

In naam van de Koning



vonnis

RECHTBANK ROTTERDAM

Team handel en haven

zaaknummer / rolnummer: C/10/545346 / KG ZA 18-194

Vonnis in kort geding van 12 april 2018

in de zaak van

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

PHILIPS NEDERLAND B.V.,

gevestigd te Eindhoven,

2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

PHILIPS CONSUMER LIFESTYLE B.V.,

gevestigd te Eindhoven,

eiseressen,

advocaten mrs. Th.Y. Adam-van Straaten en L. Varela te Rotterdam,

tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

PROCTER & GAMBLE NEDERLAND B.V.,

gevestigd te Rotterdam,

gedaagde,

advocaat mr. A.W.G. Artz te Rotterdam.

Eiseressen zullen hierna gezamenlijk Philips worden genoemd. Gedaagde zal P&G worden genoemd.

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding van 23 februari 2018, met producties 1 tot en met 21;
- de akte eisvermeerdering tevens houdende overlegging nadere producties (22 en 23);
- de aanvullende producties 24 tot en met 27;
- de akte houdende overlegging producties (1 tot en met 14) van P&G;
- de mondelinge behandeling op 29 maart 2018;
- de pleitnota van Philips;
- de pleitnota van P&G.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

236

2. De feiten

2.1. Philips en P&G brengen beide elektrische tandenborstels op de markt. P&G doet dat onder de merknaam Oral-B. Het huidige topmodel van P&G is de Oral-B Genius. De productlijn van Philips is genaamd Sonicare. Het topmodel van Philips is de Sonicare DiamondClean (hierna ook: de DiamondClean).

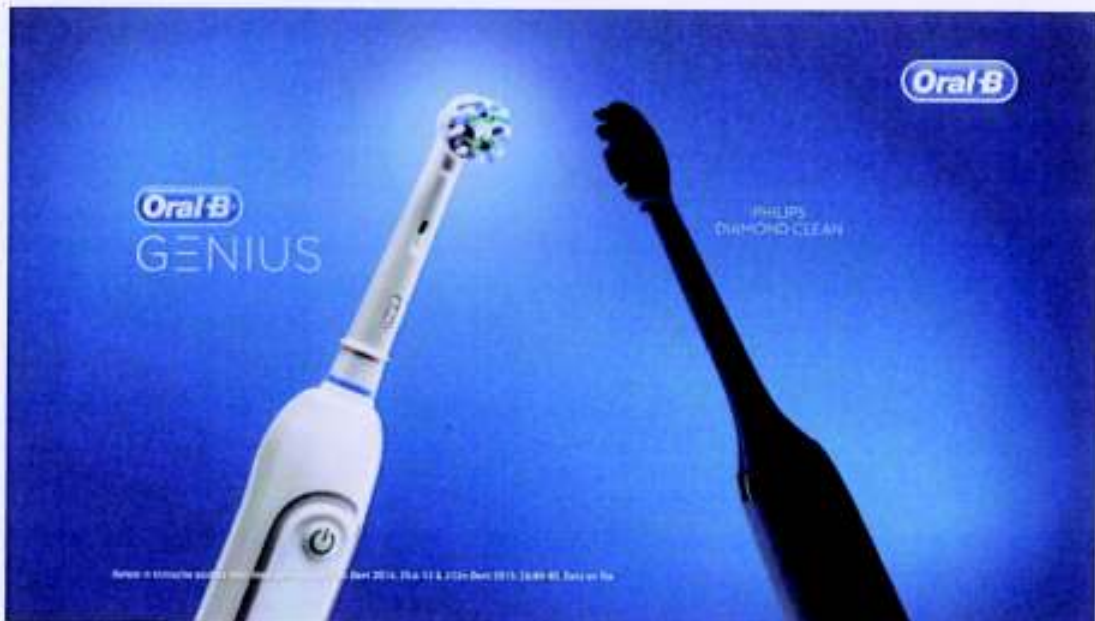
2.2. De door Philips en P&G op de markt gebrachte elektrische tandenborstels verschillen van elkaar wat betreft (onder andere) het aandrijfmechaniek: de kop van de Sonicare elektrische tandenborstels beweegt zijwaarts, van links naar rechts, terwijl de Oral-B elektrische tandenborstels een oscillerend-roterend-pulserend aandrijfmechaniek hebben. Kenmerkend voor de Sonicare elektrische tandenborstels is dat de koppen van de opzetborstels ovaal zijn. Kenmerkend voor de Oral-B elektrische tandenborstels is dat de koppen van de opzetborstels rond zijn.

