

in plaats van 28%, yoghurt met 10,5% fruit in plaats van 12%.

Het gaat ook om de vermelding op de website van Delhaize op 28 september 2010 van 15 producten, waarvoor de prijs bij Delhaize en Aldi dezelfde was, en van de vermelding op de website van Delhaize op 29 september, 30 september, 4 oktober, 5 oktober en 6 oktober 2010 van 3 producten (andere dan voormelde 15 producten) waarvoor de prijs bij Delhaize en bij Aldi dezelfde was.

Het hof oordeelt dat, rekening houdend met het aantal vergeleken producten, deze kleine vergissingen slechts een verwaarloosbare impact hadden en dat overigens niet wordt aangetoond dat zij bewust werden begaan.

Ook hier wordt niet bewezen dat deze fouten van aard waren het aankoopgedrag van een voldoende groot aantal gemiddelde, dit wil zeggen redelijk geïnformeerde, omzichtige en oplettende consumenten te beïnvloeden of te kunnen beïnvloeden. Deze consumenten zijn er zich van bewust dat er fouten kunnen optreden en zijn perfect in staat om de vergeleken producten te identificeren, om zelf hun kenmerken en prijzen te controleren en om na te gaan of zij wel substituutbaar zijn.

Er bestaat in hoofde van Delhaize geen verplichting om de consument in de gelegenheid te stellen om de precieze kenmerken van het vergelijkbare product bij Aldi ter plaatse te controleren.

Voor zover Aldi zich toch had kunnen beroepen op artikel 96, 1° van de WMPC, toont zij in geen geval aan dat de door Delhaize gevoerde reclamecampagne van aard zou zijn het economische gedrag te kunnen beïnvloeden of schade toe te brengen of te kunnen toebrengen aan Aldi. Dat er sprake zou zijn van enige aantasting van haar imago van lageprijswinkel en van de betrouwbaarheidsgraad van haar slogan “*hoge kwaliteit-lage prijs*” wordt in ieder geval niet bewezen. De reclamecampagne strekte er immers toe aan te geven dat ook bij Delhaize goedkope producten konden worden aangekocht.

Het hof stelt ten slotte ook vast dat Aldi verwijst naar het feit dat er op de website van Delhaize tot 27 augustus 2010 in de lijst van 158 producten 121 producten waren die exact

dezelfde prijs hadden als de producten van Aldi. De door Aldi bestreden reclamecampagne van Delhaize heeft echter slechts een aanvang genomen op 26 augustus 2010. Uit het feit dat de lijst op de website met één dag vertraging zou zijn aangepast (blijkbaar tussen 10.15 en 11.15 uur op 27 augustus 2010), kan niet worden afgeleid dat Delhaize zich zou hebben bezondigd aan misleidende prijsvergelijking.

Dit geldt eveneens wat de vergelijking tussen de “365 Chocolate Cookies” van Delhaize en de “New Yorkers cookies” van Aldi betreft. Uit de overgelegde stukken blijkt dat dit product van Delhaize vanaf 26 augustus 2010 goedkoper is geworden dan het product van Aldi en dat dit eveneens vanaf 27 augustus 2010 (tussen 10.15 en 11.15 uur) op de website van Delhaize werd vermeld.

Het besluit luidt bijgevolg dat ook deze eis van Aldi terecht werd verworpen door de eerste rechter.

14. Alle overige ingeroepen middelen zijn niet ter zake dienend en wegen in ieder geval niet op tegen hetgeen door het hof wordt overwogen.

Om deze redenen:

Het hof, rechtdoende na tegenspraak,

Gelet op artikel 24 van de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken;

Verklaart het principaal hoger beroep en het incidenteel beroep ontvankelijk doch enkel het incidenteel beroep gegrond.

Doet het bestreden vonnis teniet, behoudens in zoverre de eis ontvankelijk werd verklaard en de kosten werden vastgesteld.

Opnieuw beslissend,

Wijst alle vorderingen van Aldi af als ongegrond.

