
IER 2017/42

HOF VAN JUSTITIE VAN DE EUROPESE UNIE

8 februari 2017

(M. Ilešič, kamerpresident, A. Prechal, A. Rosas, C. Toader en E. Jarašiūnas (rapporteur), rechters, advocaat-generaal: H. Saugmandsgaard Øe, griffier: V. Tourrès, administrateur) m.nt. mr. E.H. Hoogenraad en mr. dr. B.B. Duivenvoorde¹

Carrefour/Intermarché

Hof van Justitie oordeelt dat prijsvergelijking tussen producten in een hypermarché en in een gewone supermarkt is toegestaan. Wel is het onder omstandigheden een misleidende omissie als niet in de uiting zelf deze essentiële informatie wordt verstrekt.

Art. 4 Richtlijn 2006/114/EG, art. 7 Richtlijn 2005/29/EG

nr. C-562/15

ECLI:EU:C:2016:781

ECLI:EU:C:2017:95

In zaak C-562/15, betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door de Cour d'appel de Paris (hof van beroep te Parijs, Frankrijk) bij beslissing van 29 oktober 2015, ingekomen bij het Hof op 4 november 2015, in de procedure

Carrefour Hypermarchés SAS

tegen

ITM Alimentaire International SASU,

wijst

¹ Hoogenraad & Haak, advertising + IP-advocaten. De auteurs danken kantoorgenote Tamilla Abdul-Aliyeva voor haar nuttige voorbereidende werkzaamheden.

HET HOF (Tweede kamer),
 samengesteld als volgt: M. Ilešič, kamerpresident, A. Prechal,
 A. Rosas, C. Toader en E. Jarašiūnas (rapporteur), rechters,
 advocaat-generaal: H. Saugmandsgaard Øe,
 griffier: V. Tourrès, administrateur,
 gezien de stukken en na de terechtzitting op 6 juli 2016,
 gelet op de opmerkingen van:

- Carrefour Hypermarchés SAS, vertegenwoordigd door B. Moreau-Margotin, M. Karsenty-Ricard, B. L'Homme-Houzai en F. Guerre, avocats,
- ITM Alimentaire International SASU, vertegenwoordigd door P. Deprez en J. C. André, avocats,
- de Franse regering, vertegenwoordigd door D. Colas en J. Traband als gemachtigden,
- de Europese Commissie, vertegenwoordigd door C. Valero en D. Roussanov als gemachtigden,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 19 oktober 2016,
 het navolgende

Arrest

1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 4, onder a) en c), van richtlijn 2006/114/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 inzake misleidende reclame en vergelijkende reclame (PB 2006, L 376, blz. 21), en van artikel 7 van richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van richtlijn 84/450/EEG van de Raad, richtlijnen 97/7/EG, 98/27/EG en 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad en van verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad („richtlijn oneerlijke handelspraktijken”) (PB 2005, L 149, blz. 22).

2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen ITM Alimentaire International SASU (hierna: „ITM”) en Carrefour Hypermarchés SAS (hierna: „Carrefour”) betreffende een door deze laatste op televisie gestarte reclamecampagne waarin de prijzen van producten van grote merken in de winkels van de keten Carrefour werden vergeleken met die in winkels van concurrerende bedrijven.

Toepasselijke bepalingen

Recht van de Unie

3 Volgens artikel 2, onder b), van richtlijn 2006/114 wordt voor de toepassing van deze richtlijn onder „misleidende reclame” verstaan „elke vorm van reclame die op enigerlei wijze, daaronder begrepen haar opmaak, de personen tot wie zij zich richt of die zij bereikt, misleidt of kan misleiden en die door haar misleidende karakter hun economische gedrag kan beïnvloeden, of die om die redenen een concurrent schade toebrengt of kan toebrengen”.

4 Artikel 4 van deze richtlijn bepaalt:

“Vergelijkende reclame is, wat de vergelijking betreft, geoorloofd op voorwaarde dat deze:

- a) niet misleidend is in de zin van artikel 2, onder b), artikel 3 en artikel 8, lid 1, van deze richtlijn of de artikelen 6 en 7 van richtlijn 2005/29 [...];
- b) goederen of diensten vergelijkt die in dezelfde behoeften voorzien of voor hetzelfde doel zijn bestemd;
- c) op objectieve wijze een of meer wezenlijke, relevante, controleerbare en representatieve kenmerken van deze goederen en diensten, waartoe ook de prijs kan behoren, met elkaar vergelijkt;
- d) niet de goede naam schaadt van en zich niet kleinerend uitlaat over de merken, handelsnamen, andere onderscheidende kenmerken, goederen, diensten, activiteiten of omstandigheden van een concurrent;
- e) voor producten met een oorsprongsbenaming in elk geval betrekking heeft op producten met dezelfde benaming;
- f) geen oneerlijk voordeel oplevert ten gevolge van de bekendheid van een merk, handelsnaam of andere onderscheidende kenmerken van een concurrent dan wel van de oorsprongsbenamingen van concurrerende producten;
- g) niet goederen of diensten voorstelt als een imitatie of namaak van goederen of diensten met een beschermd handelsmerk of beschermde handelsnaam;
- h) er niet toe leidt dat onder handelaren de adverteerder met een concurrent wordt verward of dat de merken, handelsnamen, andere onderscheidende kenmerken, goederen of diensten van de adverteerder met die van een concurrent worden verward.”

5 Artikel 6 van richtlijn 2005/29, met als opschrift „Misleidende handelingen”, luidt als volgt:

“1. Als misleidend wordt beschouwd een handelspraktijk die gepaard gaat met onjuiste informatie en derhalve op onwaarheden berust of, zelfs als de informatie feitelijk correct is, de gemiddelde consument op enigerlei wijze, inclusief door de algemene presentatie, bedriegt of kan bedriegen ten aanzien van een of meer van de volgende elementen, en de gemiddelde consument er zowel in het ene als in het andere geval toe brengt of kan brengen een besluit over een transactie te nemen dat hij anders niet had genomen:

[...]

- d) de prijs of de wijze waarop de prijs wordt berekend, of het bestaan van een specifiek prijsvoordeel;
- [...]