2.3. P&G heeft in februari 2018 een reclamecampagne gelanceerd ter promotie van de Oral-B Genius (hierna: de reclamecampagne). De reclamecampagne bestond uit een op de Nederlandse televisie uitgezonden commercial (hierna: de commercial) en onderstaande poster, die inabri's (bushokjes) en reclamepanelen door heel Nederland heeft gehangen.



2.4. De reclameposter bevat een verwijzing naar publicaties in wetenschappelijke tijdschriften. Door middel van een asterisk achter de tekst "reinigt beter" wordt verwezen naar de tekst linksonder op de poster, welke tekst luidt: "Getest in klinische studies over meerdere weken. Clin Dent 2014; 25:6-12 & J Clin Dent 2015; 26:80-85. Data on file."

2.5. De commercial bestaat uit onderstaande beelden en een voice-over. De voice-over luidt: "Zoek je de beste tandenborstel? De Oral-B Genius met zijn ronde borstelkop reinigt beter voor gezonder tandvlees. Kies voor het beste. Nu met vijftig procent korting bij Bol.com." De tekst linksonder in beeld, die tijdens de hele commercial in beeld is, luidt: "Getest in klinische studies over meerdere weken. Clin Dent 2014; 25:6-12 & J Clin Dent 2015; 26:80-85. Data on file". De tekst die rechtsonder in beeld komt luidt: "vs gewone manuele tandenborstel". De asterisk achter de tekst "rond reinigt beter" verwijst naar die tekst.





2.6. Philips en de rechtsvoorgangster van P&G hebben diverse gerechtelijke procedures gevoerd over reclames voor elektrische tandenborstels van de ander. Naar aanleiding hiervan, hebben zij op 14 juni 2005 een vaststellingsovereenkomst gesloten (hierna: de vaststellingsovereenkomst). In deze vaststellingsovereenkomst staat onder andere:

B *Definitions*

Article 3 (...)

"Science" means (i) an independent controlled clinical study, (ii) that establishes the relevant claim, (iii) where conclusions are based upon statistically significant results, and (iv) that is repeatable by another independent investigator.

"New Science": For the purpose of Article 12 the Parties agree that "New Science" shall mean a completed clinical study with the final report signed by the investigator and which has been submitted to and accepted by a peer reviewed journal after the execution of the Settlement Agreement.

(...)

D *Allowed and prohibited claims*

Article 9. General principles

(...) As sufficient substantiation such superiority or comparative claims require 'Science' as defined in Article 3. (...)

9.1 Specific superiority claims Each Party may claim superiority of their Power Toothbrushes over Power Toothbrushes of the other Party and/or compare its Power Toothbrushes with Power Toothbrushes of the other Party, when referring to individual features, properties and/or any other fact relevant for any of the particular Addressees and as far as the requirements of the general principles above are met.

(...)

9.3 Denigration

Each Party shall refrain from referring to the other Party's Power Toothbrushes or brand in a denigrating way.

Principles for specific claims

(...)

9.13

Annex 3 contains a non-exhaustive list of explicitly allowed and prohibited claims.

E

Effective Date, Term and cessation of prohibited Promotional Activity

(...)

Article 12. New Science

If New Science sufficiently substantiates a claim for a Power Toothbrush which is determined as a prohibited claim in this Settlement Agreement, such claim shall no longer be a prohibited claim for the relevant Power Toothbrush(es).

Annex 3

Non-exhaustive list of explicitly allowed and prohibited (use of) claims by Gillette and Philips respectively

(...)

Prohibited claims for Gillette are:

(...)

"Cleans better than other power toothbrushes"

2.7. Bij e-mailbericht van 8 februari 2018 heeft Philips haar bezwaren tegen de reclamecampagne aan P&G kenbaar gemaakt.

2.8. Bij brief van 12 februari 2018 heeft P&G Philips bericht dat de reclamecampagne diezelfde week eindigt, maar dat zij zich het recht voorbehoudt om in de toekomst een soortgelijke reclamecampagne uit te rollen. P&G stelt in de brief – samengevat – dat alle claims worden onderbouwd door klinisch bewijs en dat de zogenoemde disclaimers op de reclameposter en in de commercial leesbaar zijn.

