

**Hoge Raad, 29 maart 1985, Pokon v Substral****RECLAMERECHT****Vergelijkende reclame****Bij vergelijkende reclame zijn andere en strengere normen van toepassing**

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 mededinging of diens produkt, dan wel (enkel) op het eigen produkt. Dient deze vraag in eerstgemelde zin te worden beantwoord, dan zijn toch andere en strengere normen van toepassing, dan wanneer het antwoord in laatstgemelde zin luidt.

**Anoniem product****niet beslissend of het publiek het 'anonieme' produkt voor dat van die concurrent zal houden, maar 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**

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 reclameuitingen 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 dienovereenkomstig 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 marktaandeel, 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.

**Superioriteitsclaim****wie het publiek leidt tot de veronderstelling dat zijn produkt beter is dan soortgelijke produkten van zijn concurrenten maakt zich schuldig aan misleiding ook al is zijn produkt in feite niet minder goed dan concurrerende produkten**

Het Hof heeft de juistheid van deze stellingen van Bendien niet onderzocht omdat het blijkt zijn r.o. 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 art. 1416a e.v. te kunnen beschouwen: daartoe had Bendien, naar 's Hof's 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 de art. 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.

Vindplaatsen: NJ 1985, 591, m.nt. Wichers Hoeth; BIE 1985, nr. 39, m.nt. Van Nieuwenhoven Helbach;

**Hoge Raad, 29 maart 1985**

(Ras, Martens, Hermans, Bloembergen, Boekman)

(...)

Bendien BV, te Naarden, eiseres tot cassatie, adv. Mr. E.J. Dommering,

tegen

Verwet BV, te Tiel, verweerster in cassatie, adv. Mr. G.M.M. den Drijver.

(...)

### 1. Het geding in feitelijke instanties

Eiseres tot cassatie — verder te noemen Bendien — heeft bij exploit van 11 mei 1983 verweerster in cassatie — verder te noemen Verwet — in kort geding gedagvaard voor de President Rb. Arnhem en gevorderd Verwet te verbieden in haar reclameboodschappen en op de verpakking van haar produkt 'Substral' gebruik te maken van de in de inleidende dagvaarding aangehaalde — in r.o. 3 van 's Hofs arrest weergegeven — teksten en voorts haar te bevelen een in de dagvaarding nader omschreven rectificatieadvertentie te plaatsen, op verbeurte van een dwangsom per keer en per dag.

Nadat Verwet tegen die vordering verweer had gevoerd, heeft de President bij vonnis van 6 mei 1983 de vordering toegewezen.

Tegen dit vonnis heeft Verwet hoger beroep ingesteld bij het Hof Arnhem.

Bij arrest van 12 maart 1984 heeft het Hof het vonnis van de President vernietigd en de vordering alsnog afgewezen.

Het arrest van het Hof is aan dit arrest gehecht.

### 2. Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het Hof heeft Bendien beroep in cassatie ingesteld. De cassatie-dagvaarding is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

Verwet heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor partijen bepleit door hun advocaten.

De [conclusie Advocaat-Generaal Biegman-Hartogh](#) strekt tot vernietiging van het bestreden arrest en tot verwijzing van de zaak naar een ander Hof ter verdere behandeling en beslissing.

### 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 ff 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 r.o. 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 r.o. 6) na of de 'litigieuze reclameuitingen onjuist, althans misleidend of verwarrend jegens de consument zijn', en onderzoekt vervolgens (in de r.o. 7 t/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 eerstgemelde 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 r.o. 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 schenkdrop, waaruit kleurloze vloeistof werd gegoten, een andere vorm, kleur en inhoud had dan de schenkdrop van Pokon; dat de naast Substral getoonde vloeistof kleurloos was, terwijl Pokon lichtgroen 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 r.o. 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 reclameuitingen 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 dienovereenkomstig 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 marktaandeel, 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 r.o. 9 die voortbouwt op, en derhalve het lot deelt van de door eerstgenoemd onderdeel bestreden r.o. 8.

3.5 Gezien de opbouw van 's Hof's arrest, de formulering van de vraagstelling in r.o. 6 en de bewoordingen van r.o. 9a is duidelijk dat het Hof bij zijn onderzoek van de vraag of 'de litigieuze reclameuitingen 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 reclameuitingen niet aan de normen voor vergelijkende reclame te hebben getoetst, geen bespreking.