6 Artikel 7 van richtlijn 2005/29, met als opschrift „Misleidende omissies”, preciseert:

“1. Als misleidende omissie wordt beschouwd een handelspraktijk die in haar feitelijke context, al haar kenmerken en omstandigheden en de beperkingen van het communicatiemedium in aanmerking genomen, essentiële informatie welke de gemiddelde consument, naargelang de context, nodig heeft om een geïnformeerd

besluit over een transactie te nemen, weglaat en die de gemiddelde consument [ertoe] brengt of kan brengen een besluit over een transactie te nemen dat hij anders niet had genomen.

2. Als misleidende omissie wordt voorts beschouwd een handelspraktijk die essentiële informatie als bedoeld in lid 1, rekening houdend met de in dat lid geschetste details, verborgen houdt, op onduidelijke, onbegrijpelijke, dubbelzinnige wijze dan wel laattijdig verstrekt, of het commerciële oogmerk, indien dit niet reeds duidelijk uit de context blijkt, niet laat blijken, en de gemiddelde consument er zowel in het ene als in het andere geval toe brengt of kan brengen een besluit over een transactie te nemen dat hij anders niet had genomen.

3. Indien het voor de handelspraktijk gebruikte medium beperkingen qua ruimte of tijd meebrengt, wordt bij de beoordeling of er informatie werd weggelaten met deze beperkingen rekening gehouden, alsook met maatregelen die de handelaar genomen heeft om de informatie langs andere wegen ter beschikking van de consument te stellen.

[...]"

Frans recht

7 Artikel L. 121-8 van de Code de la consommation (wetboek consumentenrecht) bepaalt:

“Reclame die goederen of diensten vergelijkt door impliciet of uitdrukkelijk een concurrent dan wel door een concurrent aangeboden goederen of diensten te noemen, is slechts geoorloofd indien zij:

- 1 niet misleidend is of kan misleiden;
- 2 goederen of diensten betreft die in dezelfde behoeften voorzien of voor hetzelfde doel zijn bestemd;
- 3 op objectieve wijze een of meer wezenlijke, relevante, controleerbare en representatieve kenmerken van deze goederen en diensten, waartoe ook de prijs kan behoren, met elkaar vergelijkt.”

Hoofdgeding en prejudiciële vragen

8 In de loop van december 2012 is Carrefour onder de slogan „Garantie prix le plus bas Carrefour” (Laagsteprijs-garantie Carrefour) op televisie een grootschalige reclame-campagne gestart, waarin de prijzen van 500 producten van grote merken in de winkels van de keten Carrefour werden vergeleken met die in winkels van concurrerende distributeurs, waaronder die van Intermarché. De consument werd terugbetaling van tweemaal het prijsverschil aangeboden indien hij het product elders goedkoper zou vinden.

9 In de uitgezonden reclamespots werden prijsverschillen getoond in het voordeel van de winkels van Carrefour en met name werd van de in de winkels van Intermarché verkochte producten beweerd dat deze steeds duurder waren dan de producten van Carrefour. Vanaf de tweede televisiespot waren alle voor de prijsvergelijking gekozen winkels van Intermarché supermarkten, terwijl de winkels van Carrefour alle hypermarkten waren. Die in-

formatie werd alleen op de homepage van de website van Carrefour verstrekt, met een vermelding in kleine letters dat de laagsteprijsgarantie „alleen geldt in de winkels van Carrefour en Carrefour Planet” en dus „niet in de winkels van Carrefour Market, Carrefour Contact, Carrefour City”. In de televisiespots verscheen onder de naam Intermarché in kleinere letters de vermelding „super”.

10 Na Carrefour te hebben aangemaand de uitzending van die reclamespots te staken heeft ITM, de onderneming die verantwoordelijk is voor de strategie en het commercieel beleid van de voedingsdistributiewinkels van de „groupe des Mousquetaires”, waartoe onder meer Intermarché Hyper en Intermarché Super behoren, Carrefour op 2 oktober 2013 gedagvaard voor het Tribunal de commerce de Paris (handelsrechter, Parijs, Frankrijk). Zij heeft onder andere gevorderd Carrefour te veroordelen tot betaling van een bedrag van drie miljoen EUR als vergoeding, haar te verbieden de gelaakte reclamespots verder uit te zenden, haar te gelasten elke vorm van vergelijkende reclame te staken die op een soortgelijke vergelijkingsmethode berustte, haar te bevelen – op straffe van een dwangsom – alle uitzendingen van acht reclamespots op internet te staken, en haar tevens te gelasten elke mededeling te beëindigen waarin het gemiddelde prijsverschil tussen de verschillende winkelketens werd aangegeven op basis van een methodologie die volstrekt niet objectief was, eveneens met oplegging van een dwangsom. Ook heeft zij om de publicatie van het vonnis verzocht.

11 Bij vonnis van 31 december 2014 heeft het Tribunal de commerce de Paris Carrefour veroordeeld tot betaling van een schadevergoeding van 800 000 EUR aan ITM, het gevorderde verbod tot uitzending van de reclamespots toegewezen en de publicatie van het vonnis gelast.

12 Deze rechterlijke instantie was onder andere van oordeel dat Carrefour de verkooppunten op misleidende wijze had geselecteerd, waardoor de representativiteit van de prijsnoteringen was vervalst en niet was voldaan aan de objectiviteitsvereisten van artikel L. 121-8 van de Code de la consommation, alsook dat die inbreuken op de objectiviteit bij een vergelijkende-reclamecampagne oneerlijke handelspraktijken opleverden. Zij heeft tevens erop gewezen dat de consument uit de op de internetsite van Carrefour vermelde informatie niet duidelijk kon afleiden dat de vergelijking was verricht tussen winkels van verschillende omvang.

13 Carrefour heeft tegen dat vonnis hoger beroep ingesteld bij de Cour d’appel de Paris (hof van beroep, Parijs), die – in het kader van de voorbereiding van de eindbeslissing – een verzoek om een prejudiciële beslissing heeft voorgelegd aan het Hof.

