

HvJ EG 8 april 2003, C-44/01 (Pippig Augenoptik/Hartlauer Handelsgesellschaft), IER 2003-5, p. 320-325

Harmonisatie van wetgevingen - Richtlijnen 84/450/EEG en 97/55/EG - Misleidende reclame - Voorwaarden voor geoorloofde vergelijkende reclame. Het Hof geeft eigen criteria op het punt van misleidende en kleinerende vergelijkende reclame. Strengere nationale wetgeving op deze punten is uit den boze.

Noot

1. Concurrentie op de brillenmarkt. Parallel importeur Hartlauer vergelijkt zijn aanbod met dat van speciaalzaak Pippig. Pippig heeft drie zaken in Linz, Hartlauer is een grote handelsketen met zaken in heel Oostenrijk. In die zaken zijn zo'n 100 afzonderlijke opticiensafdelingen te vinden waarin overwegend brillen van weinig bekende merken worden verkocht. Brillen van bekende merken maken ongeveer 5% van het aanbod uit. Daarvan zijn steeds maar enkele modellen in een beperkt aantal voorradig. De vergelijking is gebaseerd op een proefaanloop door Hartlauer bij Pippig die was verricht voordat Hartlauer de glazen in haar assortiment voerde. In de radio en televisiereclame wordt de prijs van de glazen vergeleken zonder dat vermeld wordt om welke merken het gaat. Tevens wordt in de televisiecommercial Pippig's winkelgevel met logo getoond. In folders wordt de prijsvergelijking tussen Pippig en Hartlauer wel voorzien van de desbetreffende merknamen (Zeiss van Pippig en Optimed van Hartlauer). Over al deze vergelijkingsaspecten gaat de zaak.
2. De inzet van deze zaak is het behoud van nationale en strengere misleidingswetgeving op deze punten. M.n. de Duitssprekende lidstaten maken zich daar druk over. Zoals wellicht bekend, speelt een dergelijke inzet thans in de discussie over de harmonisering van het recht inzake oneerlijke mededinging, mede als gevolg van het voorstel van de Commissie om met een richtlijn te komen op het terrein van oneerlijke handelspraktijken in de verhouding bedrijfsleven-consument. Zie Proposal for a Directive concerning unfair business-to-consumer commercial practises in the Internal Market and amending Directives 84/450 EEX, 97/7/EX and 98/27/EC, COM (2003) 356 final). En voor de discussie: Helmut Gamerith, 'Neue Herausforderungen für ein europäisches Lauterkeitsrecht', *WRP* 2003-2, p. 143-172; Hans W. Micklitz and Jürgen Keszler, 'Europäisches Lauterkeitsrecht. Dogmatische und ökonomische Aspekte einer Harmonisierung des Wettbewerbsverhaltensrecht im europäischen Binnenmarkt', *GRUR Int* 2002-11, p. 899-901; Helmoth Köhler, Joachim Bornkamm and Frauke Henning-Bodewig, 'Vorschlag für eine Richtlinie zum Lauterkeitsrecht und eine UWG-Reform', *WRP* 2002-12, p. 1317-1328.
3. De mogelijkheid voor strengere, nationale misleidingswetgeving lijkt te worden geboden door het in verband lezen van de volgende artikelen:
 - a. Artikel 7 lid 1 Rl. dat het lidstaten toelaat voorschriften te handhaven of aan te nemen met het oog op een verdergaande bescherming op het gebied van misleidende reclame. Die mogelijkheid bestaat ingevolge artikel 7 lid 2 echter niet voor vergelijkende reclame, voor zover het de vergelijking betreft.
 - b. De uitleg van het begrip misleiding in artikel 3bis lid 1 a). Dat artikel bepaalt dat vergelijkende reclame geoorloofd is, op voorwaarde dat deze niet misleidend is in de zin van artikel 2 lid 2 (de definitie van misleiding), artikel 3 (der factoren die in aanmerking moeten worden genomen bij de beoordeling van de vraag of een bepaalde reclame misleidend is) én het zojuist genoemde artikel 7 lid 1.