Veroordeelt Aldi in de kosten van beide aanleggen en stelt de kosten van het hoger beroep vast op 186 EUR in hoofde van Aldi en op 1.320 EUR in hoofde van Delhaize.

(...)

Noot

Prijsvergelijkingen in de detailhandel: ze moeten niet altijd up-to-date zijn

Jules Stuyck¹

1. *Inleiding.* Prijsvergelijkingen in de detailhandel hebben sedert de legalisering van vergelijkende reclame onder bepaalde voorwaarden, door richtlijn nr. 79/55, een hoge

vlucht genomen. Betwistingen blijven legio. Indien men de voorwaarden voor de toelaatbaarheid van vergelijkende reclame strikt toepast dan is er heel weinig mogelijk. In de

¹ Emeritus hoogleraar KU Leuven, advocaat.

lijn van de rechtspraak van het Hof van Justitie volgens dewelke die voorwaarden in een voor vergelijkende reclame meest gunstige zin moeten worden geïnterpreteerd², heeft het hof van beroep te Brussel in de geannoteerde zaak een niet feilloze prijsvergelijkende reclame van Delhaize, waarin haar prijzen specifiek vergeleken werden met die van Aldi, gebillijkt en de uitspraak van de eerste rechter die de reclame had veroordeeld hervormd. Terecht.

2. De geldende bepalingen. Volgens artikel 19 WMPC, die de bepalingen van de ter zake geldende richtlijn (hierna “richtlijn vergelijkende reclame”)³ correct omzet, is vergelijkende reclame, wat de vergelijking betreft, geoorloofd, op voorwaarde dat ze (...); daarop volgen acht cumulatieve voorwaarden. Hier zijn de volgende voorwaarden van belang met name dat de reclame 1°) niet misleidend is in de zin van de artikelen 88 tot 91 en 96, 1° en (...) 3°) op objectieve wijze één of meer wezenlijke, relevante, controleerbare en representatieve kenmerken van deze goederen en diensten, waartoe ook de prijs kan behoren, met elkaar vergelijkt.

3. De feiten. Delhaize stuurt aan de houders van haar getrouwheidskaart “Plus” een enveloppe, met op de achterzijde de slogan; “*Goedkoper dan de laagste prijzen bij ALDI*. Dat is zoveel meer van Delhaize*”. De asterisk verwijst naar de klein gedrukte tekst op de omslag: “*Je kunt de artikelen in kwestie terugvinden op onze website www.delhaize.be*”. Op de folders in de enveloppe komt dezelfde boodschap terug en de afbeelding van een product “Chocolate Cookies 365”. De slogan komt ook voor op affiches in de winkels van Delhaize. De hoofdpagina van Delhaize’s website bevatte aanvankelijk geen verwijzing naar de actie. Enkele dagen later staat op die pagina: “*Het 365-merk: producten voor elke dag. Op 26 augustus 2010⁴ hebben we de prijs van meer dan 149 producten van het merk 365 vergeleken met die van dezelfde producten bij Aldi.*” Via een link op die pagina kan men een lijst raadplegen met per lijn het Delhaize-365-product, een Aldi-product, de hoeveelheid en de prijs bij beide distributeurs en de datum. Ongeveer elke week wordt de lijst geactualiseerd na controle bij Aldi, meestal op maandag, soms op dinsdag. In functie van de resultaten van die controle past Delhaize haar prijzen aan. Om de campagne van Delhaize te verrijken voerde Aldi onverwacht prijsverminderingen door. Voor een aantal producten klopte de bewering van Delhaize daarom niet meer.

4. Uitspraak in eerste aanleg. Aldi dagvaardt Delhaize

wegens schending van de volgende artikelen van de WMPC: artikelen 19 (voorwaarden voor de toelaatbaarheid van vergelijkende reclame), 88 (misleidende handelspraktijken jegens consumenten), 90 (misleidende omissies jegens consumenten) en 96 (verboden reclame jegens andere personen dan consumenten).