14 Voor die rechterlijke instantie heeft Carrefour aangevoerd dat uitlegging noodzakelijk was van richtlijn 2006/114, waarvan artikel L. 121-8 van de Code de la consommation tot uitvoering strekt, om het in het hoofdgeding aan de orde zijnde geschil te kunnen beslechten wat de vraag betreft of een vergelijking van de prijzen van bepaalde producten enkel geoorloofd is indien die producten worden verkocht in winkels van dezelfde omvang of hetzelfde type.

15 ITM heeft zich verzet tegen het verzoek om een prejudiciële beslissing op grond dat die vraag volgens haar niet noodzakelijk was om de zaak in het hoofdgeding af te doen, aangezien het daarbij niet ging om een verbod op elke vergelijking tussen de prijzen van producten die worden verkocht in winkels van verschillende omvang of type, maar om de beoordeling van het al dan niet misleidende karakter van reclame voor zover de consument daarin niet op duidelijke en objectieve wijze erover wordt ingelicht dat de vergeleken winkels niet van hetzelfde type of van dezelfde omvang zijn.

16 De rechter die de zaak bij het gerecht diende aan te brengen, heeft erop gewezen dat het beginsel als zodanig van vergelijkende reclame betreffende prijzen van winkels van een verschillend type ten grondslag lag aan de beslissing van de rechter in eerste aanleg, en geoordeeld dat de Cour d'appel de Paris, waarbij de zaak in haar geheel aanhangig is, zich hierover dient uit te spreken. Bovendien heeft hij te kennen gegeven dat, indien het beginsel van reclame waarin de prijzen van winkels van een verschillend type worden vergeleken, verenigbaar wordt geacht met richtlijn 2006/114, de Cour d'appel dient te onderzoeken of de omstandigheid dat de winkels waarvan de prijzen worden vergeleken, verschillend van grootte en opmaak zijn, een essentieel gegeven in de zin van richtlijn 2005/29 is waarvan de consument noodzakelijkerwijs in kennis dient te worden gesteld, en zo ja, in welke mate en via welk medium dit aan hem moet worden meegedeeld.

17 In die omstandigheden heeft de Cour d'appel de Paris de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen gesteld:

- “1) Moet artikel 4, onder a) en c), van richtlijn [2006/114], dat bepaalt dat ‚[v]ergelijkende reclame [...] geoorloofd [is] op voorwaarde dat deze [...] niet misleidend is [...] [en] op objectieve wijze een of meer wezenlijke, relevante, controleerbare en representatieve kenmerken van [de] goederen en diensten [...] met elkaar vergelijkt’, aldus worden uitgelegd dat een vergelijking van de prijzen van door winkelbedrijven verkochte producten enkel geoorloofd is, indien de producten worden verkocht in winkels van hetzelfde type of dezelfde omvang [?]”
- 2) Is de omstandigheid dat de winkels waarvan de prijzen worden vergeleken in omvang en type van elkaar verschillen, essentiële informatie in de zin van richtlijn 2005/29 [...] waarvan de consument noodzakelijkerwijs in kennis dient te worden gesteld?
- 3) Zo ja, in welke mate en/of via welk medium dient deze informatie aan de consument te worden meegedeeld [?]”

Beantwoording van de prejudiciële vragen

18 Met zijn drie vragen, die samen moeten worden onderzocht, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 4, onder a) en c), van richtlijn 2006/114 aldus moet worden uitgelegd dat reclame, zoals die welke

aan de orde is in het hoofdgeding, waarin de prijzen worden vergeleken van producten die worden verkocht in winkels van verschillende omvang of type, ongeoorloofd is. Voorts vraagt hij zich af of het feit dat de winkels waarvan de prijzen worden vergeleken in grootte en opmaak van elkaar verschillen, essentiële informatie is in de zin van artikel 7, leden 1 en 2, van richtlijn 2005/29, waarnaar artikel 4, onder a), van richtlijn 2006/114 verwijst, en – indien dat het geval is – in welke mate en via welk medium deze informatie dient te worden meegedeeld.

19 Opgemerkt moet worden dat richtlijn 2006/114 de codificatie bevat van richtlijn 84/450/EEG van de Raad van 10 september 1984 betreffende het nader tot elkaar brengen van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der lidstaten inzake misleidende reclame (PB 1984, L 250, blz. 17), die – na herhaalde wijzigingen – is ingetrokken en vervangen bij richtlijn 2006/114, zodat de rechtspraak van het Hof betreffende de uitlegging van richtlijn 84/450 volledig van toepassing is op situaties die onder richtlijn 2006/114 vallen.

20 Derhalve zij eraan herinnerd dat richtlijn 84/450 de voorwaarden waaronder vergelijkende reclame in de lidstaten geoorloofd is op uitputtende wijze heeft geharmoniseerd, zodat de geoorlooftheid van vergelijkende reclame in de gehele Unie uitsluitend dient te worden getoetst aan de door de wetgever van de Unie vastgestelde criteria (arresten van 8 april 2003, Pippig Augenoptik, C-44/01, EU:C:2003:205, punt 44, en 18 november 2010, Lidl, C-159/09, EU:C:2010:696, punt 22).

21 Voorts is het vaste rechtspraak van het Hof dat, aangezien vergelijkende reclame ertoe moet bijdragen dat de voordelen van de verschillende vergelijkbare producten objectief kunnen worden belicht en aldus tot doel heeft de concurrentie tussen de leveranciers van goederen en diensten in het belang van de consument te stimuleren, de voor die reclame geldende voorwaarden in de meest gunstige zin voor de mededinging moeten worden uitgelegd teneinde reclame toe te staan waarin de kenmerken van goederen of diensten objectief worden vergeleken, waarbij ervoor moet worden gezorgd dat vergelijkende reclame niet op een anticoncurrentiële en oneerlijke wijze wordt aangewend of op een zodanige manier dat de belangen van de consument worden geschaad (zie in die zin arresten van 25 oktober 2001, Toshiba Europe, C-112/99, EU:C:2001:566, punten 36 en 37; 19 september 2006, Lidl Belgium, C-356/04, EU:C:2006:585, punt 22, en 18 november 2010, Lidl, C-159/09, EU:C:2010:696, punten 20 en 21 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

22 Artikel 4 van richtlijn 2006/114 verlangt enerzijds niet dat het type of de omvang van de winkels waar de producten worden verkocht waarvan de prijzen worden vergeleken, soortgelijk zijn, en anderzijds kan een vergelijking van de prijzen van vergelijkbare producten die worden verkocht in winkels die in omvang of type van elkaar verschillen, op zich bijdragen tot de in het vorige punt van het onderhavige arrest in herinnering gebrachte doelstellingen van vergelijkende reclame zonder dat afbreuk wordt gedaan

aan het vereiste van eerlijke concurrentie en evenmin aan de belangen van de consument.