4. Nu artikel 7 lid 1 ook wordt genoemd, ligt het voor de hand te denken dat vergelijkende reclame slechts toelaatbaar is, wanneer zij ook voldoet aan nationale, strengere voorschriften. De vraag wat de toetssteen is voor meerdere gestrengheid blijft steeds in de lucht hangen – ik kom daarop terug – maar het antwoord van het Hof (r.o. 44) is duidelijk ontkennend: misleiding in vergelijkende reclame moet uitsluitend worden beoordeeld aan de hand van de door de gemeenschapswetgever vastgestelde criteria (lees: zoals die worden uitgelegd door het Hof).
5. Welke zijn die criteria? Dit is voorsnog het enige arrest waarin misleiding (art. 3bis lid 1 a) RI) in de context van vergelijkende reclame na de richtlijn is beoordeeld. Er valt het volgende uit af te leiden; ik volg de punten hierboven vermeld onder nr. 1. Onder punt d. gaat het niet om misleiding, maar om kleinerende reclame.
 - a. Onvolledigheid met betrekking tot de commerciële oorsprong van het product is niet misleidend, wanneer de producten uit (rechtmatige) parallelimport zijn verkregen (r.o. 65);
 - b. Vergelijking op basis van een proefaankoop vóórdat de vergelijker zijn eigen aanbieding in de markt heeft gezet is toelaatbaar, indien de op de proefaankoop berustende vergelijking voor het overige voldoet aan de voorwaarden voor vergelijkende reclame (r.o. 70);
 - c. Niet vermelding van het bekendste merk (i.c. Zeiss) in een vergelijking tussen concurrerende merkproducten die qua bekendheid aanzienlijk van elkaar verschillen (i.c. Zeiss v. Optimed), is misleidend, indien het merk de keuze van de koper merkbaar kan beïnvloeden (r.o. 53);
 - d. Het tonen van logo en winkelpui van de vergeleken adverteerder is toelaatbaar, indien overigens aan de voorwaarden voor vergelijkende reclame is voldaan (r.o. 84);
 - e. De vergelijkende adverteerder is niet verplicht zich in zijn prijsvergelijking tot de gemiddelde prijsverschillen te beperken, ook al is het prijsverschil tussen de door hem in de advertentie genoemde producten groter dan het gemiddelde (r.o. 82).
6. Dit lijkt duidelijk, maar we zijn er nog niet helemaal. Probleem is dat het Hof op zijn beurt de nadere toepassing van zijn uitleg van genoemde criteria in veel van deze gevallen over laat aan de nationale rechter. Dat is het geval met de criteria genoemd *supra* onder c. (zie r.o. 55) en b. (zie r.o. 70). Voorts dient de nationale rechter de overige voorwaarden voor vergelijkende reclame te toetsen in de gevallen genoemd onder b. en d. Criteria die geen nationale uitleg nodig hebben zijn die onder a. en e. Was de nationale (Oostenrijkse) wetgeving nu strenger op beide laatste punten?
7. *Ad a.* Par. 2 (1) van het Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 (laatste wijziging gepubliceerd in *BGBI I* 2001/136) bepaalt: “Wer im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbes über geschäftliche Verhältnisse, insbesondere über (...) den Ursprung (...) zur Irreführung geeignete Angaben macht, kann auf Unterlassung der Angaben (...) in Anspruch genommen werden.” Par. 2 (2) verklaart vervolgens vergelijkende reclame die *niet* in strijd is met het geciteerde artikel toelaatbaar. Artikel 3 RI. bepaalt: “Bij de beoordeling van de vraag of een bepaalde reclame misleidend is moeten alle bestanddelen, in het bijzonder de daarin voorkomende mededelingen omtrent de volgende punten, in aanmerking worden genomen: a) de kenmerken van de goederen, zoals (...) commerciële oorsprong (...)” Art. 3bis lid 1 a) RI. verklaart vergelijkende reclame toelaatbaar indien deze niet misleidend is in de zin van artikel 3.
8. *Ad e.* Het Bundesgesetz bevat geen bijzondere voorschriften op het gebied van prijsvergelijking. Toepasselijk is dus de algemene clause, par. 2 (1) hierboven vermeld en dan aan te vullen met: insbesondere über (...) die Preisbemessung, (...), Preislisten