De eerste rechter oordeelt dat Delhaize met de slogan “*Goedkoper dan Aldi*” en “*Goedkoper dan de laagste prijzen bij Aldi*” op de omslag van de mailing, op de folder en op de publicitaire affiches de artikelen 19, 88 en 90 WMPC schendt en veroordeelt haar tot de staking van deze handelingen onder verbeurte van een dwangsom. Aldi wordt afgewezen in zoverre ze de veroordeling van Delhaize vroeg wegens een aantal bijkomende handelingen (aanduidingen in de rekken van de winkels). Deze blijven hier buiten beschouwing.

5. Uitspraak van het hof van beroep – Beginselen. Aldi tekent hoger beroep aan (kennelijk omdat ze niet over de gehele lijn gelijk kreeg). In hoger beroep wordt het eerste vonnis, voor zover het Delhaize veroordeelde, hervormd.

Het hof van beroep geeft eerst de beginselen aan die de materie beheersen.

Aangezien het om handelspraktijken ten aanzien van consumenten gaat die onder het toepassingsgebied van richtlijn nr. 2005/29 over oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten vallen, kunnen, gelet op het volledige harmonisatiekarakter van genoemde richtlijn (hierna richtlijn OHP), in de beoordeling ervan, wat het misleidende karakter betreft, geen strengere criteria worden betrokken dan deze opgelegd door de artikelen 88 tot 91 van de WHPC, die de omzetting van die richtlijn zijn. Het Hof van Justitie besliste immers, zoals door het hof van beroep terecht opgemerkt, in het arrest *Plus Warenhandels-gesellschaft*⁵, dat enkel die nationale wetgeving die alleen op de economische belangen van concurrenten ziet, buiten het toepassingsgebied van die richtlijn valt. Een beoordeling onder artikel 96 WMPC zou dus niet kunnen leiden tot het verbieden van wat onder de artikelen 88 tot 91 WMPC toelaatbaar is.

Vervolgens verwijst het hof naar het arrest van het Hof van Justitie in de zaak *Lidl Belgium*⁶. In dit arrest oordeelde het Hof, zoals trouwens in constante rechtspraak⁷, dat gelet op het feit dat vergelijkende reclame in het belang van de consument een stimulans vormt voor concurrentie tussen leve-

² HvJ, C-112/99, *Jur.* 2001, I-7945, punten 36-37; HvJ, C-44/01, *Pippig Augenoptik*, *Jur.* 2003, I-3095, punt 42; HvJ, C-356/04, *Lidl Belgium*, *Jur.* 2006, I-8501, punt 22.

³ Thans art. 4 richtlijn nr. 2006/114 inzake misleidende reclame en vergelijkende reclame (gecodificeerde versie), aanvankelijk richtlijn 97/55 tot wijziging van richtlijn nr. 84/450 (misleidende reclame) en tot toelating van vergelijkende reclame (*Pb.L.* 1997, afl. 144/19).

⁴ De dag voordien.

⁵ HvJ, C-304/08, *Plus Warenhandels-gesellschaft*, *Jur.*, I-217, punt 39; zie ook HvJ 30 juni 2011, C-288/10, *Wamo* en HvJ, C-126/11, *Inno/UNIZO*, voorlopig enkel te consulteren op www.curia.europa.

⁶ Zie rechtspraak geciteerd in vn. 2.

⁷ Zie vorige voetnoot.

ranciers de aan dergelijke reclame gestelde eisen in de voor deze reclame meest gunstige zin dienen te worden uitgelegd.

Om te oordelen of de litigieuze vergelijkende reclame van Delhaize misleidend is stelt het hof van beroep dat met de twee volgende elementen uit de rechtspraak van het Hof van Justitie rekening dient te worden gehouden: (i) vergelijkende reclame die vermeldt dat het algemene prijsniveau van de adverteerder lager is dan dat van zijn belangrijkste concurrenten, terwijl enkel een staal producten is vergeleken, kan misleidend zijn wanneer uit de reclameboodschap niet blijkt dat slechts een staal producten en niet alle producten van de adverteerder zijn vergeleken (*Lidl Belgium*)⁸; (ii) de vergelijking kan misleidend zijn indien een aanzienlijk aantal consumenten tot wie de advertentie zich richt, tot aankoop zouden besluiten in de onjuiste overtuiging dat de door de adverteerder samengestelde productenkorf representatief is voor diens algemeen prijsniveau (*Lidl SNC / Vierzon*)⁹. Uit laatstgenoemd arrest¹⁰ kan m.i. worden afgeleid dat het “aanzienlijk aantal consumenten” geen andere betekenis heeft dan de gemiddelde consument.