2.9. In de periode van 8 tot en met 10 maart 2018 heeft P&G/Oral-B op de Dental Expo in beursgebouw de RAI in Amsterdam gestaan. De claim “rond reinigt beter” was afgebeeld op de achterwand van de stand van Oral-B. Een disclaimer ontbrak.

3. Het geschil

3.1. Philips vordert – na vermeerdering van eis, samengevat – bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

1. P&G te bevelen de openbaarmaking en verspreiding van, onder meer, de reclamecampagne te staken en gestaakt te houden, op straffe van verbeurte van een dwangsom;
2. P&G te bevelen de openbaarmaking en verspreiding van de claim “rond reinigt beter”, zoals omschreven in de akte eisvermeerdering, te staken en gestaakt te houden, op straffe van verbeurte van een dwangsom;
3. P&G te bevelen de inbreuk op de merken van Philips te staken en gestaakt te houden;
4. P&G te bevelen een rectificatie te doen verschijnen op televisie en op de website van Oral-B,

met veroordeling van P&G in de volledige proceskosten als bedoeld in artikel 1019h Rv en de nakosten. Philips verzoekt de redelijke termijn voor het instellen van de eis in de hoofdzaak als bedoeld in artikel 1019i Rv te stellen op zes maanden na betekening van dit vonnis.

3.2. P&G voert verweer en concludeert tot afwijzing, dan wel gedeeltelijke afwijzing, van de vorderingen, met veroordeling van Philips in de proceskosten.

3.3. Op de voor de beoordeling van belang zijnde stellingen van partijen wordt hierna ingegaan.

4. De beoordeling

Het spoedeisend belang

4.1. Het – voor toewijzing van een vordering in kort geding vereiste – spoedeisend belang bij de gevorderde voorzieningen volgt uit de stellingen van Philips. Het spoedeisend belang van Philips is ook niet door P&G betwist.

Juridisch kader waarbinnen de vorderingen moeten worden beoordeeld

4.2. Tussen partijen is niet in geschil dat in dit geval sprake is van vergelijkende reclame als bedoeld in artikel 6:194a BW. Onder vergelijkende reclame moet volgens het

eerste lid van dat artikel worden verstaan elke vorm van reclame waarbij een concurrent of een door een concurrent aangeboden goed of dienst, uitdrukkelijk of impliciet, wordt genoemd. Vergelijkende reclame is op grond van het tweede lid van dat artikel toegestaan, op voorwaarde dat de reclame:

- a. niet misleidend of een misleidende handelspraktijk als bedoeld in de artikelen 6:193c tot en met 6:193g BW is;
 - b. (...)
 - c. op objectieve wijze een of meer wezenlijke, relevante, controleerbare en representatieve kenmerken van deze goederen en diensten, zoals de prijs, met elkaar vergelijkt;
 - d. (...)
 - e. niet de goede naam schaadt van of zich niet kleinerend uitlaat over de merken, handelsnamen, andere onderscheidende kenmerken, goederen, diensten, activiteiten of omstandigheden van een concurrent;
- (...).

4.3. Het hiervoor onder a genoemde artikel 6:193c BW bepaalt dat een handelspraktijk misleidend is als informatie wordt verstrekt die feitelijk onjuist is of die de gemiddelde consument misleidt of kan misleiden, al dan niet door de algemene presentatie van de informatie, zoals ten aanzien van:

- a. (...)
 - b. de voornaamste kenmerken van het product, zoals beschikbaarheid, voordelen, risico's, uitvoering, samenstelling, accessoires, klantenservice en klachtenbehandeling, procédé en datum van fabricage of verrichting, levering, geschiktheid voor het gebruik, gebruiksmogelijkheden, hoeveelheid, specificatie, geografische of commerciële oorsprong, van het gebruik te verwachten resultaten, of de resultaten en wezenlijke kenmerken van op het product verrichte tests of controles;
- (...)

4.4. Artikel 6:195 lid 1 BW bepaalt dat in het geval op grond van artikel 6:194a BW een vordering wordt ingesteld tegen iemand die inhoud en inkleding van de mededeling geheel of ten dele heeft bepaald of doen bepalen, op hem de bewijslast rust ter zake van de juistheid of volledigheid van de feiten die in de mededeling zijn vervat of daardoor worden gesuggereerd en waarop de ongeoorloofdheid van de vergelijkende reclame berust. Omdat in een kort gedingprocedure de gewone bewijsregels – vanwege het karakter van de procedure – niet van toepassing zijn, behoeft in deze procedure de juistheid of volledigheid van de feiten die in de mededeling zijn vervat of daardoor worden gesuggereerd en waarop de ongeoorloofdheid van de vergelijkende reclame berust slechts aannemelijk te worden gemaakt.