- (...)” De Richtlijn noemt in artikel 3 b) de prijs of de wijze van prijsberekening als en afzonderlijk punt bij de beoordeling van de vraag of een bepaalde reclame misleidend is.
9. *Ad d.* Ik voeg voor de volledigheid nog een ander onderwerp dan misleiding toe. Genoemd Bundesgesetz bevat op het punt van het gebruik van onderscheidingstekens in verband met vergelijkende reclame twee paragrafen. Paragraaf 9, dat een verbodsactie toekent tegen verwarrend gebruik van onderscheidingstekens in de meest ruime zin van het woord, kan hier niet van toepassing zijn. Daarnaast kent par. 7 een verbods- en schadevergoedingsactie toe in het geval van *Herabsetzung*, d.w.z. de verspreiding van feitelijke beweringen die niet bewijsbaar juist zijn en die geschikt zijn de reputatie van de concurrent te schaden. Artikel 3bis lid 1 e) Rl. bepaalt dat vergelijkende reclame geoorloofd is op voorwaarde dat deze “niet de goede naam schaadt van of zich kleinerend uitlaat over de merken, handelsnamen, andere onderscheidende kenmerken, goederen, diensten activiteiten of omstandigheden van een concurrent;”
 10. Strenger? Minder streng? Identiek? Ik zou zeggen dat de Richtlijn op punt d. strenger is dan de Oostenrijkse wetgeving en op de punten a. en e. identiek. Het is dus niet altijd even duidelijk waarover iedereen zich nu zo druk over maakt. Het probleem van de aan het Hof gestelde vragen is dat absoluut niet duidelijk is of en zo ja in hoeverre de Oostenrijkse regels nu afwijken van de Richtlijn misleidende en vergelijkende reclame (Richtlijn 97/55). De Oostenrijkse rechter vraagt wel of het mogelijk is om strengere regels toe te passen, maar maakt niet duidelijk waar hem die gestrengheid nu precies in zit of zou moeten zitten.
 11. Ik roep tot besluit nog even in herinnering hoe de Nederlandse rechter met opticiensruzies omgaat. In *Hans Anders/Pearle* (IER 2003-2, p. 90-94) gaat het om het om de als misleidend veroordeelde suggestie dat de verkoopprijzen van alle afgeprijsde monturen van Pearle lager zijn dan de inkooprijzen van Hans Anders. Adverteerder Pearle doet een in het vonnis niet nader toegelicht beroep op de Richtlijn, de rechter wijst dat beroep af met de redenering dat het hier om misleidende reclame gaat gezien artikel 2 lid 2 (de definitie van misleidende reclame) jo 3 (b) (de prijs als punt dat in aanmerking genomen moet worden bij de beoordeling van misleidende reclame) en dat ingevolge artikel 3bis (a) vergelijkende misleidende reclame niet toelaatbaar is. In *Specsavers/Fielmann* (IER 2002-5, p. 266-269 en IER 2003-2, p. 134-137) gaat het om de niet onbelangrijke vraag wanneer er sprake is van toelaatbare overdrijving bij vergelijkende reclame. De lagere rechter oordeelt de claim: altijd de goedkoopste met een bijbehorende prijsgarantie, als een toelaatbare overdrijving, het Hof eist dat de adverteerder onomstotelijk moet bewijzen dat hij altijd de goedkoopste is. Zo niet, zoals i.c., dan is er sprake van een misleidende vergelijking. Op naar het Hof? Lijkt me niet.
 12. Het arrest is ook besproken door E.R. Vollebregt, *SEW* 2003-7, nog niet gepubliceerd, en door Janna van Olst, *Mediaforum* 2003-6, p. 190-192.