23 Daarbij zij evenwel aangetekend dat reclame waarin de prijzen worden vergeleken van producten die worden verkocht in winkels van verschillende omvang of van een verschillend type, slechts als geoorloofd in de zin van artikel 4 van richtlijn 2006/114 kan worden aangemerkt voor zover alle bij dat artikel gestelde voorwaarden zijn vervuld.

24 Inzonderheid dienen de prijzen in dergelijke reclame op objectieve wijze te worden vergeleken, en mag die reclame niet misleidend zijn.

25 Om te beginnen volgt uit artikel 4, onder c), van richtlijn 2006/114 immers dat de prijzen op objectieve wijze dienen te worden vergeleken (zie in die zin arrest van 19 september 2006, Lidl Belgium, C-356/04, EU:C:2006:585, punt 45).

26 In bepaalde omstandigheden kan echter het verschil in omvang of type van de winkels waar de door de adverteerder vergeleken prijzen zijn genoteerd, de objectiviteit van de vergelijking vervalsen. Dit kan het geval zijn wanneer de adverteerder en de concurrenten bij wie de prijzen zijn genoteerd, deel uitmaken van bedrijven die elk een reeks winkels van verschillende omvang en type exploiteren en de adverteerder de prijzen die worden toegepast in de winkels van grotere omvang of een groter type van zijn distributieketen vergelijkt met die welke zijn opgetekend in de winkels van kleinere omvang of een kleiner type van de concurrerende ketens, zonder dat dit in de reclame wordt vermeld.

27 Zoals de advocaat-generaal in de punten 43 en 57 van zijn conclusie heeft opgemerkt, kunnen de prijzen van gangbare consumptiegoederen immers verschillen afhankelijk van de omvang en het type van de winkel, waardoor een asymmetrische vergelijking ertoe kan leiden dat afhankelijk van de voor de vergelijking gekozen winkels op kunstmatige wijze een prijsverschil tussen adverteerder en concurrent ontstaat of wordt vergroot.

28 Verder verlangt artikel 4, onder a), van richtlijn 2006/114 dat de vergelijkende reclame niet misleidend is in de zin van artikel 2, onder b), van deze richtlijn of van de artikelen 6 en 7 van richtlijn 2005/29.

29 Uit deze bepalingen volgt dat als misleidend moet worden beschouwd elke vorm van vergelijkende reclame die op enigerlei wijze, door gegevens te vermelden dan wel weg te laten, de personen tot wie zij zich richt kan misleiden en hun economische gedrag kan beïnvloeden, of die om die redenen een concurrent schade kan toebrengen. Aldus is met name misleidend volgens artikel 4, onder a), van richtlijn 2006/114, gelezen in samenhang met artikel 7, leden 1 en 2, van richtlijn 2005/29, reclame waarin essentiële informatie is weggelaten welke de gemiddelde consument, naargelang de context, nodig heeft om een geïnformeerd besluit over een transactie te nemen, of waarin essentiële informatie verborgen wordt gehouden dan wel op onduidelijke, onbegrijpelijke, dubbelzinnige wijze of laattijdig wordt verstrekt en bijgevolg de consument ertoe kan brengen een besluit over een transactie te nemen dat hij anders niet had genomen.

30 Richtlijn 2005/29 bevat weliswaar geen definitie van het begrip „essentiële informatie”, maar uit artikel 7, leden 1 en 2, ervan blijkt duidelijk dat als zodanig moet worden aangemerkt informatie die de gemiddelde consument, naargelang de context, nodig heeft om een geïnformeerd besluit over een transactie te nemen en waarvan weglating de gemiddelde consument er dus toe kan brengen een besluit over een transactie te nemen dat hij anders niet had genomen.

31 Het staat aan de nationale rechter om na te gaan of een advertentie, gelet op de omstandigheden van elk geval en rekening houdend met de consumenten tot wie zij gericht is, kan misleiden (zie in die zin arresten van 18 november 2010, Lidl, C-159/09, EU:C:2010:696, punt 46 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en 12 mei 2011, Ving Sverige, C-122/10, EU:C:2011:299, punt 51). Daartoe moet deze rechter enerzijds rekening houden met de perceptie van een normaal geïnformeerde en redelijk oplettende en bedachtzame gemiddelde consument van de producten of diensten waarover het gaat in de betrokken advertentie en anderzijds alle relevante gegevens van de zaak in aanmerking nemen, met inachtneming, zoals blijkt uit artikel 3 van richtlijn 84/450, van de in de betwiste advertentie opgenomen informatie en meer algemeen van alle bestanddelen van de advertentie (zie in die zin arrest van 18 november 2010, Lidl, C-159/09, EU:C:2010:696, punten 47 en 48 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

32 In casu kan reclame waarin de adverteerder, bij de vergelijking van de prijzen van producten die in zijn winkels worden verkocht met de prijzen van producten die in concurrerende winkels worden verkocht, enerzijds de prijzen hanteert die worden toegepast in de winkels van grotere omvang of een groter type van zijn bedrijf en anderzijds de prijzen die zijn genoteerd in de winkels van kleinere omvang of een kleiner type van concurrerende bedrijven, hoewel al deze bedrijven elk een reeks winkels bezitten die in omvang of type van elkaar verschillen, de gemiddelde consument misleiden door bij hem de indruk te wekken dat alle winkels die tot deze bedrijven behoren, voor de vergelijking in aanmerking zijn genomen en dat de vermelde prijsverschillen gelden voor alle winkels van elk bedrijf, ongeacht hun omvang of type, terwijl dat om de in punt 27 van het onderhavige arrest uiteengezette redenen niet noodzakelijkerwijs het geval is.