4.5. Artikel 6:196 lid 1 BW bepaalt dat als iemand door het openbaar maken of laten openbaar maken van een ongeoorloofde vergelijkende reclame aan een ander schade heeft toegebracht of dreigt toe te brengen, de rechter hem op vordering van die ander het openbaar maken of laten openbaar maken van zodanige ongeoorloofde vergelijkende reclame kan verbieden en hem kan veroordelen tot het openbaar (laten) maken van een rectificatie van die ongeoorloofde vergelijkende reclame. Zulks kan, op de voet van artikel 254 Rv, ook bij wijze van voorlopige voorziening.

4.6. Daarnaast is de hiervoor onder 2.6 bedoelde vaststellingsovereenkomst relevant voor de beoordeling van de vorderingen.

Beoordeling van de vordering onder 1

4.7. Philips legt aan haar vordering strekkende tot staking en het gestaakt houden van openbaarmaking en verspreiding van de reclamecampagne ten grondslag dat de reclamecampagne ongeoorloofd is, omdat niet is voldaan aan de vereisten genoemd in artikel 6:194a lid 1 BW onder a, c en e, en tevens in strijd wordt gehandeld met de tussen partijen gesloten vaststellingsovereenkomst.

4.8. Philips stelt dat haar DiamondClean in de commercial en op de reclameposter "in feite in het 'zwart' afgebeeld is". Zij stelt zich op het standpunt dat deze wijze van afbeelden geen enkel doel dient en onnodig denigrerend is, hetgeen in strijd is met artikel 6:194a lid 1 BW onder e en artikel 9.3 van de vaststellingsovereenkomst. Omdat naast de zwarte afbeelding de tekst "Philips Diamond Clean" staat, is duidelijk om welk product het gaat. Er is dus geen enkele noodzaak om de DiamondClean zwart te maken. Het zwart maken heeft uitsluitend tot doel de reputatie van de DiamondClean te schaden. Het zwart afbeelden roept de associatie met tandbederf op en wekt, ten onrechte, de indruk dat sprake is van een inferieur product, aldus Philips.

4.9. Philips wordt hierin niet gevolgd. P&G betwist dat zij de DiamondClean in het zwart heeft afgebeeld. Zij stelt dat de DiamondClean in de schaduw is geplaatst. P&G stelt dat de DiamondClean is afgebeeld in het donkerblauw, tegen een blauwe achtergrond. Aldus is een schaduweffect gecreëerd. P&G heeft dat, naar eigen zeggen, gedaan om de aandacht te vestigen op het product waarvoor reclame wordt gemaakt: de Oral-B Genius, die in de schijnwerpers is geplaatst.

4.10. Volgens de Memorie van Toelichting bij artikel 6:194a BW is het enkele feit dat het product waarmee een vergelijking wordt gemaakt er minder goed uitspringt onvoldoende om aan te nemen dat reeds daardoor de goede naam wordt geschonden of dat daarmee vaststaat dat de adverteerder zich kleinerend heeft uitgelaten. De reclame-uiting mag echter niet in nodeloos grievende of nodeloos denigrerende bewoordingen of inkleding worden gedaan (Kamerstukken II 2000/01, 27 619, nr. 3, p. 18). Aangenomen dat de DiamondClean niet zwart, maar in de schaduw is afgebeeld, en dat dit een doel dient, is, naar het voorlopige oordeel van de voorzieningenrechter, van een nodeloos denigrerende inkleding geen sprake.

4.11. Philips stelt zich daarnaast op het standpunt dat de commercial en de reclameposter niet voldoen aan het in artikel 6:194a lid 1 BW onder c genoemde vereiste, inhoudende dat sprake moet zijn van een vergelijking van een of meer wezenlijke, relevante, controleerbare en representatieve kenmerken van het product, en in strijd zijn met artikel 9.1 van de vaststellingsovereenkomst. De in de commercial en op de reclameposter afgebeelde claim "reinigt beter" is niet specifiek genoeg. Een goede reiniging is namelijk afhankelijk van meerdere factoren. De claim kan daardoor duiden op gezonder tandvlees, verminderd tandplak, et cetera, aldus Philips.

