

Voor wat betreft de feiten verwijs ik naar het vonnis. Over het vonnis zelf zou ik drie korte opmerkingen willen maken.

1. Zonder daar ook maar één woord aan vuil te maken is de Voorzieningenrechter (kennelijk) van oordeel dat art. 6:194a BW (na invoering van de OHP-regels) nog steeds van toepassing is op B2C vergelijkende reclame-uitingen. Hoewel daar door sommige schrijvers aan getwijfeld wordt, lijkt mij dat een juist standpunt.¹

2. Wat minder gelukkig daarentegen vind ik het oordeel over het misleidende karakter van de vergelijkende-reclame-uiting van Specsavers, omdat die in mijn ogen wel degelijk ten onrechte de suggestie wekt dat Hans Anders niet over gekwalificeerd personeel beschikt en dus in strijd is met (art. 6:194a lid 2 sub a BW). Nu weet ik heel goed dat de marge van eigen (rechterlijke) interpretatie en appreciatie in misleidingskwesaties relatief groot is, maar toch kan kernoverweging 4.5 uit het onderhavige vonnis mij niet overtuigen.

Ik citeer die rechtsoverweging: “Vastgesteld wordt, gelet op de aanhef van de advertentie, dat de kern van de mededeling van Specsavers in de advertentie is dat slechts een beperkt deel van de audiciens en opticiens van Hans Anders een MBO-opleiding heeft gevolgd. Nergens wordt in de advertentie gesteld dat de audiciens en opticiens van Hans Anders, die niet over een MBO- of HBO-diploma beschikken, niet enige andere opleiding hebben genoten. Sterker nog, in de informatie die Specsavers op haar website heeft geplaatst en waar in de advertentie ook voor meer informatie naar wordt verwezen, valt onder meer te lezen dat medewerkers van Hans Anders die geen MBO- of HBO opleiding hebben gevolgd wel een interne opleiding hebben gevolgd. Gelet op de beperkingen die een advertentie met zich brengt, wordt geoordeeld dat Specsavers met de verwijzing naar haar website in de advertentie deze informatie daarmee voor de gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument op voldoende wijze ter controle beschikbaar heeft gesteld. Indien Hans Anders meer aandacht voor haar interne opleiding wenst, ligt het voorshands op haar weg om daar, bijvoorbeeld door een eigen reclame campagne, nadere informatie over te verschaffen”.

¹ Zie voor een discussie in de literatuur over dit punt onder meer IER 2009, p. 1-4.

De Voorzieningenrechter kent veel gewicht toe aan de omstandigheid dat nergens in de advertentie wordt gesteld dat de audiciens en opticiens van Hans Anders, die niet over een MBO- of HBO-diploma beschikken, niet enige andere opleiding hebben genoten. Maar zo ben ik geneigd te redeneren, ook zonder een dergelijke expliciete vermelding wekt de advertentie van Specsavers ten onrechte de suggestie dat Hans Anders niet over gekwalificeerd personeel beschikt.

Ook het (kennelijk aan art. 6:193d lid 4 BW ontleende) argument van de rechter dat Specsavers wel voldoende informatie op haar website heeft geplaatst (en waar in de advertentie naar wordt verwezen), kan mij niet overtuigen. De reclame-uiting van Specsavers is immers een (vrij omvangrijke) schriftelijke advertentie en niet een tv-spot of sms-bericht. Van een beperking van het communicatiemedium waar de Voorzieningenrechter (kennelijk) vanuit gaat, is in mijn ogen geen sprake en rechtvaardigt derhalve niet dat in de advertentie is volstaan met een verwijzing naar de website. Er was geen sprake van een vluchtig medium zodat die essentiële informatie gemakkelijk in de advertentie opgenomen had kunnen/moeten worden.

Vraagtekens zet ik ook bij de slotoverweging aan het einde van r.o. 4.5: “Indien Hans Anders meer aandacht voor haar interne opleiding wenst, ligt het voorshands op haar weg om daar, bijvoorbeeld door een eigen reclame campagne, nadere informatie over te verschaffen”. Wat de Voorzieningenrechter hier over het hoofd lijkt te zien is dat Hans Anders die behoefte (mogelijk) heeft *als gevolg van* de (misleidende) reclame van Specsavers. De rechter zal het zo wel niet bedoeld hebben, maar de suggestie lijkt gewekt te worden dat het juiste redres niet is het verbieden van de (misleidende) reclame-uiting, maar de verplichting voor de concurrent om afweerclame te gaan voeren. Dat zet de wereld op zijn kop.

Kortom: ik had mij een ander oordeel kunnen voorstellen, te meer het hier om ‘medische’ producten gaat/de gezondheid van de consument betreft en het dan verdedigbaar is dat de manoeuvreerruimte van adverteerders minder ruim is.²

3. Voor wat betreft het merkenrechtelijke aspect van de vordering valt in de eerste plaats op dat in r.o. 3.2 Hans Anders zich op grond van art. 2.20 lid sub d BVIE verzet tegen het afbreuk doen aan de reputatie en het onderscheidend vermogen van het merk Hans Anders. Wellicht dat hier sprake is van een verschrijving omdat sinds HvJ EG 12 juni 2008, IER 2008/56 (O2/Hutchison) duidelijk is dat vergelijkende reclame gezien moet worden als

² Zie onder meer Hof 's-Hertogenbosch 19 juni 1991, IER 1991/48 (Slankheidsgordel) en V.zr. Rb. 's-Hertogenbosch 16 februari 2006, B9 1714 (Heraeus/Biomet).

gebruik ter onderscheiding van waren of diensten, zodat Hans Anders haar vordering op art. 2.20 lid 1 sub a, b en/of c BVIE had moeten baseren.

Hoe dat ook zij, over die merkenrechtelijke vordering het volgende. In r.o. 4.12 lijkt de Voorzieningenrechter te suggereren (dat uit het O2/Hutchison-arrest volgt) dat vergelijkende reclame alleen dan niet is toegestaan wanneer sprake is van verwarringsgevaar. Dat dit niet zo is weten wij (zeker) sinds HvJ EG 18 juni 2009, B9 7974 (L'Oreal/Bellure). Dit arrest is op dezelfde dag geweest als het onderhavige vonnis, zodat partijen en de Voorzieningenrechter niet op de hoogte konden zijn van deze belangrijke uitspraak. Niettemin heeft de rechter een vooruitziende blik gehad door aan het slot van r.o. 4.5 te oordelen dat (zo lees ik de overweging) de merkhouders zich ook kan verzetten tegen denigrerend merkgebruik in vergelijkende reclame. Dat de rechter oordeelt dat daarvan i.c. geen sprake is, is niet zo verwonderlijk nu hij al geoordeeld heeft dat de reclame-uiting van Specsavers niet misleidend is. Indien men daar zoals ondergetekende anders over denkt is het geen hele grote stap om de reclame-uiting van Specsavers ook in strijd met art. 6:194a lid 2 sub e BW te achten.

Paul Geerts

28 juli 2009