produkten van zijn concurrenten, zich in de zin van artt. 1416a e.v. BW schuldig maakt aan misleiding, ook al is zijn produkt in feite niet minder goed dan concurrerende produkten. Zelfs als zijn produkt in feite beter is, poogt hij zich immers in de concurrentiestrijd een voorsprong te verschaffen door het publiek omtrent de samenstelling van dat produkt onjuist voor te lichten en daartegen beogen meergenoemde wetsbepalingen de concurrenten – en de consumenten – nu juist te beschermen.

Nu de onderdelen 2a en 2b in onderling verband in zoverre doel treffen, behoeven zij voor het overige geen bespreking.

3.7. Onderdeel 2c is vergeefs voorgesteld. Op de stelling van Bendien dat de mededelingen ook daarom misleidend waren omdat er andere produkten van plantenvoeding zijn die een geringere hoeveelheid per liter water voorschrijven dan Verwet voor SUBSTRAL, behoefde het Hof niet in te gaan, omdat, zou enkel die stelling juist zijn, Bendien daarop toch niet de te dezen door haar ingestelde vorderingen zou hebben kunnen baseren: niet in te zien valt immers dat Bendien door deze onjuistheid van de mededelingen in haar belang zou kunnen zijn geschaad.

3.8. Onderdeel 2d daarentegen treft doel voor zover het erover klaagt dat het Hof zijn oordeel over de vraag in hoeverre het feit dat Verwet voor SUBSTRAL voor bepaalde planten aanwijzingen geeft die leiden tot een hoger gebruik in vergelijking met dat volgens de aanwijzingen van Bendien voor POKON, mede leidt tot de slotsom dat haar mededelingen onjuist, althans misleidend zijn, tegenover de stellingen van Bendien in appel – welke stellingen niet enkel betrekking hadden op bloeiende planten, noch slechts op tweemaal in de week begieten – onvoldoende naar de eis der wet met redenen heeft omkleed. Voor het overige behoeft dit onderdeel geen bespreking.

3.9. Wegens gegrondbevinding van de onderdelen 2a, 2b, 2d en 3a moet het arrest van het Hof worden vernietigd. Na verwijzing zal met inachtneming van het vorenoverwogene alsnog op het appel moeten worden beslist.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt het arrest van het Hof van Arnhem van 12 maart 1984 en verwijst het geding naar het Hof te 's-Hertogenbosch ter verdere behandeling en beslissing;

veroordeelt Verwet in de kosten van het geding in cassatie tot op deze uitspraak aan de zijde van Bendien begroot op f 531,50 aan verschotten en f 2.000,- voor salaris. Enz.

1) Aanprijzende en vergelijkende reclame.

Het hierboven afgedrukte arrest is een van de drie op dezelfde dag gewezen arresten inzake de toepassing van de in de artt. 1416a-c B.W. vervatte regeling omtrent de privaatrechtelijke bescherming tegen misleidende reclame. Als zodanig verdient het, evenals de beide andere in dit nummer van het *Bijblad* gepubliceerde arresten, enig commentaar. In r.o. 3.2 heeft de H.R. als beginsel vooropgesteld dat bij de beoordeling van in de concurrentiestrijd gedane mededelingen, als de litigieuze reclame-uitingen, in de eerste plaats

