



geïntimeerde in principaal appèl,  
appellante in het incidenteel appèl,  
proc.: mr. A. Volders,  
adv.: mevr. mr. J.A. Schaap te Amsterdam.  
(...)

#### 4 Beoordeling

4.1 Het gaat in deze zaak om het volgende. De supermarktketen Albert Heijn is eind oktober 2003 een reclamecampagne gestart onder het motto "Het grote voordeel van Albert Heijn" en "AH blijvend in prijs verlaagd". De supermarktketen Edah heeft hierop gereageerd met een reclamecampagne waarin zij haar prijzen vergelijkt met die van Albert Heijn. De Edah campagne bestond uit verschillende onderdelen ((TV commercial, internetsite, billboards, raamposters en folders in de winkel), die op elkaar waren afgestemd. Vanaf zaterdag 22 november 2003 tot en met maandag 24 november 2003 heeft Edah meermalen op verschillende Nederlandse televisiezenders een TV commercial uitgezonden. In deze commercial wordt een volle boodschappenkar getoond met de mededeling: "Deze boodschappen kosten bij Albert Heijn 55 euro en bij Edah kosten ze 49,87, dat scheelt ruim 5 euro". Links onderaan in beeld staat "Kijk voor de vergelijking op" en dan volgt de website van Edah. Deze website vertoont op de openingspagina de tekst: "Waarom bij Albert Heijn teveel betalen?". Vervolgens is op de website de winkelwagen met de producten van de TV commercial te zien, in combinatie met twee uitvergroete kassabonnen. De tekst "Waarom bij Albert Heijn teveel betalen?", de winkelwagen en de kassabonnen zijn ook weergegeven op winkelposters, billboards en folders van Edah. Tussen de twee kassabonnen staat de volgende tekst: "Dezelfde boodschappen bij Edah ruim 5 euro goedkoper. Dat scheelt dus meer dan 9%."

4.2 Bij de dit geding inleidende dagvaarding heeft Albert Heijn gevorderd, zakelijk weergegeven en voor zover in hoger beroep nog van belang:

1. Edah te gebieden met onmiddellijke ingang ieder gebruik van de mededeling "Waarom bij Albert Heijn teveel betalen?" of daaraan gelijke mededelingen dan wel mededelingen die inhouden dat er een groter prijsverschil tussen Albert Heijn en Edah bestaat dan in werkelijkheid het geval is te staken en gestaakt te houden;
2. Edah te gebieden toekomstige vergelijkingen uitsluitend te doen met uitdrukkelijk gespecificeerde en direct voor de consument herkenbare producten en met een representatief boodschappenpakket;

een en ander op straffe van een dwangsom en met veroordeling van Edah in de proceskosten.  
Albert Heijn heeft daartoe gesteld - zakelijk weergegeven - dat de door Edah gemaakte prijsvergelijking onrechtmatig is jegens haar, omdat de vergelijking onjuist, onvolledig en misleidend is, zodat deze niet voldoet aan de normen van art. 6:194a BW. De kijker naar de TV commercial weet niet om welke boodschappen het gaat en wanneer de producten zijn aangekocht. Hij zal slechts onthouden dat Edah zo'n 10% goedkoper is dan Albert Heijn. De verwijzing naar de website van Edah valt niet of nauwelijks op. "Teveel

betalen" houdt geen feitelijke, maar een subjectieve en tevens negatieve kwalificatie in. Het algemene prijsverschil tussen de beide supermarktketens is in werkelijkheid veel lager dan 9%.

4.3 De voorzieningenrechter heeft in het vonnis waarvan beroep het volgende beslist:

1. gebiedt Edah met onmiddellijke ingang na betekening van dit vonnis ieder gebruik van de mededeling "Waarom bij Albert Heijn teveel betalen?" te staken en gestaakt te houden;
2. gebiedt Edah toekomstige vergelijkingen tussen haar en Albert Heijn uitsluitend te doen met gespecificeerde en voor de consument direct herkenbare producten; een en ander op straffe van een dwangsom van €25.000 voor elke dag of gedeelte van een dag dat zij in gebreke blijft aan de geboden onder 1 en 2 te voldoen, met een maximum van €500 000, met afwijzing van hetgeen meer of anders is gevorderd en met veroordeling van Edah in de proceskosten.