4.12. Overwogen wordt het volgende.

Algemeen bekend wordt verondersteld dat de functie van een (elektrische) tandenborstel is het poetsen van tanden en kiezen, dat het doel van tandenpoetsen is het reinigen van het gebit, dat die reiniging bestaat uit het verwijderen van tandplak, en dat het onvoldoende verwijderen van tandplak gaatjes, tandsteen en tandvleesontsteking kan veroorzaken. De claim "reinigt beter" kan in het licht hiervan niet anders worden opgevat dan dat daarmee wordt bedoeld op de mate waarin tandplak wordt verwijderd. Kenmerkend voor een tandenborstel is immers dat daarmee tandplak kan worden verwijderd. De mate waarin dit gebeurt, is bepaalbaar. Sprake is dus van een vergelijking van een wezenlijk, relevant, controleerbaar en representatief kenmerk van het product.

4.13. Philips stelt zich voorts op het standpunt dat de commercial en de reclameposter niet voldoen aan het in artikel 6:194a lid 1 BW onder a genoemde vereiste, inhoudende dat de vergelijkende reclame niet een misleidende handelspraktijk als bedoeld in artikel 6:193c BW mag zijn, en in strijd zijn met artikel 9.1 van de vaststellingsovereenkomst. Door de algemene presentatie van de informatie die P&G verstrekt, wordt de gemiddelde consument misleid, dan wel kan deze worden misleid, aldus Philips.

4.14. Ten aanzien van de commercial voert Philips het volgende aan. Door de wijze waarop de claim "rond reinigt beter" wordt gepresenteerd, wekt P&G de indruk dat alle ronde Oral-B tandenborstels beter reinigen dan de elektrische tandenborstels van Philips, terwijl P&G deze claim niet kan onderbouwen. Ook wekt P&G de indruk dat de Philips Sonicare tandenborstels niet beter reinigen dan manuele tandenborstels, terwijl dat wel degelijk het geval is. Voor zover de gemiddelde consument de claim wél opvat als betrekking hebbend op de Oral-B Genius en de DiamondClean van Philips, heeft te gelden dat P&G in de commercial niet verwijst naar een studie waarbij deze twee modellen met elkaar zijn vergeleken, aldus Philips.

4.15. De vragen die moeten worden beantwoord, zijn of sprake is van misleiding van de consument als gevolg van een algemene presentatie van informatie, en of sprake is van het verstrekken van informatie die feitelijk onjuist is. De voorzieningenrechter beantwoordt beide vragen ontkennend en overweegt het volgende.

4.16. Bij de beoordeling van de presentatie van informatie die door middel van een commercial aan de consument wordt verstrekt, moeten de beelden en de voice-over in onderling verband en samenhang worden gezien. Het eerste beeld van de commercial toont een afbeelding van de Oral-B Genius en een afbeelding van een (in de schaduw staande) elektrische tandenborstel die lijkt op de (tijdens de zitting getoonde) Philips Sonicare DiamondClean. Naast deze afbeeldingen staan de teksten "Oral-B Genius" en "Philips Diamond Clean". Hierdoor is onmiskenbaar dat in deze commercial een vergelijking wordt gemaakt tussen de Genius en de DiamondClean. Het volgende beeld bevat een weergave van de tekst "rond reinigt beter". De voice-over luidt: "Zoek je de beste tandenborstel? De Oral-B Genius met zijn ronde borstelkop reinigt beter voor gezonder tandvlees. Kies voor het beste." Wanneer de commercial in zijn geheel wordt bekeken, in die zin dat de beelden in onderling verband en in samenhang met de voice-over worden gezien, volgt daaruit dat P&G claimt dat de Genius, met zijn ronde borstelkop, beter reinigt dan de DiamondClean, en dat het gevolg hiervan gezonder tandvlees is. Het betreft dus, naar het voorlopige oordeel van de voorzieningenrechter, geen algemene presentatie van informatie.

4.17. P&G onderbouwt haar claim door in de commercial te verwijzen naar een tweetal gepubliceerde studies en 'Data on file'. Met 'data on file' wordt – blijkens de tijdens de zitting hierop gegeven toelichting – bedoeld een studie die nog niet is gepubliceerd. Philips stelt zich ten aanzien van de verwijzing naar 'Data on file' op het standpunt dat dit niet als onderbouwing kan gelden, omdat dit niet onder de definitie 'new science', als bedoeld in de vaststellingsovereenkomst, valt. Uit de vaststellingsovereenkomst volgt echter, zoals P&G stelt, dat verwijzing naar een nog niet gepubliceerde studie slechts onvoldoende is als wordt geclaimd dat de betreffende elektrische tandenborstel beter is dan (alle) andere elektrische tandenborstels, dus wanneer sprake is van een algemene superioriteitsclaim. Dat is niet het geval.