dient te worden onderzocht “of die mededelingen (mede) betrekking hebben op een bepaalde mededinger of diens produkt, dan wel (enkel) op het eigen produkt” en dit wel omdat in het eerste geval andere en strengere normen van toepassing zijn dan in het laatste. Welke die andere en strengere normen zijn, leert de H.R. in r.o. 3.3. Als de reclame-uiting niet enkel het eigen produkt betreft, maar dit daarin “wordt gesteld naast en reeds daardoor wordt vergeleken met” het soortgelijke produkt van een (of meer) bepaalde concurrent(en), moet bij de beoordeling van de rechtmatigheid van die reclame-uiting niet enkel rekening worden gehouden met de normen, die de belangen van de gegadigden naar het produkt van de reclamemaker, dus de belangen van de consument, beschermen maar ook met de normen die de bewuste concurrenten beschermen tegen de aantasting van, of de aanhaking aan de reputatie van hun eigen overeenkomstige produkten. Aandacht verdient, dat de H.R. deze, op verschil in aan te leggen normen gebaseerde, onderscheiding tussen enkel het eigen produkt *aanprijzende* en met andermans produkt *vergelijkende* reclame heeft gemaakt in het kader van de toepassing van de artt. 1416a-c B.W.; bepalingen die voor de rechtmatigheid van reclame-uitingen slechts één norm behelzen, t.w. dat de betrokken mededelingen niet misleidend mogen zijn. Dit laat zich alleen verklaren indien het begrip “misleidend” zowel de voor aanprijzende reclame geldende normen als de normen, geldend voor vergelijkende reclame omvat. Dat dit inderdaad het geval is, lijkt mij te volgen uit wat de H.R. in het slot van r.o. 3.6 heeft overwogen omtrent de wijze waarop het al dan niet misleidende karakter van overdrijvende reclame moet worden beoordeeld. Beslissend voor het misleidend karakter van mededelingen omtrent het eigen produkt is niet, of zij voor dat produkt, al dan niet “waar” zijn, maar of zij door inkleding of inhoud bij degenen tot wie zij gericht worden, omtrent dat produkt ten onrechte een indruk wekken die aan de reclamemaker op zijn concurrenten een voorsprong verschafft. Want als die indruk ten onrechte wordt gewekt, strookt zij niet met de werkelijkheid en is de daardoor verkregen voorsprong niet verdiend. Ditzelfde element van het bewerkstelligen van een niet verdiende voorsprong op de concurrent is eveneens gegeven indien vergelijkende reclame resulteert in het profiteren van de reputatie van het produkt van een concurrent of het afbreuk doen aan die reputatie. Ook in die beide gevallen wordt immers ofwel het eigen produkt beter ofwel andermans produkt slechter voorgesteld dan het in werkelijkheid is, met als gevolg dat de afstand tussen beide produkten wordt vergroot en de reclamemaker daardoor een niet verdiende voorsprong verwerft. Zo opgevat is tevens duidelijk dat het begrip “misleidend” niet synoniem is met “onwaar”. Zoals de H.R. leert, kunnen ook op zichzelf ware mededelingen, bijv. door de context waarin zij worden gedaan bij het in aanmerking komende publiek een onjuiste indruk omtrent het produkt van de reclamemaker oproepen en daardoor de reclamemaker aan een niet verdiende voorsprong op zijn concurrenten helpen. Het zou echter te ver gaan daaruit af te leiden, dat de omvang van de bescherming, die de artikelen 1416a-c B.W. aan de consument beogen te bieden, uiteindelijk geheel en al bepaald wordt door de mate, waarin de concurrenten van de reclamemaker ertegen beschermd behoren te worden dat deze zich te hunnen opzichte een niet verdiende voorsprong verwerft. Het is nu eenmaal niet zo, dat iedere onjuiste mededeling omtrent het eigen produkt voor de reclamemaker een niet verdiende voorsprong op zijn concurrenten doet ontstaan. Vooreerst is het mogelijk dat de reclamemaker geen directe concurrenten heeft, omdat hij als enige een produkt van de betrokken soort in de handel brengt. En al evenzeer is het mogelijk dat de indruk die door een

onjuiste mededeling omtrent het eigen produkt bij het publiek wordt gewekt, door het publiek niet met het produkt van één of meer concrete concurrenten in verband wordt gebracht en diens gevolg voor de reclamemaker géén voorsprong op bepaalde concurrenten in het leven roept. Of die voorsprong al dan niet ontstaat, is afhankelijk van zulke factoren als de Hoge Raad in het slot van r.o. 3.3 heeft genoemd. In die gevallen waarin het publiek de door de reclamemaker omtrent diens produkt gewekte indruk niet op het produkt van een (of meer) bepaalde concurrent(en) zal betrekken, kan het criterium van de onverdiende voorsprong geen toepassing vinden en zal alleen het waarheidsgehalte van de gewekte indruk de al dan niet rechtmatigheid van de mededeling bepalen. Hiermede is tevens gezegd, dat die vorm van aanprijzende reclame, die men wel superlatieve reclame pleegt te noemen, als regel toelaatbaar zal zijn. Het onbepaalde en sterk overdrijvende karakter van die vorm van reclame zal als regel medebrengen, dat de daarmede beoogde indruk van superioriteit van het eigen produkt ofwel bij het publiek in werkelijkheid niet zal ontstaan ofwel door het publiek niet met het produkt van een bepaalde concurrent in