De voorzieningenrechter heeft daartoe - zakelijk weergegeven - het volgende overwogen. De TV commercial is misleidend omdat in het geheel niet duidelijk wordt gemaakt welke goederen met elkaar worden vergeleken. De kijker kan immers onmogelijk zien wat er allemaal in de winkelwagen zit. De verwijzing naar de website valt helemaal niet op. De posters in de Edah winkels leest de consument pas als hij al bij Edah binnen is. De tekst "Waarom bij Albert Heijn teveel betalen?" vormt ongeoorloofde vergelijkende reclame. De suggestie wordt gewekt dat Albert Heijn altijd duurder is en bovendien zal het afhangen van het oordeel van de consument over ligging, inrichting en assortiment van de winkel, of meer betalen voor hetzelfde product voor hem/haar ook "te veel" betalen is.

4.4 In het principaal hoger beroep bestrijdt Edah met de grieven 1 tot en met 5 het oordeel van de voorzieningenrechter dat de TV commercial misleidend is. Edah heeft betoogd - zakelijk weergegeven - dat de TV commercial in samenhang met de andere onderdelen van de reclamecampagne moet worden beoordeeld, maar dat ook al in de commercial voldoende duidelijk is dat het om de specifieke artikelen uit de getoonde winkelwagen gaat, die bij Edah ruim € 5 goedkoper zijn. Veel van die producten zijn zichtbaar. Bovendien zal de gemiddelde consument ook notitie nemen van de website met de concrete informatie, waarnaar in de commercial - die in de betrokken periode zo'n 100 maal is uitgezonden - wordt verwezen. Die verwijzing is duidelijk leesbaar tijdens bijna de volledige duur (15 seconden) van de commercial. De consument ziet voorts ook nog de grote winkelposters in de Edah-supermarkten - die niet alleen binnen maar ook bij de ingang en op de ramen van de filialen hangen - waaruit blijkt dat de prijsvergelijking slechts betrekking heeft op een specifiek productenpakket.

4.5 Met deze grieven, die zich voor gezamenlijke behandeling lenen, heeft Edah echter geen succes. Het hof overweegt hieromtrent het volgende.

4.6 Edah kan niet worden gevolgd in haar betoog dat de televisie-commercial in samenhang met de andere onderdelen van de reclamecampagne moet worden

bekeken. De 15 seconden durende commercial - een aaneenschakeling van flitsende beelden met gelijktijdig ten gehore gebrachte gesproken tekst - houdt een op zichzelf staande reclameboodschap in. De verwijzing naar de website van Edah, ook al is die tekst steeds links onderaan in beeld zichtbaar, valt niet echt op. De aandacht van de kijker, die gestuurd wordt door de gelijktijdig ten gehore gebrachte mededelingen, zal veeleer gericht zijn op de winkelwagen en de in beeld verschijnende prijzen. In de gesproken tekst wordt geen melding gemaakt van (de bedoeling van) de verwijzing naar de website. Het maakt in dit verband niet uit dat de commercial in de betrokken periode meermalen is uitgezonden; uitgangspunt is de commercial zoals die wordt vertoond. Dat de overige onderdelen van de reclamecampagne relevant zijn voor de reclameboodschap die tot het televisiekijkende publiek wordt gericht, is voorshands niet aannemelijk geworden.

4.7 De mededeling: "Deze (cursivering hof) boodschappen kosten bij AH 55 euro en bij Edah 49,87" zal de kijker wellicht ertoe aanzetten te trachten de artikelen in de winkelwagen te ontwaren, maar het hof heeft uit eigen waarneming van de TV commercial kunnen vaststellen dat slechts een enkel product - naar zijn soort - valt te herkennen (zoals een krat bier en een fles cola). Er wordt dus ruimte gelaten voor eigen uitleg door de kijker. Er is een aanzienlijke kans dat in deze situatie bij het gemiddelde publiek de indruk ontstaat dat een bij Albert Heijn voor €55 gevulde winkelwagen bij Edah steeds bijna 10% goedkoper is. De inhoud van de onderhavige reclameboodschap is zo zakelijk en concreet (een tot op de cent nauwkeurig prijsverschil) dat de gemiddelde consument geen aanleiding zal zien de gegeven informatie "minder serieus" te nemen. Naar het voorlopig oordeel van het hof dient de televisiecommercial dan ook als een misleidende mededeling te worden aangemerkt, nu niet duidelijk wordt gemaakt welke goederen het vermelde prijsverschil opleveren.