4.18. Philips wijst erop dat in de studies, waarbij de DiamondClean is vergeleken met elektrische tandenborstels van Oral-B, geen gebruik is gemaakt van de Genius, maar van andere, oudere, modellen elektrische tandenborstels van Oral-B. P&G stelt in dit verband dat de Genius wordt aangedreven door hetzelfde, ronddraaiende, mechanisme als de andere, oudere, modellen, en dat alle modellen in zoverre gelijk zijn aan elkaar. De Genius verschilt volgens P&G voornamelijk van de andere, oudere, modellen door zijn extra functies en toebehoren. Daarnaast is ten opzichte van het basismodel het aantal rotaties en pulsaties verhoogd. De Genius is daardoor, volgens P&G, minst genomen zo effectief als, zo niet effectiever dan, de andere modellen. Een en ander is door Philips niet betwist. De resultaten van de studies zijn op zichzelf ook niet door Philips betwist. Philips stelt en onderbouwt echter dat er ook studies zijn die de superioriteit van de DiamondClean ten opzichte van de Oral-B Genius aantonen. P&G stelt zich – gemotiveerd en gedocumenteerd – op het standpunt dat deze studies terzijde moeten worden geschoven. Het betreft ofwel studies waarbij slechts eenmalig (en niet over een langere periode, zoals in de door P&G in het geding gebrachte studies) door de testpersonen werd gepeetst met de te vergelijken tandenborstels, ofwel een studie die is uitgevoerd onder ongebruikelijke poetscondities (namelijk drie minuten poetsen in plaats van twee minuten en poetsen in de "Deep Clean modus" in plaats van de standaardmodus). Deze studies zijn daarom niet representatief, aldus P&G. De voorzieningenrechter acht, gelet op hetgeen P&G heeft opgemerkt omtrent de door Philips in het geding gebrachte studies, de door P&G met de door haar in het geding gebrachte studies gegeven onderbouwing onvoldoende ontzenuwd. Nu voor nader onderzoek in het kader van deze procedure geen plaats is, wordt er voorshands van uitgegaan dat de informatie die P&G in de commercial verstrekt feitelijk juist is.

4.19. P&G stelt dat voor het geval de consument niet begrijpt dat de in beeld gebrachte claim "rond reinigt beter" moet worden gezien in samenhang met het daaraan voorafgaande beeld (waarop de Genius en de DiamondClean zijn afgebeeld) en de voice-over (die spreekt over de Genius), en de claim daardoor te ruim wordt opgevat, in die zin dat alle (elektrische) tandenborstels met een ronde kop beter reinigen dan welke andere tandenborstel dan ook, zij deze claim heeft willen beperken door het in beeld brengen van een disclaimer, bestaande uit de tekst "vs gewone manuele tandenborstel". Dat een elektrische tandenborstel met een opzetborstel met een ronde kop beter reinigt dan een handtandenborstel, is, gelet op de door P&G in het geding gebrachte studies, voldoende aannemelijk. Philips betwist dat ook niet. Ook deze informatie wordt voorshands dus juist geacht. Door het opnemen van de disclaimer kan de consument die wel had begrepen dat P&G claimt dat de Genius beter reinigt dan de DiamondClean weliswaar aan het twijfelen worden gebracht omtrent de juistheid van die claim, maar dat levert nog geen misleidende handelspraktijk op in de zin van artikel 6:193c lid 1 BW, zoals Philips betoogt. Zij stelt dat de indruk wordt gewekt dat

de DiamondClean niet beter reinigt dan een handtandenborstel. Die redenering kan de voorzieningenrechter echter niet volgen. De conclusie dat de DiamondClean niet beter reinigt dan een handtandenborstel, kan immers niet worden getrokken op basis van het gegeven dat een elektrische tandenborstel met een ronde borstelkop beter reinigt dan een handtandenborstel en het gegeven dat de DiamondClean geen ronde borstelkop heeft.

4.20. Ook ten aanzien van de reclameposter stelt Philips zich op het standpunt dat sprake is van misleiding. Zowel de zin "Oral-B reinigt beter" als de zin "kies voor het beste" wekt bij de gemiddelde consument de indruk dat Oral-B onder iedere omstandigheid een betere keuze is. De claim heeft betrekking op de hele productrange van Oral-B, waaronder de handtandenborstels, aldus Philips.