Het hof dient dus na te gaan of de slogans van Delhaize misleidend zijn voor de gemiddelde, d.w.z. redelijk geïnformeerde, omzichtige en oplettende consument tot wie deze reclame is gericht. Dit is het geval wanneer de slogans bij deze consument de indruk wekken of kunnen wekken dat de bewering van Delhaize betrekking heeft op een algemeen niveau van prijzen op grond van een vergelijking van een representatieve korf, en derhalve niet alleen geldt voor een aantal “365”-producten van Delhaize.

6. Geen misleidende prijsvergelijkende reclame. In casu is er volgens het hof van misleiding geen sprake om de volgende redenen.

Vooreerst beweert Delhaize dat de omslagen en folders enkel naar houders van een “Plus”-kaart werden gestuurd. Het tegendeel wordt niet bewezen.

Vervolgens konden de affiches enkel worden waargenomen door de consumenten die zich reeds in de winkels bevonden.

Ten derde weet de gemiddelde consument dat Delhaize algemeen gesproken niet goedkoper is dan Aldi. Bij de slogan werd via een asterisk duidelijk gemaakt op welke artikelen, namelijk deze die konden worden teruggevonden op de website van Delhaize, de reclame betrekking had.

Ten vierde heeft Delhaize door middel van een voldoende aantal kaartjes in de winkelrekken ter hoogte van de betrokken producten de aandacht van de consument die haar win-

kel bezocht, gevestigd op de producten die volgens haar goedkoper waren.

Ten slotte is het op zich niet verboden om uit te gaan van een prijs die door de concurrent effectief werd gehanteerd, zelfs al is deze prijs bij het voeren van de reclame mogelijk reeds geëvolueerd. Deze vergelijking gebeurt wel degelijk op basis van relevante gegevens. Er kan van een handelaar die prijsvergelijkingen maakt niet worden geëist dat de referentieprijzen perfect up-to-date zouden zijn, want dit zou elke prijsvergelijkende reclame onmogelijk maken.

Lichte prijswijzigingen of zelfs kleine fouten maken de prijsvergelijking nog niet misleidend. Daarvoor is vereist dat een voldoende groot aantal gemiddelde consumenten erdoor worden beïnvloed.

De analyse van het hof en het besluit waartoe het komt, kunnen worden bijgevallen.

7. Volledige harmonisatie. Het hof overweegt dat gelet op het volledige harmonisatiekarakter van de richtlijn OHP die handelspraktijken jegens consumenten beheerst, het eventueel misleidende karakter van de prijsvergelijkende reclame enkel in het licht van de artikelen 88-91 WMPC (bepalingen over misleidende handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten) moet worden beoordeeld (met uitsluiting van art. 96 WMPC dat onder meer misleidende reclame verbiedt jegens andere personen dan consumenten)¹¹. Hier kan nuttig worden toegevoegd dat volgens het Hof van Justitie de richtlijnbevestigingen inzake vergelijkende reclame eveneens een volledige harmonisatie tot stand brengen en dat dit ook geldt voor het misleidingsverbod bij misleidende reclame¹².

8. Het misleidingcriterium – De referentieconsument. M.b.t. de vraag wanneer een prijsvergelijkende reclame misleidend is verwijst het hof van beroep naar *Lidl SNC*¹³. Ook hier ging het om prijsvergelijkende reclame tussen distributeurs. In een plaatselijke krant in Frankrijk verscheen een advertentie van Vierzon Distribution, waarin kassabonnen waren afgebeeld die – zonder aanduiding van specifieke merken, maar in voorkomend geval wel van gewicht of volume – 34 producten opsomden, hoofdzakelijk levensmiddelen, die waren aangekocht in respectievelijk de door Vierzon Distribution en de door Lidl geëxploiteerde supermarkt. De totale aankoopprijs bedroeg bij Vierzon Distribution 46,30 EUR en bij Lidl 51,40 EUR. Deze advertentie bevatte ook de slagzinnen “*E. Leclerc is niet te verslaan! Lage prijzen: het bewijs is geleverd dat E. Leclerc nog steeds de goedkoopste is*” en “*wat in het Engels ‘hard discount’ heet, is in*

⁸ HvJ, *Lidl Belgium*, geciteerd (zie punt 85).