4.8 Edah bestrijdt in het principaal hoger beroep met grief 6 voorts het oordeel van de voorzieningenrechter dat de tekst: "Waarom bij AH teveel betalen?" ongeoorloofde vergelijkende reclame bevat. Het hof oordeelt hierover als volgt.

4.9 De onderhavige tekst is vermeld op de openingspagina van de internetsite van Edah en komt voor - maar dan samen met de kassabonnen - op billboards, raamposters en folders in de Edah winkels. Edah kan worden toegegeven - en in zoverre slaagt de grief - dat in de context van de producten die op de kassabonnen zijn vermeld, de tekst "teveel betalen" geen subjectieve en ook geen negatieve kwalificatie inhoudt. De betekenis van "teveel" is in dit verband veeleer "meer dan men voor dezelfde boodschappen bij Edah betaalt". Bij zelfstandig gebruik van de slagzin, zoals op de openingspagina van de website, is dat echter anders; "teveel" kan dan worden uitgelegd als "meer dan nodig is" of "meer dan het product waard is". Dat is misleidend, omdat niet aannemelijk is - Edah heeft dat ook niet betoogd - dat de consument bij Albert Heijn doorgaans "teveel" betaalt. Het verbod om de voormelde

slagzin te gebruiken zal mitsdien beperkt worden tot het zelfstandig gebruik daarvan en de beslissing van de voorzieningenrechter in het dictum onder 1 kan in zoverre niet worden gehandhaafd.

4.10 Het hof vat grief 8 in het principaal hoger beroep op als te zijn gericht tegen de beslissing van de voorzieningenrechter in het dictum onder 2. Edah heeft door middel van deze grief betoogd dat het gebod om toekomstige prijsvergelijkingen slechts te doen met gespecificeerde en voor de consument direct herkenbare producten een ontoelaatbare beperking vormt van haar vrijheid van meningsuiting. Deze grief slaagt. Het gebod zoals door de voorzieningenrechter geformuleerd gaat in zijn algemeenheid te ver. Prijsvergelijkingen zijn geoorloofd, mits deze voldoen aan de daaraan te stellen eisen en dus niet misleidend zijn. Dat geldt ook voor algemene prijsvergelijkingen. Het vonnis zal ook op dit onderdeel worden vernietigd.

4.11 Grief 7 behoeft gezien het voorgaande geen bespreking meer voorzover deze grief betrekking heeft op het in het bestreden vonnis onder 2 van het dictum vermelde verbod. Voor zover deze grief ziet op het verbod dat is vermeld onder 1 van het dictum, faalt zij. Er is geen grond om dat verbod, dat zoals hiervoor is overwogen door het hof zal worden beperkt, op te leggen voor een bepaalde tijdsduur.

4.12 In het incidenteel hoger beroep heeft Albert Heijn betoogd dat haar hiervoor in r.o. 4.2 onder 1 weergegeven vordering ten onrechte slechts gedeeltelijk door de voorzieningenrechter is toegewezen. Albert Heijn heeft aangevoerd dat Edah na het vonnis opnieuw gebruik heeft gemaakt van onrechtmatige reclame-uitingen, waaronder twee commercials en één advertentie. Daarin is de slogan gebruikt: "Edah blijft veel goedkoper, wat Albert Heijn ook probeert". Het prijsverschil met Edah is slechts 2 à 3%. De kwalificatie "veel" duidt volgens Albert Heijn op een aanzienlijk groter verschil. In de advertentie wordt tevens gesteld dat Albert Heijn een supermarkt is waar "een beetje anders over prijs wordt gedacht" en dat Albert Heijn (alleen) "van tijd tot tijd wat prijzen verlaagt". Deze teksten zijn volgens Albert Heijn opnieuw onnodig denigrerend en onjuist. Albert Heijn verlaagt al maanden lang een groot deel van de prijzen. Albert Heijn heeft in verband hiermee haar eis vermeerderd en vordert thans:

I. Edah te gebieden met onmiddellijke ingang na betekening van dit arrest het doen van mededelingen die inhouden of suggereren dat er een groter prijsverschil tussen Albert Heijn en Edah bestaan dan (gemiddeld) in werkelijkheid het geval is te staken en gestaakt te houden;

II. Edah te gebieden met onmiddellijke ingang na betekening van het arrest ieder gebruik van de advertentie zoals overgelegd als productie 8 en de in die advertentie opgenomen tekst "omdat we vinden dat het altijd zo moet zijn dat u bij Edah goedkoper uit bent, dan bij supermarkten waar een beetje anders over de prijs wordt gedacht. Ook als Albert Heijn van tijd tot tijd wat prijzen verlaagt" te staken en gestaakt te houden;

III. Edah te gebieden met onmiddellijke ingang na betekening van het arrest ieder gebruik van de

mededeling "Edah blijft veel goedkoper, wat Albert Heijn ook probeert" te staken en gestaakt te houden; dit alles op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 25 000 voor iedere keer/dag dat Edah in gebreke blijft te voldoen aan een van de geboden.

4.13 Edah heeft zich verzet tegen de vermeerdering van eis, met name tegen de hiervoor onder II en III weergegeven vorderingen, omdat deze een andere feitelijke grondslag hebben dan de aanvankelijke vordering en twee nieuwe vorderingen zijn. Naar het oordeel van het hof is het bezwaar van Edah tegen de vermeerdering van eis ongegrond. De onder II en III vermelde vorderingen zijn gebaseerd op dezelfde juridische grondslag en de nieuwe feiten die zij aangevoerd hebben in de kern betrekking op het zelfde geschilpunt. De wijzigde eis staat dan ook in zo nauw verband met de oorspronkelijke vordering dat strijd met de eisen van een goede procesorde zich niet voordoet.

4.14 De in r.o. 4.12 onder I vermelde vordering van Albert Heijn is niet voor toewijzing vatbaar. In de eerste plaats staat daaraan in de weg dat er geen algemeen geaccepteerde en gehanteerde methode is om het (gemiddelde) prijsverschil tussen supermarkten te meten. Voorts is het door Albert Heijn verlangde verbod onvoldoende afgebakend, zodat niet met voldoende nauwkeurigheid kan worden vastgesteld wat onder het verbod begrepen zou moeten worden.

4.15 Ten aanzien van de in r.o. 4.12 onder II en III vermelde vorderingen van Albert Heijn overweegt het hof het volgende.

4.16 De door Albert Heijn overgelegde advertentie van Edah in Metro van 22 januari 2004 (prod. 8 bij mvg in incidenteel appèl) heeft als vetgedrukte kop: "Edah blijft veel goedkoper, wat Albert Heijn ook probeert." De tekst die daaronder in kleine, niet vetgedrukte letters is afgedrukt, vermeldt onder meer de volgende zinnen: "Waarom besteden we zoveel aandacht aan scherpe prijzen en hebben we er dinsdag weer honderden verlaagd? Omdat we vinden dat het altijd zo moet zijn dat u bij Edah goedkoper uit bent, dan bij supermarkten waar een beetje anders over prijs wordt gedacht. Ook als Albert Heijn van tijd tot tijd wat prijzen verlaagt" (cursivering hof).

4.17 Albert Heijn heeft eind oktober 2003 met haar reclamecampagne tussen de verschillende supermarktketens een "prijzenoorlog" doen ontstaan. Volgens een mededeling van een woordvoerder van Albert Heijn in De Gelderlander van 25 oktober 2003 (prod. 10 mvg) beoogt Albert Heijn daarmee in plaats in het midden van de markt. Voorts heeft de voorzitter van de direct van Albert Heijn, D. Boer, in een interview dat is gepubliceerd in FoodPersonality november 2003 (prod. 11 mvg), verklaard dat het erom gaat dat Albert Heijn in de perceptie van de klant op een redelijk prijsniveau zit.