4.21. P&G betwist dat zij claimt dat Oral-B onder iedere omstandigheid een betere keuze is. Zij stelt dat de claim "reinigt beter", welke claim onder het merkteken van Oral-B is geplaatst, en de zin "kies voor het beste" uitsluitend betrekking hebben op de Oral-B Genius, in vergelijking tot de DiamondClean. Door de Oral-B Genius en een andere, op de Philips Sonicare DiamondClean lijkende, elektrische tandenborstel af te beelden met daarnaast de teksten "Oral-B Genius" en "Philips Diamond Clean" wordt dat, naar het voorlopige oordeel van de voorzieningenrechter, voldoende duidelijk gemaakt.

4.22. Philips stelt tot slot dat de op de reclameposter en in de commercial getoonde disclaimers onleesbaar zijn, en soms zelfs ontbreken, en dat dit in strijd is met artikel 6:194a lid 2 onder e BW en artikel 9.1 van de vaststellingsovereenkomst. Zij heeft ter onderbouwing van haar stellingen foto's van de reclameposter en een USB-stick met daarop de commercial in het geding gebracht.

4.23. Vooropgesteld wordt dat de tekst "Getest in klinische studies over meerdere weken. Clin Dent 2014; 25:6-12 & J Clin Dent 2015; 26:80-85. Data on file", die in de commercial linksonder in beeld is en ook op de reclameposter staat, feitelijk geen disclaimer is. Een disclaimer betreft in de regel immers een beperking. Daarvan is geen sprake. Hierna zal daarom worden gesproken over 'de verwijzing'.

4.24. P&G betwist dat de in de commercial getoonde disclaimer en de op de reclameposter weergegeven verwijzing onleesbaar zijn. Zij betwist daarnaast dat er reclameposters zijn waarop de verwijzing ontbreekt. Zij stelt met betrekking tot de door Philips in het geding gebrachte foto van een reclameposter waarop de verwijzing niet is te zien dat de verwijzing niet zichtbaar was doordat de poster, die in een roterend reclamepaneel was bevestigd, te ver naar beneden was doorgerold. De voorzieningenrechter heeft geen reden om aan te nemen dat er een versie van de reclameposter in omloop is geweest waarop geen verwijzing was opgenomen. Dat de poster (te) ver naar beneden was doorgerold, kan worden afgeleid uit de lichte rand boven de poster, en uit het feit dat de tekst die onderaan de poster staat ("kies voor het beste") relatief dicht tegen de onderrand van het reclamepaneel aan zit. Uitgegaan wordt daarom van de juistheid van de stelling van P&G. Opgemerkt zij dat P&G heeft toegezegd verwijzingen in het vervolg hoger te zullen plaatsen, zodat wordt voorkomen dat de verwijzing niet zichtbaar is.

4.25. Met betrekking tot de lettergrootte waarin een disclaimer op een reclameposter en in een commercial moet worden weergegeven, bestaan geen voorschriften. Hetzelfde geldt voor de duur van het tonen van een disclaimer. Beoordeeld moet derhalve worden of de

grootte van de letters, respectievelijk de duur van het tonen van de disclaimer zodanig is, dat de tekst voor een persoon met een normaal gezichts- en leesvermogen te lezen is.

4.26. Ten aanzien van de reclameposter, die P&G ter zitting in origineel formaat heeft overgelegd, heeft te gelden dat de verwijzing op een afstand van enkele meters te lezen is, hetgeen voldoende wordt geacht. De consument die de juistheid wenst te controleren van de claim dat de Oral-B Genius beter reinigt (en dus beter is in het verwijderen van tandplak) dan de DiamondClean, wordt hiertoe in de gelegenheid gesteld door de vermelding van een voldoende leesbare verwijzing naar studies die de claim onderbouwen. Dat de verwijzing ook leesbaar moet zijn voor automobilisten die met een snelheid van 50 kilometer per uur langs een reclamepaneel rijden, zoals Philips lijkt te betogen, voert te ver.