⁹ HvJ, C-159/09, *Lidl SNC, Jur.*, I-11761, punt 56.

¹⁰ In punt 44 verwijst het Hof naar de gemiddelde consument.

¹¹ Onder verwijzing naar HvJ, C-304/08, *Plus Warenhandelsgesellschaft*, geciteerd in vn. 5; zie ook de andere daar geciteerde rechtspraak.

¹² Zie vn. 5, r.o. 44.

¹³ Zie vn. 9.

het Frans 'E. Leclerc'." Het Hof van Justitie oordeelde dat een advertentie zoals de betwiste advertentie ten eerste misleidend kan zijn indien de verwijzende rechter, rekening houdend met alle relevante omstandigheden van het betrokken geschil en in het bijzonder met de vermeldingen of weglatingen in de advertentie, vaststelt dat *een aanzienlijk aantal consumenten* tot wie de advertentie zich richt, tot aankoop zou kunnen besluiten in de onjuiste overtuiging dat de door de adverteerder samengestelde productenkorf representatief is voor diens algemene prijsniveau ten opzichte van zijn concurrent. Die consumenten zouden aldus kunnen geloven dat wanneer zij regelmatig hun gangbare consumptiegoederen zouden aankopen bij de adverteerder en niet bij de betrokken concurrent, besparingen zouden kunnen realiseren van de door de betwiste advertentie vermelde omvang, of dat zij in de onjuiste overtuiging verkeren dat alle producten van de adverteerder goedkoper zijn dan deze van zijn concurrent (met verwijzing naar *Lidl Belgium*, punten 83 en 84). Zoals hoger aangegeven moet aan de uitdrukking "aanzienlijk aantal consumenten" geen andere betekenis worden gegeven dan aan de uitdrukking "de gemiddelde consument".

In dit verband kan ook verwezen worden naar de eerder¹⁴ vermelde arresten *Pippig Augenoptik* en *Lidl Belgium*. In *Pippig Augenoptik*¹⁵ oordeelde het Hof dat het de vrije economische keuze van de adverteerder is hoe vaak hij zijn eigen producten met die van zijn concurrenten wil vergelijken. Een eventuele verplichting om elke prijsvergelijking tot de gemiddelde prijzen van de door de adverteerder aangeboden producten en de concurrerende producten te beperken, is in strijd met de doelstellingen van de Gemeenschapswetgever. In *Lidl / Colruyt*¹⁶ herhaalde het Hof dat het de vrije economische keuze van de adverteerder is om te bepalen hoe vaak hij zijn eigen producten met die van zijn concurrenten vergelijkt¹⁷.

Het hof van beroep leidt uit een en ander af dat het moet nagaan of die reclame bij de gemiddelde, d.w.z. redelijke geïnformeerde, omzichtige en oplettende consument tot wie deze reclame gericht is, de indruk wekt of kan wekken dat die bewering betrekking heeft op een algemeen niveau van prijzen.

9. De noodzakelijke tolerantie. Het arrest is m.i. vooral interessant waar het oordeelt dat lichte prijswijzigingen of zelfs kleine fouten de prijsvergelijking nog niet misleidend maken. Daarvoor is, aansluitend bij de jurisprudentie van het Hof van Justitie, vereist dat een voldoende groot aantal consumenten (de gemiddelde consument) erdoor wordt beïnvloed. Inzonderheid is de gemiddelde consument er zich van

bewust dat een distributieketen niet kan garanderen dat de prijs van de concurrent nog altijd dezelfde is op het ogenblik dat de reclame wordt aangebracht, noch dat de reclame onmiddellijk wordt aangepast of verwijderd, indien de concurrent overgaat tot een prijsverlaging.