4.18 De reclamecampagne van Albert Heijn heeft haar concurrenten, waaronder Edah, kennelijk en niet onbegrijpelijk tot een tegencampagne aangezet. Op zichzelf is niet ongeoorloofd dat daarbij niet alleen gereageerd wordt op de daadwerkelijke prijsverlagingen door Albert Heijn, maar ook op de door deze gekozen strategie

om in te spelen op de indruk die de klanten hebben over het prijsniveau van de Albert Heijn supermarkten. Daarbij zal uiteraard geen sprake mogen zijn van ongeoorloofde mededinging. Naar het oordeel van het hof kan de hiervoor weergegeven - door het hof gecursiveerde - tekst van de advertentie van Edah, in redelijkheid niet als een denigrerende, aan de goede naam van Albert Heijn afbreuk doende reclame-uiting worden aangemerkt. Aannemelijk is dat de gemiddelde lezer begrijpt dat deze tekst in de "tegencampagne" bedoeld is als "een knipoog" naar de lezer/klanten. Daarentegen is naar het oordeel van het hof de kop "Edah blijft veel goedkoper, wat Albert Heijn ook probeert" misleidend. Met de woorden "veel goedkoper" wordt immers de suggestie gewekt dat de prijscampagne van Albert Heijn uiteindelijk geen enkel effect heeft (gehad) en dat tussen Albert Heijn en Edah (nog steeds) grote prijsverschillen bestaan. Dat laatste is niet aannemelijk geworden. **Hoewel partijen van mening verschillen over de grootte van het prijsverschil, staat tussen hen immers niet ter discussie dat het prijsverschil kleiner is geworden. Edah, op wie in dit verband de bewijslast rust, heeft echter niet aannemelijk gemaakt dat zij niet slechts "goedkoper" is (hetgeen Albert Heijn op zichzelf niet bestrijdt) maar ook nog "veel goedkoper".** Het voorgaande brengt mee dat de vordering van Albert Heijn, zoals vermeld in 4.12 onder II zal worden afgewezen en de vordering vermeld onder III zal worden toegewezen, evenals de gevorderde dwangsom.

4.19 De slotsom luidt dat in het principaal hoger beroep de grieven 6, 7 (gedeeltelijk) en 8 slagen en de overige grieven van het principaal en incidenteel hoger beroep niet gegrond zijn. Van het vonnis waarvan beroep kan het dictum onder 2 niet in stand blijven. Het dictum onder 1 en 3 zal omwille van de duidelijkheid geheel worden vernietigd en opnieuw worden geformuleerd. Voor het overige zal het vonnis worden bekrachtigd. De in hoger beroep vermeerderde vordering van Albert Heijn zal gedeeltelijk worden toegewezen. Nu partijen zowel in het principaal hoger beroep als in het incidenteel hoger beroep over en weer op enkele punten in het ongelijk zijn gesteld, zullen de proceskosten van partijen in deze beroepen geheel worden gecompenseerd. Het hof ziet geen aanleiding ten aanzien van de proceskosten in eerste aanleg anders te oordelen dan de voorzieningenrechter heeft beslist in het dictum onder 4.

## 5 Beslissing

Het hof:

Vernietigt het vonnis waarvan beroep onder 1, 2 en 3 van het dictum en bekrachtigt het vonnis voor het overige;

Gebiedt Edah na betekening van dit arrest met onmiddellijke ingang ieder zelfstandig gebruik, als bedoeld in r.o. 4.9 van dit arrest, van de mededeling "Waarom bij Albert Heijn teveel betalen?" te staken en gestaakt te houden;

Gebiedt Edah na betekening van dit arrest met onmiddellijke ingang ieder gebruik van de mededeling "Edah

blijft veel goedkoper, wat Albert Heijn ook probeert" te staken en gestaakt te houden;

Bepaalt dat Edah een dwangsom van €25 000 verbeurt voor elke dag of gedeelte van een dag dat zij in gebreke blijft aan één van de hiervoor vermelde geboden te voldoen, met een maximum van €500 000;

Bepaalt dat de proceskosten in het principaal hoger beroep en in het incidenteel hoger beroep geheel worden gecompenseerd;

---