33 Deze reclame kan het economische gedrag van de consument beïnvloeden door hem ertoe te brengen een besluit over een transactie te nemen in de onjuiste overtuiging dat hij besparingen tot het in de reclame vermelde bedrag zal realiseren door de betrokken goederen in alle winkels van de adverteerder te kopen in plaats van in die van de concurrerende bedrijven.

34 Hieruit volgt dat dergelijke reclame misleidend kan zijn in de zin van artikel 4, onder a), van richtlijn 2006/114.

35 Dat is echter niet het geval indien aan de consument wordt meegedeeld dat het in de betrokken reclame gaat om een vergelijking van de prijzen die worden toegepast in de winkels van grotere omvang of een groter type van de adverteerder en de prijzen die zijn genoteerd in de

winkels van kleinere omvang of een kleiner type van concurrerende ketens, aangezien de consument dan weet dat hij het voordeel van de in de reclame vermelde prijsverschillen enkel zal genieten indien hij de betrokken producten koopt in de winkels van grotere omvang of een groter type van de adverteerder. Bijgevolg is deze informatie, in de context van dergelijke reclame waarin de prijzen worden vergeleken die worden gehanteerd in winkels die behoren tot bedrijven die elk een reeks winkels van verschillende omvang en type bezitten, voor de consument noodzakelijk opdat hij met kennis van zaken kan beslissen om de betrokken producten in de winkels van de adverteerder veeleer dan in concurrerende winkels te kopen en hij niet ertoe wordt gebracht om een aankoopbeslissing te nemen die hij anders niet had genomen. In die context gaat het dus om essentiële informatie in de zin van artikel 7, leden 1 en 2, van richtlijn 2005/29.

36 Uit de voorgaande overwegingen volgt dat reclame, zoals die welke aan de orde is in het hoofdgeding, waarin de prijzen worden vergeleken van winkels van verschillende omvang of van een verschillend type, mogelijkerwijs, wanneer deze winkels behoren tot bedrijven die elk een reeks winkels van verschillende omvang en type bezitten en de adverteerder een vergelijking verricht van de prijzen die worden toegepast in de winkels van grotere omvang of een groter type van zijn distributieketen met die welke in de winkels van kleinere omvang of een kleiner type van de concurrerende ketens zijn genoteerd, niet voldoet aan het uit artikel 4, onder c), van richtlijn 2006/114 voortvloeiende vereiste van objectiviteit van de vergelijking en misleidend kan zijn in de zin van artikel 4, onder a), van deze richtlijn, tenzij de consument ervan op de hoogte wordt gebracht dat het een vergelijking betreft van de prijzen die worden toegepast in de winkels van grotere omvang of een groter type van de adverteerder en de prijzen die zijn genoteerd in de winkels van kleinere omvang of een kleiner type van de concurrerende ketens.

37 Wat de vraag betreft in welke mate en via welk medium die essentiële informatie moet worden meegedeeld, moet worden geconstateerd dat richtlijn 2005/29 geen specifieke aanwijzingen dienaangaande bevat. Niettemin volgt enerzijds uit artikel 7, lid 2, van deze richtlijn dat essentiële informatie niet verborgen mag worden gehouden of op onduidelijke, onbegrijpelijke, dubbelzinnige wijze dan wel laattijdig mag worden verstrekt en geeft artikel 7, leden 1 en 3, van die richtlijn anderzijds aan dat, om te beoordelen of informatie is weggelaten, rekening moet worden gehouden met de beperkingen als zodanig van het gebruikte communicatiemedium en, indien dit gebruikte medium beperkingen qua ruimte of tijd meebrengt, met alle maatregelen die de handelaar heeft genomen om de informatie langs andere wegen ter beschikking van de consument te stellen.

38 Met betrekking tot reclame zoals die in het hoofdgeding vloeit uit de hierboven geformuleerde overwegingen voort dat de mededeling dat de vergelijking is verricht op basis van de prijzen die worden toegepast in de winkels van grotere omvang of een groter type van de adverteerder enerzijds en de prijzen die zijn genoteerd in de winkels

van kleinere omvang of een kleiner type van concurrerende bedrijven anderzijds, een gegeven betreft zonder welke de betrokken reclame naar alle waarschijnlijkheid niet voldoet aan het vereiste van objectiviteit van de vergelijking en misleidend is. Die informatie moet derhalve niet alleen zeer duidelijk worden aangegeven, maar, zoals de advocaat-generaal in de punten 75 tot en met 79 van zijn conclusie heeft gepreciseerd, ook in de reclameboodschap zelf worden vermeld.

39 Het staat aan de verwijzende rechter om te verifiëren of in het hoofdgeding, gelet op de specifieke omstandigheden van het geval, de in die zaak aan de orde zijnde reclame niet voldoet aan het vereiste van objectiviteit van de vergelijking en misleidend van aard is, waarbij rekening moet worden gehouden met de elementen die in punt 31 van het onderhavige arrest in herinnering zijn geroepen, en met name met de preciseringen die in de reclameboodschap zelf worden verstrekt met betrekking tot de winkels van het bedrijf van de adverteerder en die van de concurrerende ketens waarvan de prijzen worden vergeleken, aangezien deze gegevens relevant zijn voor de beoordeling van zowel de objectiviteit van de vergelijking als de vraag of die reclame misleidend is.