10. De uitspraak in de context van de recente jurisprudentie van het Hof van Justitie over de richtlijn OHP. Een gelijkwaardig probleem, met name het onjuist worden van een te goeder trouw opgestelde reclameboodschap naar aanleiding van de interventie van een concurrent, maar dan buiten het domein van de vergelijkende reclame, deed zich voor in een zaak die aanleiding gaf tot een recent arrest van het Hof van Justitie over de interpretatie van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken. In de zaak *CHS Tour Services*¹⁸ verweet CHS Tour Services haar concurrent Team4 Travel dat zij in haar brochures exclusieve hotelkamers had aangeboden terwijl CHS Tours inmiddels met de betrokken hotels ook boekingsafspraken had gemaakt, wat Team4 Travel niet wist. Team4 Travel werd door CHS beschuldigd van misleidende reclame door het verspreiden van onjuiste gegevens.

In artikel 6, 1. richtlijn OHP, wordt als misleidend 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 (eerste voorwaarde), 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 (tweede voorwaarde).

Team4 Travel betwistte de feiten niet maar beriep zich op de mogelijkheid tot exoneratie die hij naar nationaal (Oostenrijks) recht had bij toepassing van de algemene norm inzake oneerlijke handelspraktijken. Die norm verbiedt gedragingen die strijdig zijn met de vereisten van de professionele toewijding en zet, zoals artikel 84 WMPC, artikel 5, 2. van de richtlijn om in nationaal recht. Het verbod van misleidende handelspraktijken is een nadere concretisering van die algemene norm. Onder die algemene norm zou de adverteerder, naar Oostenrijks recht, hebben kunnen inroepen dat hij niet onrechtmatig had gehandeld omdat de informatie die hij verspreid had weliswaar onjuist was maar dat hij dat niet kon weten. Het Oostenrijkse Oberster Gerichtshof (OGH) vroeg daarom aan het Hof van Justitie, kort gezegd, of bij de toepassing van de misleidingsnorm in artikel 6 van de richtlijn rekening kan worden gehouden met de algemene norm van artikel 5, 2. Het Oberste Gerichtshof had evenwel reeds vast-

¹⁴. Zie vn. 2.

¹⁵. In punt 81 van het arrest.

¹⁶. In punt 29.

¹⁷. Zie hierover ook G.L. BALLON, commentaar bij *Lidl / Colruyt* in E. TERRY, G. STRAETMANS en V. COLAERT (eds.), *Landmark Cases of EU Consumer Law*, Cambridge, Intersentia, 2013, 371.

¹⁸. HvJ 19 september 2013, C-435/11, *CHS Tours Services GmbH / Team4 Travel GmbH*, voorlopig enkel te consulteren op www.curia.europa.eu.

gesteld dat de in de brochures van Team4 Travel opgenomen informatie over de exclusiviteit objectief onjuist is en voor de gemiddelde consument *dus* een misleidende handelspraktijk in de zin van artikel 6, 1. van deze richtlijn oplevert. De verwijzende rechter vroeg zich af of het voor de toepassing van artikel 6, 1., en voor de kwalificatie van de praktijk als “misleitend” in de zin van die bepaling volstaat dat die praktijk slechts aan de hand van de daarin genoemde criteria wordt beoordeeld, aan welke criteria blijkens de vaststellingen van die rechter *in casu* is voldaan, dan wel of tevens moet worden nagegaan of ook is voldaan aan de in artikel 5, 2., *sub a*) van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken vervatte voorwaarde dat de handelspraktijk in strijd is met de vereisten van professionele toewijding, hetgeen *in casu* echter niet het geval zou zijn omdat de betrokken touroperator alles heeft gedaan ter waarborging van de exclusiviteit waar hij zich in zijn verkoopbrochures op beroept.