4.27. Ten aanzien van de commercial wordt het volgende overwogen. De verwijzing naar studies is gedurende de hele commercial in beeld. De disclaimer, bestaande uit de tekst "vs gewone manuele tandenborstel", waarop de consument door middel van een asterisk achter de claim "rond reinigt beter" wordt geattendeerd, is daarentegen ongeveer drie seconden in beeld. Gelet op de hoeveelheid woorden, wordt dat echter voldoende geacht. Of de letters groot genoeg zijn om te kunnen lezen vanaf een gemiddelde afstand van de televisie waarop de commercial wordt bekeken, kan niet worden vastgesteld. Dat vergt nader onderzoek, en daarvoor is in een kort gedingprocedure, gelet op het karakter daarvan, geen plaats. Voorshands wordt evenwel aangenomen dat dit het geval is. De letters zijn, zoals gebruikelijk bij een disclaimer, klein, maar niet zodanig dat zij vanaf een gemiddelde afstand van de televisie onleesbaar lijken te zijn.

4.28. De voorzieningenrechter concludeert, op grond van het voorgaande, dat de reclamecampagne niet ongeoorloofd is. Dit betekent dat de vordering strekkende tot staking en het gestaakt houden van openbaarmaking en verspreiding van de reclamecampagne moet worden afgewezen.

Beoordeling van de vordering onder 2

4.29. Philips legt aan de vordering strekkende tot staking en het gestaakt houden van de openbaarmaking en verspreiding van de claim "rond reinigt beter", zoals omschreven in de akte eisvermeerdering, het volgende ten grondslag. P&G heeft in de periode van 8 tot en met 10 maart 2018 op de Dental Expo in beursgebouw de RAI in Amsterdam gestaan. De claim "rond reinigt beter" was afgebeeld op de achterwand van de stand van Oral-B. Een disclaimer ontbrak. Aldus is sprake van een misleidende mededeling, wat op grond van artikel 6:194 BW onder a niet is toegestaan.

4.30. P&G stelt dat zij abusievelijk heeft nagelaten de wand van de stand te voorzien van een disclaimer. Zij heeft toegezegd dat dit niet nog een keer zal gebeuren. Er is geen aanleiding om te veronderstellen dat P&G die toezegging niet zal nakomen. Bij die stand van zaken heeft Philips onvoldoende belang, in de zin van artikel 3:303 BW, bij het gevorderde. De vordering zal daarom worden afgewezen.

Beoordeling van de vorderingen onder 3 en 4

4.31. De conclusie onder 4.27 brengt met zich dat het onder 3 gevorderde gebod om een merkinbreuk te staken en het onder 4 gevorderde gebod om een rectificatie te doen verschijnen moeten worden afgewezen.

De proceskosten

4.32. Philips zal, als de in het ongelijk gestelde partij, in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van P&G worden begroot op:

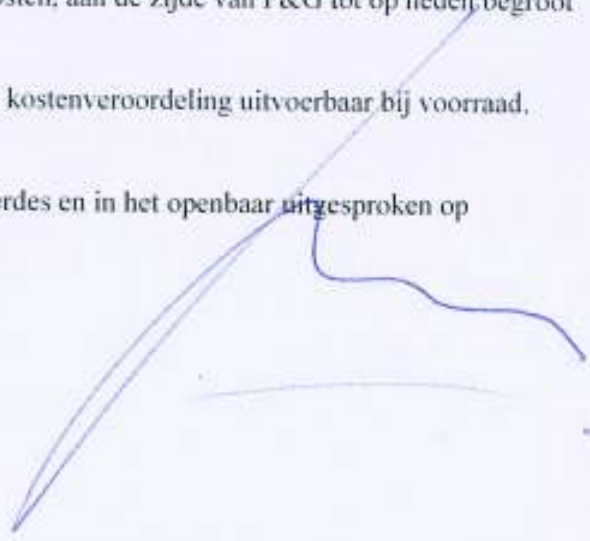
| | | |
|--------------------|---|----------|
| - griffierecht | € | 626,00 |
| - salaris advocaat | € | 816,00 |
| Totaal | € | 1.442,00 |

5. De beslissing

De voorzieningenrechter

- 5.1. wijst de vorderingen af,
- 5.2. veroordeelt Philips in de proceskosten, aan de zijde van P&G tot op heden begroot op € 1.442,00,
- 5.3. verklaart dit vonnis wat betreft de kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Dit vonnis is gewezen door mr. A.F.L. Geerdes en in het openbaar uitgesproken op 12 april 2018. ²⁸⁸⁵⁻⁶⁷⁶



Voor EERSTE GROSSE uitgegeven aan
Mr. A.W.G. Antz advocaat,
De griffier,