40 Gelet op een en ander moeten de gestelde vragen worden beantwoord als volgt:

- Artikel 4, onder a) en c), van richtlijn 2006/114, gelezen in samenhang met artikel 7, leden 1 tot en met 3, van richtlijn 2005/29, dient aldus te worden uitgelegd dat als ongeoorloofd in de zin van eerstgenoemde bepaling kan worden aangemerkt, een reclameboodschap zoals die welke aan de orde is in het hoofdgeding, waarin de prijzen worden vergeleken van winkels van verschillende omvang of van een verschillend type, wanneer deze winkels behoren tot bedrijven die elk een reeks winkels van verschillende omvang en type bezitten en de adverteerder de prijzen die worden toegepast in de winkels van grotere omvang of een groter type van zijn distributieketen vergelijkt met die welke zijn genoteerd in de winkels van kleinere omvang of een kleiner type van de concurrerende ketens, tenzij de consument er in de reclameboodschap zelf duidelijk van op de hoogte wordt gebracht dat het een vergelijking betreft van de prijzen die worden toegepast in de winkels van grotere omvang of een groter type van de adverteerder en de prijzen die zijn genoteerd in de winkels van kleinere omvang of een kleiner type van de concurrerende bedrijven.
- Het staat aan de verwijzende rechter om, ter beoordeling van de vraag of een dergelijke reclameboodschap geoorloofd is, te verifiëren of in het hoofdgeding, gelet op de specifieke omstandigheden van de zaak, de betrokken reclameboodschap niet voldoet aan het vereiste van objectiviteit van de vergelijking en/of misleidend van aard is, enerzijds met inaanmerkingneming van de perceptie van een normaal geïnformeerde en redelijk oplettende en bedachtzame gemiddelde consument, en anderzijds rekening houdend met de gegevens die in die reclameboodschap zelf worden verstrekt, met

name deze betreffende de winkels van het bedrijf van de adverteerder en die van de concurrerende ketens waarvan de prijzen werden vergeleken, en meer in het algemeen met alle bestanddelen van de betrokken advertentie.

Kosten

41 Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de verwijzende rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof (Tweede kamer) verklaart voor recht:

Artikel 4, onder a) en c), van richtlijn 2006/114/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 inzake misleidende reclame en vergelijkende reclame, gelezen in samenhang met artikel 7, leden 1 tot en met 3, van richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van richtlijn 84/450/EEG van de Raad, richtlijnen 97/7/EG, 98/27/EG en 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad en van verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad („richtlijn oneerlijke handelspraktijken”), dient aldus te worden uitgelegd dat als ongeoorloofd in de zin van eerstgenoemde bepaling kan worden aangemerkt, een reclameboodschap zoals die welke aan de orde is in het hoofdgeding, waarin de prijzen worden vergeleken van winkels van verschillende omvang of van een verschillend type, wanneer deze winkels behoren tot bedrijven die elk een reeks winkels van verschillende omvang en type bezitten en de adverteerder de prijzen die worden toegepast in de winkels van grotere omvang of een groter type van zijn distributieketen vergelijkt met die welke zijn genoteerd in de winkels van kleinere omvang of een kleiner type van de concurrerende ketens, tenzij de consument er in de reclameboodschap zelf duidelijk van op de hoogte wordt gebracht dat het een vergelijking betreft van de prijzen die worden toegepast in de winkels van grotere omvang of een groter type van de adverteerder en de prijzen die zijn genoteerd in de winkels van kleinere omvang of een kleiner type van de concurrerende bedrijven.

Het staat aan de verwijzende rechter om, ter beoordeling van de vraag of een dergelijke reclameboodschap geoorloofd is, te verifiëren of in het hoofdgeding, gelet op de specifieke omstandigheden van de zaak, de betrokken reclameboodschap niet voldoet aan het vereiste van objectiviteit van de vergelijking en/of misleidend van aard is, enerzijds met inaanmerkingneming van de perceptie van een normaal geïnformeerde en redelijk oplettende en bedachtzame gemiddelde consument, en anderzijds rekening houdend met de gegevens die in die reclameboodschap zelf worden verstrekt, met name deze betreffende de winkels van het bedrijf van de adverteerder en die van de concurrerende ketens waarvan de prijzen werden

vergeleken, en meer in het algemeen met alle bestanddelen van de betrokken advertentie.

Noot

Inleiding

Het ene supermarktfiliaal is het andere niet. Verschil in grootte heeft ook verschil in prijs tot gevolg. De megagrote winkels (in Frankrijk: *hypermarchés*) zijn goedkoper dan de ‘gewone’ supermarché. Mag je de prijzen van deze – in omvang en qua type verschillende – winkels met elkaar vergelijken? Jazeker, oordeelt het Europees Hof van Justitie. Maar: de consument moet in de reclame-uiting zélf op dit verschil worden gewezen, aldus het Hof. Een interessante uitspraak die aanleiding geeft tot de nodige vervolgvragen.

Vergelijkende campagne Carrefour

Aan de wieg van de zaak staat een geschil tussen Carrefour en Intermarché, twee supermarktketens in Frankrijk. In 2012 startte Carrefour een grootschalige reclamecampagne op televisie, waarbij zij haar prijzen vergelijkt met andere supermarkten. De getoonde prijzen waren in het voordeel van Carrefour: de bij Intermarché verkochte producten bleken steeds duurder dan de producten van Carrefour. Vanaf de tweede commercial waren alle voor de prijsvergelijking gekozen winkels van Intermarché *supermarkten*, terwijl het bij de Carrefour-winkels om *hypermarkten* ging. Dit verschil in omvang en type werd alleen op de homepage van de website van Carrefour vermeld. In de commercial verscheen slechts in kleine letters het woord “*super*” onder de naam Intermarché.

Procesverloop en rechtsvragen

Intermarché heeft Carrefour aangemaand om de reclame-spotjes te staken en daarna gedagvaard voor het *Tribunal de commerce de Paris*. Intermarché meende dat sprake was van ongeoorloofde vergelijkende reclame. Dit bleek succesvol, want de vorderingen van Intermarché werden voor een groot deel toegewezen. Carrefour zou de verkooppunten op misleidende wijze hebben geselecteerd, waardoor de representativiteit van de prijsnoteringen was vervalst en niet was voldaan aan de objectiviteitsvereisten in de nationale regeling over toelaatbare vergelijkende reclame. De consument kon niet duidelijk uit de commercial afleiden dat de vergelijking producten betrof van winkels van verschillende omvang.