Het Hof van Justitie oordeelde dat gelet op de bewoordingen en de systematiek van artikel 5 en artikel 6, 1. van deze richtlijn alsook op haar algemene opzet, een handelspraktijk als “misleitend” in de zin van artikel 6, 1., moet worden beschouwd wanneer *aan de in die bepaling genoemde criteria is voldaan*, zonder dat hoeft te worden nagegaan of ook is voldaan aan de in artikel 5, 2., *sub a*) van de richtlijn opgenomen voorwaarde dat die praktijk in strijd is met de vereisten van professionele toewijding. Opgemerkt zij dat deze uitspraak van het Hof beperkt is tot de eerste voorwaarde van artikel 6, 1.: een onjuiste reclame kan misleitend zijn ook al is er geen professionele fout. De vraag of aan de tweede voorwaarde is voldaan (met name of de gemiddelde consument wordt beïnvloed) blijft hier evenwel buiten beschouwing.

Het is precies op basis van het niet voldaan zijn van de tweede voorwaarde, de beïnvloeding van de gemiddelde consument, dat het hof van beroep in de geannoteerde zaak tot het besluit kwam dat de onjuiste prijsvergelijkende reclame niet misleitend was in de zin van de artikel 19, § 1, 1° WMPC.

Het belang, voor de kwalificatie van reclame als misleitend in de zin van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken, dat voldaan is aan beide voorwaarden van artikel 6, 1. van die richtlijn werd duidelijk onderstreept in het recente arrest *Trento Sviluppo*¹⁹. De Italiaanse Consiglio di Stato stelde de volgende prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie. Moet de uitdrukking “*e in ogni caso*” in de Italiaanse taalversie van artikel 6, 1. van richtlijn nr. 2005/29/EG (letterlijk: “in elk geval”, *cf.* de Nederlandse versie: “in het ene als in het andere geval”) aldus worden uitgelegd dat één van de in het

eerste deel van het genoemde lid bedoelde voorwaarden volstaat om een praktijk te kwalificeren als een misleidende handelspraktijk, of is van een dergelijke handelspraktijk alleen sprake indien ook is voldaan aan de aanvullende voorwaarde dat de handelspraktijk de consument ertoe kan brengen een afwijkend besluit over een transactie te nemen?

Volgens de verwijzende rechter is de moeilijkheid om artikel 6, 1. van richtlijn nr. 2005/29 uit te leggen, terug te voeren op de verschillen tussen de taalversies ervan²⁰. De Italiaanse versie (die de uitdrukking “*e i ogni caso*” gebruikt) en de Duitse versie (die de uitdrukking “*und [...] in jedem Fall*” gebruikt)²¹ lijken immers een algemene bepaling te betreffen krachtens welke de omstandigheid dat een handelspraktijk de consument ertoe kan brengen zijn transactiegedrag te wijzigen, op zich volstaat om deze handelspraktijk als misleitend te kwalificeren. De Engelse versie (die gebruik maakt van de uitdrukking “*and in either case*”) en de Franse versie (“*et dans un cas comme dans l'autre*”)²² lijken er daarentegen op te wijzen dat van een misleidende praktijk pas sprake is als is voldaan aan zowel een van de twee alternatieve voorwaarden van het eerste deel van de aanhef van dat artikel als aan de voorwaarde dat de handelspraktijk het besluit van een consument over een transactie moet kunnen beïnvloeden.

Het Hof van Justitie antwoordde, op basis van de doelstellingen van de richtlijn, dat een handelspraktijk moet worden aangemerkt als “misleitend” in de zin van artikel 6, lid 1 van richtlijn nr. 2005/29, wanneer die praktijk *ten eerste* gepaard gaat met onjuiste informatie of de gemiddelde consument kan bedriegen en *ten tweede* van dien aard is dat zij de consument ertoe kan brengen een besluit over een transactie te nemen dat hij anders niet had genomen. M.a.w. reclame die niet van aard is de consument te beïnvloeden (tweede voorwaarde van art. 6, lid 1 richtlijn), is niet verboden, ook al is die informatie feitelijk onjuist.