3.6 Onderdeel 2a dat zich keert tegen r.o. 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 art. 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 blijkt heeft gegeven van een onjuiste opvatting van het begrip

'misleidend' in de zin van genoemde bepalingen, is het evenwel terecht voorgesteld.

Blijkens r.o. 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 daarvan 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 daaruit zal afleiden dat Substral beter is — in 's Hof's 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 r.o. 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 art. 1416a e.v. te kunnen beschouwen: daartoe had Bendien, naar 's Hof's 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 de art. 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 producenten van plantenvoeding zijn die een geringere hoeveelheid per liter water voorschrijven dan Verwet voor Substral, behoeft 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 vorenverwogene alsnog op het appel moeten worden beslist.

#### 4. Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt het arrest van het Hof Arnhem van 12 maart 1984 en verwijst het geding naar het Hof '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 2000 voor salaris.

---

#### Conclusie Advocaat-Generaal Biegman-Hartogh

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 r.o. 3 op p. 3 en in r.o. 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 r.o. 4 de stellingen van Bendien in eerste aanleg, en in r.o. 5 de werven van Verwet te hebben weergegeven, heeft het hof in r.o. 6 antwoord gegeven op de vraag of de litigieuze reclame-uitingen onjuist, althans misleidend of verwarrend jegens de consument zijn, en in r.o. 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 r.o. 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 r.o. 6 waarin het hof misleiding ten aanzien van 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? (Martens), nrs. 64a, 140.2, 141 met uitvoerige literatuuropgaven in nr. 142, en 146, B. ad 2°, waaraan thans toe te voegen Drucker-Bodenhausen-Wichers Hoeth 1984 p. 203, Dorhout Mees?/Van Nieuwenhoven Helbach 1983 nr. 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. nr. 143 met verdere verwijzingen.

Het schijnt mij echter toe dat Uw Raad over deze vraag i.c. geen uitspraak zal behoeven te geven, aangezien het hof in r.o. 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 i.c. om een vorm van systeemvergelijking gaat. Bij een dergelijke vergelijking is het nl. 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, D nrs. 12

e.v. en voor voorbeelden in de Nederlandse rechtspraak Hoge Raad 25 mei 1951, NJ 1951, 541 (natuur-azijn/chemisch azijnzuur) en voorts Martens a.w. nr. 157.3 B–d op p. 224a en Praktijkboek ?C nr. 18 p. 15 (CC 22 mei 1975: Pokon /Substral) en ?D nrs. 15 e.v. Nu heeft weliswaar de President in r.o. 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 r.o. 3, derde feit.

Aangezien dus de vergelijking in het onderhavige geval betreft eenzelfde produkt, nl. 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 r.o. 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 r.o. 6 wel toepassing heeft gegeven aan de art. 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 r.o. 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 omstrede 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 juni 1980, Stb. 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.

Tenslotte 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 r.o. 6. Het hof overwoog in r.o. 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 r.o. 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 (r.o. 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, toespit 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 blij-

kens r.o. 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 duur is'). Aldus heeft ook Verwet (Toelichtende Memorie p. 6 sub 12) de inzet van de rechtsstrijd tussen partijen begrepen. Daaraan heeft Verwet toegevoegd (zie r.o. 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 eenzelfde, al dan niet optimale, concentratie te bereiken. Anders gezegd: als Substral een lager percentage voedingsstoffen bevat dan Pokon (zoals de President op p. 8, r.o. 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 hofs motivering op dit punt ontoereikend, althans onbegrijpelijk.

11. Subonderdeel 2c voert aan dat het hof ten onrechte onbesproken heeft gelaten de stelling van Bendien (memorie van grieven 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 r.o. 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, nl. 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 uit-

gelaten; daaromtrent mist de klacht dus feitelijke grondslag.

13. Subonderdeel 3a acht onjuist de vaststelling van het hof (in r.o. 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 r.o. 7, eerste zinsnede; de klacht mist derhalve feitelijke grondslag.

14. Subonderdeel 3b tenslotte 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 hof ter verdere behandeling en beslissing, en met veroordeling van verweerster in cassatie in de kosten op de voorziening gevallen.