Tegen dit vonnis heeft Carrefour hoger beroep ingesteld bij het *Cour d’appel de Paris*, die een verzoek om een prejudiciële beslissing heeft voorgelegd aan het Europees Hof van Justitie. De verwijzende rechter wenst in de eerste plaats te vernemen of prijsvergelijkingen alléén toegestaan zijn als de producten worden verkocht in winkels van dezelfde omvang en type. Vervolgvraag is of de omstandigheid dat de winkels waarvan de prijzen worden vergeleken in omvang en type van elkaar verschillen, essentiële informatie is. En tot slot: als de tweede vraag bevestigend wordt beantwoord, in welke mate en via welk medium moet die informatie aan de consumenten worden meegedeeld?

Prijsvergelijking verschillende winkelomvang en -type in principe toegestaan

Het Europees Hof van Justitie oordeelt in de eerste plaats dat het vergelijken van prijzen in winkels die qua omvang en type van elkaar verschillen in principe is toegestaan. Het Hof benadrukt dat een dergelijke vergelijking nuttig kan zijn voor de consument. De motivering is kort, terwijl hierover wel het nodige te zeggen valt.

Uitgangspunt is dat – zoals bekend – vergelijkende reclame geoorloofd is, mits het aan een aantal eisen voldoet. De Richtlijn 2006/114/EG inzake misleidende reclame en vergelijkende reclame vereist niet alleen dat vergelijkende reclame objectief moet zijn en niet mag misleiden, maar ook dat de vergelijkende reclame ziet op goederen of diensten die in dezelfde behoeften voorzien of voor hetzelfde doel zijn bestemd.²

Over dit laatste vereiste heeft het Europees Hof van Justitie zich al eerder gebogen, onder meer in *Lidl/Colruyt*.³ In die uitspraak benadrukt het Hof dat de goederen of diensten die worden vergeleken *substituueerbaar* moeten zijn. In het arrest *Lidl/Vierzon* besliste het Hof verder dat de loutere omstandigheid dat levensmiddelen van elkaar verschillen wat betreft hun eetbaarheid en het genoegen dat zij de consument verschaffen op basis van de wijze en plaats van bereiding ervan, de ingrediënten, en de identiteit van de fabrikant, er niet toe leidt dat een vergelijking tussen dergelijke producten niet kan voldoen aan het vereiste voor geoorloofde vergelijkende reclame, inhoudende dat deze producten in voldoende mate onderling inwisselbaar moeten zijn.⁴

Of concrete producten substituueerbaar zijn moet van geval tot geval beoordeeld worden. Elementen als de kwaliteit van de vergeleken producten of het assortiment waartoe ze behoren, kunnen belangrijke factoren zijn, aldus Advocaat-Generaal Mengozzi. Dus: alleen producten of diensten die in dezelfde behoeften voorzien en voor hetzelfde doel zijn bestemd, mogen met elkaar worden vergeleken. De termen 'dezelfde behoefte' en 'hetzelfde doel' mogen niet te ruim worden uitgelegd, maar tegelijkertijd is niet bedoeld om slechts vergelijkingen tussen identieke producten mogelijk te maken.⁵ Waar het in de kern op neerkomt is dat de vergeleken producten of diensten met elkaar concurreren. Gezien de uitspraak van het Hof in *Carrefour/Intermarché* is daar kennelijk aan voldaan bij een vergelijking van diverse waren (supermarktproducten) in winkels van verschillende typen en/of omvang. Een vergelijking van producten uit verschillende soorten winkels voorziet kennelijk in dezelfde behoeften of hetzelfde doel, ondanks dat de winkels verschillend zijn en de consument voor een bezoek aan een *hypermarché* wellicht een stuk verder moet rijden – en dus extra tijd en benzinekosten moet besteden – dan voor een bezoek de *supermarché* om de hoek.

Niet-informeren consument over verschil in type en omvang maakt vergelijking mogelijk ongeoorloofd

In principe is vergelijking van dezelfde goederen bij qua type en omvang verschillende winkels dus toegelaten. Het Europees Hof benadrukt echter dat de adverteerder de consument onder omstandigheden wél moet wijzen op de verschillen tussen de winkels. Doet de adverteerder dat niet, dan is mogelijk sprake van misleiding.⁶ Wanneer het bedrijf dat in de vergelijking wordt betrokken dezelfde type winkels heeft als de vergelijkende partij (maar de vergelijking niet hetzelfde type winkels betreft), kan het type winkels dat wordt vergeleken essentiële informatie zijn. In dat geval moet het verschil in de reclame-uiting zelf vermeld worden, anders is sprake van misleiding.⁷ Dezelfde omstandigheden kunnen er volgens het Hof ook toe leiden dat de vergelijking niet objectief is.⁸ Ook aan dat vereiste voor vergelijkende reclame, vastgelegd in artikel 4 sub c Richtlijn 2006/114/EG inzake misleidende reclame en vergelijkende reclame) is dan niet voldaan.

Vervolg vraag: welke informatie is essentieel?

Een belangrijke vraag voor de praktijk is welke verschillen tussen de vergeleken goederen of diensten wel en welke niet uitgelicht moeten worden in de vergelijkende uiting. Daar is geen eenduidig antwoord op te geven: steeds is de vraag of sprake is van een omissie van het weglaten van essentiële informatie in de zin van artikel 7 Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken (artikel 6:193 d-e BW). Omdat slechts het weglaten van *essentiële* informatie een misleidende omissie oplevert, is in ieder geval duidelijk dat de vergelijkende adverteerder niet op alle verschillen hoeft te wijzen. De adverteerder zal onder andere moeten wijzen op belangrijke verschillen wat betreft de prijs en de voornaamste kenmerken van het product.

Geen noodzaak tot informeren consument bij duidelijke verschillen?

In het concrete geval van *Carrefour/Intermarché* was voor de consument niet bij voorbaat duidelijk dat de vergelijking goederen betrof in winkels van verschillende typen en omvang. Zowel Carrefour als Intermarché beschikken over *hypermarchés* én *supermarchés*, terwijl de vergelijking een soort kruisvergelijking is: het ziet op *hypermarchés* van Carrefour en *supermarchés* van Intermarché. Dat geeft aanleiding tot misleiding, zo oordeelt het Europees Hof. Dat zal ons inziens anders zijn wanneer de verschillen kenbaar zijn voor de gemiddelde consument. Als de consument bijvoorbeeld drommels goed weet dat bedrijf A alleen online handelt en bedrijf B alleen kleinschalige winkels heeft in de binnensteden, dan ligt het niet voor de hand dat bedrijf A bij een prijsvergelijking met B de consument hierover moet informeren. De informatie is immers al bekend bij de gemiddelde consument.