11. *Een coherente interpretatie van het misleidingsverbod in beide richtlijnen.* Uit de recente rechtspraak van het Hof van Justitie lijkt te volgen dat feitelijk onjuiste informatie die van aard is het publiek te misleiden als misleitend moet worden beschouwd (eerste voorwaarde van art. 6, 1. richtlijn oneerlijke handelspraktijken) ook al zou de adverteerder kunnen aantonen dat hem bij de onjuistheid van de informatie geen schuld treft. Wel oordeelde het Hof dat vergelijkende reclame die op ondergeschikte punten onjuist is niet automatisch misleitend is. Dat zal slechts het geval zijn indien een voldoende groot aantal consumenten, m.a.w. de gemiddelde consument, beïnvloed wordt (kan beïnvloed worden)²³.

¹⁹ HvJ 19 december 2013, C-281/12, *Trento Sviluppo*, voorlopig enkel te consulteren op www.curia.europa.eu.

²⁰ Voor nog een frappanter voorbeeld van verschillen tussen de taalversies van, *in casu* een punt uit de bijlage bij de richtlijn OHP (piramidesystemen), zie concl. Adv. Gen. SHARPSTON in de zaak *4 Finance*, C-515/120, van 19 december 2013.

²¹ “In elk geval.”

²² Het Hof wijst er op dat dit ook zo is in de Spaanse versie “*y en cualquiera de estos casos*” (r.o. 25).

²³ Zie HvJ, V-159/09, *Lidl SNV*, geciteerd in vn. 9, punten 53-56.

Al dan niet vergelijkende reclame die feitelijk onjuist is kan misleiden, ook al treft de adverteerder geen schuld. Diezelfde reclame zal echter slechts als misleidende reclame moeten en mogen verboden worden indien ze van aard is dat ze de gemiddelde consument (in de rechtspraak over vergelijkende reclame aangeduid als een voldoende groot aantal consumenten) ertoe brengt of kan brengen een besluit over een transactie te nemen dat hij anders niet had genomen.

Het misleidingsbegrip uit de richtlijn vergelijkende reclame is m.a.w. niet verschillend van dat uit de richtlijn OHP.

Aldus maakt *Trento Sviluppo* in zeker zin duidelijk dat de uitspraak van het hof van beroep in de geannoteerde zaak zich verdraagt met het *CHS Tour*-arrest van het Hof van Justitie. De (deels) onjuiste prijsvergelijkende reclame is weliswaar op zich geëigend de consument te misleiden maar is per saldo niet misleidend, in de zin van artikelen 19, § 1 en artikel 88 WMPC omdat zij de gemiddelde consument niet tot een besluit over een transactie brengt dat hij anders niet had genomen. Al dan niet vergelijkende reclame is maar misleidend indien aan de beide voorwaarden van artikel 6, 1.

richtlijn OHP (zoals weergegeven in art. 88 WMPC) voldaan is.

12. Besluit. De uitspraak van het hof van beroep dat prijsvergelijkende reclame in de detailhandel niet misleidend (in de zin van art. 19, § 1, 1° WMPC) en verboden is omdat de concurrent waarmee vergeleken wordt zijn prijzen inmiddels heeft aangepast, kan worden bijgevalen. Deze uitspraak ligt in de lijn van de beoordeling van prijsvergelijkende reclame (richtlijn vergelijkende reclame) en misleidende reclame (richtlijn OHP) in de jurisprudentie van het Hof van Justitie. Eisen dat de prijsvergelijking op elk moment up-to-date is maakt prijsvergelijkingen onmogelijk. Van misleidende (vergelijkende) reclame is bovendien slechts sprake indien, ten eerste, de reclame de consument misleidt of kan misleiden en zij, ten tweede, hem ertoe brengt of kan brengen een besluit over een transactie te nemen dat hij anders niet had genomen (zie ook art. 88, aanhef WMPC). De uitspraak is eveneens in overeenstemming met de jurisprudentie van het Hof van Justitie die aanvaardt dat prijsvergelijkingen worden gemaakt met een beperkt assortiment, op voorwaarde dat de adverteerder dit aan de consument voldoende duidelijk maakt.