verband zal worden gebracht. Overigens geldt ook voor die vorm van reclame, dat haar toelaatbaarheid moet worden beoordeeld met inachtneming van de beide door de H.R. aangegeven criteria. Vooreerst moet ook superlatieve reclame niet enkel worden beoordeeld naar wat zij met zoveel woorden zegt, maar mede naar wat zij suggereert. Zie in die zin reeds Martens, Onrechtmatige Daad VI, no 148. En daarnaast geldt ook voor superlatieve reclame dat zij mede ten behoeve van de reclamemaker een niet verdiende voorsprong op een van zijn concurrenten doet ontstaan, indien het publiek de daarin vervatte mededeling op het produkt van die concurrent betreft. Zomin als voor de vraag of twee merken overeenstemmen, doorslaggevend is of het publiek het ene merk en daarmede het daaronder verhandelde produkt voor het andere aanziet, is het voor het ontstaan van een onverdiende voorsprong doorslaggevend dat het publiek een in een reclameuiting naast het produkt van de reclamemaker gesteld ander produkt met dat van een bepaalde concurrent vereenzelvt. In beide gevallen is voldoende dat het publiek het een met het ander *associeert*.

v. N.H.

Mededeling

PAO cursussen Intellectuele en Industriële eigendom.

Te Rotterdam worden de volgende PAO cursussen gegeven:

a) *Octrooilicenties en know-how (EEG Verordening)* (Behandeling van Vo 2349/84 dd. 23 juli 1984, groeps-vrijstelling octrooilicentie-overeenkomsten.) op 11 oktober 1985 van 9.30 tot 17.30 uur.
Onderwerpen: Theoretische en praktische aspecten van octrooi- en know-how licenties.
Docenten: Mr L. Keur en Mr J. A. van Arkel.
Coördinator: Jhr Mr L. van Lennep te Brussel, telefoon (09)32-22300535.

Prijs: F 250,- incl. materiaal en maaltijden.

b) *Merken, (handels)namen en modellen* op 22 oktober, 5 en 19 november en 3 december 1985 te Rotterdam, telkens van 16.00-21.00 uur.
Docenten: Mevr. Mr M. Vermeer-Molenkamp, Jhr Mr R. E. P. de Rantiz, Mr. P. J. M. Steinhauser en Mr P. A. M. Hendrick.

Coördinator: Mr J. A. A. Oomens te Rotterdam, tel. (010) 147555.

Prijs: f 510,- incl. materiaal en maaltijden.

c) *Artt. 30-36 EEG-Verdrag in de praktijk* op 11 november, 25 november en 9 december 1985 van 16.00-21.00 uur.

Onderwerpen: Algemene inleiding (11 nov.) en De praktijk van het vrije verkeer van goederen: herkenning

en bestrijding van belemmeringen, rol en mogelijkheden van diverse acties (25 nov. en 9 dec.).

Cursusleiders: Prof. Mr C. W. A. Timmermans, Prof. Mr L. G. Geelhoed en Mr P. J. J. Butzelaar.

Coördinator: Jhr Mr L. H. van Hennepe te Brussel, tel. (09)3222300505.

Prijs: f 435,- incl. materiaal en maaltijden.

Inlichtingen over bovenstaande cursussen: Erasmus Universiteit Rotterdam, Postbus 1738, 3000 DR Rotterdam, tel. (010)525511, tst. 3602/3612.

Te Utrecht wordt de PAO cursus *Reclamerecht* georganiseerd op 11 en 25 november 1985, telkens van 14.00-18.00 uur.

Onderwerpen: Algemene inleiding: Wat omvat reclamerecht; Misleidende reclame; Algemeen inleidend overzicht van de regels waaraan reclame moet voldoen en Informatie en vergelijkende reclame.

Cursusleider: Mevr. Mr M. van Delft-Baas.

Docenten: Mr J. J. C. Kabel, Prof. Mr W. J. Slagter, Mr G. J. Ribbink en Mevr. Mr M. van Delft-Baas.

Prijs: f 290,- incl. consumpties en cursusmateriaal.

Inlichtingen en inschrijving: Mr A. M. C. D. de Mare-Fröberg, Drift 8, 3512 BS Utrecht, tel. (030)393022-393021.

Litteratuur

Boeken.

NEDERLAND

Colloquium Europees Recht: EEG-Handelspolitiek. 's-Gravenhage, T. M. C. Asser Instituut, VIII en 95 blz.

Geschriften van Helbach (Bundel typerende geschriften van de hand van Prof. Mr E. A. van

Nieuwenhoven Helbach aangeboden ter gelegenheid van het beëindigen van zijn academische loopbaan aan de Universiteit te Utrecht)

Arnhem, Gouda Quint, 1985, ca 15 blz. Prijs f 65,-.

Pelkmans, J., Market Integration in the European Community.

's-Gravenhage, Martinus Nijhoff, 1984, XV en 322 blz.