2 Artikel 4 Richtlijn 2006/114/EG inzake misleidende reclame en vergelijkende reclame.

3 HvJEU 19 september 2006, IER 2006/97 (*Lidl/Colruyt*), m.nt. Kabel.

4 HvJEU 18 november 2010, IER 2011/48 (*Lidl/Vierzon*), m.nt. Geerts.

5 Idem. Zie op nationaal niveau bijvoorbeeld Rb. Den Haag 25 oktober 2006, IER 2007/16 (*ANWB/Route Mobiel*), r.o. 3.7.

6 R.o. 32-34.

7 R.o. 35 en 37.

8 R.o. 36.

Basisvereiste blijft: producten moeten substitueerbaar zijn

De uitspraak van het Europees Hof in *Carrefour/Intermarché* wekt de suggestie dat verschillen tussen vergeleken goederen of diensten aanvaardbaar zijn, voor zover de consument op die verschillen wordt gewezen. Hoewel het Europees Hof in deze uitspraak niet expliciet op het substitueerbaarheidsvereiste ingaat, is en blijft dat echter een basisvereiste voor vergelijkende reclame. Aanvullende informatie over de verschillen tussen de goederen of diensten kan misleiding weliswaar wegnemen, maar nog steeds kan het zo zijn dat de producten überhaupt niet vergelijkbaar zijn. Enerzijds zijn er dus niet-substitueerbare goederen en diensten (die niet vergeleken mogen worden) en anderzijds substitueerbare goederen en diensten, waarbij de adverteerder de consument mogelijk moet wijzen op de verschillen tussen de vergeleken producten.

Het onderscheid tussen wel- en niet-substitueerbare producten is niet altijd eenvoudig te trekken. In essentie is de vraag: zijn het concurrerende producten, die voorzien in dezelfde behoeften van de consument? Enerzijds zal een vergelijking tussen kleine tweedeurs 1.0 liter-benzineauto's voldoen aan het substitueerbaarheidsvereiste, ook al is het (voor consumenten ook zeer relevante) design van de auto's zeer verschillend. Anderzijds zal een vergelijking tussen een Smart en een Rolls Royce de toets van substitueerbaarheid waarschijnlijk niet doorstaan. De Smart en de Rolls Royce zijn weliswaar allebei auto's, maar de producten zijn qua prijsklasse, uitstraling en functionaliteit dusdanig verschillend dat ze niet redelijkerwijs als concurrerende producten kunnen worden gezien. Een dergelijke vergelijking zal waarschijnlijk alleen dienen om te profiteren van het imago van het andere product of om op ludieke wijze aandacht te trekken. Die doelen op zichzelf zijn onvoldoende om vergelijkende reclame te rechtvaardigen. Uiteraard zijn vele andere scenario's denkbaar, waarbij gediscussieerd kan worden of de goederen of diensten vergelijkbaar zijn. Wat te denken van een CO₂-vergelijking tussen een treinreis en een vliegtuig? Dat zou moeten mogen denken wij.⁹ En al predikt het spraakgebruik dat je appels en peren niet mag vergelijken, zijn er goede redeneren om te stellen dat dit in vergelijkende reclame wel degelijk is toegestaan.¹⁰ Appels en peren zijn immers beide fruit, bevinden zich in (ongeveer) dezelfde prijsklasse en voorzien daarmee in dezelfde behoeften.

RCC-uitspraken: prijsverschillen IKEA

Tot slot een uitstapje naar de Nederlandse zelfregulering. De Reclame Code Commissie (RCC) deed namelijk in 2015 en 2016 al twee interessante uitspraken over misleiding (buiten de context van vergelijkende reclame) in relatie

tot het verschil in winkeltype. Beide uitspraken betroffen producten aangeboden in de webshop van IKEA.¹¹ De producten – badmatten en verhuisdozen – waren online goedkoper dan in de fysieke IKEA-vestigingen. De RCC oordeelt dat het niet vermelden van de (prijs)verschillen een misleidende omissie inhoudt. Consumenten zoeken namelijk vaak online een product uit om die vervolgens in de winkel te bekijken en aan te schaffen. Dit geldt temeer, zo oordeelt de RCC, aangezien de consument in de webshop de actuele winkelvoorraad kan zien. De enkele opmerking in de algemene voorwaarden dat de prijs kan verschillen per verkoopkanaal is onvoldoende om de consument te wijzen op die verschillen. Ook in deze context is het niet vermelden van het verschil in prijs per winkeltype dus een misleidende omissie.

Conclusie

Vergelijkende reclame ten aanzien van producten aangeboden via verschillende verkoopkanalen is toegestaan. Wel zal de adverteerder de consument onder omstandigheden moeten informeren over het verschil in type of omvang van de winkel. Daarnaast blijft het uitgangspunt in vergelijkende reclame dat de vergeleken producten substitueerbaar moeten zijn. Informeren over verschillen is dus niet altijd voldoende om aan de toets voor geoorloofde vergelijkende reclame te voldoen. De interessante hamvraag blijft dan nog steeds: worden hier – spreekwoordelijke – appels met peren vergeleken?

Mr. E.H. Hoogenraad en mr. dr. B.B. Duivenvoorde

9 Zou de adverteerder bij deze vergelijking – om misleiding te voorkomen – moeten vermelden dat de producten verschillen in bijvoorbeeld wachttijd (langer bij een vliegtuig) en reistijd (langer bij een treinreis)? Wat ons betreft niet: deze basale verschillen zijn bekend bij de gemiddelde consument.

10 Zie Verkade, *Misleidende (B2B) reclame en vergelijkende reclame* (Monografieën BW, nr. B49b), Deventer: Kluwer 2011, p. 82-83.

11 RCC 28 april 2015, 2015/00228 (*IKEA – Skoghall badmat*) en RCC 23 februari 2016, 2015/01197 (*IKEA – Jättene verhuisdoos*).